

CASTILLO, Juan Pablo. “El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”.
Polít. crim. Vol. 11, N° 22 (Diciembre 2016), Art. 1, pp. 340-367.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A1.pdf]

El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa.

The defense of necessity in Article 10 no. 11 of the Chilean Penal code: a two-faced norm? Elements for a negative answer.

Juan Pablo Castillo Morales*
Doctorando en Derecho por la Universidad de Trento, Italia.
juan.castillomorales@unitn.it

Resumen

La Ley n° 20.480 de diciembre de 2010 introdujo en el artículo 10 n° 11 del Código penal chileno una nueva forma de estado de necesidad. En el seno del debate científico nacional sobre su mérito o demérito técnico, esta innovación legislativa también ha reactivado la discusión sobre la naturaleza jurídica de la norma, esto es, si tiene un carácter bimembre – excluyendo, según las particularidades del caso, la antijuridicidad o la culpabilidad– o si sólo rige como una causa de exculpación. A un lustro de la entrada en vigor de la norma, esta contribución contiene un repaso de la discusión local que ha suscitado, una serie de reservas o matices a la línea argumental de ambas posiciones, y, tras advertir los obstáculos que la disposición impone al intérprete, una defensa de la tesis de su carácter exclusivamente exculpante. Por último, se incluye la descripción y crítica de la postura que sobre el argumento ha suscrito recientemente un autor nacional.

Palabras clave: estado de necesidad, antijuridicidad, culpabilidad, artículo 10 n° 11.

Abstract

Law no. 29480 of December 2010 has introduced into Article 10 no. 11 of the Chilean Penal Code a new form of necessity defense. In the context of the national scientific debate concerning the merits and demerits of the Reform, this amendment has revived the discussion on the legal nature of necessity: that is, if such defense is an excuse or if instead it has a dual structure, thus being both a justification and an excuse, depending on the relevant case. Five years after this provision has entered into force, this essay portrays the debate the rose among Chilean Scholarship on the Reform. It then provides the author’s interpretation and/or posture on both theories, and also points out the difficulties related to the interpretation of necessity as an excuse, which the author considers to be the only convincing conclusion. In the end, it describes and critically analyses the opinion recently put forth by a national scholar on this issue.

* Agradezco las valiosas sugerencias del par evaluador y los comentarios a una versión preliminar de este estudio de los profesores Laura Mayer Lux, Gabriele Fornasari, Emanuele Corni y José Luis Guzmán Dalbora. Los errores, desde luego, son de mi entera responsabilidad.

CASTILLO, Juan Pablo. “El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”.

Key words: necessity defense, illegality, guilt, Article 10 no. 11.

Introducción

De un tiempo a esta parte las violencias de género y doméstica gozan del estatus de problema de carácter público¹. Debido a dicha connotación el legislador chileno inició una discusión orientada a poner término a una jurisprudencia vacilante en cuanto a las razones que motivaban la exención de responsabilidad penal de la mujer que, víctima de violencias previas y reiteradas, acababa con la vida de la persona con la que mantenía algún tipo de relación afectiva². Finalmente, tras un extenso debate parlamentario³, y no obstante el propósito original de la moción legislativa, la Ley n° 20.480 introdujo en el Código penal una eximente de responsabilidad de alcance general, es decir, no circunscrito al fenómeno enunciado y de la que son potenciales beneficiarios, indistintamente, hombres y mujeres.

La nueva eximente, prevista en el artículo 10 n° 11, reza:

Artículo 10. Están exentos de responsabilidad penal: [...]

11. El que obra para evitar un mal grave para su persona o derechos o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. 3ª. Que el 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.

Se podrá apreciar que la norma presenta bastantes similitudes con el viejo estado de necesidad justificante previsto en el artículo 10 n° 7 del Código⁴. Ha sido precisamente dicha semejanza la que ha permitido que al interior de la doctrina nacional se vuelva a discurrir, siquiera de forma sucinta, sobre el clásico problema de la naturaleza jurídica del estado de necesidad y –ciertamente con mayor intensidad– sobre el alcance de la nueva norma.

Aunque en caso alguno se trate de planos independientes entre sí, es posible constatar que el debate se proyecta, simultáneamente, en tres ámbitos. Por un lado, en lo político-criminal, la enmienda ha suscitado la pregunta de si esta disposición es por sí sola

¹ Una sintética pero precisa distinción conceptual entre violencia de género, violencia contra la mujer, violencia intrafamiliar y violencia doméstica, en: TAPIA BALLESTEROS, Patricia, “Legítima defensa. Requisitos y aplicabilidad en supuestos de violencia de género”, *Revista Doctrina y Jurisprudencia penal. Legítima defensa. Límites sustanciales y procedimentales*, N° 16 (2014), p. 47.

² Implícitamente, previo al cambio legislativo, daba cuenta de la necesidad de esta reorientación, VILLEGAS DIAZ, Myrna, “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal”, *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 2 (2010), p. 165.

³ Según consta en *Historia de la Ley n° 20.480. Modifica el Código penal y la Ley n° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el “Femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre Parricidio*, Valparaíso: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2010.

⁴ Artículo 10. Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 7. El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1ª. Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar. 2ª. Que sea mayor que el causado para evitarlo. 3ª. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

suficiente para eximir de responsabilidad penal a la mujer que comete un homicidio en un contexto como el descrito⁵; en el terreno técnico-legislativo se discute, entre otras materias, la conveniencia de no circunscribir la operatividad de la norma al conflicto padecido por

⁵ Nos referimos, en concreto, a la discusión en torno a la pertinencia de la circunstancia 1ª. Conforme sostiene un sector de la doctrina, esta exigencia constituiría un obstáculo procesal innecesario a la exención de responsabilidad penal en el caso del homicidio preventivo del marido maltratador, ya que no habría razones para interpretarla de forma diversa a cuanto ocurre con la legítima defensa o el estado de necesidad justificante del artículo 10 n° 7. En nuestro medio la discusión cobró particular interés tras la paradigmática sentencia de 2013 que, basándose precisamente en el estado de necesidad del artículo 10 n° 11 (interpretado como causal de exculpación), absolvió del delito de parricidio a una mujer que mató de un disparo a su conviviente maltratador mientras éste dormía (Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, RUC: 1101060685-5). Aunque la vía por la que hemos optado para defender el carácter exclusivamente exculpante de la nueva norma es otra –dado el carácter general de la disposición–, apuntemos que la controversia en torno a las particularidades de la actualidad e inminencia de la agresión del tirano familiar está enteramente condicionada por la *ratio* que explica la impunidad de la mujer en un caso de estas características. Según lo que alcanzamos apreciar, ésta se mueve en una triple dirección: legítima defensa, estado de necesidad justificante defensivo o estado de necesidad exculpante. Sin entrar en el detalle sobre el tipo de relación dogmática que existe entre las dos primeras soluciones (¿goza el estado de necesidad justificante defensivo de autonomía dogmática o sólo es –allí donde no está positivamente regulado– el resultado de una aplicación analógica de la legítima defensa?), lo cierto es ambas necesitan recurrir, para *justificar* un homicidio preventivo, a la llamada “teoría de la defensa más eficaz”. Conforme a esta inteligencia, una agresión es ya es actual cuando posteriormente no podría ser rechazada o sólo podría serlo corriendo riesgos mucho mayores. Ninguna de estas soluciones se sostiene *de lege lata*. La primera porque el tenor del artículo 10 n° 4 es lingüística y teleológicamente incompatible con una amenaza o plan que ni siquiera constituye un acto preparatorio. Por su parte, la tesis que sostiene que un homicidio de estas características estaría *justificado* a la luz del estado de necesidad defensivo que regularía el artículo 10 n° 11, no logra explicar de modo convincente la ausencia del rasgo distintivo de esta modalidad de estado necesario, a saber, que el mal o peligro tenga su origen en la esfera de organización de la persona que padece la acción necesaria. Es decir, esta modalidad de estado de necesidad todavía carece de reconocimiento positivo en nuestro Derecho. Adicionalmente, el recurso que ambas soluciones hacen a la teoría en cuestión permite endosarles por igual una crítica de índole político-criminal: dar cabida a una legítima defensa en que la actualidad o inminencia de la agresión ilegítima admita tal grado de dilatación cronológica o a un estado de necesidad defensivo que admita y justifique una jerarquización de vidas humanas incluso cuando no hay un peligro inmediato para la vida, tiene un peligrosísimo efecto criminógeno que, de pasada, exonera al Estado de la responsabilidad política y cultural que le compete ante este lúgubre fenómeno. Precisamente por ello, la actuación preventiva frente al “peligro permanente” o ante aquellos casos en que esperar la evolución natural de un suceso posibilitaría con seguridad la producción de un daño o mal, se explica mejor a partir de una culpabilidad decaída, que es la premisa detrás del artículo 10 n° 11, según se intentará demostrar en el texto de la presente contribución. Por la primera solución, factible *de lege lata* a partir de una interpretación de la legítima defensa “con perspectiva de género”, TAPIA BALLESTEROS, “Legítima defensa”, cit. nota n° 1, p. 55; por la tesis del estado de necesidad justificante defensivo, VILLEGAS DÍAZ, Myrna y SANDRINI CARREÑO, Renata, “Estado de necesidad y mujeres homicidas”, *Revista Doctrina y Jurisprudencia penal*, cit. nota n° 1, p. 77, y VAN WEEZEL, Alex, “Caso agresor dormido. El problema del «tirano doméstico». SCA San Miguel, 27/03/2013, Rol N° 133-2013”, en: VARGAS PINTO, Tatiana (Directora), *Casos destacados. Derecho penal*, Santiago: Legal Publishing, 2015, pp. 347-348, quien advierte, sin embargo, que esta inteligencia sólo es concebible *de lege ferenda*. Por último, consignemos que es por el problema descrito que HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “Comentario al artículo 10 n° 11”, en: COUSO SALAS, Jaime; HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (Dirs.), *Código penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago: AbeledoPerrot, 2011, pp. 268-269, estima que lo correcto hubiese sido introducir una variante privilegiada de la legítima defensa, donde el privilegio residiera en una la actualidad e inminencia que admita dicho grado de flexibilización. Una descripción y aguda crítica de la teoría de la defensa más eficaz, en ROXIN, Claus, “Da quale momento un’aggressione è attuale e dà origine al diritto di legittima difesa?” y “Lo stato di necessità difensivo provocato dall’uomo”, en: *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell’illecito penale*, al cuidado de MOCCIA, Sergio, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, pp. 287-293 y 301, 323-330, respectivamente.

CASTILLO, Juan Pablo. “El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”.

ciertos bienes jurídicos, la posibilidad de invocarla tratándose de una acción necesaria que busca salvaguardar bienes colectivos o, en fin, el significado y las posibilidades que ofrece la circunstancia que exige que el mal producido “no sea sustancialmente superior al que se evita”. Por último, en el plano dogmático –y no desconociendo que en él la resolución de los problemas previamente enunciados puede llegar a ser determinante–, la reforma ha puesto en el centro de la discusión la eventual derogación tácita del artículo 10 n° 7, al hallarse completamente comprendido en el n° 11.

Buscando superar las dificultades con que la letra de la nueva norma desafía al intérprete, en lo sucesivo se intentará identificar su naturaleza jurídica. Para el efecto, se describirá la línea argumental de la tesis que sostiene que la nueva disposición regula simultáneamente, según las particularidades del caso, un estado de necesidad justificante y exculpante. Posteriormente, se analizarán críticamente los motivos que hemos juzgado más relevantes de la tesis que defiende su carácter exclusivamente exculpante y la manera en que éstos rivalizan con los argumentos de la primera interpretación. Es sólo recién en esta fase que los argumentos de la tesis del doble carácter del precepto se cuestionan. En la búsqueda de una salida para respuestas que se enfrentan sin una aparente predominancia de convicción de una sobre otra, la solución que contiene esta contribución responde a una interpretación lógica y sistemática de las circunstancias 3ª y 4ª, ya que nace de las relaciones que se configuran al interior de la norma y las que se dan entre ésta y elementos situados fuera de ella. Por último, se analizará críticamente la tesis que recientemente ha defendido Alex van Weezel (2.), cuyas particularidades y argumentos justifican un tratamiento separado.

