

# La defensa de necesidad en la regulación penal chilena. Aproximación dogmática a partir de una reforma

Defense based on necessity in Chilean criminal law.

A dogmatic perspective on a recent reform

A Defesa de necessidade na regulação penal chilena.

Aproximação dogmática a partir de uma reforma

---

TATIANA VARGAS PINTO\*

Universidad de los Andes (Chile)

IAN HENRÍQUEZ HERRERA\*\*

Universidad de los Andes (Chile)

FECHA DE RECEPCIÓN: 25 DE JUNIO DE 2013 • FECHA DE ACEPTACIÓN: 13 DE AGOSTO DE 2013

Para citar este artículo: Vargas Pinto, Tatiana & Henríquez Herrera, Ian, "La defensa de necesidad en la regulación penal chilena. Aproximación dogmática a partir de una reforma", *Estudios Socio-Jurídicos*, 2013, 15, (2), pp. 11-39.

## RESUMEN

Este trabajo presenta una exigente de responsabilidad criminal recientemente incorporada en el Código Penal chileno basada en el estado de necesidad. Esta se agrega a partir de la discusión sobre la defensa de la mujer, que vive dentro de un contexto de violencia intrafamiliar por conductas no protegidas bajo la legítima defensa. A pesar de ello, el texto reformado terminó por incluir una exigente general que no se refiere a la mujer y que –sobre la base del conflicto de necesidad– contempla requisitos que van más allá de una causa de justificación basada en el mal menor, sin que sea clara la clase de defensa que establece. La definición de esta exigente de responsabilidad penal y la identificación de los problemas que provoca son los objetivos centrales de este estudio. En primer lugar, se nota que la norma pareciera aceptar ambas clases de defensa por necesidad: justificación y exculpación o excusa. La determinación exige un especial análisis de las bases de cada modalidad de defensa para distinguir las y precisarlas en sus alcances y límites.

**Palabras clave:** defensa, necesidad, justificación, excusa, víctima, mal, interés protegido.

\* Doctora en Derecho, Universidad de los Andes. Profesora de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago de Chile. Correo electrónico: [tatianavp@uandes.cl](mailto:tatianavp@uandes.cl)

\*\* Doctor en Derecho y Magister en Investigación Jurídica, Universidad de los Andes. Magister en Derecho Privado y Licenciado en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Civil, Universidad de los Andes, Santiago de Chile. Correo electrónico: [ihenriquez@uandes.cl](mailto:ihenriquez@uandes.cl)

## ABSTRACT

This paper discusses a new cause of exemption from criminal responsibility incorporated in the Chilean Penal Code based on the state of necessity. The new provision was added as a result of a discussion regarding the defense of conducts not covered by legitimate defense in the case of women who live in an environment of domestic violence. Nevertheless, the new text incorporates a general defense that does not refer to women in particular and which –based on the necessity conflict– contemplates requirements that seem to go beyond a justification cause based on the lesser evil, without clarifying the type of defense it represents. The central objective of this paper is to define this exemption of responsibility and the problems it causes are the central objectives of this paper. Firstly, we point out that the provision seems to accept both types of defenses due to necessity: a justification cause and an excuse or exculpation cause. This requires performing a special analysis on the grounds for each type of defense in order to differentiate them and identify their respective scopes and limits.

**Key words:** defense, necessity, justification, excuse, victim, evil, protected interest.

## RESUMO

Este trabalho apresenta excludente de responsabilidade criminal recentemente incorporada no Código Penal chileno baseada no estado de necessidade. Agrega-se a partir da discussão sobre a defesa da mulher que mora dentro de um contexto de violência intrafamiliar por condutas não protegidas sob a legítima defesa. A pesar disso, o texto reformado terminou por incluir uma excludente geral, que não se refere à mulher e que –sobre a base do conflito de necessidade– contempla requisitos que vão além de uma causa de justificação baseada dos males no menor, sem que seja claro a classe de defesa que estabelece. A definição desta excludente de responsabilidade penal e a identificação dos problemas que provoca são os objetivos centrais deste estudo. No primeiro lugar, notamos que a norma parecera aceitar ambas as classes de defesa por necessidade: justificação e exculpação ou desculpa. A determinação exige uma especial análise das bases de cada modalidade de defesa para distingui-las e precisá-las em seus alcances e limites.

**Palavras-chave:** Defesa, necessidade, justificação, desculpa, vítima, mal, interesse, protegido.

## 1. Consagración de una nueva defensa de necesidad

En diciembre de 2010 la Ley n.º 20480, que incorporó el llamado *femicidio* (sic) en la legislación chilena, estableció una serie de modificaciones que giraban en torno a la mujer como víctima de violencia intrafamiliar.<sup>1</sup> Entre estas modificaciones se quiso consagrar una defensa especial para la mujer que reaccionaba contra su agresor fuera de la legítima defensa,<sup>2</sup> es decir, no para impedir una agresión actual sino por conductas posteriores en cuanto temía nuevos males.<sup>3</sup> Se agregó así una eximente de responsabilidad penal en el n.º 11 del artículo 10, del Código Penal, estructurada sobre la base del conflicto de necesidad (mal evitado y mal causado para tal fin) y que, sin embargo, no elimina la actualidad del mal que se busca impedir ni considera a la mujer.<sup>4</sup> Contempla entonces una causa genérica de exención de responsabilidad penal para cualquier delito y sujeto.

La nueva eximente fue propuesta por Cury en los siguientes términos:

Artículo 10. Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 11. El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1.ª Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. 2.ª Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. 3.ª Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita. 4.ª 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.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> El término se agrega para la muerte de mujeres por parte de quienes son o han sido sus cónyuges o convivientes. Chile, Congreso Nacional, Código Penal publicado en 1874, art. 390.

<sup>2</sup> Chile, Congreso Nacional, Código Penal publicado en 1874, Art. 10 n.º 4-6.

<sup>3</sup> Chile, Congreso Nacional, Ley 20480 de 2010, Informe de Comisión Mixta en Historia de la Ley, pp. 425, 426, 447-449. La primera propuesta, de la Cámara de Diputados, la incluyó dentro de la eximente que contempla el miedo insuperable y la fuerza irresistible como excusa, en el n.º 9 del art. 10, el obrar “bajo la amenaza de un mal grave e inminente”.

<sup>4</sup> Hernández, Héctor, “Comentario art. 10 n.º 11”, en Couso Jaime, Hernández Héctor (directores), *Código Penal Comentado, Parte General, Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, pp. 268 y 269. Critica la regulación final principalmente por mantener la exigencia de actualidad del mal y no servir al propósito del legislador, pues en esos supuestos la mujer que reacciona contra su agresor estaría cubierta por una legítima defensa. Señala que hubiera sido ideal consagrar una hipótesis privilegiada de legítima defensa, que no contemple esa exigencia de actualidad.

<sup>5</sup> Chile, Congreso Nacional, Ley 20480 de 2010, Op. cit., p. 454.

Antes de su incorporación existía una defensa general de necesidad en el n.º 7 de esa misma disposición que se mantiene. Sus requisitos y efectos son distintos. En esta causa se contempla la clásica exención de responsabilidad por causar males menores a los evitados, como causa de justificación, y que se limita además a autorizar solo daños a la propiedad ajena. De este modo, la norma exige de responsabilidad a “El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1.ª Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar. 2.ª Que sea mayor que el causado para evitarlo. 3.ª Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”.

Esta norma contempla una defensa por daños a la propiedad ajena como mal causado para evitar otro mal mayor real o inminente. El daño debe ser además el medio practicable menos perjudicial. Consagra un supuesto de necesidad, una conducta necesaria, que se define por un conflicto entre males para distintos bienes,<sup>6</sup> donde uno de ellos se salva solo por la lesión del otro como único camino. Esto último refleja la idea de necesidad o exigencia del daño que marca el carácter subsidiario de la defensa de necesidad.<sup>7</sup> Al comparar esta eximente con la del n.º 11, varios de los requisitos se comparten o repiten. La nueva circunstancia contempla el conflicto entre males: causar uno para evitar otro, y la subsidiaridad del daño causado (medio practicable menos perjudicial). Aunque cambian algunos términos y cualidades respecto del mal que busca impedir, la gran diferencia con la del n.º 7 está en el mal causado. Ya no se limita a los daños en la propiedad ajena, puede ser para cualquier bien protegido y no requiere ser menor al evitado. Describe entonces una defensa de necesidad más

<sup>6</sup> Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Instituto Editorial Reus, Madrid, (s.a.), pp. 351, 353 (traducción de la 20.ª edición alemana por Jiménez de Asúa Luis; con adiciones del derecho penal español por Quintiliano Saldaña, 3.ª edición). Destaca este conflicto como esencia del estado de necesidad.

<sup>7</sup> Así se ha recogido en la doctrina nacional respecto de la defensa de necesidad del n.º 7, Etcheberry, Alfredo, *Derecho penal. Parte general Tomo I*, 3.ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 268. Politoff Sergio, Ortiz Pedro, Matus Jean Pierre, *Texto y comentarios del Código Penal chileno, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 140-143. Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 233. Garrido Montt Mario, *Derecho penal. Parte general Tomo II*, 4.ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 143, pp. 181, 188. Náquira Riveros, Juan, *Derecho penal. Teoría del delito, Tomo I*, McGraw-Hill, Santiago, 1998, p. 259.

amplia, contempla más daños y –al no exigir una menor entidad frente al mal evitado– cuestiona la defensa del mal menor. Esto no significa que no considere eximir de responsabilidad por males menores a los evitados, sino que contempla más supuestos. Entonces, ¿cualquier mal está permitido?

