

CÓDIGO PENAL COMENTADO

LIBRO PRIMERO (ARTS. 1º A 105)
DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTORES
JAIME COUSO - HÉCTOR HERNÁNDEZ

AUTORES
MIGUEL CILLERO
JAIME COUSO
HÉCTOR HERNÁNDEZ
JORGE MERA

 **AbeledoPerrot®**
LegalPublishing Chile

 **udp**
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

programa
de derecho
penal
facultad de derecho

cada uno con sus propias exigencias en cuanto a dolo o culpa, de modo que es perfectamente posible que la conducta sea incluso delictiva y que, sin embargo, la producción del resultado sea atípica por falta de dolo o culpa (NOVOA, I, 411, 502 s.; SOLARI, 261 ss.; tácitamente también MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 379; se limita a declarar "ampliamente superada" la interpretación del precepto en la línea del *versari* MERA, 161), como lo confirma la existencia del Art. 492, que al exigir "infracción de los reglamentos" supone por definición una conducta inicial ilícita y que, no obstante, cuando produce un resultado lesivo sin dolo pero con culpa, para la Ley constituye una hipótesis cuasidelictiva (NOVOA, I, 503; SOLARI, 264 s.; CURY, 343; GARRIDO, II, 233; POLITOFF, 332).

El Art. 71 introduce una complicación al disponer que cuando no concurren todos los requisitos del N° 8 "se observará lo dispuesto en el artículo 490", con lo cual, si bien se confirma legalmente que la producción del resultado nunca podrá ser tratada como dolosa, sugiere al mismo tiempo que el incumplimiento de los requisitos del N° 8 conduce siempre y en todo caso a la responsabilidad por culpa, esto es, aun cuando en la especie ésta no

concurra (DEL RÍO, Elementos, 151; DEL RÍO, Manual, 173: "se considerará el hecho como perpetrado con imprudencia temeraria, y se castigará como cuasidelito, si afecta a las personas"; lo sugiere también DEL VILLAR, 244). La opinión ampliamente dominante entiende, sin embargo, que el mandato del Art. 71 es simplemente a que "se observe" lo previsto en el Art. 490, es decir, a que se verifique si en el caso concreto se dan o no los requisitos del cuasidelito, en modo alguno a que se sancione como cuasidelito algo que no lo es (ya VERA, 239: "No basta establecer que si no hai excusa del delito, se nos presenta entonces de lleno el cuasidelito"; NOVOA, I, 515; ETCHEBERRY, I, 329 s.; RIVACOBÁ, 77 s.; SOLARI, 260 s.; CURY, 343 s.; GARRIDO, II, 233; NAQUIRA, 205 s.; NAQUIRA, Comentario, 146; POLITOFF, 332; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 251; MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 379; ahora también LABATUT, I, 130).

Puntualmente, se ha querido rescatar al menos en parte la aplicación del N° 8, afirmando que por "acto lícito" debe entenderse uno no punible, de modo que sólo la conducta ilícita constitutiva de delito sería obstáculo para el reconocimiento del caso fortuito, no así las contravenciones extrapenales (COL-

VIN, 21), tesis que, sin embargo, no se puede compartir porque sigue en pie que la ilicitud del hecho inicial nada dice sobre el requisito legal de culpa respecto del mal que se causa. El N° 8 no aporta fundamento legal para hacer responder por males causados por mero accidente y sin culpa, por mucho que la conducta en cuestión haya sido punible, como sería el caso del conductor que acaba de robar el vehículo o que transporta en él drogas o a una persona secuestrada y que conduciendo de modo atento y cuidadoso ocasiona la muerte del peatón que cruza de modo completamente intempestivo la calzada. Por supuesto tendrá que responder por tales delitos, pero no por las consecuencias lesivas de su conducción que no sean imputables ni a dolo ni a culpa.

Afortunadamente, la jurisprudencia no se ha encerrado en el

estrecho espacio del N° 8 y mantiene un concepto amplio de caso fortuito que lo trasciende y que se identifica con la ausencia de culpa. Particularmente relevante es la SCS en Contra Juan Pastene Guerrero (1963), un caso en el que imputado y víctima caen abrazados al suelo, circunstancia en que se dispara el arma que el primero tenía entre sus ropas, hiriendo a la segunda. La Corte rechaza explícitamente la doctrina del *versari in re illicita* (la califica de anacrónica) y declara que la tenencia ilegal del arma no es obstáculo para liberar de responsabilidad al imputado, pues en un derecho penal basado en el principio de culpabilidad sólo se pueden imputar hechos dolosos o culposos, no siendo imputable lo que va más allá, esto es, el caso fortuito (citada por ETCHEBERRY, DPJ, I, 286 s.; véanse las otras sentencias citadas por el mismo autor).