La importancia que atribuimos a la tarea de despejar las dudas que la enmienda ha generado descansa en la premisa de que la forma en que se regula el estado de necesidad –un *concepto jurídico general*– incide de modo determinante en la fisionomía que adquiere el Derecho y su parcela punitiva. En lo estrictamente jurídico-penal, basta consignar la enorme relevancia que tuvo y continúa teniendo la reflexión sobre el estado de necesidad en el proceso de construcción dogmática de la antijuridicidad y la culpabilidad⁶. Precisamente por eso no nos es posible conceder que el argumento carece de relevancia práctica cuando se asume que los inconvenientes que presentaba la legislación chilena en esta materia –concretamente, la estrechez del estado de necesidad justificante del artículo 10 n° 7– estarían legislativamente superados por la amplitud de la nueva disposición⁷.

1. La naturaleza jurídica del estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno.

⁶ Similares, VIGANÒ, Francesco, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano: Giuffrè, 2000, p. 73 y DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel, *Las causas de justificación*, Buenos Aires: Hammurabi, 1995, pp. 190-191.

⁷ Así, COUSO SALAS, Jaime, “Comentario al artículo 10 n° 7”, en: COUSO SALAS/HÉRNANDEZ BASUALTO, *Código penal comentado*, cit. nota n° 5, pp. 234 y 235 y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, “Aborto y justificación”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N° 2 (2012), pp. 339 y 340.

1.1. Línea argumental de la tesis del carácter bimembre. Las posturas de Cury y Acosta.

A propósito de la interpretación y de su íntima relación con la literatura, Radbruch afirma que “los autores mismos nos atestiguan que el contenido de su obra no se agota en aquel sentido subjetivamente mentado, ya que ellos mismos en sucesivas lecturas de sus obras perciben nuevos e insospechados significados”⁸. El aserto cobra particular vigencia si se cotejan los términos con que se desarrolló el debate parlamentario de la Ley n° 20.480 y lo que luego expuso, en sede científica, Enrique Cury, cuyo asesoramiento legislativo fue determinante en aquél y en la forma que finalmente adoptó el precepto⁹. Si una somera revisión de la discusión parlamentaria revela que la iniciativa nunca pretendió enmendar el estado de necesidad justificante, no deja de ser llamativo que Cury sostenga que “la redacción elegida [del n° 11] abarca ambas formas de *estado de necesidad: el justificante y el exculpante*”¹⁰, máxime si sus intervenciones en el debate parlamentario tampoco proporcionan indicios en este sentido.

Su diagnóstico descansa en el argumento de que en lo que a causas que excluyen la antijuridicidad se refiere, la norma especial es aquella que permite la exención de responsabilidad penal en el mayor número de casos, que es lo que acontecería con el n° 11. A su juicio, el estado de necesidad del artículo 10 n° 11 comprende todas las situaciones del n° 7 y agregaría otras que éste no justifica, al menos no *de lege lata*. De esta última observación es posible colegir que se refiere, precisamente, al estado de necesidad justificante en que el mal –que en tanto justificante, ha de ser menor respecto del que se evita– afecta a un bien jurídico distinto de la propiedad, el odioso límite que concentra la crítica en torno a esta última norma. El n° 11 –continúa Cury– tornaría superfluo y carente de interés práctico el n° 7, ya que aquél no limita el sacrificio a ciertos bienes jurídicos. Adicionalmente, conforme a su interpretación de la circunstancia 3ª, el espectro de males es más amplio, ya que éste *también* puede ser menor y no sólo igual o no sustancialmente

⁸ *Filosofía del Derecho*, Trad. MEDINA ECHAVARRÍA, José, 2ª ed., Madrid: Reus, 2008, pp. 209-210. La relación que el iusfilósofo alemán traza con la literatura no es antojadiza. Antonio Machado explicaba esto a partir de “la enorme distancia que media entre el momento creador y el crítico”, distancia que se explica – afirma el poeta– por el hecho de que “se crea por intuiciones; se corrige por juicios, por relaciones entre conceptos” (*Poesías*, 15ª ed., Buenos Aires: Losada, 1978, pp. 7 y 8).

⁹ Prevengamos que no le estamos atribuyendo al notorio penalista chileno el estatus de “legislador”. Precisamente porque no lo es no ha de cederse a la tentación de adherir a su inteligencia dada la cercanía profesional que tuvo con la norma, desacierto en el que incurre, a nuestro modo de ver, VIDAL MOYA, Víctor, “Análisis de las características más relevantes del estado de necesidad establecido por la Ley 20.480”, *Revista Ars boni et aequi*, año 9, N° 2 (2013), p. 241 y 242, cuando lo califica de “autor material” de la ley. De su participación en el proceso legislativo, CURY URZÚA, Enrique, “El estado de necesidad en el Código penal chileno”, en: MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (Coord.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, pp. 249-266. Prescindiremos de las razones extradogmáticas aducidas para no haber propuesto al Parlamento una regulación más clara y que, por el contrario, “se presta para dificultades hermenéuticas y sistemáticas”, como él mismo reconoce (p. 252).

¹⁰ CURY URZÚA, “El estado de necesidad”, cit. nota n° 9, p. 252, el destacado le pertenece.

CASTILLO, Juan Pablo. “El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”.

superior respecto del que se evita¹¹. Por lo anterior es que Cury afirma que este precepto estaría tácitamente derogado y que, *de lege ferenda*, debería suprimirse formalmente¹².

Un juicio en la misma línea formula Juan Domingo Acosta, cuyo parecer técnico también fue considerado en la discusión parlamentaria¹³. Sin embargo, se trata de un diagnóstico menos categórico, ya que si bien estima que el estado de necesidad justificante estaría regulado simultáneamente por estos dos numerales del artículo 10, reconoce un ámbito de aplicación preferente y otro exclusivo del n° 7 frente al n° 11. Dado que el primero, a diferencia del segundo, no adjetiva el mal como “grave”, correspondería aplicar el n° 7 y no el n° 11 cuando el mal (siempre afecto al límite de que se trate de bienes patrimoniales) no sea particularmente significativo. Siempre bajo la premisa de que ambas disposiciones pueden tener incidencia en la exclusión de lo injusto, advierte con razón que sólo en virtud del n° 7 podría justificarse la acción necesaria que salvaguarda bienes patrimoniales de titularidad colectiva, ya que el n° 11 excluye esta posibilidad al emplear en su encabezado la más circunscrita voz “tercero”¹⁴. Como es posible advertir, el ámbito de aplicación del n° 7 deviene considerablemente restringido, pero en cualquier caso vuelve excesiva la tesis de su derogación tácita.

Consideramos que las debilidades de esta comprensión del asunto quedan más claramente expuestas una vez que se la confronta con la línea argumental de la tesis del carácter exclusivamente exculpante del precepto, razón que explica que por ahora sólo nos limitemos a describirla.

1.2. La tesis del carácter exclusivamente exculpante del precepto. Análisis crítico de las teorías en conflicto.

Lejos de lo que podría intuirse, dada la finalidad que buscaba la norma, los motivos que permiten afirmar su carácter exclusivamente exculpante no son fáciles de captar. Ciertamente, entre éstos no cabe invocar la existencia de las hipótesis precedentemente

¹¹ Así también, SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena y VARGAS PINTO, Tatiana, “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38, N° 1 (2011), p. (193-207) 200, y VIDAL MOYA, “Análisis de las características más relevantes del estado de necesidad”, cit. nota n° 9, p. 243.

¹² Dado que según Cury ambas normas sólo se *superponen*, esto es, resuelven penalmente al menos un cierto grupo de casos idénticos y no se *oponen*, no cabría hablar de una contradicción lógica y axiológica entre ambas normas, ni, por lo mismo, de un ejemplo de irracionalidad al interior del ordenamiento. Sobre esta distinción conceptual aplicada a la legislación penal chilena, véase DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel, “La racionalidad del ordenamiento como presupuesto de la Dogmática penal”, en: EL MISMO, *Violencia y Justicia*, Valparaíso: Editorial Universidad de Valparaíso, 2002, pp. 230 y 231.

¹³ Cfr. *Historia de la Ley n° 20.480*, cit. nota n° 3, p. 340. En sede doctrinal, “Artículo 10 n°s 7° y 11° del Código penal. Algunos criterios de delimitación”, en: VAN WEEZEL, Alex (Ed.), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago: Legal Publishing, 2013, pp. 696-697.

¹⁴ “Artículo 10 n°s 7° y 11°”, cit. nota n° 13, pp. 697 y 702-703, aunque reconoce, dada la falta de subsidiariedad, la marginalidad de la hipótesis, toda vez que para prevenir estos males ha de requerirse preferentemente auxilio a la autoridad. De la misma opinión VARGAS PINTO, Tatiana y HENRÍQUEZ HERRERA, Ian, “La defensa de necesidad en la regulación penal chilena. Aproximación dogmática a partir de una reforma”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 15, N° 2 (2013), pp. 17 y 37, en <http://www.redalyc.org/pdf/733/73329808002.pdf> [visitado el 20.04.16].

enunciadas, porque dichos casos sólo confirman la vigencia normativa y utilidad del n° 7 y no, en cambio, el carácter exclusivamente exculpanante del n° 11.

Héctor Hernández ofrece tres argumentos en este último sentido¹⁵. El primero descansa en los términos en los que se desarrolló el debate legislativo de la Ley n° 20.480¹⁶. Luego, aduce que la decisión legislativa de no derogar expresamente el n° 7 sería indiciaria del hecho de que con la nueva disposición se quiso establecer “algo de naturaleza diferente”¹⁷. Por último, sostiene que del tenor de las circunstancias 3ª y 4ª se apreciaría “la idea de inexigibilidad, que, cumplida la exigencia de subsidiariedad de la circunstancia 2ª, estaría fuera de lugar si se tratara de una genuina causa justificante”¹⁸. Reservémosnos nuestra impresión respecto del primer argumento para más adelante. Los otros dos nos parecen plausibles, aunque no exentos de algunas prevenciones.

Comencemos por el segundo de los argumentos. Por razones que no viene al caso profundizar acá, no se ha internalizado lo suficiente en la discusión chilena la distinción entre estado de necesidad defensivo y agresivo¹⁹. Prescindiendo del innegable rendimiento que reporta esta distinción para afrontar una serie de dificultades que impone el instituto²⁰, téngase presente que el criterio de la distinción estriba en el origen del mal o peligro que caracteriza a la eximente. Mientras en el primero quien padece la acción necesaria ha tenido

¹⁵ También en 2011 MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno”, *Revista de Derecho*, Vol. XXIV, N° 1 (2011), p. 97, nota n° 33, deslizo el carácter exclusivamente exculpanante del precepto a partir de la posibilidad que ofrece la disposición de que el mal evitado sea menor que el mal causado y de la circunstancia 4ª, “cuya formulación contiene un criterio de falta de «exigibilidad razonable»”.

¹⁶ Al que también recurre VIDAL MOYA, “Análisis de las características”, cit. nota n° 9, pp. 241-242, aunque con el objetivo de demostrar el doble carácter del precepto y reconociendo que dicho parámetro hermenéutico no es autosuficiente.

¹⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, “Comentario al artículo 10 n° 11”, cit. nota n° 5, p. 270. En la misma línea de Hernández, MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “El estado de necesidad exculpanante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno”, en: VAN WEEZEL, Alex, (Ed.) *Humanizar y renovar el Derecho penal*, cit. nota n° 13, p. 718, sostiene que asumir la tesis opuesta implicaría aceptar una contravención de la máxima de la interpretación útil. En un sentido análogo, WILENMANN VON BERNATH, Javier, “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*, Vol. XXVII, N° 1 (2014), p. 219, nota n° 12.

¹⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, “Comentario al artículo 10 n° 11”, cit. nota n° 5, p. 271.