La autorización de intromisiones en la intimidad o perturbaciones del honor e incluso de la libertad de otra persona parecería, *prima facie*, razonable cuando se trata de evitar un mal mayor, como podría ser la muerte. Si se presenta el conflicto de necesidad, por el que la evitación de dicho mal únicamente se lograría con la afectación de otro bien menos relevante, podría aceptarse una defensa de justificación fundada en el hecho de causar un mal menor o en la preservación de un interés preponderante.<sup>8</sup> No ocurre lo mismo si se dan supuestos en los que se enfrentan dos males para dos bienes equivalentes, como el caso de siamesas, donde la muerte de una parece salvar a la otra;<sup>9</sup> la crítica de la justificante aumenta si el mal causado es mayor al evitado, aunque no lo sea ‘sustancialmente’. Con independencia de la determinación de este límite de sustancialidad que incorpora la legislación chilena y de las dificultades que trae la ponderación propia de todo estado de necesidad, la extensión de la causa eximente de responsabilidad penal del n.º 11 cuestiona la clase de defensa que se incorpora. No se ha de olvidar que en los supuestos de necesidad se está afectando a un *inocente* y no a un agresor ilegítimo, como en la legítima defensa. Para definir la modalidad de eximente que incorpora la actual regulación hay que partir por examinar sus requisitos, especialmente aquellos que cambian.

## 2. Requisitos de la actual eximente

Algunas hipótesis clásicas, como las de arrojar mercaderías de una embarcación para evitar que naufrague y salvar así la vida de sus tripulantes o

<sup>8</sup> Lo que se conoce como defensa del mal menor (*‘lesser evils’ or ‘choice of evils’ defense*), en el derecho continental se funda en la preponderancia del bien protegido o interés salvado, por ejemplo: El § 34 StGB habla de una preponderancia sustancial o esencial del bien salvado (*das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt*) para la defensa de necesidad justificante.

<sup>9</sup> La discusión se presentó en el año 2000 con el caso de las siamesas de Manchester Jodie y Mary, aunque –según se verá– como una solicitud previa a la intervención médica. Inglaterra, Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, sentencia de 22 de septiembre de 2000, Expediente 4 All ER 961, pp. 425 y ss.

el apropiarse de un vehículo ajeno para trasladar a un herido grave y salvar su vida, pueden abarcarse dentro de la defensa de necesidad del n.º 7 del artículo 10, pues se cumplen sus requisitos. El n.º 11 de la misma disposición contempla elementos que coinciden con los de esa primera defensa: conflicto entre un mal que se quiere evitar y otro que se causa para ello y que el mal causado sea el medio practicable menos perjudicial, es decir, sea subsidiario.<sup>10</sup> La presencia de un primer mal que se busca impedir, como un peligro para un bien jurídico, no basta. El conflicto de necesidad requiere que aquel únicamente pueda evitarse causando otro mal, dañando el bien protegido de otra persona inocente. El primer mal sigue siendo amplio, pero ya no parece ser para cualquier bien protegido. La nueva norma habla de evitar un mal para la ‘persona o derecho’ del que actúa o de un tercero, que incluye cualquier bien de titularidad individual y dejaría fuera peligros para bienes colectivos,<sup>11</sup> como incendios sin exposición de vidas determinadas o riesgos para la administración de justicia, la seguridad vial o la salud pública.<sup>12</sup>

Este mal también ha de ser ‘grave’, además de actual o inminente.<sup>13</sup> La gravedad del mal que se quiere evitar se explica precisamente porque el mal causado ya no debe ser menor. Para la causa del n.º 7 la gravedad se deduce de la preponderancia del mal evitado.<sup>14</sup> Cuando esta preferencia ya no aparece al revisar el mal provocado por el defendido, la ley sí

<sup>10</sup> La subsidiariedad del mal causado rescata precisamente la necesidad de este como único camino para enfrentar el peligro que amenaza al defendido o a un tercero. En general, Cury Urzúa, Enrique, *Derecho penal Parte general, Tomo I*, 2.ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, pp. 329, 332. Politoff Sergio, Ortiz Luis, Op. cit., pp. 140, 143.

<sup>11</sup> Hernández, “Comentario art. 10 n.º 11”, Op. cit., p. 272.

<sup>12</sup> Chile, Congreso Nacional, Código Penal publicado en 1874, Art. 10 n.º 7, Art. 145. Estos peligros colectivos quedan cubiertos no solo por la defensa general de necesidad del n.º 7, sino también por la defensa especial del art. 145 del Código Penal que autoriza la violación de morada o domicilio para “prestar auxilio a la humanidad o a la justicia”.

<sup>13</sup> Chile, Congreso Nacional, Código Penal publicado en 1874, Art. 10 n.º 7 y 11. La presencia real e inmediata del mal que se busca evitar se mantiene. Solo se alteran términos: el n.º 7 habla de “realidad o peligro inminente” de ese mal y el n.º 11 alude a la “actualidad o inminencia” del mal. Significan lo mismo. El mal que se quiere impedir no ha ocurrido pero existe un riesgo real para el que lo impide o un tercero. La diferencia entre actual o inminente parece ser la duración del peligro. Jescheck, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho penal Parte general (traducido por Olmedo Cardenete Miguel)*, 5ª edición, Comares, Granada, 2002, pp. 387 y 518, consideran “actual” el probable en “ese instante o en un momento posterior (peligro permanente)”. Es importante que las medidas para evitarlo se tomen “enseguida”.

<sup>14</sup> Cury Urzúa, Enrique, *Derecho penal*, Op. cit., p. 330. Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 366. Es

se preocupa de restringir el mal que se busca evitar. La defensa del n.º 11 únicamente procede como eximente si este mal es grave, es decir, tiene una entidad suficiente para explicar el daño causado. Esta cualidad, que destaca la magnitud del primer mal, se define frente al mal causado, su modalidad y carácter subsidiario que explica toda situación o estado de necesidad. Una conducta solo es necesaria cuando no hay otro medio menos lesivo para impedir el primer mal grave. Aparece la ponderación propia de toda defensa de necesidad. A pesar de que la gravedad del mal que se quiere impedir no cambia en realidad frente al supuesto del n.º 7, pues, se supone, sí se modifica el mal causado.

Según el n.º 11 procede la defensa por causar un mal que “no sea sustancialmente superior al que se evita”. Este mal ya no requiere ser menor, pero tampoco elimina o deja de lado males menores, simplemente no excluye males iguales o incluso superiores mientras no lo sean ‘sustancialmente’. Al incluir defensas por causar males menores podría sostenerse la irrelevancia del n.º 7.<sup>15</sup> Es cierto que ambas defensas se encuentran o topan como conductas necesarias que se autorizan o justifican basándose en el hecho de causar un mal menor o por la preponderancia del bien salvado. Sin embargo, ellas tienen distintos ámbitos de aplicación. Aunque la del n.º 7 se limite a defender daños a la propiedad ajena (siempre menores), procede frente a males evitados o que se buscan impedir más amplios. Estos no se restringen a males para ‘la persona o derecho’ del que realiza la conducta necesaria o de un tercero, sino que se trata de peligros para cualquier clase de bienes protegidos; por lo que tendría lugar respecto de bienes colectivos. La relevancia del n.º 11 está en que admitiría defensas por causar males menores a los evitados, distintos de daños a la propiedad ajena, como intromisiones en la intimidad de otro, afectaciones al honor o libertad ajena. Si en estos casos el mal evitado aparece mayor al causado, la defensa de necesidad fundada en el mal ponderado como de menor entidad todavía procedería o tendría lugar.

Además de la aceptación de este mal ponderado como menor, la defensa de males iguales y aun mayores, mientras no lo sean sustancialmente

---

entendible que algunos autores sostengan que este mal no ha de ser grave, pues siempre es superior el que se causó realmente (no desde un análisis material o naturalista de males).

<sup>15</sup> Couso Jaime, “Comentario art. 10 n.º 7”, en Op. cit., p. 235.

al evitado por necesidad, excluye el argumento del mal menor. Esta exclusión elimina el fundamento propio de una causa de justificación. Independientemente de la dificultad de la ponderación de males y bienes,<sup>16</sup> la amplitud del mal causado excede la defensa de justificación. Cuando la menor lesividad del mal causado desaparece, la defensa por males importante se explicaría únicamente como una excusa por la presión que genera el estado de necesidad, si impide al sujeto cumplir la norma que protegía el bien afectado. Esta idea de exculpación o excusa está en la intención del legislador nacional al crear esta causa eximente para salvar a la mujer víctima de violencia intrafamiliar por daños posteriores a las conductas violentas contra su agresor (no actual), fuera de autorizaciones por legítima defensa.<sup>17</sup> Hernández<sup>18</sup> entiende que esta remisión a un estado de necesidad exculpante o como excusa aparece en el último requisito de la eximente, cuando dispone que el sacrificio del bien amenazado por el mal que se trata de evitar “no pueda ser razonablemente exigido” al que se defiende o a un tercero si el defensor pudo al menos conocerlo. Esta expresión aludiría a la inexigibilidad del cumplimiento de la norma que infringe el necesitado o un tercero que fundamentaría el estado de necesidad exculpante o la defensa de necesidad como excusa.