Artículo 10. Están exentos de responsabilidad criminal:

[...]

9. El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable.

BIBLIOGRAFÍA: ARIAS, Antonio: *El miedo insuperable y la fuerza o violencia moral e irresistible*, Ediar-ConoSur, Santiago 1984; COLVIN, Alberto: "Algunas eximentes de responsabilidad en el Código penal chileno", *Revista de Derecho* (U. Concepción) N° 162 (1974), 7-23; COUSO, Jaime: *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006; FONTECILLA, Rafael: "Los problemas jurídicos de las causas supralegales en materia penal", en AA. VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, Abeledo-

Perrot, Buenos Aires 1964, pp. 662-703; GARCÍA, María Paulina: *El estado de necesidad en materia penal*, ConoSur, Santiago 1999; HERNÁNDEZ, Héctor: *Las drogas ilegales en el derecho penal chileno* (tesis PUC inédita), Santiago 1992; KINSENMÜLLER, Carlos: *Culpabilidad y pena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2001; MARALICH, Juan Pablo: "Miedo insuperable y obediencia jerárquica", *Revista de Derecho* (UACH), Vol. XXI N° 1 (2008), 61-73; MERA, Jorge: *Derechos Humanos en el derecho penal chileno*, ConoSur, Santiago 1998; NAQUIRA, Jaime: "Comentario al artículo 10 N° 9", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 147-151; PEÑA, Silvia: *Der entschuldigende Notstand* (tesis doctoral), Tübingen 1979; PRAMBS, Claudio: *El tipo de culpabilidad en el Código penal chileno*, Metropolitana, Santiago 2005; RIVACOBRA, Manuel de: "El principio de culpabilidad en el Código penal chileno", en RIVACOBRA, Manuel de (editor): *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho penal en celebración del Centenario del Código penal chileno*, Edeval, Valparaíso 1975, pp. 49-126; VIAL, Víctor: *La no exigibilidad de otra conducta como causa de exclusión de la culpabilidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1969.

COMENTARIO

Héctor Hernández

El N° 9 reúne en una sola disposición las eximentes del N° 9 ("El que obra violentado por una fuerza irresistible") y del N° 10 ("El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal mayor") del Código español de 1850, decisión probablemente influida por la propuesta del comisionado Renjifo en orden a adoptar como modelo el N° 3 del Art. 10 del Código del Brasil ("Los que cometan crímenes impulsados por una fuerza o un miedo irresistible"), la que si bien no fue acogida, sí al menos pudo haber llevado a fundir en un solo precepto ambas situaciones (cfr. sesión 7ª, de 14 de mayo de 1870, *Actas*, 11). No quedó, en cambio, ninguna constancia de las razones por las que se suprimió la exigencia de que el miedo insupe-

rible se refiriera a "un mal mayor", aunque con seguridad influyeron las críticas de PACHECO I, 172 s.

La primera parte del precepto, referida al que "obra violentado por una fuerza irresistible", ha sido objeto de una intensa discusión. Lo primero que se discute es qué debe entenderse por fuerza para estos efectos. Algunos autores han entendido que el precepto alude exclusivamente a la fuerza física (la fuerza moral relevante sería el miedo insuperable) entendida como *vis absoluta*, con lo cual quedaría reducido a una hipótesis de falta de conducta (LABATUT, I, 83 s., 149; RIVACOBRA, 101, 103; COLVIN, 10 s., 20; PEÑA, 196; antes tácitamente FUENSALEIDA, I, 61; y BAÑADOS, 34). Otros auto-