¹⁹ Así, CURY URZÚA, “El estado de necesidad”, cit. nota n° 9, p. 253. Sin explorar en las causas, pero constatando que, de hecho, la distinción ha sido abordada sólo a partir de problemas específicos, WILENMANN VON BERNATH, “El fundamento del estado de necesidad justificante”, cit. nota n° 17, texto y nota n° 9. El origen de esta distinción es bien ilustrativo de una verdad incontrovertible, a saber, la del estatus de *concepto jurídico general* del estado de necesidad, ya que nace de los §§ 228 y 904 del Código civil alemán. Con acierto señalaba JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal* (publicados 7 vols.), t. IV, 3ª ed., actualizada, Buenos Aires: Losada, 1976, p. 294, que en materia de estado de necesidad “el Derecho privado de algunos países contiene fórmulas más perfectas que el propio Código penal, como ocurre en Alemania”.

²⁰ Las ventajas que reporta esta distinción se advierten, por ejemplo, al momento evaluar el deber de tolerancia que pesa sobre el titular del bien jurídico afectado, ya que éste ha de ser más intenso tratándose del estado de necesidad defensivo. Para un análisis desde esta dimensión, véase COCA VILA, Ivó, “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1 (2011), pp. 28-32, en: <http://www.indret.com/pdf/789.pdf> [visitado el 01.05.16].

CASTILLO, Juan Pablo. “El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”.

injerencia en el mal o peligro, en el segundo es completamente inocente²¹. Teniendo esta distinción presente y, adicionalmente, de que en virtud de ella es posible reconocer en el n° 7 un estado de necesidad justificante agresivo, el dato de que el Código lo haya conservado en su elenco de eximentes no es indiciario, sin más, de que el n° 11 sólo pueda ser exculpante, ya que esto implicaría desconocer *a priori* la posibilidad que la nueva norma regule un estado de necesidad justificante defensivo. En abono de esta lectura destacaría la circunstancia 3ª, esto es, “que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita”, que constituye el estándar característico de esta forma de estado de necesidad en tanto causa de justificación. Sin embargo, como bien afirma Mañalich, esta interpretación ha de ser desestimada si se tiene en cuenta que la norma omite incluir el verdadero sello distintivo de esta última forma de estado de necesidad, a saber, que el mal o peligro tenga su origen en la esfera de organización del titular del bien jurídico menoscabado por la respectiva acción de salvaguarda²². Es precisamente esta omisión la que no ha sido convincentemente explicada por quienes afirman, no obstante advertir la ausencia del requisito, que el homicidio preventivo del marido maltratador puede encuadrarse dogmáticamente en el n° 11 interpretado como estado de necesidad justificante defensivo²³. Es más, la circunstancia 4ª es susceptible de una interpretación en el sentido precisamente opuesto: de ella se desprende que para invocar la eximente es preciso que el mal no provenga de la esfera de organización del afectado, ya que de lo contrario sí sería razonable exigirle el sacrificio del bien jurídico de que se trate²⁴.

Si se prescinde de esta reserva, la alternativa que subsiste para quienes desconocen el carácter exclusivamente exculpante de la norma es la de ver en ella un estado de necesidad justificante agresivo más amplio que el previsto en el n° 7. Se advertirá que se trata de un planteamiento no sólo forzado y abiertamente asistemático, sino, ante todo, incompatible

²¹ Se apreciará, por lo mismo, que no existiendo nitidez respecto del carácter ilegítimo de la agresión, no siempre será sencillo distinguir entre la legítima defensa y el estado de necesidad justificante defensivo cuando la acción recae en una persona. Ilustrativo en este sentido, HIRSCH, Hans Joachim, “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, Año 6, N° 10 (2009), pp. 104-106. Véase, además, PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. XXXIV, N° 96 (2013), pp. 13-29.

²² MAÑALICH RAFFO, “El estado de necesidad exculpante”, cit. nota n° 17, pp. 718-719.

²³ Así, VAN WEEZEL, “Caso Agresor dormido”, cit. nota n° 5, pp. 351-353 y, en particular, VILLEGAS DÍAZ/SANDRINI CARREÑO, “Estado de necesidad y mujeres homicidas”, cit. nota n° 5, pp. 77 y ss., quienes con mayor o menor grado de convicción creen satisfechas las circunstancias del n° 11 en el caso del homicidio preventivo del marido maltratador, pero no resuelven el núcleo de la crítica: que la norma omite exigir que el peligro tenga su fuente en la esfera de organización de quien padece la acción necesaria. Crítico frente a la interpretación precedente, GUERRA ESPINOSA, Rodrigo, “Estado de necesidad exculpante: a propósito de actos de defensa por efectos del maltrato a partir de un caso emblemático”, *Revista de Derecho. Universidad San Sebastián*, N° 20 (2014), pp. 46 y 47, quien, basándose en Zaffaroni, rechaza de plano la posibilidad de ponderar males “cuando existe de por medio un conflicto de vidas humanas”. Sobre el particular, recientemente, WILENMANN VON BERNATH, Javier, “Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1 (2016), pp. 5 y ss., en: <http://www.indret.com/pdf/1201.pdf> [visitado el 15.04.16].

²⁴ Así también, VIDAL MOYA, “Análisis de las características más relevantes del estado de necesidad”, cit. nota n° 9, p. 245.

con el principio de solidaridad general (mínimo) que lo inspira²⁵. Un estado de necesidad justificante agresivo con la amplitud que concede el n° 11 (manifestada en un espectro de males posibles más lato y en la ausencia de un catálogo cerrado de bienes jurídicos susceptibles de sacrificio) desdibujaría el espacio de tolerancia que, en virtud de la norma permisiva detrás de esta causa de justificación, pesa sobre el inocente afectado²⁶.

El tercer argumento de Hernández, según se anticipó, proviene del tenor de las circunstancias 3ª y 4ª de la norma. A nuestro juicio, es sólo con ellas que su carácter exculpante se presenta de manera *medianamente* clara. Que de momento prescindamos de emitir un juicio categórico en esta línea se explica por las razones que intentaremos desarrollar en lo sucesivo.

1.3. La circunstancia 3ª y la gravedad del mal: una interpretación lógica y sistemática de la circunstancia avalada desde una particular concepción de la culpabilidad.

A diferencia de lo que ha sostenido recientemente un autor nacional²⁷, la circunstancia 3ª por sí sola no proporciona elementos que permitan definir de modo concluyente la naturaleza de la disposición. Lo anterior no implica negarle valor a la intensidad de los males en conflicto cual criterio diferenciador o considerar que recurrir a dicho criterio sea “completamente errado”²⁸, sino sólo reconocer que, *prima facie*, no hay buenos argumentos para rebatir que la “interpretación amplia” de la circunstancia –esto es, que bajo ella *también* se comprenden los males inferiores, y no sólo aquellos que son iguales y no sustancialmente superiores²⁹– tiene sentido, máxime si a través de esta lectura nuestro estado de necesidad justificante podría alcanzar una apertura que las reformas a la

²⁵ WILENMANN VON BERNATH, “El fundamento del estado de necesidad justificante”, cit. nota n° 17, p. 221, sostiene que si se adhiere a la máxima kantiana en orden a que el Derecho concede ámbitos de exclusividad sobre el cuerpo y sobre los bienes propios y, por lo mismo, otorga un derecho general de excluir autónomamente la invasión externa a ese ámbito de exclusividad, la explicación de la existencia de una facultad de salvar bienes propios mediante el uso o lesión de bienes ajenos de un inocente (dado que “es cualquier cosa menos autoevidente”) sólo puede hallar una respuesta satisfactoria en la noción de solidaridad y no el principio de preponderancia, según cree la *communis opinio*. Una breve pero ilustrativa revisión de los problemas con los que se enfrenta el binomio solidaridad-Derecho penal, en SEELMANN, Kurt, “¿Existen deberes de solidaridad en el Derecho penal?”, en: EL MISMO, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 73-82. Recientemente en nuestro medio, VAN WEEZEL, Alex, “Necesidad justificante y solidaridad”, en: CÁRDENAS ARAVENA, Claudia y FERDMAN NIEDMANN, Jorge (Coords.), *El Derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Santiago: Thomsom Reuters, 2016, pp. 213-229.

²⁶ Cfr. MAÑALICH RAFFO, “El estado de necesidad exculpante”, cit. nota n° 17, p. 720.

²⁷ VAN WEEZEL, “Caso agresor dormido”, cit. nota n° 5, p. 353. Véase *infra*. 2.

²⁸ WILENMANN VON BERNATH, “El fundamento del estado de necesidad”, cit. nota n° 17, texto y nota n° 12. Es muy probable que el criterio de la ponderación de males no sea autosuficiente para rotular de una u otra forma la necesidad; pero afirmar, por ejemplo, que éste “no tiene ninguna relación” con el estado de necesidad exculpante, nos parece excesivo, ya que eso implica aceptar, al menos en principio, que una distancia notoria entre dos males desde el punto de vista de su gravedad no tiene la capacidad para incidir en el decaimiento de la reprochabilidad del autor.

²⁹ Así, ACOSTA SÁNCHEZ, “Artículo 10 n.ºs. 7.º y 11.º”, cit. nota n° 13, p. 696. De la misma opinión, VIDAL MOYA, “Análisis de las características”, cit. nota n° 9, pp. 243-244 y VARGAS PINTO, Tatiana, “¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 N.º 11”, en: VAN WEEZEL, Alex (Editor), *Humanizar y renovar el Derecho penal*, cit. nota n° 13, pp. 747-748 y 757, 760

CASTILLO, Juan Pablo. “El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”.

legislación penal le han negado sistemáticamente³⁰. Se trata, sin embargo, de una lectura que viene desmentida extramuros de la circunstancia, cuando en la primera parte de la disposición se exige la gravedad del mal. El uso del adjetivo no hace sino acotar notablemente el círculo de perjuicios cuya perpetración queda exenta de responsabilidad penal³¹. Pues bien, que dicha exención se explique por un déficit de culpabilidad antes que por una permisón del Derecho responde a que no resulta admisible que los males que debemos soportar los descarguemos contra otras personas con igual o mayor intensidad, salvo que, tal como se desprende de la circunstancia 4ª, el sacrificio sea inexigible, rasgo que se configura sólo cuando el mal alcanza una significación verdaderamente importante. Dicho en otros términos: adherir a la “interpretación amplia” y admitir que el necesitado pueda ampararse en el n° 11 cuando perpetra un mal inferior respecto del que evita, implicaría aceptar que aquél puede razonablemente traspasar al vecino todas sus pequeñas molestias³². Por el contrario, la ausencia del adjetivo en el n° 7 es deliberada: para que el instituto se active tan sólo basta con que el mal provocado sea menor respecto del que se evita, siendo irrelevante si es grave o no³³. Eso explica que constituya un desacierto suponer que la gravedad estaría implícitamente reconocida en la diferencia que ha de existir entre los males que se enfrentan³⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, la relación que existe entre la gravedad del mal y el carácter exculpante de la norma se desprende no sólo de una interpretación de la misma, sino también de un examen de las particularidades de la culpabilidad y de las reglas de exculpación en el contexto de un Estado democrático de Derecho.

Si se concede que la exculpación no precisa de la concurrencia de una alteración psíquica³⁵, ni que nace de la indulgencia del Estado, se advertirá que la pregunta de por qué ciertas conductas antijurídicas son comprensibles sigue sin respuesta. Ésta, bien vistas las cosas, sólo se obtiene si se parte de la premisa que el concepto material de culpabilidad (y, en

³⁰ Tanto el Proyecto de Código penal Silva-Labatut de 1938 como el Proyecto de 1946 proponían una regulación más amplia de la materia, previendo, el primero, “*el que por necesidad menoscaba o destruye un derecho de otra persona o incurre en una omisión, siempre que el mal causado sea igual o menor que el se trataba de evitar...*” y el segundo, con mayor atrevimiento, “*el que por necesidad de muerte, hiere o maltrata a otro o menoscaba o destruye un derecho ajeno o incurre en una omisión, siempre que el mal que se trate de evitar justifique el mal causado...*”. Véase, respectivamente, *Proyecto de Código penal redactado en cumplimiento del Decreto Supremo N 2.996, de 11 de junio de 1937*, Santiago: Dirección General de Prisiones, 1938, p. 10, y *Proyecto de reforma del Código penal: Libro primero. Elaborado por la Comisión designada en el Decreto Supremo número 2.729 de 15 de Junio de 1945*, Santiago: Dirección General de Prisiones, 1946, p. 8. Consignemos, por último, que el Proyecto de Código penal de 2014 (*Boletín 9274-07*, de 10 de marzo de 2014) renuncia a la tradicional técnica legislativa de establecer un elenco de requisitos y de aquilatar *males*, exigiendo una menor o mayor preponderancia del *interés* salvaguardado frente al afectado, según se trate de un estado de necesidad justificante defensivo o agresivo, respectivamente (artículos 21 y 22).