Es cierto que este requisito no lo exige el estado de necesidad justificante del n.º 7, pero la falta de exigibilidad del sacrificio del bien apunta al mal que se trata de evitar y no al mal causado. Además, se interpreta en general –en los ordenamientos que ya contemplaban esta exigencia negativa–<sup>19</sup> como la falta de un deber de tolerar el mal que se trata de evitar fundado en determinadas profesiones, como bomberos o policías, en la ley e incluso en la misma conducta del que se defiende, cuando él mismo crea el riesgo que quiere evitar.<sup>20</sup> Esta interpretación de la inexigibilidad

<sup>16</sup> Etcheberry Alfredo; *Derecho penal*. Op. cit., pp. 262, 263. Señala la valoración de bienes protegidos jurídicamente como el mayor problema de la defensa de necesidad.

<sup>17</sup> Chile, Congreso Nacional, Ley 20480 de 2010, Op. cit., pp. 447-452. El propósito final no se logró, pues se incorporó una circunstancia eximente genérica, que ni siquiera hace alusión a la mujer y que mantiene la exigencia de actualidad e inminencia del mal que se trata de evitar.

<sup>18</sup> Hernández, Héctor; “Comentario art. 10 n.º 11”, Op. cit., pp. 270, 271.

<sup>19</sup> Por ejemplo: Alemania, StGB emitido en 1871, § 35; España, Código Penal de 1995, art. 20.5. En Italia, Código Penal de 1930, art. 54, se excluye la defensa de necesidad solo cuando el necesitado ha “causado voluntariamente” el peligro.

<sup>20</sup> Se trata de una especie de función de protección que se genera como garante de determinada



del sacrificio del bien salvado como la inexistencia de un deber de tolerar o soportar el mal que se quiere evitar remite a una colisión de deberes, propia de un estado de necesidad justificante. Por lo demás, la referencia que hace el n.º 11 al mal que se trata de evitar como un mal que puede afectar al que se defiende, al que actúa, o a un tercero no suele fundar una excusa o defensa de exculpación porque es difícil determinar una presión suficientemente fuerte para explicar el incumplimiento de la norma que lleva a la lesión de un bien ajeno protegido cuando el peligro no lo sufre el que actúa ni una persona cercana a él.<sup>21</sup> El riesgo para un tercero distinto del defensor puede explicar su defensa cuando el daño causado es menor, fundado en una diferencia normativa que lo autoriza. Cabe o procede entonces aclarar las clases de defensa que contempla el n.º 11 del artículo 10 frente a sus requisitos y fundamentos que pasan por la ponderación entre las situaciones que se enfrentan en un estado de necesidad. En el ámbito del Derecho civil, la distinción de defensas por necesidad no es muy clara, sobre todo porque no hay una norma legal que la regule, que se extrae de principios generales.<sup>22</sup> De todas formas, se suele concebir como una causa de justificación basada justamente en la ponderación de bienes e intereses protegidos y una diferencia a favor del salvado.<sup>23</sup>

---

situación. Un análisis similar se hace cuando es la víctima la que crea el peligro en el llamado estado de necesidad defensivo, ella tendría un deber de tolerar el mal que se le causa, más allá de la mera solidaridad general propia del estado de necesidad agresivo, que permitiría –según se dice y acotará luego– incluir males causados mayores (similar a la legítima defensa, por lo que no bastará cualquier vinculación de la víctima con el peligro).

<sup>21</sup> Roxin, Claus, *Derecho penal Parte general* (traducción de la 2.ª edición alemana y notas de Luzón Peña; Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997, p. 675. Así se refuerza en legislaciones como la alemana (§ 34 y § 35 StGB), que distingue defensa de necesidad justificante y exculpante.

<sup>22</sup> Barros, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 132-139. Habla de “neutralizar” la “ilicitud” del acto, a la vez que concibe el estado de necesidad como excusa que el Derecho valora como superior al juicio de reproche. Parece no distinguir categorías, aunque basa la excusa en la desproporción de bienes (análisis propiamente normativo).

<sup>23</sup> Corral, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 127, 128. Alude a la exclusión de antijuridicidad. Alessandri Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno Tomo II*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1983, pp. 513 y 527. Se refiere a una eximente (genérico), pero la fundamenta igualmente en la distinción de los bienes en conflicto, con preferencia del salvado y solo respecto de daños en las cosas. Tamayo, Javier, *Tratado de responsabilidad civil Tomo II*, Legis, Bogotá, 2007, p. 155.

### 3. Ponderación de intereses y clases de defensas

Según los requisitos expuestos de las defensas contempladas en el n.º 7 y el n.º 11 del artículo 10, ellas comparten exigencias que determinan el conflicto de necesidad: mal que se trata de evitar, mal que se causa para tal fin y que este daño sea el único camino (medio practicable menos perjudicial). El 3.º y 4.º requisito del n.º 11 son los que distinguen esta defensa de la del n.º 7, además de algunas presiones menores (como que el mal que se evita ha de ser grave para la persona o derecho del defensor o de un tercero). De ellos, es el 3.º el que complica la determinación de la clase de defensa que supone por la amplitud del mal causado. Este ya no ha de ser menor sino que no ha de ser sustancialmente superior al que se evita. Como se advirtió, no deja de incluir males menores, sino que la extensión a males iguales e incluso mayores, siempre que no lo sean sustancialmente,<sup>24</sup> deja fuera el fundamento del mal menor como defensa de justificación. Todavía cabe un estado de necesidad justificante para males menores distintos de los daños a la propiedad ajena (amparados por el n.º 7) y aquellos que afectan la propiedad ajena cuando el mal que se quiere evitar aparece como un peligro para bienes colectivos que no cabrían dentro de la exigencia del n.º 11 de un mal para la persona o derecho del que actúa o de un tercero –interpretado como peligro para bienes individuales–. Esta posibilidad se apoya además en la consideración del 4.º requisito del n.º 11 como una referencia a la falta de un deber de tolerar el mal que se evita, propio de una situación de justificación –como colisión de deberes– en que ese mal temido pueda referirse a un tercero también, y no solo al defendido y en la no consideración del propósito del legislador chileno en la redacción final de la norma (una defensa general, para todo delito, sin aludir a la mujer ni eliminar la exigencia de actualidad del mal que se trata de evitar).

Por otro lado, la omisión del mal menor para que proceda la defensa de necesidad, junto con la destacada intención del legislador y referencias del mal que se trata de evitar a la persona o derecho del defendido o de un tercero,<sup>25</sup> pareciera extender la defensa de necesidad a la excusa o exculpa-

<sup>24</sup> A pesar de la amplitud, la exigencia está descrita en términos restrictivos, que ha de definirse según se expondrá a continuación.

<sup>25</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9.ª edición, Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 463-465. Respecto de este mal que se trata de evitar caben dos consideraciones contrapuestas.

ción. Entonces, el texto del n.º 11 podría admitir, junto con una defensa de necesidad justificante, una defensa de necesidad exculpante o excusa por necesidad. De ser así, cuestión no resuelta, en esta segunda clase de defensa surgen los mayores problemas para explicar la eximente de responsabilidad por dañar a un inocente, cuando el Derecho ya no hace diferencias, no hay un bien mayor que se salva o un mal menor que se causa para evitar un mal mayor. La víctima está tan protegida como el agente o incluso más. La diferencia entre la ponderación de bienes y males ya no sirve para hacer distinciones normativas que supongan la autorización del daño causado. La diferencia de esta defensa se comprende cuando se toma en cuenta que el agente, que en este caso realiza efectivamente un injusto, infringe la norma penal. Hruschka<sup>26</sup> separa las defensas con base en la pertenencia a distintos sistemas de reglas. Las causas de justificación obedecen a normas permisivas que integran las reglas de conducta, mientras que las excusas o causas de exculpación pertenecerían a las reglas de imputación de segundo nivel o de merecimiento, que entran luego de la imputación del hecho (primer nivel) y de la valoración según las reglas de conducta con su función retrospectiva de baremo de medición. Aunque no se llegue a esta separación, las defensas de justificación y las de exculpación son distintas (diversos niveles y efectos) y resulta determinante conocer el fundamento que define la clase de defensa, sin quedarse en una mera distinción.

¿Qué excusa el daño causado a un inocente? Es difícil explicar que un sujeto quede libre y sin castigo penal cuando daña a otro con igual o incluso mayor derecho de tutela para salvar un bien que tiene igual o menor protección jurídica y que puede ni siquiera ser propio, como la lesión de un sujeto para recuperar una chaqueta que otro le sustrajo. La defensa podría explicarse por error en el sujeto (desconocimiento de su inocencia), por miedo o por una presión suficiente para impedir que se exija el cumplimiento

---

En primer lugar, el límite a un mal para la persona o derechos (que no hace el n.º 7 del art. 10) puede interpretarse como una remisión de derechos personalísimos, cuya afectación importaría una presión para el defendido propia (que explicaría) de una excusa. Por otro lado, el admitir que el mal que se busca evitar puede ser para un sujeto distinto del defendido (tercero) hace perder fuerza a la presión que fundamentaría la excusa, con lo que se remitiría a una justificación. Hernández Héctor, "Comentario art. 10 n.º 11", Op. cit., p. 270. Hernández lo rebate o cuestiona. Entiende que su inclusión sirve para explicar un "genuino" estado de necesidad exculpante o como excusa, basado en situación extraordinaria y no en el "impacto emocional" que se genera en el agente.