res agregan a los casos de *vis absoluta* hipótesis de *vis compulsiva*, pero exclusivamente de aquella que se ejerce mediante el uso de violencia física (NOVOA, I, 270; COUSINO, I, 505 s.; COUSINO, III, 243 s.). Un tercer grupo de autores entiende que la eximente resulta aplicable tanto a la *vis absoluta* como a cualquier forma de *vis compulsiva*, esto es, también a la llamada fuerza moral (VERA, 105; FERNÁNDEZ, I, 96; DEL RÍO, II, 186; DEL RÍO, Manual, 165 s.; ETCHEBERRY, I, 208, 349 s.; DEL VILLAR, 92, 193; ARIAS, 98 ss.; GARCÍA, 259 ss., 269; PRAMBS, 229 s.), en tanto que en la literatura más reciente parece imponerse el criterio de considerar comprendida sólo la *vis compulsiva*, cualquiera que sea el medio empleado para ejercerla, es decir, también, por cierto, cualquier forma de fuerza moral (CURY, 272, 454 ss.; GARRIDO, II, 51, 313 s.; NAQUIRA, 57 s., 427 ss.; NAQUIRA, Comentario, 148; VARGAS, 23, 138 s.; en principio también, aunque no se pronuncian sobre una posible aplicación a casos de *vis absoluta*, POLITOFF, 466 ss.; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 340 ss.). Los partidarios de restringir la aplicación de la eximente a casos de fuerza física (sólo absoluta o también compulsiva) recurren, al margen de la aislada pretensión lexicográfica de que "fuerza" y "violento" sólo se pueden entender

en sentido físico (sólo COUSINO, III, 244; en contra ETCHEBERRY, I, 349; CURY, 455; GARRIDO, II, 313; POLITOFF, 469; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 431 con nota al pie N° 487; ARIAS, 109 s.; GARCÍA, 259 ss.; PRAMBS, 230), fundamentalmente al origen del precepto en el derecho español, donde la consideración separada de la fuerza irresistible y del miedo insuperable habría hecho patente que las hipótesis relevantes de "fuerza moral" estaban representadas sólo por el segundo, que es como lo interpretó siempre pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia peninsular (NOVOA, I, 269 s.; COUSINO, I, 507 s.; PEÑA, 195 s.). Al margen de si pueden extraerse consecuencias interpretativas en contrario de la fusión en la Ley chilena de ambas hipótesis en una (según COUSINO, I, 507, ésta se explica fácilmente luego de que, con la supresión de la exigencia de evitar un mal mayor en el miedo insuperable, ya no hubiera razones para una regulación separada; no obstante lo cual NOVOA, I, 269, reconoce que la fusión se verificó "sin captar el fundamento de la separación de esas dos eximentes"), el argumento no ha tenido mayor repercusión, al punto que los partidarios de la tesis contraria o no se hacen cargo de él o se limitan a calificar de "incomprensible" la opinión dominante en Es-

pañía (MERA, 168), centrándose en todo caso en atacar las consecuencias de una interpretación en ese sentido. Desde luego, se considera absurdo restringir casi hasta la insignificancia la disposición legal, lo que es especialmente válido para quienes pretenden restringirla a hipótesis de *vis absoluta*, cuya irrelevancia penal no requeriría la previsión de una eximente, pues en ausencia de conducta simplemente ~~decae~~ el concepto de delito del Art. 1°: sólo requieren ser exentas de responsabilidad las conductas (CURY, 455; ARIAS, 104 ss.; GARRIDO, II, 313 s.; NAQUIRA, 428 s.; NAQUIRA, Comentario, 148; POLITOFF, 468; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 341 s.; VARGAS, 138). Por otra parte, no ha parecido suficiente el recurso al miedo insuperable, pues sin duda son imaginables situaciones extremas que en rigor no producen miedo y en las que es igualmente inexigible que el sujeto se comporte de acuerdo con el derecho (ETCHEBERRY, I, 349; CURY, 455 s.; GARRIDO, II, 314; POLITOFF, 469; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 342, continuación de la nota al pie N° 487; lo reconoce RIVACOBA, 104 ss., quien, sin embargo, prefiere la suprallegalidad a la "desfiguración" de la fuerza irresistible; también por una eximente suprallegal VIAL, 52 s.; en cambio, debería estar en contra NAQUIRA, 424, 432 s., quien, como

se verá, mantiene un concepto muy amplio de miedo), contra lo cual, por diferencia de grado, nada diría la existencia de "atenuantes pasionales" como las del Art. 11 N°s. 3, 4 y 5 (ETCHEBERRY, I, 349; CURY, 456; GARRIDO, II, 314; POLITOFF, 469; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 342, final de la nota al pie N° 487). Como se ve, la opinión ampliamente dominante en la literatura actual no duda en ver en el N° 9 una referencia a la *vis compulsiva* por medios físicos o morales, subsistiendo cierta ambigüedad sólo en cuanto a si es posible aplicarlo también a supuestos de *vis absoluta*, lo que en todo caso, si bien las mejores razones parecen militar por la negativa (ésa parece ser la actual opinión dominante), no tiene mayores consecuencias prácticas por la muy rara ocurrencia de tales supuestos.