³¹ HERNÁNDEZ BASUALTO, “Comentario al art. 10 n° 11”, cit. nota n° 5, p. 272.

³² Igualmente crítico, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal* (5 vols.), t. IV, Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 249.

³³ Cfr., por todos, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Santiago: Ediciones de la Universidad Católica de Chile, 2009, p. 379.

³⁴ Así, VARGAS PINTO, “¿Tiene la necesidad cara de hereje?”, cit. nota n° 29, p. 751.

³⁵ Ahí reside la importancia de la distinción entre causas de inculpabilidad y causas de exculpación. Sobre el particular, MAÑALICH RAFFO, “El estado de necesidad exculpante”, cit. nota n° 17, pp. 723-727.

definitiva, el concepto mismo de Derecho penal) está determinado por el tipo de relación que se da entre el Estado y los ciudadanos.

Con esa base, los modelos de culpabilidad que se confrontan, a nuestro modo de ver, son dos. En primer lugar, uno que tiende a asociar lo antijurídico (el objeto del reproche) con la infracción del orden de la comunidad. En este modelo, el Derecho penal es conceptualmente inquebrantable y rígido, atributos que explican que las situaciones de inexigibilidad sólo puedan ser apreciadas como un remedio humanitario que concede graciosamente el Estado³⁶. El otro modelo, en cambio, precisa de algo más que la mera lesión del orden de la comunidad para formular el reproche, ya que el agente puede tener razones para haber actuado antijurídicamente. Bajo este concepto –que atribuye relevancia a esas *razones*– el Estado da un paso hacia atrás y son los individuos los que inciden en la configuración de la idea de responsabilidad jurídico-penal y de las correspondientes reglas de exculpación. Para que aquélla y éstas tengan ese origen se precisa de un consenso en el que participen personas con capacidad de sostener sus pretensiones de validez frente a las críticas y de poder y querer modificar sus propias preferencias bajo la presión de razones y argumentos, es decir, de personas que puedan asumir la responsabilidad por sus manifestaciones. Dicho en otro giro: sólo es posible afirmar la validez de la norma y el deber de cumplimiento que de ella emana, en la medida que el individuo tenga la capacidad de posicionarse críticamente frente a sus propias acciones y manifestaciones y haya tenido la oportunidad jurídica e institucional de intervenir en el procedimiento democrático, es decir, sólo si de el sujeto puede predicarse su condición de destinatario y autor de las normas.

Siendo éstas las particularidades de la construcción del concepto de culpabilidad y la forma en que se gestan las correspondientes reglas de exculpación, se advertirá de inmediato el modo en que tiene lugar la relación entre gravedad y exculpación por estado de necesidad. El estándar que ha de satisfacer la acción antijurídica para poder ser exculpada estriba en la comprensión que suscitan los motivos o razones que subyacen en la acción necesaria. En esos términos, el marco de lo comprensible viene determinado por el resultado del consenso, instancia en que tiene lugar (ya que se busca determinar qué conductas forman parte de dicho marco) la pregunta en torno a los rasgos que debe tener el peligro para poner en jaque la subsistencia del sujeto. De esta deliberación se obtiene como lógico corolario que no toda amenaza para ciertos bienes jurídicos significa un peligro para la pervivencia del afectado en tanto sujeto de Derecho, y que no hay espacio, en un modelo así concebido, para que un sujeto exalte sus propios intereses si eso significa el sacrificio de la posición de otro. Expresado en términos positivos: por un lado, se identifican los bienes cuyo peligro desencadena una situación de necesidad exculpante y las condiciones indispensables de la capacidad de imputación y, por otro, la determinación de esa coincidencia es de carácter intersubjetivo, lo que implica prescindir del valor concreto que el agente le confiere al bien. Pues bien, es incontrovertible que la triada vida, integridad corporal y libertad ambulatoria satisface el estándar anterior. La vida constituye la base de toda existencia y constituye el

³⁶ En modelos de esta ralea “la comunidad es lo sustantivo, y el individuo un accidente; aquélla es un fin en sí, permanente y hasta eterna, y éste no es más que un mero instrumento caduco y transitorio”, como bien sintetiza DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, “Orden político y orden penal”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. 22, Nº 2 (1995), p. 206.

CASTILLO, Juan Pablo. “El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”.

sustrato físico del conjunto de derechos de todo individuo. Por su parte, la integridad corporal y la libertad ambulatoria son indispensables para que el sujeto tenga la posibilidad individual de participar de los procesos sociales. Sin embargo, entre la vida y los otros dos hay una diferencia: la lesión de la primera implica necesariamente su desaparición, mientras que la afectación de la integridad corporal y de la libertad ambulatoria es graduable y no siempre trasciende a otros intereses. Por eso es que no bastará cualquier peligro para esos intereses, sino que será preciso que la amenaza a la integridad y la libertad alcance un nivel mínimo de gravedad capaz de comprometer seriamente el futuro del sujeto en tanto persona deliberativa, es decir, participe del proceso de creación de reglas de exculpación. El umbral de la gravedad representa simultáneamente la entrada a la situación de necesidad exculpante³⁷.

Esa coincidencia permite aterrizar lo que antes señalamos en términos abstractos: si el sujeto responde frente a una amenaza nimia a su salud con una lesión algo más importante, no entrará en consideración la excusa. Lo mismo correspondería concluir frente a una privación breve de la libertad que no constituye un obstáculo para el desenvolvimiento futuro del sujeto. Se advertirá que en esta fase del análisis corresponde determinar si el mal amenaza o no de forma irreparable al bien jurídico.

Sin embargo, lo dicho precedentemente no significa que otros bienes no puedan condicionar la capacidad futura del sujeto en el intercambio social. Ese efecto lo pueden generar, ciertamente con menor frecuencia, atentados contra la libertad sexual, el honor o incluso el patrimonio. De hecho, eso es precisamente lo que acontece en los supuestos de peligro de pérdida insustituible de un patrimonio (no cubierto por un seguro) a causa de un incendio o de ataques graves a la libertad sexual que repercuten en la capacidad futura del sujeto³⁸.

De la constatación anterior, se advierte cuál es la sugerencia técnico-legislativa del modelo descrito: no parece prudente descartar de plano la incidencia exculpante que puede tener el peligro para bienes jurídicos distintos de la vida, integridad corporal o libertad ambulatoria. La única forma para lograr la coherencia entre la exigente y su fundamento pasa por exigir un mal o peligro grave, donde la gravedad, según se sostuvo, apunta a la intensidad del riesgo para el bien jurídico en tanto elemento que le permite al sujeto intervenir en las relaciones sociales³⁹. Lo uno y lo otro se aprecia en el artículo 10 n° 11 del Código penal: tanto la presencia del adjetivo en el encabezado de la disposición, como la no exclusión *ab*

³⁷ Un trabajo como este impide adentrarse en los detalles del concepto democrático de culpabilidad y de reglas de exculpación más allá de lo funcional a su propósito. Esa limitación explica que no se profundice en los detalles ni en los matices que ambos generan. Lo mismo cabe decir respecto del concepto de persona deliberativa, que no podemos desarrollar acá fuera de su incidencia en la creación de las reglas de exculpación. Hemos procurado dar un esbozo de la teoría con los elementos que hemos considerado indispensables para identificar su relación con la gravedad del mal y el problema de los bienes jurídicos susceptibles de sacrificio. Para un análisis en detalle, véase MARTÍN LORENZO, María, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 274-318.

³⁸ Así, ZAFFARONI, *Tratado*, cit. nota n° 32, p. 249.

³⁹ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*. cit. nota n° 37, pp. 421-426.

initio de los bienes jurídicos susceptibles de sacrificio cuando se lee que el mal grave ha de recaer en la persona o derecho del necesitado o de un tercero, son incontrovertibles.

1.4. La circunstancia 4ª y el sentido de la referencia a lo “exigible”.

En cuanto atañe a la circunstancia 4ª, Hernández señala que la alusión a lo “razonablemente exigible” constituye una referencia inequívoca, aunque no del todo clara en cuanto a su sentido específico⁴⁰, a la idea de exigibilidad de otra conducta, fundamento material de la culpabilidad normativamente entendida⁴¹. En substancia, Hernández sostiene que la expresión en cuestión constituye “una referencia a factores objetivos que excluyen en general la exigibilidad de otra conducta y que, si bien no están explicitados, son susceptibles de descubrimiento por vía interpretativa”⁴². En particular, la función que cumple la circunstancia es la de aclarar que la eximente no procederá cuando el mal haya sido intencionalmente originado por el sujeto que actúa necesariamente o cuando éste, por su oficio o cargo, tenga la obligación de exponerse al peligro. Al mismo tiempo, la circunstancia prevé la exclusión de la eximente cuando, actuando a favor de un tercero, éste haya tenido incidencia en el origen del mal o por su cargo u oficio deba exponerse al peligro y quien actúa tiene un conocimiento real o potencial de dicha coyuntura.

Si el razonamiento de Hernández –según nos parece⁴³– pretende hallar en esta circunstancia la prueba inequívoca de su carácter exclusivamente exculpante, su argumentación obstaculiza el objetivo, ya que para respaldar su interpretación establece un parangón entre la circunstancia en cuestión y lo que a este respecto prevén las normas española, italiana y alemana, obviando el hecho que, al menos en lo que concierne a las dos primeras, la discusión vernácula respecto de su naturaleza jurídica (justificante o exculpante) está lejos de ser concluyente⁴⁴. Bastaría con suscribir la tesis de que una y otra disposición excluyen,

⁴⁰ HERNÁNDEZ BASUALTO, “Comentario al artículo 10 n° 11”, cit. nota n° 5, p. 274, descarta la posibilidad de que la fórmula “razonablemente exigible” constituya una referencia a “un último espacio de apreciación judicial del caso concreto, no sujeto a mayores orientaciones normativas, algo así como una apelación a la «empatía» del tribunal”, ya que de lo contrario no se explicaría el esfuerzo del legislador por regular minuciosamente y objetivamente los requisitos de la eximente.

⁴¹ Que es la que, a nuestro juicio, se contiene en el Código penal chileno. Cfr. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, “El principio de culpabilidad en el Código penal chileno”, en: DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel (Ed.), *Actas de las jornadas internacionales de Derecho penal en celebración del centenario del Código penal chileno*, Valparaíso: Edeval, 1975, p. (49-126) 64.

⁴² HERNÁNDEZ BASUALTO, “Comentario al artículo 10 n° 11”, cit. nota n° 5, p. 274. Cuando se interpreta, a partir del tenor de la circunstancia 4ª, que la exculpante no procederá tratándose de aquellas personas que por su oficio, instrucción, experiencia vital, etc., han de soportar ciertos riesgos, se aprecia de forma paladina el vigor que conserva la teoría de las normas de cultura de Max Ernst Mayer. De esta y otras manifestaciones de la vigencia del sistema mayeriano discurre GÚZMAN DALBORA, José Luis, “La teoría de las normas de cultura en la vida de su autor y en la ciencia penal de hoy”, en: EL MISMO, *Cultura y delito*, Bogotá: Temis, 2010, pp. (1-18) 11 y ss., y, en lo específico, 17.

⁴³ En efecto, tras identificar algunos inconvenientes que puede originar una inadecuada comprensión de la circunstancia 3ª, señala que una correcta interpretación de la circunstancia 4ª “tendrá una importancia superlativa”, HERNÁNDEZ BASUALTO, “Comentario al artículo 10 n° 11”, cit. nota n° 5, p. 274.