<sup>26</sup> Hruschka, Joachim, "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", *ADPCP*; 1994; (t. XLVII, Fasc. III, 1994), pp. 344, 354-356.

de la norma en esas circunstancias. Incluso en el caso de enfrentamiento de dos males para dos bienes que pudieran ponderarse como equivalentes o iguales, como en el caso de siamesas Jodie y Mary<sup>27</sup> en el que la muerte de una salvaría o alargaría la vida de la otra, es difícil explicar el daño de un bien por la salvación del otro (la muerte de una por la vida de la otra) como excusa, si no existe una circunstancia de necesidad de tal entidad que impida al que actúa cumplir con la protección de la vida que daña.<sup>28</sup> No resulta fácil ni siquiera admitir una excusa cuando el carácter de inocente está en entredicho, como en caso de un sujeto a quien se imputan actos terroristas y se le pretende torturar para evitar conductas de esa clase que afectarían muchas vidas. Tampoco si el inocente afectado es a la vez el protegido, como en supuestos de transfusión sanguínea donde la lesión de la libertad religiosa y de la integridad corporal se realiza para salvar la vida del mismo sujeto. Una cosa es eximir del deber de protección y otra muy distinta es excusar una agresión.

Algo parece impedir o cuestionar la defensa por el daño causado en casos semejantes, aun cuando se muestra menor al que se evita. Ya no parece tratarse de un problema de licitud, a pesar de la posible constatación de un daño menor al evitado. Así ocurre con la tortura de una persona para salvar muchas vidas, las transfusiones de sangre forzosas para salvar la vida del mismo paciente e incluso extracciones de órganos menores o no vitales sin consentimiento de un sujeto para salvar una vida ajena. La

<sup>27</sup> Inglaterra, Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, sentencia de 22 de septiembre de 2000. En el caso de las siamesas Jodie y Mary, que conoció la Corte de Apelaciones inglesa, la separación de ambas salvaría a una de ellas pero mataría a la otra. Como la resolución de la Corte fue anterior a la intervención de los médicos, la autorización de su realización radica la discusión de necesidad en la justificación, una operación permitida y no antijurídica. Otro asunto es que efectivamente se den los fundamentos para que proceda una justificación en estos casos. Kugler, Itzhak, "Necessity as a Justification in Re A (Children)", *The Journal of Criminal Law*; 2004, 440 (68 J. Crim: L.), pp. 445-449, revela las confusiones del juez Brooke LJ en sus argumentos al introducir criterios que sirven para sostener una excusa, cuando la decisión libre de los jueces que intervienen en la cirugía niega la existencia de una circunstancia que los presione para proceder sin deliberación.

<sup>28</sup> Ossandón Widow, María Magdalena; "Aborto y justificación"; en *Revista Chilena de Derecho*, 2012, 39, (2), pp. 339, 340, 342, 361, admite la inclusión de una defensa de justificación y una de exculpación dentro de este nuevo estado de necesidad y advierte la importancia de los males mayores que esta eximente contempla justamente frente a casos de peligros provenientes de la propia víctima frente al conocido "estado de necesidad defensivo". Destaca, como se verá, que esta suerte de defensa de justificación intermedia, entre la legítima defensa y el estado de necesidad, explica la posibilidad de flexibilizar la ponderación, pero no frente a cualquier peligro que provenga de la víctima.

superioridad de los bienes salvados no parece bastar. Ya se descarta la mera ponderación material o natural de males, pues el único mal que se causa es siempre mayor al otro que en el hecho no se produce.<sup>29</sup> Una comparación de esta clase impediría defensas de justificación fundadas en el mal menor. Otra cosa es que, a la inversa, no toda apreciación de un mal menor fundamente una justificación o autorización normativa; o puede ser, quizá, que existan situaciones que queden fuera de toda ponderación. Así, hay conductas que aparecen injustas *per se*, como la tortura o la condena de un inocente, o *a fortiori*, como dar muerte a un inocente. Por tal razón es necesario primero precisar qué se pondera. De pronto, la sola comparación de males se excluye por la evidente constatación citada de que solo uno se produce y sería siempre mayor.

La ponderación de males se realiza con relación a los bienes protegidos (el salvado y el lesionado), como un peligro para la vida del defendido que daña la propiedad ajena o la libertad, intimidad, honor o integridad de otro. Tampoco parece ser suficiente, sin embargo, la consideración de los bienes protegidos en casos como los expuestos. De hecho, en la doctrina chilena, Garrido Montt<sup>30</sup> se preocupa especialmente por la extracción forzada de órganos para salvar la vida de otra persona y pone a la dignidad humana como límite para tal ponderación. Ossandón<sup>31</sup> señala —a partir de Spaemann— que los derechos humanos suponen un *mínimum* que se sustrae a la arbitrariedad del legislador y que la inviolabilidad de la vida no puede ser objeto de balance o comparación. Mir Puig,<sup>32</sup> en España se ocupa del supuesto en que los males y bienes sean equivalentes, como la extracción

<sup>29</sup> Silva Sánchez, Jesús María, “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, en Revista ADPCP, 1994, (t. XXXV, Fsc. III (1982)), pp. 344, 354-356, abandona parámetros naturalistas. Esto no significa que no se sigan consideraciones objetivas, sino que se toman en cuenta varios criterios, como la choza que, aunque valga poco, es el único bien del que se defiende. Así, en la doctrina, Cury Urzúa, Enrique, *Derecho penal*, Op. cit., p. 380.

<sup>30</sup> Garrido Montt, Mario, *Derecho penal*, Op. cit., p. 182.

<sup>31</sup> Ossandón Widow, María Magdalena, “Aborto y justificación”, Op. cit., pp. 357, 359. Aunque agrega que no significa que la vida esté sin más sustraída a toda ponderación, aclara que si se reconoce este derecho, no cabe aducir una causa de justificación. En este sentido, Gómez-Lobo Alfonso, *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Mediterráneo, Santiago – Buenos Aires, 2006, p. 69, se sitúa precisamente la imposibilidad de un bien absoluto y una jerarquía fija para la persona en el caso concreto y destaca que en la necesidad de reflexión particular el respeto por los bienes de otros —que supone el no dañarlos— exige una imparcialidad estricta. Siempre ha de aplicarse y un trato igualitario y no “justificaría dañar a algunos en vez de otros o destruir tales bienes y no esos otros”.

<sup>32</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*, Op. cit., pp. 476, 477.

de un órgano vital para salvar otra vida y rescata nuevamente la dignidad del ser humano. Ella impide instrumentalizar también la integridad corporal, pues de la vida y de la integridad corporal depende la persona como “fin en sí misma”. Concluye que la única forma de evitar consecuencias insostenibles en situaciones como las mencionadas, que podrían llevar a defensas de justificación por necesidad,<sup>33</sup> es entender que el daño a la vida o a la integridad corporal constituye siempre un ‘mal mayor’ que el de “la sola producción naturalística o su no evitación de una lesión corporal o de la muerte”.

Las tesis citadas parten del imperativo kantiano que impide usar al hombre como mero medio o instrumento para el logro de otros fines, pues es un fin en sí mismo.<sup>34</sup> Existiría una restricción para la evaluación de males con relación a los bienes o una primacía absoluta de aquellos que tengan que ver con la existencia de la persona humana. En el mismo sentido, el profesor español Molina Fernández<sup>35</sup> afirma que el rechazo del principio de ponderación de intereses para determinar una defensa de justificación en tesis como las de Roxin y Jakobs, en Alemania, se hace respecto de una noción simplista de esta apreciación, que no toma en cuenta todos los intereses concurrentes. Señala que dentro de ellos está la dignidad humana, no como un límite externo. Igualmente considera que esta dignidad muestra un núcleo esencial o básico que “no cede ante nada”,<sup>36</sup> pero sí existen manifestaciones de esta dignidad, como la intimidad o el honor, que se ponderan o entran en la ponderación. En el ámbito civil la ponderación

<sup>33</sup> De todas formas, advierte que en el caso de extracciones forzosas de órganos la falta de consentimiento hace siempre ilícita la conducta, lo que impediría defensas de justificación.

<sup>34</sup> La segunda formulación de este imperativo, como principio básico supremo, es: “obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio”. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (edición bilingüe de José Mardomingo), Ariel, Barcelona, 1996, p. 189. La idea de bienes no sujetos a excepción es anterior, se desarrolla ya en la *Ética a Nicómaco*, en II 6, 1107a 9-17.

<sup>35</sup> Molina Fernández, Fernando, *Estado de necesidad y justificación penal ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?*, Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 27-34, 58-63.

<sup>36</sup> Esta idea aparece aun en tesis funcionalistas, específicamente la de Jakobs en Alemania, cuando destaca núcleo normativo básico o esencial integrado por la existencia misma de la persona y los principios constitucionales, para distinguir la norma penal de la administrativa. Jakobs, Güther, *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducido por Cuello Contreras, Joaquín; Serrano Gonzales de Murillo, José Luis), Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 63.

incluso se ha limitado a bienes materiales, vinculados con las cosas.<sup>37</sup> La restricción a bienes materiales o a objetos comerciables o daños en las cosas –que se condice con el tradicional estado de necesidad del n.º 7– encuentra apoyo también en Kant,<sup>38</sup> para quien las cosas en el mundo tienen precio, no así las personas, que tienen dignidad. Es esta dignidad la que impide su negociación o, en sus palabras, instrumentalización como medio para lograr fines. Estas consideraciones son especialmente relevantes cuando la amplitud del mal causado admite ambas clases de defensas por necesidad: justificación por el mal menor (siempre de intereses ponderables) y excusa si el mal fuere de mayor entidad (nunca sustancialmente), según se verá a continuación.