Desde otra perspectiva, aunque el concepto de *vis compulsiva* parece sugerir la idea de una fuerza ejercida por factores exógenos sobre la voluntad del sujeto (tal vez por lo mismo algunos no emplean ese concepto, cfr. CURY, 454 ss.; POLITOFF, 469 ss.), la tendencia es a reconocer un concepto amplio de fuerza que incluye el compromiso de la voluntad también por factores endógenos (CURY, 456; GARRIDO, II, 314 s.; POLITOFF, 474; también, aunque

sólo respecto de la *vis compulsiva* física, COUSINO, III, 243: "coacción" debida "a causas orgánicas propias"; en principio también GARCÍA, 271, 285, aunque sugiere lo contrario en 269; abiertamente en contra NOVOA, I, 268; al parecer también VARGAS, 138 s., quien insiste en un acto de "presión" sobre el sujeto). Se comprenderá que la distinción sólo es relevante para el examen de casos en que tales factores endógenos actúan de modo espontáneo, con total prescindencia de estímulos externos identificables, casos en los que, sin embargo, la plausibilidad de la alegación de fuerza irresistible resulta escasa por la ausencia de puntos objetivos de apoyo y debería dar paso más bien a un examen de imputabilidad. Con todo, esta referencia a los factores endógenos se vincula a la cuestión sobre el tipo de pasiones que pueden considerarse relevantes para el examen jurídico de los casos. Ordenados de acuerdo con la distinción propuesta por POLITOFF, 475 s., entre pasiones débiles o asténicas (como el miedo, la confusión o la desesperación) y pasiones fuertes (como la indignación o la ira), algunos autores consideran relevantes sólo las primeras, entendiendo que las pasiones fuertes como la ira y el impulso vindicativo están expresamente excluidos del N° 9 del Art. 10 en la medida en que están

recogidos por el N° 4 y el N° 5 del Art. 11 (CURY, 457; GARCÍA, 276, aunque en contradicción con 286), en tanto que otros, al menos en principio, atienden exclusivamente a la intensidad del impulso (ETCHEBERRY, I, 349 s.; GARRIDO, II, 315 s., quien lo expresa en términos de la "moralidad" de la fuerza; POLITOFF, 476; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 344). Ante la objeción obvia de que muchos delitos sólo se pueden entender como fruto de pasiones de ese tipo, algunos autores excluyen las pasiones o impulsos "propriadamente delictivos" (POLITOFF, 470, 476; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 344), aunque sin mayores precisiones. Probablemente se quiere aludir con ello a la exigencia de que se den en la especie estímulos extraordinarios que expliquen la aparición y el grado superlativo de la pasión. Con todo, al menos parece existir acuerdo en que, entendida como fórmula amplia de *vis compulsiva*, la fuerza no se identifica con el miedo, sino que trasciende de él y abarca otras formas de conmoción anímica que puedan comprometer la capacidad de autodeterminación del sujeto (CURY, 457, si bien restringido a impulsos análogos a los casos convencionalmente admitidos de inexigibilidad; sin esa restricción POLITOFF, 472, 475 s.; en contra sólo debería estar NAQUIRA, 424, 432 s., quien, como

se verá, mantiene un concepto muy amplio de miedo). Esta amplitud ha permitido afirmar que la fuerza irresistible puede cumplir la función de cláusula general de inexigibilidad de otra conducta en el derecho chileno (cfr. CURY, 456 s.; MERA, 170 s.; tendencialmente POLITOFF, 472 s., 493; y POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 359), sin necesidad de acudir a eximentes suprallegales (por esta vía, sin embargo, FONTECILLA, 695, 701; VIAL, 52 s.; RIVACOB, 105 s.; COUSIÑO, III, 248 ss., "intralegales"), lo que al menos, por lo dicho, resulta plausible respecto de las hipótesis de inexigibilidad consistentes en una conmoción anímica. Si es posible sostenerlo más allá de ese ámbito es altamente discutible y será abordado luego, a propósito del llamado estado de necesidad exculpante (*infra*).