⁴⁴ “Comentario al artículo n° 11”, cit. nota n° 5, pp. 274 y 275. Y otro tanto puede decirse del artículo 34 del Código penal suizo, inspiración inmediata de la norma chilena, según declara CURY URZÚA, “El estado de necesidad”, cit. nota n° 9, p. 251. Una exhaustiva revisión de la discusión italiana, en VIGANÒ, *Stato di*

CASTILLO, Juan Pablo. “El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”.

según las particularidades del caso, la antijuridicidad o la culpabilidad, para advertir que el requisito en cuestión (u otro de carácter análogo) no es una nota distintiva o exclusiva del estado de necesidad exculpante o que es perfectamente compatible con la versión justificante. De hecho, es precisamente esto último lo que retruca Cury cuando afirma que la obligación de tolerancia que nace de la provocación intencional del peligro (que es el sentido que atribuye a la circunstancia 4ª), pese a no figurar expresamente en el artículo 10 n° 7, constituye un requisito implícito reconocido por la doctrina y la jurisprudencia⁴⁵.

Si bien es efectivo que buena parte de la doctrina nacional considera que no hay estado de necesidad justificante cuando el autor produce intencionalmente el peligro previendo la lesión del bien jurídico menos valioso para superarlo⁴⁶, esta lectura es igualmente susceptible de un importante reparo. En efecto, es posible sostener que este presupuesto, lejos de comparecer de forma implícita, está expresamente contenido al interior de la voz “mal”. Toda vez que el Código la emplea lo hace para referirse, indistintamente, a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicamente reconocidos y tutelados, es decir, concibiéndola como un *quid* antijurídico u opuesto a Derecho⁴⁷. Por ello es que se puede concluir que, *a contrario sensu*, concurren razones sistemáticas, lógicas y teleológicas para señalar que no constituye un *mal* aquello que el ordenamiento jurídico impone a ciertos individuos, aun cuando éstos lo aprecien subjetivamente como tal. Precisamente esto es lo que ocurre con el sujeto que crea intencionalmente las condiciones de procedencia de una causa de justificación o con aquellas personas que por su profesión, cargo u oficio, tienen que lidiar con ciertos peligros. En casos de esta índole el deber de tolerar el peligro deja de constituir un mal en sentido legal, y la colisión de derechos y obligaciones es puramente aparente. En breve: el ordenamiento ya ha manifestado cuál es el derecho u obligación que ha de prevalecer⁴⁸.

Pues bien, si esta es la forma por la que se inclina el legislador para regular la circunstancia en examen en el artículo 10 n° 7, la circunstancia 4ª necesariamente ha de tener una significación diferente, que es la que correctamente le atribuye Hernández⁴⁹.

necessità e conflitti di doveri., cit. nota n° 6, pp. 114 y ss. Para el contexto español, véase MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, cit. nota n° 37, pp. 362 y ss.

⁴⁵ CURY URZÚA, “El estado de necesidad”, cit. nota n° 9, p. 255, y bibliografía citada en la nota n° 16.

⁴⁶ Así, por ejemplo, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho penal*, t. I (único publicado), Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1997, p. 388.

⁴⁷ Excepción constituida por los artículos 184 y 332, que la emplean como adjetivo. La lectura que hace el texto de la expresión está ratificada por el sentido que ésta tiene también en los artículos 1 inciso 3°, 10 n° 8 y 11°, 11 circunstancia 7ª, 12 circunstancia 4ª, 46, 69, 145, 226, 269, 296, 297, 491, 494 n° 18 y 496 n° 17 del Código. Se trata, por lo demás, de una interpretación transversalmente compartida por la doctrina nacional. Cfr., por todos, GUZMÁN DALBORA, José Luis, *El delito de amenazas*, Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1999, pp. 284-289.

⁴⁸ Así, NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*. 2 vols. 3ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 365. Se refiere a esta interpretación, pero no advirtiendo que con ella se obtiene una pista en torno a la naturaleza del precepto, VARGAS PINTO, “¿Tiene la necesidad cara de hereje?”, cit. nota n° 29, p. 759.

⁴⁹ Obviando, además, que ya es de suyo forzado atribuirle a la inequívoca expresión “razonablemente exigido”, tan cargada de contenido, un sentido no relacionado con la exigibilidad como barómetro de la reprochabilidad del acto.

Por último, consignemos que la tesis que considera que la circunstancia 4ª constituye una exigencia para ambas formas de estado de necesidad es, a nuestro modo de ver, susceptible de otra objeción. A juzgar por su argumentación, no creemos excesivo imputarle un traslado injustificado de la exigibilidad al campo de la antijuridicidad o que deslice que la inexigibilidad tenga la palabra al momento de certificar la concurrencia de una causa de justificación⁵⁰. De lo contrario no se explica, por ejemplo, que se sostenga que la circunstancia 4ª, “siendo común al estado de necesidad justificante y exculpante”, se estructura de forma análoga a cuanto prevé el artículo 18 del Código penal suizo⁵¹. Esta norma, cuyo rótulo reza “culpabilidad, dolo y culpa”, además de señalar que la tipicidad culposa concurre sólo si la ley así lo establece, afirma que la actuación dolosa precisa de un actuar consciente y voluntario, en tanto que la culposa presupone la no previsión negligente de las consecuencias del mismo cuando aquélla le era exigible al agente a partir de las circunstancias del caso o de sus condiciones personales. Los términos de esta disposición son lo suficientemente inequívocos para concluir que, en uno y otro caso, lo que se busca determinar es si el reproche (y no el injusto) es admisible, tarea que implica llevar a cabo un juicio subjetivo y personal.

La discusión filosófica que subyace al problema es antigua y está, en lo que atañe al estado de necesidad allí donde ésta se gestó –Alemania–, legislativamente zanjada: que sólo el § 35 del *StGB* (estado de necesidad exculpante) y no así el justificante (§ 34 del *StGB*) contemple la exclusión del instituto cuando “al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque él mismo ha causado el peligro o porque él estaba en una especial relación jurídica”⁵², es sintomático del rechazo que suscita la inteligencia que concibe la exigibilidad e inexigibilidad como un principio regulativo, esto es, como una mera fórmula que cumple una función delimitadora no sólo en el terreno de la culpabilidad, sino también en el de la tipicidad y –en lo que nos interesa– el injusto⁵³. Conforme a esta comprensión del argumento, la exigibilidad, en tanto principio regulativo con proyección generalizadora, sólo cumpliría la tarea de suministrar al juez una directriz u orientación para la elaboración *in concreto* de la regla pertinente al caso. Esto implica aceptar, sin embargo, que la exigibilidad estaría desprovista de cualquier consideración de

⁵⁰ Así, VIDAL MOYA, “Análisis de las características”, cit. nota n° 9, pp. 242-243.

⁵¹ O que se la explique a partir del § 35 *StGB* (estado de necesidad exculpante), obviando que el justificante (§ 34) prescinde de una circunstancia de este tenor. Así, por ejemplo, ACOSTA SÁNCHEZ, “Artículo 10 n°s 7° y 11°”, cit. nota n° 13, p. 708.

⁵² En esta línea, no deja de ser ilustrativo que la inclusión del requisito de la inexigibilidad haya sido inmediatamente descartada en la discusión sobre el estado de necesidad justificante en el seno de la *große Strafrechtskommission*, constituida en 1954, y encargada de ofrecer un proyecto de Código penal en la Alemania de la postguerra. Véase, en detalle, VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri.*, cit. nota n° 6, p. 385. Por su parte, quienes interpretan el artículo 54 del Código penal italiano exclusivamente como un estado de necesidad exculpante afirman que el particular deber jurídico de exponerse al peligro “es del todo coherente con su naturaleza exculpante”. Así, MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*. 4ª ed., Milano: Giuffrè, 2012, p. 273.

⁵³ Paradigmático, HENKEL, Heinrich, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, Trad. directa del alemán y Notas por GÚZMAN DALBORA, José Luis, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 78. Adhiere a la tesis henkeliana MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, Parte general*. 6ª ed., revisada y puesta al día, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 332, 391 y 392. Un análisis desde la perspectiva de la evolución y desarrollo histórico del principio de inexigibilidad y el lugar que en él ocupa la teoría de Henkel, en FORNASARI, Gabriele, *Il principio di inesigibilità nel Diritto penale*, Padova: Cedam, 1990, pp. 150-156.

CASTILLO, Juan Pablo. “El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”.

valor y que constituye una cláusula neutra, formal y carente de contenido, a diferencia de cuanto acontece con los principios normativos (que llevan en sí una medida de valor y una norma de juzgamiento).

Como se percibe, el precio que impone esta tesis es altísimo. Concebirla como un mero criterio metodológico con el que se resuelven los problemas interpretativos de los casos límites implica necesariamente subvalorar su carácter de presupuesto o soporte material del juicio de reproche. En definitiva, extrapolar la exigibilidad al terreno de lo injusto y admitir que el linde entre culpabilidad y su supuesto objetivo, la antijuridicidad, sea poco nítido, implica convivir con la incertidumbre respecto de su contenido y destinatario, es decir, sin definir con precisión exigibilidad de qué y a quién, con lo que ésta deviene inmanejable y poco precisa⁵⁴.

2. La tesis de van Weezel. Descripción y crítica.

Formuladas estas reservas, sin embargo, el camino para la tesis del carácter exclusivamente exculpante no está del todo despejado.

Del análisis de una sentencia de nulidad dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, Alex van Weezel adscribe a una posición que se distancia de todas las que hemos evaluado, razón que explica su examen separado.

En lo específico, se trataba del fallo que acogió el recurso de nulidad interpuesto en contra de una sentencia que, invocando el estado de necesidad del artículo 10 n° 11, *exculpó* del delito de parricidio a una mujer que mató con un disparo a su conviviente maltratador mientras dormía. De su análisis, van Weezel advierte una “parca y oblicua” referencia de la Corte a la circunstancia 4ª que en su concepto sería indiciaria de la naturaleza exclusivamente justificante que tendría la norma⁵⁵. A su juicio, el precepto regula simultáneamente la forma agresiva y defensiva del estado de necesidad justificante, en tanto que el exculpante se encuadraría dogmáticamente en el artículo 10 n° 9 del Código.

Sin entrar en las particularidades del caso, los argumentos desarrollados por el autor para construir su interpretación de la norma pueden sintetizarse de la forma que siguen:

- a) La inexigibilidad, en tanto premisa de la exculpación por estado de necesidad, designa un contexto de anormalidad que impide que el sujeto cumpla la norma. En esos términos, la circunstancia 4ª carecería de sentido, “pues se limitaría a señalar

⁵⁴ Una exposición de la matriz filosófica del sistema henkeliano y una explicación más pormenorizada de la crítica de la que es objeto, en GÚZMAN DALBORA, José Luis, “Heinrich Henkel y la exigibilidad de otra conducta como principio regulativo”, en: EL MISMO, *Figuras y pensamientos del Derecho penal contemporáneo*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2014, pp. (145-160) 151-152 y bibliografía allí citada.

⁵⁵ VAN WEEZEL, “Caso agresor dormido”, cit. nota n° 5, pp. 338-338 y 343-344. Sobre el particular, cabe tener en consideración que la Corte acogió el recurso interpuesto basándose en la causal prevista en el artículo 374 letra e) del Código procesal penal, lo que explica, conforme lo declara expresamente, que haya optado por prescindir de emitir pronunciamiento sobre la causal deducida en subsidio: la errónea aplicación del artículo 10 n° 11. El fallo en cuestión es el que tuvimos ocasión de citar en la nota n° 5.

que «la conducta conforme a derecho es exigible cuando es exigible»; o bien, «no se reconoce inexigibilidad cuando el sujeto se le pudo exigir otra conducta»⁵⁶.