#### 4. Efectos de la conducta necesaria

La ponderación, inherente a todo conflicto de necesidad, tiene especial importancia cuando la redacción del precepto no se limita a eximir de responsabilidad por males menores y admite defensas fuera de la justificación. La actual amplitud del mal causado, que ‘no sea sustancialmente superior’ al evitado, del 3.º requisito del n.º 11 del artículo 10, nace por una exigencia de proporcionalidad entre este mal y el que se evita. La exigencia no se contempló en la propuesta original del profesor Cury, a pesar de que el autor pergeñaba la tesis de un estado de necesidad exculpante o una defensa de necesidad como excusa.<sup>39</sup> Su inclusión surge después de la consulta del

<sup>37</sup> Así, Alessandri Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno Tomo II*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1983, p. 443; n.º 527.

<sup>38</sup> Kant, Immanuel, *Grundlegun zur Metaphysik der Sitten*, 37. Una interpretación integrada del significado textual del término “dignidad” en la filosofía práctica de Kant, en Aguirre-Pabón, Javier Orlando, “Dignidad, derechos humanos y la filosofía práctica de Kant”, *Vniversitas*, julio-diciembre 2011, (123), pp. 45-74.

<sup>39</sup> Chile, Congreso Nacional, Código Penal publicado en 1874, Art. 10 n.º 11. La propuesta original establecía: “11.º El que obra para evitar un mal grave a su persona o derechos o los de otro u otros, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

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

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

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

Senador Chadwick<sup>40</sup> respecto de la relación de proporcionalidad entre el mal causado y la situación de necesidad, aunque el Senador Larraín responde que esta ya está considerada en la norma, específicamente en la gravedad del mal que se evita para la persona o sus ‘derechos fundamentales’ y en el carácter subsidiario del mal causado, como medio practicable menos perjudicial. Igualmente, la redacción final del precepto legal incorpora la citada referencia a un mal causado no sustancialmente superior.

Para la determinación de las defensas de necesidad, la entidad del mal causado es fundamental, pues, a diferencia de la legítima defensa, se daña a un inocente. Esto explica que se acepten defensas de justificación por daños menores a los evitados como autorización jurídica fundada en la menor intensidad del daño o la preponderancia del interés protegido que se salva. Si el daño es de igual o mayor entidad que el evitado no tendría lugar una justificación o autorización normativa; el Derecho ya no podría hacer una diferencia. Ya se ha visto que la afirmación no es evidente desde consideraciones materiales o naturales de los males en juego, donde el mal causado sería casi siempre superior,<sup>41</sup> por lo que siempre habría ‘justificación’. Una ponderación no material de males en consideración a los bienes en juego (salvado y el lesionado) y de todo interés concurrente tiene en cuenta no solo la situación del agente defendido –para quien su bien expuesto puede ser muy relevante aunque su valor económico sea mínimo, por ejemplo el caso de una choza–, sino también y especialmente la víctima inocente. Bedi<sup>42</sup> señala que su consideración es la clave para entender qué hace que una conducta esté justificada o disculpada. Entiende que cuando la víctima es inocente el defendido solo puede exculparse o ser excusado, distinto es si la víctima fuerza al defendido.<sup>43</sup> Si ella es culpable del daño que sufre, tiene sentido aceptar una defensa de justificación para el mal que causa el defendido. Únicamente en estos casos (como legítima defensa) la defensa

<sup>40</sup> Chile, Congreso Nacional, Ley n.º 20 480 de 2010, Informe de Comisión Mixta en Historia de la Ley, p. 453.

<sup>41</sup> Podría no ser superior si existe una gran diferencia con el mal evitado, que se evidencia por la naturaleza del bien protegido, como amenaza de quitar la vida frente a un daño para la propiedad de otro. Sin embargo, aquí ya entran en consideración los bienes tutelados (salvado y afectado).

<sup>42</sup> Bedi Monu Singh, “Excusing behavior: reclassifying the federal common law defenses of duress and necessity relying on the victim’s role”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2011, 101, (2), p. 631.

<sup>43</sup> Bedi Monu Singh, “Excusing behavior...”, Op. cit., pp. 632 y ss.



de necesidad sería justificante. Enfocándose en la víctima se crea una teoría comprensible de estas ‘defensas afirmativas’, con una noción restrictiva de las causas de justificación.<sup>44</sup>

Ciertamente, el mal causado remite a la víctima, que –fuera de la legítima defensa– siempre es un inocente protegido por el Derecho, al igual que la persona expuesta al mal que lo pone en el conflicto de necesidad. Un inocente podría considerarse incluso una fuente de peligro –sin conceder el punto–, pero aun así es distinto de un agresor ilegítimo, por ejemplo la existencia (vida) de una hermana como riesgo para la vida de la otra, en el caso de las siamesas.<sup>45</sup> Resulta difícil afirmar una defensa de justificación fundada en que la misma víctima crea el peligro, aunque se rechace la legítima defensa y se sostenga como defensa de necesidad justificante (estado de necesidad defensivo).<sup>46</sup> El mero existir no solo se trata de un riesgo no antijurídico o permitido, pues hay algo en la consideración de la víctima inocente que impide al Derecho hacer diferencias para autorizar el mal que se le causa, frente al otro que se evita, y va más allá de su derecho

<sup>44</sup> Clasifica todas las defensas afirmativas como excusas o disculpas y solo actos de legítima defensa calificarían como conductas justificadas. Esta idea suele primar en el *common law* no por la sola protección de un interés jurídico superior, sino sobre la base de una ‘ilegalidad’ a la que el defendido responde. Así, Horowitz, Donald, “Justification and excuse in the program of the criminal law”, *Law and Contemporary Problems*, 1986, (109), pp. 111, 112, 115, 118, 124 y 125.

<sup>45</sup> Inglaterra, Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, sentencia de 22 de septiembre de 2000. El argumento del juez Ward LJ, para rechazar la apelación interpuesta por los padres en contra de la orden que autorizó la separación que daría muerte a Mary, se basó en el peligro que su existencia provocaba para la vida de su hermana Jodie; incluso llega al absurdo de admitir la legítima defensa de esta última, aunque advierte la minoría de edad de Mary. Este argumento se cae no solo por la falta de un injusto agresor, sino por la inexistencia de un real comportamiento de Mary, como señala Kugler, Itzhak; “Necessity as a Justification in Re A (Children)”, *Op. cit.*, p. 441.

<sup>46</sup> El llamado estado de necesidad ‘defensivo’ tiene interés justamente porque la misma víctima es la fuente del peligro que se trata de evitar, que permitiría males mayores (a bienes equivalentes). Así han sostenido algunos para el aborto, Bascuñán Rodríguez Antonio; “La licitud del aborto consentido en el derecho chileno”, en Revista *Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, 2004, 10, p. 173. Ossandón Widow María Magdalena; “Aborto y justificación”, *Op. cit.*, pp. 343, se preocupa de precisar que para estar dentro de esta hipótesis, que está más cerca de la legítima defensa, no basta con una vinculación fáctica con el peligro, que la víctima esté “implicada” en la fuente de peligro o que “parta de su esfera”. La flexibilización de la ponderación de intereses se explica porque existe un fundamento más allá de la solidaridad general que determina deberes de tolerancia en caso de males causados menores, como ocurre en la legítima defensa por la agresión ilegítima de la propia víctima. Una mera vinculación natural con el peligro no determina responsabilidad penal ni genera deberes de tolerancia. Determinar la relación con el peligro por criterios normativos, la víctima estará implicada o será ajena según se le pueda atribuir o no la creación de un peligro, sea competente o no del peligro generado. Aplica de este modo criterios de imputación objetiva y también subjetiva, sin llegar a la agresión ilegítima.

de tutela (equivalente cuando se comparan ambas vidas). Además de no ser un riesgo jurídicamente relevante, hay otros valores que entran en la ponderación de males y bienes. La relación entre males aparece con esta 3.<sup>a</sup> exigencia de la defensa del n.º 11. No requiere que el mal causado sea menor al evitado, pero su descripción negativa –como un mal no sustancialmente superior– contempla una idea de restricción: no impide males menores sino aquellos que sean sustancialmente mayores al que se evita. Se vincula con este otro mal que se busca evitar, que no es cualquiera. El causado no ha de ser sustancialmente superior a un ‘mal grave’ para la persona o derechos del defendido o de un tercero.

En la descripción negativa hay una idea de límite, que se refuerza por el sentido de la expresión. Desde el tenor literal, el término ‘sustancial’ remite en primer lugar a aquello relativo a la sustancia, al ser o naturaleza de las cosas. Luego se determina como lo esencial, lo que hace que la cosa sea lo que es, y más importante de algo. Destaca así una *relación de naturaleza* entre todos los intereses concurrentes de la víctima y del defendido (fuera de una comparación material de males) y una idea de *entidad o distinción de gradación* de los intereses en juego. Importa que no exista una distancia en términos de magnitud, como advierte Hernández,<sup>47</sup> y que se potencia por la referencia de grado: el no ser sustancialmente ‘superior’. De todas formas, el sentido literal destaca antes una relación de calidad o naturaleza entre los aspectos valorados, que podría servir para limitar diferencias de naturaleza, que no haya una distancia cualitativa mayor. Es difícil establecer la distancia en este punto, por la dificultad de jerarquizar bienes o valoraciones, aunque sí se evidencia una diferencia respecto de aquellos más absolutos. En este sentido, la definición de un ‘núcleo esencial’, sobre la base de la dignidad humana, cabe dentro de la noción de ‘sustancia’ como lo que ‘permanece’ en algo que cambia, el ser. Podría entenderse que este núcleo que permanece aparece como un límite inalterable, que está fuera de toda ponderación, o que su afectación sería siempre una alteración (sustancial) superior prohibida como defensa eximente.<sup>48</sup> El carácter

<sup>47</sup> Hernández, Héctor, “Comentario art. 10 n.º 11”, Op. cit. p. 273. Atiende a “la importancia de la distancia que existe entre la posición ordinal de cada valor en la escala”. No excluye la defensa porque estén en “peldaños distintos”, sino porque no excluye la eximente, pero sí lo hace el que ellos “estén significativamente alejados”.