La jurisprudencia, si bien vacilante, ha aceptado mayoritariamente y desde antiguo que la fuerza irresistible puede ser también fuerza moral irresistible (referencias a fallos en el sentido minoritario opuesto, que restringen la fuerza irresistible a la fuerza física en ETCHEBERRY, DPJ, I, 307 ss.; y COUSIÑO, I, 509 con nota al pie N° 1003), en algunos casos restringiendo el concepto a la fuerza moral externa (excluyendo pasiones o emociones), en la mayo-

ría, en cambio, sin esa limitación. Entre las primeras se puede citar la SCA Temuco en Contra Carlos Vila Núñez (1936), donde se lee: "La fuerza irresistible del artículo 10 N° 9 consiste en la coacción material o moral ejercida por un tercero sobre el agente del delito, y no en la excitación psíquica que en éste produce la presencia o actitudes del ofendido, por poderosos que sean los motivos de resentimiento que le impulsan" (citada por ETCHEBERRY, DPJ, I, 309), a la que ha adherido al pie de la letra la reciente SCA Concepción, de 10 de enero de 2008 (N° LegalPublishing: 38156), agregando que, por lo mismo, "la eximente invocada no puede prosperar, puesto que se funda en impulsos de orden moral que pueden ser constitutivos de circunstancias atenuantes" (considerando 2°).

En términos más amplios se puede citar la SCA Santiago en Contra Desiderio Argandoña Pérez (1943), por la que se absolvió al sujeto que había matado a su mujer teniendo en cuenta que ésta lo engañaba con distintos hombres y lo hacía objeto de constantes provocaciones y vejaciones, especialmente el día de los hechos, lo que unido a unos informes médicos que daban cuenta de una personalidad propensa a accesos de violencia determinó que se consi-

derara que había actuado violentado por una fuerza irresistible. A pesar de que reconoce en principio la posibilidad de aplicar la eximente en casos similares, no resolvió del mismo modo la SCS en Contra Cleria Gutiérrez Palavecinos (1968), caso en que la mujer da muerte a su marido "en un estado pasional de gran exaltación, con estrechamiento de la conciencia vigilante y moral" producido por las relaciones sexuales que el occiso mantenía con la hija menor de ambos y los continuos castigos a que la sometía, entendiendo la Corte que, sin embargo, dicho estado carecía de la intensidad suficiente como para ser considerado irresistible.

Que la reacción a un hecho que provoca gran impacto emocional pueda quedar cubierta por la eximente de fuerza irresistible ha quedado demostrado en la SCA Santiago en Contra Juan Hernández Guajardo (1950): el imputado llega al lugar de los hechos cuando el ofendido acababa de matar a su padre, ante lo cual lo persigue y al alcanzarlo lo agrede. Si bien ya no podía hablarse de legítima defensa, la Corte entiende que la conducta del imputado es una reacción natural, incontrolable y humanamente comprensible, razón por la cual lo absuelve. En la SCA Talca en Con-

tra José Segundo Osorio (1951), el imputado y su padre salen de una quinta de recreo a corta distancia de un sujeto que momentos antes de salir había tenido un altercado con un garzón del local y que de improviso se da vuelta y dispara hacia la quinta, hiriendo de muerte al padre del imputado, quien reacciona enfurecido, se abalanza sobre el asesino y lo mata con un cuchillo. También en este caso la Corte entiende que se trata de una reacción normal ante un hecho que lo privó de racionalidad. En la SCA Santiago en Contra Washington Courbis Otero (1955), el imputado mató al seductor de su hija, casada con otro hombre, impulsado por la indignación que le produjo la actitud cínica del sujeto, quien se jactaba del hecho y se burlaba de la familia ofendida, violencia moral que, a juicio de la Corte, fue de tal magnitud que lo arrastró de modo irresistible a cometer el delito. Distinto fue el caso resuelto por la SCS en Contra Celestino Herrera (1967), pues no puede considerarse irresistible la fuerza que provocó en el imputado la presencia del ofendido en la habitación de su hija, considerando que conocía y aceptaba las relaciones de ésta con aquél, que sabía que ella estaba embarazada del mismo y que había tenido dos hijos de padres distintos y conocidos suyos (todas citadas por ETCHEBE-