- b) La posibilidad de que la norma se active cuando un sujeto actúa a favor de un tercero con el que no tiene ninguna clase de vínculo o relación, no explicaría el carácter personalísimo que tiene la inexigibilidad de otra conducta, la que se configura cuando la actuación conforme a Derecho implica una renuncia a la propia existencia⁵⁷.
- c) Por último, la obligación escoger el medio menos perjudicial y la ponderación de bienes o males serían características del ámbito de la justificación y no de la exculpación. Dicho con sus palabras, las circunstancias 2ª y 3ª no hallan “un lugar cómodo como elementos para la valoración de una situación de inexigibilidad”⁵⁸, ya que por lo general la situación por la que atraviesa el necesitado impide un examen calibrado de la subsidiariedad y de la ponderación. Además, el juicio en torno a la concurrencia efectiva de la inexigibilidad de la conducta sería de carácter retrospectivo y lo lleva a cabo el juez de la causa, mientras que la ponderación de bienes o males es prospectiva y la ejecuta, en primer lugar, el destinatario de una norma de conducta, y sólo en un segundo momento el juez, “que, de algún modo, ha de ponerse en su lugar”⁵⁹.

Si estas razones gozan de sentido –continúa van Weezel–, el requisito clave para captar la naturaleza del artículo 10 n° 11 sería la circunstancia 3ª, que “funciona como reguladora entre los dos estados de necesidad justificantes”⁶⁰. Así, cuando se trate de un estado de necesidad defensivo, corresponderá determinar si quien padece la acción necesaria, además de ser competente por el mal o peligro, es o no culpable del mismo. En caso afirmativo, el hecho estaría justificado incluso si de la acción necesaria se sigue un mal superior respecto del que se evita, aunque con el límite de que no lo sea en términos sustanciales. Cuando el destinatario de la acción necesaria no es culpable, en cambio, “el hecho estará justificado sólo si el balance final es, al menos, mínimamente positivo”⁶¹. Cuando la norma rija como estado de necesidad justificante agresivo, a su turno, el hecho estará justificado en la medida que lo positivo sea muy preponderante frente a lo negativo, “porque el principio de solidaridad mínima justifica únicamente aquellas acciones de salvaguarda que se realizan en situaciones de catástrofe”⁶².

A nuestro modo de ver, las razones de su interpretación son objetables.

⁵⁶ VAN WEEZEL, “Caso agresor dormido”, cit. nota n° 5, p. 352.

⁵⁷ VAN WEEZEL, “Caso agresor dormido”, cit. nota n° 5, p. 352 y nota n° 18.

⁵⁸ VAN WEEZEL, “Caso agresor dormido”, cit. nota n° 5, pp. 352-353.

⁵⁹ VAN WEEZEL, “Caso agresor dormido”, cit. nota n° 5, p. 353.

⁶⁰ VAN WEEZEL, “Caso agresor dormido”; cit. nota n° 5, p. 354.

⁶¹ VAN WEEZEL, “Caso agresor dormido”, cit. nota n° 5, p. 353.

⁶² VAN WEEZEL, “Caso agresor dormido”, cit. nota n° 5, p. 353. Sobre el particular, el autor ha vuelto recientemente en VAN WEEZEL, “Necesidad justificante y solidaridad”, cit. nota n° 25, pp. 220-221 y 226-229.

CASTILLO, Juan Pablo. “El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”.

En primer término, la supuesta circularidad de la circunstancia 4ª implica interpretarla prescindiendo de buena parte de su contenido. Todavía más: no es posible apreciar claramente cómo llega a esta interpretación luego de establecer correctamente la relación que existe entre exculpación, estado de necesidad e inexigibilidad. Si el razonamiento puede sintetizarse en algo así como “en la lógica del estado de necesidad exculpante es redundante incluir un requisito que se refiera a la inexigibilidad, toda vez que ésta concurre por definición”, otro tanto podría decirse de requisitos esenciales del instituto que, no obstante, comparecen en otras partes de la norma, como ocurre con el mal grave. Tal como sostuvimos precedentemente, la circunstancia en examen constituye un límite a la procedencia de la exculpante cuya única particularidad consiste en figurar en términos negativos. Lejos del pobre alcance que le atribuye van Weezel, es probable que esta sea la parte más rica de la norma desde el punto de vista de las posibilidades que ofrece su interpretación, toda vez que impone medir la reprochabilidad del acto teniendo a la vista las normas de cultura que afectan al necesitado⁶³.

Las reservas que merece el segundo argumento derivan del exceso en el que incurre la premisa de la que se parte. Ella consiste en la negación *a priori* de que en el ámbito de la exculpación puedan darse vínculos de fraternidad entre quienes forman parte de una comunidad⁶⁴. Este razonamiento supone reputar fácticamente inconcebible que el bienestar de un tercero, con el cual no se tiene vínculo alguno, determine la subjetividad de una persona (en este caso, el auxiliador). La presencia en nuestra legislación penal de instituciones que efectivamente responden a una “antropología individualista”, no implica asumirla como una decisión definitiva y general a la que no sea posible hacerle frente en el plano teórico y legislativo. En esto lleva razón Mañalich cuando sostiene que “no hay razón alguna por la cual una situación (objetiva) que sirve de contexto a un comportamiento altruistamente motivado no pueda volver jurídicamente comprensible, y en tal medida excusable, una falta de reconocimiento de la norma como razón eficaz para la acción en la concreta situación de peligro para uno o más bienes jurídicos ajenos”⁶⁵.

La veracidad del tercer argumento, a su vez, puede relativizarse por las mismas razones que cuestionan la identificación entre el estado de necesidad exculpante y otras causas de exculpación que exigen, indefectiblemente, una perturbación anímica que impida o dificulte cualquier clase de razonamiento. Incluso concediendo que, por regla general, la subsidiariedad y la ponderación efectivamente no hallan “un lugar cómodo como elementos para la valoración de una situación de inexigibilidad”⁶⁶, es excesivo concluir que no puedan

⁶³ Sobre el particular, elemental, MAYER, Max Ernst, *Normas jurídicas y normas de cultura*, Trad. y Prólogo por GUZMÁN DALBORA, José Luis, Buenos Aires: Hammurabi, 2000, pp. 61 y ss., y *Filosofía del Derecho*, Trad. de la segunda edición original por LEGAZ LACAMBRA, Luis, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2015, pp. 76 y ss. En el plano de la culpabilidad, una de las prendas de mayor valor del sistema mayeriano consiste en ofrecer un criterio alternativo al del “ciudadano medio” al momento de enjuiciar la exigibilidad del comportamiento adecuado a Derecho, consistente en la consideración “a las coordenadas estimativo-materiales dentro de y según las cuales el agente desarrolla su vida interindividual”, como bien sintetiza GÚZMAN DALBORA, “La teoría de las normas de cultura”, cit. nota n° 36, p. 17.

⁶⁴ Una sucinta pero certera crítica a las razones de Roxin para oponerse a la restricción que en este sentido se aprecia en el § 35 *StGB*, en CURY URZÚA, “El estado de necesidad”, cit. nota n° 9, p. 257-258.

⁶⁵ MAÑALICH RAFFO, “El estado de necesidad exculpante”, cit. nota n° 17, pp. 735-736.

⁶⁶ VAN WEEZEL, “Caso agresor dormido”, cit. nota n° 5, p. 352.

comparecer e incidir en la decisión que finalmente adopta quien obra amparado por un estado de necesidad exculpante.

En fin, el grado de convicción de esta tesis disminuye todavía más si se tiene en consideración que el diagnóstico, independientemente de los argumentos que lo respaldan, es en sí mismo cuestionable. Ya hemos desarrollado nuestra interpretación de la circunstancia 3ª y los motivos por los que hemos descartado que la norma regule un estado de necesidad justificante agresivo y defensivo. Sólo añadamos a nuestra crítica una observación frente a lo que juzgamos constituye un argumento adicional. Van Weezel reconoce que la letra de la ley no ratifica su interpretación, pero eso –sostiene– no ha de implicar su desestimación, ya que la ley también guarda silencio respecto de materias en las que existe consenso doctrinal y jurisprudencial, como ocurre con la exigencia de proporcionalidad y las limitaciones ético-sociales en la legítima defensa⁶⁷. La explicación, sin embargo, es discutible. Al menos desde la comprensión humanista del Derecho penal, la proporcionalidad admite ser reconstruida como *fundamento* de la legítima defensa y no degradada al estatus de mera exigencia o requisito, es decir, a una cuestión de técnica-legislativa. Que se trate del fundamento y no de una circunstancia que ha de concurrir para su configuración concreta, explica el silencio de la ley al respecto⁶⁸.

El modelo descrito se cierra cuando se asume que el estado de necesidad exculpante se encuadra dogmáticamente en el artículo 10 n° 9 del Código. Esta lectura, sin embargo, implica soslayar su fisonomía e identificarla con una circunstancia que tiene sus propias particularidades. A este respecto, tan sólo basta tener en cuenta que el estado de necesidad exculpante, conceptualmente hablando, puede configurarse incluso si no media una coacción intimidatoria ajena o si el necesitado actúa sin temor o perturbación anímica, rasgos respectivamente indispensables en la fuerza irresistible y en el miedo insuperable⁶⁹.

3. Balance y conclusiones.

Por esta vía es posible despejar algunas de las dudas sobre el carácter del nuevo estado de necesidad que derivan de la ambigüedad de la norma. Ceder a la tentación de inclinarse por la tesis de Cury y Acosta dada la cercanía que tuvieron en la génesis de la norma finalmente aprobada supondría incurrir en una falacia *ad verecundiam*, un error metodológico y científico que el dogmático no puede permitirse. Por lo demás, no deja de ser ilustrativo que la tesis a que adscribe este análisis venga corroborada desde dos respuestas disímiles ante la pregunta sobre el *objeto* de la interpretación. En efecto, tanto la teoría que concibe que éste consiste en el hallazgo y determinación de la voluntad subjetiva, psíquica, real o empírica del legislador, como aquella que considera que el cometido del intérprete consiste en encontrar *sólo* en la ley –prescindiendo de quién le dio origen– su sentido o significado

⁶⁷ “Es cierto que todo esto no lo dice expresamente la ley”, VAN WEEZEL, “Caso agresor dormido”, cit. nota n° 5, p. 354.

⁶⁸ Sobre el particular, GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Dignidad humana y «moderatio» en la legítima defensa”, en: EL MISMO, *Cultura y delito*, cit. nota n° 42, pp. 93-133.

⁶⁹ Por tratarse de una observación sobre la que se ha discurrido bastante, véase solamente CURY URZÚA, “El estado de necesidad”, cit. nota n° 9, pp. 262-263 y MAÑALICH RAFFO, “El estado de necesidad exculpante”, cit. nota n° 17, pp. 741-742. Se advertirá que en esta parte se adhiere a la doctrina mayoritaria que reputa la fuerza irresistible como una causa de exculpación y no como una causa que excluye el acto.

CASTILLO, Juan Pablo. “El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”.

propio inmanente, reconocen su carácter exclusivamente exculpanente. Aunque en caso alguno subordinemos la interpretación a lo contenido en los trabajos preparatorios y conocer a través de ellos la *voluntad del legislador*⁷⁰ –y valga lo anterior como nuestra prevención ante el primer argumento de Hernández–, es sencillo desprender de su revisión que no existió la intención de modificar el estado de necesidad justificante. Las disquisiciones contenidas en el apartado precedente, por su parte, buscaron explicar la norma a partir del planteamiento *objetivista*, es decir, de aquel que busca el sentido de la ley en ella misma.

Pues bien, cualquiera que sea la lectura que se haga del alcance del artículo 10 n° 11 del Código penal, es posible concluir, en primer término, que la argumentación disponible hasta ahora no escapa de matices, prevenciones o críticas. Sin embargo, de lado y lado, este defecto no es del todo imputable al intérprete: las dificultades con las que se enfrenta se explican a partir de la ambigüedad de una norma que se insertó en una reforma cuyo propósito original no tenía previsto alterar el estado de necesidad, sino liquidar penalmente –lo que es político-criminalmente opinable– acaso la más nefasta manifestación de la estructura patriarcal de la sociedad chilena; al menos eso se desprende del análisis de la moción con la que comienza su tramitación⁷¹. Dicho brevemente: el objetivo de una regulación técnicamente más perfecta del estado de necesidad exculpanente sólo podía encontrar obstáculos en el contexto de una discusión de un problema específico y –peor aún– de carácter extrapenal.