<sup>48</sup> Kugler Itzhak, “Necessity as a Justification in Re A (Children)”, Op. cit., pp. 443, 447 y 448,

restrictivo del mal causado no proviene solo de su análisis terminológico sino que aparece desde su origen.

La descripción negativa de un mal causado no sustancialmente superior al evitado nace después de cuestionar la proporcionalidad entre ambos males (el evitado y el causado). Cuando se hizo la consulta durante la tramitación de la ley, se afirmó que sí existía tal relación y que se deducía del mal grave que se quiere evitar y de la falta de otro medio practicable y menos perjudicial para hacerlo. La duda de proporcionalidad entre males se salva al vincularse con los demás requisitos de la eximente: la gravedad del mal que se busca evitar para la persona o sus derechos (encabezado con relación al primer requisito) y el carácter subsidiario del mal causado.<sup>49</sup> El contexto de la disposición del n.º 11 sirve igualmente para ilustrar el requisito de gradación del mal causado que se incorpora. Este mal no se conecta con cualquier mal que se busque evitar. La exigencia de gravedad para el mal del que surge el estado de necesidad se explica precisamente para eximir de responsabilidad penal como excusa (defensa de necesidad exculpante) pues en una defensa de justificación la gravedad se supone por la necesaria diferencia de valoraciones, al fundarse en la preponderancia de los bienes que se salvan y la relevancia de su exposición o en el menor mal causado.<sup>50</sup> La referencia a una excusa por esta cualidad del mal que

---

considera no solo la magnitud del daño (serio) evitado, sino también la importancia del bien salvado, que vincula con la persona del defendido que actúa o con alguien cercano a él, precisamente para explicar una excusa por miedo o por la presión de las circunstancias. Von Feuerbach, Anselm, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* (Traducción de la 14.ª edición alemana [Giessen, 1847] por Zaffaroni; y Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1999; pp. 104 y 105, también sostuvo dentro de la defensa de inculpabilidad tanto la locura como el estado de necesidad si el peligro actual o inminente es para la vida u otro bien personal irremplazable. Con la gravedad del peligro explica el carácter subsidiario del estado de necesidad, como 'único medio de salvación'. Con esta defensa de necesidad como *duress of circumstances*, una especie de fuerza que se trata junto al miedo, tenía sentido la propuesta original de la Cámara de Diputados del Congreso chileno al incluir la necesidad (como conflicto particular) en el n.º 9 del art. 10 C.P., con la fuerza irresistible y el miedo insuperable. Cabe considerar que podría ser atenuante, al concurrir algunos elementos de la eximente, según el art. 11 n.º 1 del Código Penal. Chile, Congreso Nacional, Código Penal publicado en 1874, Art. 11. "Son circunstancias atenuantes: 1.ª. Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos".

<sup>49</sup> La cuarta exigencia, también negativa, relativa a la falta de una obligación de soportar el mal que se busca evitar, se interpreta en términos de deberes, que suele explicar una defensa de justificación por la diferencia de valoraciones que debiera existir en pro del deber cumplido. Igualmente podría hacerse un análisis en términos de excusa cuando tal diferencia no se sostiene, conectándose así con el fundamento de la clase de defensa de necesidad, justificación o excusa.

<sup>50</sup> La relación del mal causado con el mal que se evita a partir del carácter subsidiario de aquel daño ya se admitía para la defensa del n.º 7, como justificación. Así, la sentencia de la Corte

se evita se refuerza al agregar que ha de tratarse de un mal para ‘su persona o derecho’, que en otros ordenamientos sirve para explicar la excusa por la presión que mueve a dañar a otro inocente como único camino de salvación.<sup>51</sup>

La entidad de los bienes salvados tiene, entonces, particular relevancia para explicar la razón de ser de una excusa, de por qué se exculpa a un sujeto que se comporta antijurídicamente, que causa un daño prohibido. En el conflicto de necesidad debe evidenciarse la preponderancia de intereses que se salvan para que el derecho justifique la afectación del inocente protegido. Así ocurre en general cuando se causa un daño económico o patrimonial para salvar la vida propia o incluso ajena. Para la defensa de necesidad es clave siempre la consideración de la víctima, porque es inocente y está protegida jurídicamente. Por eso, el mal causado y el bien afectado son fundamentales, pero no es lo único que se tiene en cuenta y se evidencia especialmente a partir de una ponderación no material o meramente natural. No se comparan únicamente la entidad de bienes y males cuando, por ejemplo, para salvar la vida de alguien (evitar su lesión) se extrae forzosamente un órgano no vital de otra persona. Aunque la vida sea fundamental y prime por sobre la integridad corporal, hay una visión del ser humano, de su dignidad, que entra como límite en esa valoración, al igual que lo hacen los principios limitadores del *ius puniendi* según el modelo de Estado que lo ejerce.<sup>52</sup> Igualmente pasa en caso de torturas a un sujeto para evitar actos terroristas que puedan salvar miles de vidas: entrará en consideración la dignidad humana del torturado-víctima y los principios del Estado que corresponda. Más evidente debiera ser la restricción de la vida

---

de Apelaciones de Valparaíso rechaza no solo la defensa de exculpación, sino también la de disminución de responsabilidad, por ausencia del primer mal (que se busca evitar) al entender que falta la ‘extrema gravedad’ de la situación económica del defendido y no hay claridad respecto de que no haya habido otro medio practicable menos perjudicial. Chile, Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 04 de agosto de 2004, Expediente Rol 219-2003.

<sup>51</sup> Así lo explica Mir Puig, Santiago, *Derecho penal...* Op. cit., pp. 462-465, para distinguir las clases de defensa de necesidad a partir de la norma española (art. 20.5 CP). Afirma justamente que solo desde el peligro para un “bien personalísimo” del defendido o de alguien cercano a él surgiría una presión motivacional suficiente, propia de una defensa de exculpación o excusa.

<sup>52</sup> Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.ª edición, B de F; Montevideo-Buenos Aires, 2003, pp. 108, 109, 112, 124, 125 y 134. Los principios e intereses del Estado podrían considerarse una base neutral para todos los supuestos de necesidad dentro del modelo que lo rige, en cuanto permanecen respecto del defendido y de la víctima.

e integridad corporal, como núcleo ‘sustancial’ de la existencia humana, cuando los intereses concurrentes parecen equivalentes, como en el caso de las dos vidas de las hermanas siamesas, aunque se pretenda buscar cierta preponderancia basada en la ‘viabilidad’ de una por sobre la otra, cuando se habla de la protección de un mismo interés o bien que se pretende ‘sacrificar’ sin culpa del sacrificado. Incluso en la actividad médica, el médico no puede disponer ni siquiera de la integridad física del paciente en aras de salvar su propia vida, salvo casos de urgencia, donde el consentimiento del afectado se presume.<sup>53</sup> El consentimiento de la víctima también juega un rol en la ponderación según el caso,<sup>54</sup> siempre sin perjuicio de los intereses del defendido o tercero afectado, propio del conflicto de necesidad.<sup>55</sup>

De todas formas, la especial atención a la víctima limita la defensa de justificación porque no mira solo el bien salvado o el mal evitado; pero no supone necesariamente una excusa. Hörnle<sup>56</sup> destaca la relevancia de la perspectiva que se tome para resolver las posibles defensas de necesidad a partir de casos particularmente difíciles en los que se salvan muchas vidas:

<sup>53</sup> El consentimiento del paciente juega un especial rol en la ponderación de intereses en el conflicto de necesidad particular que procede cuando el titular del bien afectado es el mismo del bien salvado. Puppe, Ingeborg, “La justificación de la intervención médica curativa”, Revista *InDret*, 2007, (1), p. 3. El consentimiento de algún modo decide la prevalencia de intereses que no es clara por la coincidencia de sujeto y la incertidumbre de las circunstancias. Por eso también en caso de transfusiones de sangre sin consentimiento del paciente, el médico podría estar amparado por una defensa de necesidad, incluso justificante si el afectado está imposibilitado de dar su consentimiento y el profesional actúa y decide conforme los parámetros de la *lex artis* aplicables al caso; como una suerte de consentimiento presunto. Si la transfusión es forzada y se requiere consentimiento no cabe defensa de justificación, podría haber una excusa por necesidad si el conflicto genera una presión en el profesional médico que le impide seguir la prohibición. En el caso de los menores de edad el consentimiento no es válido y podría criticarse la admisión de la autorización de los padres por no ser ellos los titulares de los bienes expuestos en peligro, pero esta crítica no comprende el sentido de la representación. Otra cosa es rechazar la representación o la titularidad de los padres.

<sup>54</sup> Útil es la tesis de Nino Carlos, Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, pp. 475-480, que recoge la “teoría de los bienes personales” respecto de las condiciones en las que los individuos pueden ser privados de sus derechos. La titularidad de los bienes se reconoce como una especie de “posesión precaria” mientras no haya perjuicio de la sociedad. Así, solo cabe sacrificar bienes que pueden privarse sin consentimiento del titular, con o sin compensación.

<sup>55</sup> La consideración del autor tiene lugar no solo porque es el sujeto del conflicto, sino porque para establecer responsabilidad penal no interesa solo el daño causado, sino también su imputación al agente. Injusto y culpabilidad configuran la conducta delictiva a la que cabe imponer la pena como consecuencia. Precisamente por esta referencia al autor es que Hörnle, Tatjana, “Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal”, *InDret*, 2010, (2), pp. 20, 21, afirma que al Derecho penal le es ajena una perspectiva neutral, que juzgue la conducta necesaria solo por la ponderación de consecuencias.