RRY, DPJ, I, 311, 313; y DPJ, IV, 106). Pero también se ha acogido la eximente en casos en que el hecho que impacta al sujeto no parece tener tanta entidad, como ocurre en la SCS en Contra Juan Izquierdo Hernández (1946), donde el empujón que le da a la pasada el amante de su mujer, de la cual estaba separado, en un Juzgado de Menores al que habían concurrido a un comparendo fue considerado suficiente para eximirlo de responsabilidad por haber reaccionado disparándole e hiriénolo de gravedad; o en la SCA Santiago en Contra Benito Jerez (1959), en que bastó que el vecino, interviniendo en una pelea entre su perro y el perro del imputado, hubiera golpeado al último can dejándolo desfallecido y con una pata quebrada para considerar que había obrado violentado por una fuerza irresistible al golpear al vecino con una olla, fundada en el impulso por defender a un animal doméstico "universalmente querido por su lealtad hacia el hombre" (nótese que la aceptación de la fuerza irresistible fue a mayor abundamiento, porque incluso se había acogido la eximente de legítima defensa [de la propiedad]) (ambas citadas por ETCHEBERRY, DPJ, II, 313).

Se han discutido varios casos en que son los celos ante la infidelidad

de la pareja los que habrían llevado a la comisión del delito. Si bien la eximente prácticamente no se ha acogido, al menos parece claro que la jurisprudencia estaría dispuesta a hacerlo si las circunstancias concretas hicieran explicable la reacción del sujeto. Así, se puede citar la SCA Santiago en Contra Miguel Abraham González Díaz (1963) y la SCS en Castillo, Juan contra Barrios, José Geranuel (1954), que rechazan la eximente fundada en la infidelidad real o presunta de la pareja por no haber alcanzado en concreto la intensidad requerida por aquella (ambas citadas por ETCHEBERRY, DPJ, I, 314, 315 s.). Más recientemente, la SCA Santiago, de 27 de mayo de 1993 (Cita Westlaw Chile: CL/JUR/150/1993), donde se lee: "Que aceptando esta Corte que la eximente de la fuerza irresistible, por no estar limitada legalmente, incluye la moral o psicológica, ya que no se ve inconveniente para considerar a un estímulo emocional que tenga el carácter de irresistible, similar al que se expresa para el miedo insuperable. Sin embargo, es evidente que para aceptar la eximente... debe aparecer claramente establecido en autos que esa fuerza que proviene de emociones exacerbadas de dolor, celos, etc., debe alcanzar un grado de ser insuperable, o sea, imposible de controlar por una persona de con-

ducta normal. En el presente caso, hay prueba suficiente para acreditar que entre la querellante... y el cónyuge de la procesada... existía una relación de carácter amoroso... Sin embargo, esa falta del deber de fidelidad, no aparece bastante para crear en la reo una situación emocional tan fuerte que alcance al nivel de ser irresistible, si se considera la forma como ocurrió el suceso; en cuanto fue la propia procesada, la que se dirigió a la casa de la ofendida, en la noche para sorprender y tratar de enfrentar a ésta y al no lograrlo provocó los daños que son materia de esta investigación" (considerando 2º). En la misma línea, la SCS de 30 de abril de 1997 (Cita Westlaw Chile: CL/JUR/55/1997) rechaza el recurso de casación en el fondo contra una sentencia que no apreció la eximente de fuerza irresistible en un caso en que se alegó la reacción de celos ante un acto de infidelidad, con argumentos que confirman la eventual procedencia de la eximente por este tipo de razones, a saber "que no escapa a un entendimiento medio que el dolor y ofuscación connotados al conocimiento concreto que se tiene de un evento de infidelidad conyugal se producen en mayor medida precisamente en ese momento, llegando en ocasiones a obnubilar la voluntad y el entendimiento, empero naturalmente decrecen con el

transcurso del tiempo [la relación se habría verificado tiempo atrás], resultando así que para el hombre común es posible exigir en estas circunstancias una reflexión del acto a ejecutar" (considerando 4º).

De gran importancia conceptual es la vieja SCA Valparaíso en Contra Abelardo Lazcano (1896), pues tematiza los efectos del alcoholismo no sólo en sede de imputabilidad (al respecto en general véase Comentario al Art. 10 N° 1), sino también de fuerza irresistible, un examen que se echa de menos en la jurisprudencia más actual. El fallo reconoce que en un cierto nivel (que no aprecia en el caso concreto) el *delirium tremens* como puede calificarse como una tal fuerza irresistible (citado por ETCHEBERRY, DPJ, I, 317). El razonamiento puede trasladarse a todos los casos de síndrome de abstinencia respecto del alcohol o de otras drogas, sin necesidad de una disposición específica como la de la segunda parte del N° 2 del Art. 20 del Código español de 1995 (que, con dudoso acierto sistemático, pues lo mezcla con las hipótesis de intoxicación plena, exime de responsabilidad al que "se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa com-

prensión”), en atención a los alcances amplios que se le reconocen a la eximente de fuerza irresistible en nuestro derecho (al respecto, HERNÁNDEZ, 341 y ss.).