Por otra parte, la equivocidad que a ratos exhibe la disposición condiona al intérprete a acometer su empresa valiéndose de una metodología particular. Una interpretación compartimentada de cada una de las circunstancias sólo lo puede llevar a inclinarse por una u otra tesis por mera intuición o necesidad práctica, mas no por razones dogmáticas. En cambio, empleando el método lógico⁷² advertirá que el sentido de la circunstancia 3ª no se capta con suficiente nitidez sin tener presente que su encabezado adjetiva el mal como grave y que circunscribe el sacrificio a bienes jurídicos de carácter personalísimo, indispensables para el desenvolvimiento del individuo. Sólo trazando esta relación es posible descartar que el tenor de la circunstancia comprenda los males inferiores que se irrogan para evitar otros de mayor relevancia y, de paso, el pretendido alcance justificante del precepto.

⁷⁰ Para una análisis del origen y evolución de ambas teorías y una razonada crítica al “culto a los materiales”, como suele ser denominada la actitud que nace de la segunda de estas teorías, véase DE RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel, *División y fuentes del Derecho positivo*, Valparaíso: Edeval, 1968, pp. 169-171. Crítico frente a la noción de “voluntad del legislador”, MAÑALICH RAFFO, “El estado de necesidad exculpanente”, cit. nota n° 17, pp. 717-718 y, sobre todo, nota n° 8.

⁷¹ De tres artículos, ésta pretendía introducir simbólicamente la expresión *femicida* al interior del tipo de parricidio para referirse al agente cuya víctima había sido su cónyuge, conviviente o, en general, cualquier mujer con la que aquél estaba o haya estado ligado por alguna relación afectiva; restringir, en seguida, la aplicación de la atenuante contemplada en la circunstancia 5ª del artículo 11 del Código punitivo, normalmente invocada por la defensa de los victimarios, y, finalmente, eliminar la posibilidad de acceso a la libertad condicional de los condenados por delitos “especialmente graves de connotación familiar”. Cfr. *Historia de la Ley n° 20.480*, cit. nota n° 3, pp. 5 y 6.

⁷² Al menos como se lo concibe desde la *Escuela histórica*, esto es, como aquel cuyo objetivo es la identificación de la relación lógica entre las diversas partes de una disposición. En detalle, RIVACOBAY RIVACOBAY, *División y fuentes*, cit. n° 69, pp. 146-167.

A su vez, razonando sistemáticamente, es decir, combinando, concordando y relacionando algunos pasajes de la norma con elementos situados fuera de ella, también se reconoce el carácter de la eximente⁷³. De la confrontación entre la circunstancia 4ª y el sentido que cabe atribuir a la expresión *mal* en el artículo 10 n° 7 es posible ratificar la función que aquella desempeña: fungir como un barómetro con el que se mide la exigibilidad o inexigibilidad del sacrificio. Con un razonamiento análogo cabe defender el carácter exclusivamente exculpante de la disposición –y concédasenos añadirlo aquí como argumento adicional– si se tiene en cuenta la diferencia entre el artículo 10 n° 11 y el n° 12, norma de incontrovertible estructura dual prevista a propósito de los delitos de omisión. Si, por el contrario, se advierte que es evidente que esta técnica legislativa no fue replicada en este caso, ello ha de ser indiciario del propósito más modesto de la nueva disposición: sólo exculpar, *ceteris paribus*, ante una situación de necesidad. Por esta vía, en fin, se aprecia que muchas de las respuestas no requerían del auxilio legislativo o científico foráneo, máxime si las referencias de Derecho y doctrina comparada que tuvimos ocasión de citar admiten matices dogmáticos o francas censuras filosóficas.

Cerremos estas conclusiones enunciando la consecuencia más nota de la tesis contenida en este análisis. Del carácter exclusivamente exculpante de la nueva norma, se sigue la vigencia normativa del estado de necesidad justificante del artículo 10 n° 7⁷⁴, disposición que ha sabido eludir con éxito acaso el salto de cualidad más importante experimentado por el instituto. Dando por descontado que el primero consistió en declararlo una causa de justificación de carácter o alcance general⁷⁵, la norma chilena se ha negado a admitir la irrogación justificada de males a bienes jurídicos distintos de la propiedad ajena⁷⁶. Explorar en las razones que subyacen a esta negativa probablemente escape al propósito de estas

⁷³ Nos anticipamos a prevenir que el intérprete, a fin de sortear los dardos que, no sin razón, suelen dirigirse en contra de este método, debe emplearlo con sumo tiento. En concreto, debe ser cauteloso y evitar sobrevalorar los resultados que ministre y que le lleven a creer que todas las instituciones y reglas de Derecho componen una vasta unidad, un organismo natural, en la que unos elementos están en relación con otros y reciben de ellos su sentido, toda vez que esto implica desconocer –y así reza la crítica– que el Derecho es un fenómeno cultural, un producto humano y, por ello, imperfecto. Cfr. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *División y fuentes*, cit. nota n° 69, p. 151.

⁷⁴ Así también, VARGAS PINTO/HENRÍQUEZ HERRERA, “La defensa de necesidad en la regulación penal chilena”, cit. nota n° 14, p. 36.

⁷⁵ Así, SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino* (5 vols.) t. I, 10ª reimpresión, actualizado por FIERRO, Guillermo J., Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992, p. 468, donde se lee: “La superación que la doctrina y la codificación modernas importan con relación a las anteriores consiste, precisamente, en haber extraído de disposiciones aisladas, en especial del tema del hurto, la cuestión del estado de necesidad, para hacer de ella una causa genérica de justificación”.

⁷⁶ La estrechez del estado de necesidad justificante se explica, según LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal* (2 vols.), t. I, 9ª ed., actualizada por el profesor ZENTENO VARGAS, Julio, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 104, por el hecho de que la época de dación del Código penal coincidió sólo con los primeros tiempos de la teoría del estado de necesidad. Sin embargo, es pertinente relativizar la afirmación desde el momento que en la sesión 121 (de 14 de marzo de 1873) de la Comisión redactora del Código penal se puede leer: “En la segunda circunstancia manifestó el señor Fabres que creía necesario conceder la exención no solo en el caso de un mal mayor sino también cuando sea igual al que se causa”. Cfr. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel (Dir.), *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión redactora, Edición crítica con motivo de su centenario* Valparaíso: Edeval, 1974, p. 465. Una explicación desde los fundamentos de esta restricción, en VAN WEEZEL, “Necesidad justificante y solidaridad”, cit. nota n° 25, pp. 219-220

CASTILLO, Juan Pablo. “El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”.

reflexiones, pero al menos constatemos que no deja de ser llamativo que la legislación chilena no se haya plegado a la mejoría técnica que implica no acotar el estado de necesidad justificante a la afectación de los bienes patrimoniales, mediando incluso dos propuestas concretas en este sentido⁷⁷. Bastante se ha ahondado sobre las ventajas que ofrece una regulación menos estrecha de esta causa de justificación. En el plano comparado, por ejemplo, la legislación española prescinde de la limitación ya desde la reforma republicana de 1932⁷⁸. Es por lo anterior que no deja de ser interesante que los artículos 21 y 22 del Proyecto de Código penal de 2014, que regulan, respectivamente, las hipótesis defensiva y agresiva del estado de necesidad justificante, opten por incluir la genérica voz “intereses”.

Aunque sea un exceso extenderse críticamente sobre el particular en un acápite de balances y conclusiones, concédansenos advertir que se trata de un asunto de no menor relevancia desde el momento que constituye una posibilidad cierta que se dicte un fallo condenatorio si el hecho –materialmente justificado– no satisface la letra de la ley⁷⁹. Cuánto de esta situación es reprochable a una doctrina que no ha sabido suministrar a la judicatura mejores herramientas, es algo que no estamos en condiciones de diagnosticar con exactitud⁸⁰. Lo cierto es que su análisis refleja un tratamiento acríptico de la disposición⁸¹ o, en pos de superar de alguna forma la cuestión, una remisión del problema al terreno de la culpabilidad, lo que implica transigir infundadamente la antijuridicidad del acto⁸².

Innecesario es profundizar en el hecho de que, según esta forma de comprender el asunto, se soslayan las diversas consecuencias que existen entre una exención de responsabilidad penal que responde a la configuración de una causa de justificación y la que deriva de un

⁷⁷ Cfr. nota n° 30.

⁷⁸ Bien advirtió JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit. nota n° 19, p. 376, que “[e]n los mejores Códigos, todos los derechos son salvaguardables, como todos los derechos son defendibles en la defensa legítima: vida, integridad corporal, libertad, pudor, honor, propiedad, etc.”. Sobre la evolución experimentada por la legislación ibérica en este sentido, con exclusión de la prevista a partir del Código de 1995, véase DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Las causas de justificación*, cit. nota n° 6, pp. 187-188 y 205-207. Da cuenta del actual consenso doctrinal sobre la posibilidad de que un peligro para un bien cualquiera integre una situación de necesidad, MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, cit. nota n° 37, p. 421.

⁷⁹ Riesgo que se aprecia de forma elocuente en la Causa n° 158/2002, de 6 de noviembre de 2002, en que la Corte Suprema rechaza la configuración de un estado de necesidad justificante, entre otras razones, porque el bien jurídico menoscabado no era la propiedad ajena. Empleamos la expresión “riesgo” debido a que la Corte estimó –así como lo hizo el fallo de primera instancia– la configuración de la eximente de la fuerza irresistible.

⁸⁰ La escasa vehemencia crítica de la doctrina chilena en este aspecto fue denunciada hace casi 30 años por TALA JAPAZ, Alberto, “La estructura objetiva del injusto aplicada al estado de necesidad”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. XIV, N° 2-3 (1987), p. 313, nota n° 4. “Algunas reformas se imponen imprescindible y apremiantemente”, sostuvo DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Valparaíso: Edeval, 1991, p. 70, refiriéndose críticamente a la estrechez del estado de necesidad del artículo 10 n° 7.

⁸¹ Así, por ejemplo, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal, Parte general*, (4 vols.), 3ª ed., revisada y actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997 (según cubierta, 1998), pp. 264-265; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 230; y GARRIDO MONTT, *Derecho penal, Parte general*, publicados 4 vols., t. II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 143.

⁸² Así, entre otros, LABATUT GLENA, *Derecho penal*, cit. nota n° 76, p. 104.

déficit de culpabilidad en el sujeto: de un acto justificado no puede emerger responsabilidad jurídica alguna, ni penal ni de ninguna otra índole; de un acto justificado deriva la irresponsabilidad de todos quienes concurren a su producción, es decir, autores, instigadores y cómplices; y en contra de un acto justificado, en fin, no se puede ejercer la legítima defensa. Por lo demás, esta remisión implica exigir al hechor que conozca la situación por la que atraviesa, requerimiento que en materia de causas de justificación, en un Derecho penal precavido del zarpazo autoritario, es inadmisibles⁸³.

La raíz de la reserva de que nuestro estado de necesidad justificante experimente alguna clase de ampliación nace del hecho de que éste implica una injerencia en la esfera de intereses de un tercero *inocente*. Sin embargo, el asunto pierde su pretendido dramatismo desde el momento que, según tuvimos ocasión de deslizar, el artículo 10 n° 7 se explica a partir de los deberes de solidaridad que obligan a todos los participantes en la convivencia a fin de asegurar la viabilidad de la vida en común. Es en virtud de esta explicación del asunto que, por ejemplo, nos sigue resultando razonable considerar que se atenta *justificadamente* en contra de la incolumidad corporal de un individuo a fin salvar la vida de otro o la del que genera un peligro para la seguridad vial a objeto de eliminar o disminuir un riesgo seguro para la vida o integridad de una persona⁸⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, la remisión del problema al terreno de las causas de exclusión de la culpabilidad tiene, a nuestro modo de ver, un origen más complejo. No creemos ser injustos si sugerimos que esta solución nace de una comprensión empobrecida de la antijuridicidad que, al desconocer su carácter valorativo, la reduce a la mera contradicción entre una conducta humana y la norma jurídica⁸⁵. Eso explica, por de pronto, la aversión que manifiesta ante la solución supralegal del problema. Que no sea este el lugar para

⁸³ Para una severa crítica a propósito del llamado factor subjetivo en las causas de justificación, véase recientemente GÚZMAN DALBORA, José Luis, *Elementi di filosofia giuridico penale*, al cuidado de FORNASARI, Gabriele y MACILLO, Alessandra, Napoli: Editoriale Scientifica, 2015, p. 124. Igualmente crítico, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, “El papel del factor subjetivo en las causas de justificación”, en: LUISI, Luiz, DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, GUZMÁN DALBORA, José Luis y POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio (Dirs.), *Política criminal y reforma penal*, Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1996, pp. 69-76.