<sup>56</sup> Hörnle, Tatjana. “Matar para salvar muchas vidas. Op. cit., p. 9.

el del 'guardagujas' (que compara al 'Trolley case'), en el que un empleado de ferrocarril desvía un tren de mercaderías que amenaza con chocar otro tren de pasajeros que provocaría la muerte de muchas personas, al mover una aguja, a pesar de que prevé que por tal desviación morirán otros tres empleados; un supuesto especial de extracción forzosa de órganos, por el cual un cirujano con cinco pacientes a los que les fallan órganos vitales, sin posibilidad de conseguir donaciones, extrae los que necesita de otra persona que está en el hospital y que muere por tal razón; la conducta de un piloto de la Fuerza Aérea que derriba el avión secuestrado que pilotea en un lugar despoblado para evitar su derribo por el secuestrador en un lugar donde moriría mucha gente, como el aeropuerto.

La ponderación de los intereses del agente y los de la víctima en estos casos complejos llevan a la autora a rechazar en general una defensa de justificación, por la pretensión de defensa de la víctima inocente y su dignidad, sin que determine necesariamente una defensa de exculpación o excusa.<sup>57</sup> Así, se funda en el derecho preferente de defensa de la víctima para resolver el caso del guardagujas y en el del trasplante, en cuanto no hay deber alguno de entregar la propia vida. Afirma la mayor entidad de este derecho (mayor fuerza) en el supuesto del trasplante por el respeto de la dignidad humana.<sup>58</sup> La dignidad de la víctima siempre está presente, solo que su compromiso o afectación es evidente cuando se sacrifica directamente a un ser humano para salvar a otro, y no ocurre así cuando se mueve la aguja y se desvía el tren. La muerte de los tres empleados por tal desvío aparece como una consecuencia indirecta, que impide una justificación por la consideración preferente de la vida de los inocentes. En ambas circunstancias sería improcedente una justificación, pero Hörnle admite la excusa para la conducta del guardagujas, que rechaza para el médico del trasplante precisamente por la consideración de su conducta frente a la dignidad de la víctima (tiene relación con la tesis del doble efecto en cuanto no se busca el sacrificio de un hombre como fin ni como medio). En el caso del derribo del avión por el piloto de la fuerza aérea, también reconoce el derecho a conservar la vida de los pasajeros inocentes, pero

<sup>57</sup> Hörnle. Tatjana, "Matar para salvar muchas vidas. Op. cit., pp. 21-25.

<sup>58</sup> *Ibíd.*, pp. 16, 17. La destaca aun para concepciones no religiosas del mundo, con relación a la vida como el bien más importante.

entiende que es una pretensión menor, a pesar de que el mismo Tribunal Constitucional federal alemán se apoya en la dignidad de las víctimas al ser utilizadas como objetos.<sup>59</sup> Hace la diferencia en virtud de que los pasajeros igual morirían, por lo que no se trataría del sacrificio de toda su vida, sino de un momento, unos minutos.<sup>60</sup> Este menor derecho junto al deber del piloto de resguardar la seguridad del aeropuerto le sirven de argumento para admitir una defensa de justificación.

Puede entenderse la solución de justificación para ese supuesto si existe un deber particular de salvamento del piloto, respecto de quienes estén en el aeropuerto por sobre los pasajeros en caso de aviones secuestrados como hipótesis de colisión de deberes, donde además la conducta de derribar el avión no busque directamente sacrificar inocentes. Este sacrificio siempre impone un límite para la justificación. La dignidad de la persona humana como límite supone excluir de valoraciones lo que no es valorable. En este sentido, un hito importante en la jurisprudencia internacional es el fallo de la High Court inglesa, “The Queen v. Dudley & Stephens” de 9 de diciembre de 1884, que condenó a dos marinos que, en situación de naufragio, decidieron matar y comer a un tercer sobreviviente: “¿Quién va a ser el juez de este tipo de necesidad? ¿Por qué medida debe el valor comparativo de vida ser medido? ¿Ha de ser la fuerza, o el intelecto, o qué? Es evidente que el principio deja a aquel que se aprovechará de ella para determinar la necesidad que lo justificará y, en forma deliberada, tomar otra vida que salve la suya. En este caso el más débil, el más joven, el más sumiso fue elegido. ¿Era más necesario matarlo a él que a uno de los hombres adultos? La respuesta debe ser ‘No’” (Lord Coleridge). Esta tesis es acorde con los lineamientos kantianos y puede decirse que tiene antecedentes en Aristóteles<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Revista Diánoia*, 2010, LV, (64), pp. 4-5, señala que “el eco del imperativo categórico kantiano se escucha en las palabras de la Corte. El respeto a la dignidad de todo ser humano prohíbe que el Estado trate a una persona simplemente como un medio para alcanzar un fin, incluso si ese otro fin fuera el de salvar la vida de muchas otras personas”.

<sup>60</sup> La referencia al consentimiento presunto de los pasajeros para la ponderación puede entenderse como víctimas afectadas por dos males, porque serían alcanzados igualmente por el que tratan de evitar (además de las otras muchas personas), como los pacientes ante intervenciones médicas. Desestima finalmente este consentimiento, que es más bien hipotético, porque no se puede averiguar.

<sup>61</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco* (edición bilingüe y traducción de Araujo, María; Marías, Julián), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; p. 32, hacía alusión a la presión suficiente para

al describir la voluntariedad del acto. Gentz,<sup>62</sup> un discípulo de Kant, precisa esta concepción frente a las clases de defensa que, según Hruschka,<sup>63</sup> es posiblemente uno de los primeros que desarrolla la distinción entre justificación y exculpación a partir de la “Tabla de Carneádes”:

La diversidad de las circunstancias en las que se hallan los pueblos que se rebelan produce también una diversidad en las causas que exculpan la acción contraria al ordenamiento jurídico. Así, la decisión de arrojar al mar a un enemigo que tras un naufragio se halla en una delgada tabla, cuando es inevitable que uno mismo se ahogue, nunca puede llegar a justificarse, pero en cambio (porque aun en la más extrema necesidad es propio del heroísmo guiarse por el mero concepto del deber) sí puede encontrar exculpación [...]. Ello es así porque lo que la humanidad perdona nunca puede ser la regla en un sistema de derechos.

En el Derecho constitucional chileno no parece haber duda acerca de la relevancia de la dignidad del ser humano como límite imponderable. Así, el Tribunal Constitucional ha declarado que: “La dignidad a la cual se alude en aquel principio capital de nuestro Código Supremo es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados”.<sup>64</sup> Esta idea ha sido desarrollada por reconocidos estudiosos del área como Nogueira<sup>65</sup> y Fernán-

---

determinar acciones no punibles, al distinguir “acciones mixtas”, voluntarias e involuntarias. Tienen algo de “voluntarias”, pues son preferibles cuando se ejecutan, y en un sentido absoluto son “involuntarias” ya que “nadie, en efecto, elegiría ninguna de estas cosas por sí mismo”; “se tiene indulgencia cuando uno hace lo que no debe sometido a una presión que rebasa la naturaleza humana y que nadie podría soportar”. Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres* (traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho), 4.ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, p. 46, distingue situaciones que pueden autorizarse de aquellas que siempre serán injustas, pero que quedan “impunes” en función de que en ocasiones la amenaza del mal incierto que impone la ley “no puede superar al miedo ante un mal cierto”.

<sup>62</sup> Von Genz, Friedrich, “Nachtrag zu dem Râsonnement des Herrn Professor Kant über das Verhältniss zwischen Theorie und Praxis”, Revista *Berlinische Monatsschrift*, 1973, 22, pp. 518, ss., citado por Hruschka, Joachim, “Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carneádes en Gentz y en Kant”, Revista *ADPCP*, 2006, (t. LVII), p. 6.

<sup>63</sup> Hruschka, Joachim, “Causas de justificación y causas de exculpación...”, Op. cit., p. 17.

<sup>64</sup> Chile, Tribunal Constitucional, sentencia de 28 de octubre de 2003, Expediente Rol 389.

<sup>65</sup> Nogueira, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago, 2006, pp. 224-225.



dez,<sup>66</sup> para quienes la dignidad importa una reserva que ha de respetarse como fuente de derechos esenciales. Esta idea incluso se ha rescatado en el ámbito civil. En este sentido, se destacan las palabras de Figueroa:<sup>67</sup> “Nosotros hemos sostenido que el fundamento primero de todos los derechos esenciales de las personas naturales es su dignidad, idea que presta su fundamento a los conceptos de igualdad jurídica, no discriminación y libertad, todos los cuales derivan necesariamente del primero”. Otro tema diverso es la exculpación o excusa por la infracción de la norma, la realización de un injusto.