Hay una serie de fallos en que se ha discutido la procedencia de la eximente de fuerza irresistible en casos de “hurto famélico”, entendiendo que (al margen de que en algún caso no se dé dicho presupuesto) la pobreza extrema y el hambre aguda y pertinaz del imputado y de su familia pueden alcanzar un grado tal que lo impulsen a la comisión del delito violentando su voluntad en los términos del N° 9: así la SCA Concepción en Contra Luis Alberto Pérez y otra (1937), la SCA Valdivia en Contra Cristino Limarie (1932), la SCA Valdivia en Contra Domingo Mora Véjar (1938) y la SCA Talca en Contra María Cristina Moya (1943) (todas citadas por ETCHEBERRY, DPJ, I, 314 s.). Se suma la SCA Santiago en Contra José Espinoza y Carlos Araneda (1970), por la que se absuelve a los imputados del hurto de unas botellas de licor del establecimiento comercial en que trabajaban, al segundo por estado de necesidad del Art. 10 N° 7 (por el extremo desamparo y miseria en que vivía), y al primero por fuerza irresistible, fundada en la angustia que le provocaba en medio de sus

carencias económicas la llegada de su tercer hijo sin que hubiera podido prepararle la ropa necesaria (citada por ETCHEBERRY, I, 103).

Y no puede dejar de citarse, como paradigmática de la tendencia jurisprudencial, la célebre SCA Valdivia de 7 de diciembre de 1953, aprobando sentencia del 2° Juzgado de Letras de Valdivia en Contra Juana Catrilaf (RDJ T. LII, 2-4, 85, también citada por ETCHEBERRY, I, 312), en que, en el contexto de creencias del pueblo mapuche, la imputada mata a su abuela a quien le atribuye la calidad de bruja y de haber matado con sus maleficios a un hijo de la imputada a sus cuatro tías y a su madre, así como de tenerla a ella muy enferma. Ante esta situación decide encararla y exigirle que le entregue una piedra empleada en sus brujerías. Al negarse la abuela e injuriarla, la imputada la derriba con un golpe de palo y en el suelo la mata golpeándole la cabeza con una piedra, luego de lo cual bebe de su sangre y siente inmediato alivio. Del fallo se desprende que las creencias ancestrales unidas a las circunstancias concretas de la imputada (desgracias familiares, enfermedad propia) configuraban una situación que la impulsó irresistiblemente a cometer el delito. Tiene, además, el gran mérito de haber incorporado

la variable costumbre indígena en el juicio de culpabilidad (en sede de exigibilidad, no de imputabilidad como era propio de una caracterización tradicional del indígena como incapaz), cuatro décadas antes de su reconocimiento por el Art. 54 de la Ley N° 19.253, que dispone que en lo penal, “se la considerará [la costumbre indígena] cuando ello pudiese servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”.

En la medida en que la opinión mayoritaria sitúa la fuerza irresistible (al menos también) en el campo de la exclusión de la culpabilidad por inexigibilidad de otra conducta, parece conveniente interrumpir aquí su tratamiento y proceder al análisis de los aspectos fundamentales de la segunda parte del N° 9, esto es, la situación del que obra “impulsado por un miedo insuperable”, respecto de cuyo carácter de causa de exculpación también por inexigibilidad existe en la actualidad pleno acuerdo (LABATUT, I, 149; NOVOA, I, 566; ETCHEBERRY, I, 347 s.; VIAL, 47; CURY, 458; RIVACOBRA, 101; COLVIN, 20; PEÑA, 198; DEL VILLAR, 192; ARIAS, 60; GARRIDO, II, 312; COUSINO, III, 245; NAQUIRA, 323; NAQUIRA, Comentario, 147; POLITOFF, 466; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 338; GARCÍA, 316; tácitamente

PRAMBS, 233; VARGAS, 138; por el contrario, vea en el miedo una causa de inimputabilidad DEL RÍO, II, 185; ambiguo en cambio en DEL RÍO, Manual, 167). De este modo, se pueden tratar conjuntamente al final, además de la delimitación entre ambas hipótesis, los presupuestos específicos de la inexigibilidad de otra conducta en el N° 9.