⁸⁴ Así, CURY URZÚA, Enrique, “El estado de necesidad en el Código penal chileno y la ampliación de su alcance por vía supralegal”, en: URQUIZO OLAECHEA, José (Dir.), *Modernas tendencias de Dogmática penal y Política criminal, Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Lima: Idemsa, 2007, pp. (253-266) 254 y 257-258. La tesis contenida en este trabajo (que, en general, es la que se desprende de su título) adquiere una importancia superlativa, toda vez que permite captar con mayor claridad una postura frente al argumento que era, a nuestro entender, más bien ambigua: tras aceptar conceptualmente las causales de justificación supralecales, las declara innecesarias en nuestro medio a partir de la amplitud que ofrecería la primera parte del artículo 10 n° 10 (esto es, el ejercicio legítimo de un derecho). Sin embargo, en referencia a las hipótesis no cubiertas por el n° 7, señala que “[e]l sacrificio de bienes jurídicos diversos de la propiedad y la inviolabilidad de morada no configuran, según ya se ha dicho, un estado de necesidad justificante; pero es posible que resulten *exculpados* a causa de inexigibilidad de otra conducta”. Véase, *Derecho penal*, cit. nota n° 31, pp. 368-369 y 380, el destacado nos pertenece. En la misma línea de Cury, con posterioridad, WILENMANN VON BERNATH, “El fundamento del estado de necesidad justificante”, cit. nota n° 17, p. 240, nota n° 66.

⁸⁵ Ya era crítico de esta forma de comprensión de la antijuridicidad, MAYER, Max Ernst, *Derecho penal. Parte general*, Trad. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, Revisión general y Prólogo por GUZMÁN DALBORA, José Luis, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007, pp. 217 y ss.

CASTILLO, Juan Pablo. “El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”.

desarrollar las razones que develan lo infundado de la negativa –que al pretextar el posible abuso forense del recurso da cuenta, en definitiva, de cuán prisionera es del formalismo jurídico– responde al hecho de que eso impone tratar latamente cuestiones tan cardinales como el contenido de la antijuridicidad, el problema del destinatario de la ley o el lugar que ocupa la seguridad jurídica al interior del acotado catálogo de valores que integran la idea de Derecho; lo cual sólo ratifica lo que señalamos *supra*, a saber, el central significado que tiene el estado de necesidad en tanto instancia de deliberación en torno a no pocas preguntas fundamentales de la teoría del Derecho y de su parcela punitiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA SÁNCHEZ, Juan Domingo, “Artículo 10 n°s 7° y 11° del Código penal. Algunos criterios de delimitación”, en: VAN WEEZEL, Alex (Ed.), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago: Legal Publishing, 2013.
- Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión redactora. Edición crítica con motivo de su centenario*, en: DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel (Director), Valparaíso: Edeval, 1974.
- COCA VILA, Ivó, “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1 (2011), en: <http://www.indret.com/pdf/789.pdf> [visitado el 01.05.16].
- COUSO SALAS, Jaime, “Comentario al artículo 10 n° 7°”, en: COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (Directores), *Código penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: AbeledoPerrot, 2011.
- CURY URZÚA, Enrique, “El estado de necesidad en el Código penal chileno y la ampliación de su alcance por vía supralegal” en: URQUIZO OLAECHEA, José (Director), *Modernas tendencias de Dogmática penal y Política criminal, Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Lima: Idemsa, 2007.
- _____, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Santiago: Ediciones de la Universidad Católica de Chile, 2009.
- _____, *El estado de necesidad en el Código penal chileno*, en: MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (Coordinador), *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013.
- DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel: *División y fuentes del Derecho positivo*, Valparaíso: Edeval, 1968.
- _____, “El principio de culpabilidad en el Código penal chileno”, en: DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel (Editor), *Actas de las jornadas internacionales de Derecho penal en celebración del centenario del Código penal chileno*, Valparaíso: Edeval, 1975.
- _____, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Valparaíso: Edeval, 1991.
- _____, *Las causas de justificación*, Buenos Aires: Hammurabi, 1995.
- _____, “Orden político y orden penal”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. 22, N° 2 (1995), pp. 201-222.
- _____, “La racionalidad del ordenamiento como presupuesto de la Dogmática penal”, en: EL MISMO, *Violencia y Justicia*, Valparaíso: Editorial Universidad de Valparaíso, 2002.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 3ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998 (según cubierta, 1997).
- FORNASARI, Gabriele, *Il principio di inesigibilità nel Diritto penale*, Padova: Cedam, 1990.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general* (4 vols.), t. II, 1ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- GUERRA ESPINOSA, Rodrigo, “Estado de necesidad exculpante: a propósito de actos de defensa por efectos del maltrato a partir de un caso emblemático”, *Revista de Derecho. Universidad San Sebastián*, N° 20 (2014), pp. 33-79.

- CASTILLO, Juan Pablo. “El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: *El delito de amenazas*, Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1999.
- _____, “La teoría de las normas de cultura en la vida de su autor y en la ciencia penal de hoy”, en: EL MISMO, *Cultura y delito*, Bogotá: Temis, 2010.
- _____, “Dignidad humana y «moderatio» en la legítima defensa, en: EL MISMO, *Cultura y delito*, Bogotá: Temis, 2010.
- _____, “Heinrich Henkel y la exigibilidad de otra conducta como principio regulativo”, en *Figuras y pensamientos del Derecho penal contemporáneo*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2014.
- _____, *Elementi di filosofia giuridico penale*, al cuidado de FORNASARI, Gabriele y MACILLO, Alessandra, Napoli: Editoriale Scientifica, 2015.
- HENKEL, Heinrich, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, Traducción directa del alemán y notas por GUZMÁN DALBORA, José Luis y un estudio introductorio de FERNÁNDEZ, Gonzalo D. y GUZMÁN DALBORA, José Luis, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2005.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “Comentario al artículo 10 n° 11”, en: COUSO SALAS, Jaime; HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (Dirs.), *Código penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago: AbeledoPerrot, 2011.
- HIRSCH, Hans Joachim, “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, Año 6, N° 10, (2009), pp. 100-133.
- Historia de la Ley n° 20.480. Modifica el Código penal y la Ley n° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el “Femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre Parricidio*, Valparaíso: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2010.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal* (publicados 7 vols.), t. III (*El delito*), 4ª ed., actualizada, Buenos Aires: Losada, 1977.
- LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal*, (2 vols.), t. I, 9ª ed., actualizada por ZENTENO VARGAS, Julio, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- MACHADO RUÍZ, Antonio, *Poesías*, 15ª ed., Buenos Aires: Losada, 1978.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno”, *Revista de Derecho*, Vol. XXIV, N° 1 (2011), pp. 87-115.
- _____, “El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno”, en: VAN WEEZEL, Alex (Editor), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago: Legal Publishing, 2013.
- MARTÍN LORENZO, María, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- MAYER, Max Ernst, *Normas jurídicas y normas de cultura*, Trad. y Prólogo por GUZMÁN DALBORA, José Luis. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- _____, *Derecho penal. Parte general*, Traducción directa del alemán de POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, y Revisión general y Prólogo por GUZMÁN DALBORA, José Luis, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007.

- _____, *Filosofía del Derecho*, Traducción de la segunda edición original por LEGAZ LACAMBRA, Luis, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte general*. 6ª ed., revisada y puesta al día, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general* (2 vols.), t. I, 3ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, “Aborto y justificación”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39 N° 2 (2012), pp. 325-369.
- PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. XXXIV, N° 96 (2013), pp. 13-29.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho penal*, t. I (único publicado), Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1997.
- _____, “El papel del factor subjetivo en las causas de justificación”, en LUISI, Luiz, DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, GUZMÁN DALBORA, José Luis y POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio (Editores), *Política criminal y reforma penal*, Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1996, pp. 67-107.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Proyecto de código penal redactado en cumplimiento del Decreto Supremo N 2.996, de 11 de junio de 1937*, Santiago: Dirección General de Prisiones, 1938.
- Proyecto de reforma del código penal: Libro primero. Elaborado por la Comisión designada en el Decreto Supremo número 2.729 de 15 de Junio de 1945*, Santiago: Dirección General de Prisiones, 1946.
- RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Traducción de MEDINA ECHAVARRÍA, José, Madrid: Reus, 2008.
- ROXIN, Claus, “Da quale momento un’aggressione è attuale e dà origine al diritto di legittima difesa?”, en: *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell’illecito penale*, al cuidado de MOCCIA, Sergio, Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1996.
- _____, “Lo stato di necessità defensivo provocato dall’uomo”, en: *Antigiuridicità e cause di giustificazione, Problemi di teoria dell’illecito penale*, al cuidado de MOCCIA, Sergio, Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1996.
- SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena y VARGAS PINTO, Tatiana, “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 1 (2011), pp. 193-207.
- SEELMANN, Kurt, “¿Existen deberes de solidaridad en el Derecho penal?”, en *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino* (5 vols.) t. I, 10ª reimpresión, actualizado por FIERRO, Guillermo J., Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992.
- TALA JAPAZ, Alberto, “La estructura objetiva del injusto aplicada al estado de necesidad”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. XIV, N° 2-3 (1987), pp. 313-333.
- TAPIA BALLESTEROS, Patricia, “Legítima defensa. Requisitos y aplicabilidad en supuestos de violencia de género”, *Revista Doctrina y Jurisprudencia penal. Legítima defensa. Límites sustanciales y procedimentales*, N° 16 (2014), pp. 37-59.

- CASTILLO, Juan Pablo. “El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”.
- VAN WEEZEL, Alex, “Caso Agresor dormido. El problema del «tirano doméstico». SCA San Miguel, 27/03/2013, Rol N° 133-2013”, en: VARGAS PINTO, Tatiana (Directora), *Casos destacados. Derecho penal*, Santiago: Legal Publishing, 2015.
- _____, “Necesidad justificante y solidaridad”, en: CÁRDENAS ARAVENA, Claudia y FERDMAN NIEDMANN, Jorge (Coords.), *El Derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Santiago: Thomsom Reuters, 2016.
- VARGAS PINTO, Tatiana y HENRIQUEZ HERRERA, Ian, “La defensa de necesidad en la regulación penal chilena. Aproximación dogmática a partir de una reforma, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 15, N° 2 (2013), pp. 11-39, en <http://www.redalyc.org/pdf/733/73329808002.pdf> [visitado el 20.04.16].
- VARGAS PINTO, Tatiana, “¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 N° 11”, en: VAN WEEZEL, Alex (Editor), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago: Legal Publishing, 2013.
- VIDAL MOYA, Víctor, “Análisis de las características más relevantes del estado de necesidad establecido por la Ley 20.480”, *Revista Ars boni et aequi*, año 9, N° 2 (2013), pp. 237-253.
- VIGANÒ, Francesco, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano: Giuffrè, 2000.
- VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal”, *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 2 (2010), pp. 149-174.
- VILLEGAS DÍAZ, Myrna y SANDRINI CARREÑO, Renata, “Estado de necesidad y mujeres homicidas”, *Revista Doctrina y Jurisprudencia penal*. cit., pp. 61-84.
- WILENMANN VON BERNATH, Javier, “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*, Vol. XXVII, N° 1 (2014), pp. 213-244.
- _____, “Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1 (2016), en: <http://www.indret.com/pdf/1201.pdf> [visitado el 15.04.16].
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal*, (5 vols.), t. IV, Buenos Aires: Ediar, 1999.