La excusa por necesidad se suele fundar en la doctrina alemana de la doble reducción de culpabilidad por el menor injusto que supone ya el salvar un bien protegido y la presión de las circunstancias que impide cumplir la norma penal.<sup>68</sup> El menor injusto se da en toda situación de necesidad verdadera, pero se entiende que una presión suficiente para impedir seguir la norma solo procede respecto de un peligro personal, un mal para un ‘derecho personalísimo’ que se busca evitar o para una persona próxima. En ninguno de los casos expuestos por Hörnle se da esta proximidad. Sin embargo, recurre a otro argumento normativo que le permite sostener una excusa para el caso del guardagujas. Rescata, además de la voluntad de salvamento verdaderamente altruista –que comparte el médico del trasplante–, la comprensión de la conducta de desviación por la falta de injusto desde el punto de vista del autor o defendido, que sí existiría desde la consideración de la víctima. Como ambos entran en la ponderación del conflicto de necesidad, tiene relevancia tanto la amenaza que sufre el agente (o una persona próxima) como su conducta dañosa. En este caso, el desvío del tren busca directamente evitar la concreción del peligro para muchas personas y no el sacrificio de otros empleados de ferrocarril inocentes, como sí lo hace el cirujano con la extracción de órganos. Aunque tenga también voluntad de salvamento, la gravedad del injusto por el sacrificio directo de

<sup>66</sup> Fernández, Miguel Ángel, “Los derechos fundamentales en 25 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1980-2005”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 2006 (33), p. 31.

<sup>67</sup> Figueroa, Gonzalo, “El derecho internacional de la Bioética”, *Actas del congreso internacional de derecho en homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso Tomo II*, Editorial Edeval, Valparaíso, 2012, p. 368.

<sup>68</sup> Así, Jescheck, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho penal...* Op. cit., pp. 512-516.

la víctima impide que surja un ‘dilema de decisión’ que haya de tomarse en serio.<sup>69</sup> La dignidad humana no solo determinaría siempre un injusto mayor por la exclusión de un núcleo imponderable, sino que en este caso impediría una excusa por la falta de presión suficiente para explicar el sacrificio de otros seres humanos inocentes. La norma chilena habla de un mal para la persona o derechos que se pretenden evitar y que pueden reflejar esta idea de presión próxima desde el punto de vista del defendido, pero también incluye el peligro para un tercero ajeno no allegado. Cabría entender que esta referencia se incluye para los supuestos de injustos menores, como defensas de justificación, aunque podría admitir excusas si no se evidencia una decisión de causar mal directo a una persona, una infracción normativa directa. Ambas defensas son posibles conforme la disposición comentada, pero la falta de una diferencia a favor del defendido impide una defensa de justificación y habilita para examinar los requisitos de una excusa, que procedería únicamente si se dan sus fundamentos.

## Conclusión

La nueva eximente de responsabilidad criminal, contemplada en el artículo 10 n.º 11 del Código Penal chileno, contiene una hipótesis de estado de necesidad diversa a la anterior –contenida en el n.º 7 del mismo artículo– que aún se encuentra vigente. Esta situación plantea, por lo menos, dos cuestiones a resolver, ambas referidas a la extensión y límites de la nueva eximente. La primera, si el estado de necesidad previsto en el n.º 11 subsume el del n.º 7 tornándolo superfluo; la segunda, cuál es el tipo de

<sup>69</sup> Horowitz, Donald, “Justification and excuse in the program of the criminal law”, Op. cit., pp. 125 y 126, destaca ambas perspectivas para determinar una excusa, pero no recurre a la ponderación de intereses para determinar o distinguir una defensa de justificación. Funda la existencia de una justificación en la ilegalidad de la amenaza a la que el defendido responde y, con ello, la defensa de necesidad nunca sería una justificación. El hecho que la preponderancia de los intereses salvados no tenga lugar en la determinación de una excusa, no supone que no existan intereses concurrentes que hayan de apreciarse y que juegan un rol en la definición de una justificación o una excusa. Todo conflicto de necesidad exige ponderación de intereses contrapuestos, donde la superioridad de los bienes salvados determine conductas deseables o, mejor, permitidas justamente porque se evidencia una diferencia valorativa que impide configurar un mal jurídicamente prohibido. Otra cosa es que la excusa no dependa de la comparación objetiva de intereses, como señala Kugler, Itzhak, “Necessity as a Justification in Re A (Children)”, Op. cit., pp. 444, 448, ni proceda por descarte en forma automática.

defensa que admite el primero, si acaso una justificante o bien una exculpante, o cualquiera de ellas.

Respecto de la primera cuestión, parece que hay buenas razones para estimar que ambos numerales –el 7.º y el 11.º– conservan todavía una esfera de autonomía, toda vez que el n.º 7 habilita una defensa en caso de que el agente procure salvar bienes colectivos, aspecto que no considera el n.º 11.

Respecto de la segunda cuestión, que es la más compleja y problemática, parece que la defensa del n.º 11 puede operar como causal de justificación cuando el bien afectado admite ser ponderado como de menor valía que el bien salvado –igual hipótesis que la del n.º 7, y por consiguiente habría coincidencia o doble concurrencia normativa–. Podría operar como una causal de exculpación cuando los bienes involucrados, el salvado y el afectado, se ponderan como similares o equivalentes. Con todo, la exculpación –y menos aún la justificación– no puede operar si el bien afectado implica uno de tipo absoluto, de suyo imponderable.

## Bibliografía

1. Aguirre-Pabón, Javier Orlando, "Dignidad, derechos humanos y la filosofía práctica de Kant"; *Vniversitas*, julio-diciembre 2011, (123), pp. 45-74.
2. Alessandri Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno Tomo II*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1983.
3. Aristóteles, *Ética a Nicómaco* (edición bilingüe y traducción de Araujo, María; Marías, Julián), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
4. Barros Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
5. Bedi Monu Singh, "Excusing behavior: reclassifying the federal common law defenses of duress and necessity relying on the victim's role", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2011, 101, (2), p. 631.
6. Corral Hernán, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
7. Couso, Jaime, "Comentario art. 10 n.º 7", en *Código Penal Comentado, Parte General, Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, Santiago, 2011.
8. Cury Urzúa, Enrique, *Derecho penal Parte general, Tomo I*, 2.ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988.

9. Etcheberry, Alfredo, *Derecho penal. Parte general Tomo I*, 3.<sup>a</sup> edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
10. Fernández Miguel Ángel, "Los derechos fundamentales en 25 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1980-2005, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 2006, 33, p. 31.
11. Figueroa, Gonzalo, "El derecho internacional de la Bioética", en *Actas del congreso internacional de derecho en homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso Tomo II*, Editorial Edeval, Valparaíso; 2012.
12. Garrido Montt, Mario, *Derecho penal. Parte general Tomo II*, 4.<sup>a</sup> edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
13. Habermas, Jürgen, "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", *Revista Diánoia*, 2010, LV, (64), pp. 4-5.
14. Hernández, Héctor, "Comentario art. 10 n.º 11", en *Código Penal Comentado, Parte General, Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, Santiago; 2011.
15. Hörnle, Tatjana, "Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal", *Indret*, 2010, (2), pp. 20, 21.
16. Horowitz, Donald, "Justification and excuse in the program of the criminal law", *Law and Contemporary Problems*, 1986, (109), pp. 111, 112, 115, 118, 124 y 125.
17. Hruschka, Joachim, "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", *Revista ADPCP*, 1994, (t. XLVII, Fasc. III, 1994), pp. 344, 354-356.
18. Hruschka, Joachim, "Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant", *Revista ADPCP*, 2006, (t. LVII).
19. Jakobs, Güther, *Derecho penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducido por Cuello Contreras, Joaquín, Serrano Gonzales de Murillo, José Luis, Marcial Pons, Madrid, 1995.
20. Jescheck, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho penal Parte General* (traducido por Olmedo Cardenete Miguel), 5.<sup>a</sup> edición, Comares, Granada, 2002.
21. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (edición bilingüe de José Mardomingo), Ariel, Barcelona, 1996.
22. Kant, Immanuel, *Grundlegun zur Metaphysik der Sitten*, 37.
23. Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres* (traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho), 4.<sup>a</sup> edición, Tecnos, Madrid, 2005.
24. Kugler, Itzhak, "Necessity as a Justification in Re A (Children)", *The Journal of Criminal Law*, 2004, 440 (68 J. Crim: L.).
25. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9.<sup>a</sup> edición, Reppertor, Barcelona, 2011.

26. Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> edición, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.
27. Molina Fernández, Fernando, *Estado de necesidad y justificación penal ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?*, Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009.
28. Náquira Riveros, Juan, *Derecho penal. Teoría del delito, Tomo I*, McGraw-Hill, Santiago, 1998.
29. Nino Carlos, Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
30. Nogueira, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago. Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, 3.<sup>a</sup> edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
31. Ossandón Widow, María Magdalena, "Aborto y justificación", *Revista Chilena de Derecho*, 2012, 39, (2).
32. Politoff, Sergio, Ortiz Pedro, Matus Jean Pierre, *Texto y comentarios del Código Penal chileno, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
33. Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
34. Puppe, Ingeborg, "La justificación de la intervención médica curativa", *InDret*, 2007, (1), p. 3.
35. Roxin, Claus, *Derecho penal Parte General* (traducción de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas de Luzón Peña; Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997.
36. Silva Sánchez, Jesús María, "Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español", *ADPCP*, 1994; (t. XXXV, Fsc. III, 1982), pp. 344, 354-356.
37. Tamayo, Javier, *Tratado de responsabilidad civil Tomo II*, Legis, Bogotá, 2007.
38. Von Feuerbach, Anselm, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* (traducción de la 14.<sup>a</sup> edición alemana [Giessen, 1847] por Zaffaroni; y Hagemeyer), Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
39. Von Genz, Friedrich, "Nachtrag zu dem Rasonnement des Herrn Professor Kant über das Verhältniss zwischen Theorie und Praxis", *Berlinische Monatsschrift*, 1973, 22, p. 518, ss.
40. Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Instituto Editorial Reus, Madrid, (s.a.), pp. 351 y 353 (traducción de la 20.<sup>a</sup> edición alemana por Jiménez de Asúa Luis; con adiciones del Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, 3.<sup>a</sup> edición).