Por miedo se entiende, en general, un estado de perturbación anímica más o menos profunda, provocada por la previsión del acaecimiento actual o inminente de un mal grave (cfr. LABATUT, I, 149; NOVOA, I, 565; ETCHEBERRY, I, 347; VIAL, 48; CURY, 458; DEL VILLAR, 192; COUSINO, III, 246; GARRIDO, II, 316; POLITOFF, 478; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 346 s.; VARGAS, 139; ARIAS, 8, 55; GARCÍA, 315), aunque la previsión no sea correcta, es decir, aunque el peligro del mal no sea real (LABATUT, I, 149; NOVOA, I, 565: “mal real o imaginario”; CURY, 458; GARRIDO, II, 317; POLITOFF, 482 s.; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 348 s.; ARIAS, 55; GARCÍA, 315; PRAMBS, 238, 248 s.; aunque desde otro punto de partida también NAQUIRA, 424), si bien respecto de este último punto un sector de la doctrina se remite a las reglas sobre error y niega la eximente cuando el error ha sido vencible (CURY, 458;

GARCÍA, 347 s.; aunque no explícitamente, en principio GARRIDO, II, 316; enérgicamente en contra POLITOFF, 482 s.; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 348 s.; y PRAMBS, 248 s.), discusión que parece no ser más que proyección de aquella otra sobre el carácter individualizador o generalizador del juicio de exigibilidad (al respecto *infra*). Existe cierto acuerdo en cuanto a que la eximente no requiere (y más bien se opone a) que el miedo alcance una intensidad tal que llegue a alterar la conciencia del sujeto (como en los casos de pánico o terror), caso en el cual debería indagarse más bien una causa de inimputabilidad, concretamente una hipótesis de privación total de razón del N° 1 (NOVOA, I, 565; VIAL, 48; ETCHEBERRY, I, 348; CURY, 458; GARRIDO, II, 317; PEÑA, 197 s.; ARIAS, 55; GARCÍA, 315; POLITOFF, 478; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 347; aunque desde otro punto de partida también NAQUIRA, 425 s.; contradictorio LABATUT, I, 149). Aisladamente se ha sostenido un concepto de miedo que prescinde de una perturbación o conmoción anímica y que simplemente lo identifica con la representación atendible de que acaezca un mal inminente que no es exigible soportar (NAQUIRA, 424, 432 s.), con lo cual se produce un importante grado de equiparación entre la fuerza y el miedo.

En la jurisprudencia los casos de miedo insuperable más frecuentes son casos de amenaza o intimidación (véanse los fallos citados por ETCHEBERRY, DPJ, I, 319 s.). Pero hay también casos en que se aprecia el miedo insuperable, no obstante ser dudosa la delimitación con la fuerza irresistible en la forma amplia en que ésta se comprende. Así, en un caso semejante a los de "hurto familiar" mencionados a propósito de la primera parte, la SCA Concepción de 9 de junio de 2006 (Cita Westlaw Chile: CL/JUR/1602/2006) exime de responsabilidad por miedo insuperable al camionero que, habiéndole representado a su patrón las malas condiciones del vehículo en que se desempeñaba, emprende el viaje en que se produce el accidente ante la amenaza de despido en una región con altos niveles de desempleo. La interesante SCA Valdivia de 2007 (Cita Westlaw Chile: CL/JUR/2007) exime de responsabilidad por el delito de usurpación de estado civil, también por miedo insuperable, a la mujer que inscribió a un hijo de otro padre como hijo de su futuro marido (lo hizo junto con él), movida por el temor cierto de que éste, funcionario de Carabineros de Chile, perdiera su trabajo, único sustento de la familia y, en fin, su carrera (lo que en definitiva ocurrió, si bien fue luego revertido

mediante una acción de protección constitucional), por no compadecerse con la moral institucional su matrimonio con una mujer que, entre otras circunstancias familiares, era madre de un niño extramatrimonial con otro hombre. En el proceso queda demostrado que la imputada no perseguía ningún beneficio indebido ni perjudicar al verdadero padre del niño, sino únicamente salvar la carrera de su futuro marido, amenazada por unas exigencias que el fallo (en concordancia con el fallo de protección paralelo) califica de vulneratorias de derechos. Y concluye: "Que, a juicio de esta Corte, ese entorno de exigencias derivadas de una moral institucional particular, vinculadas a sanciones disciplinarias y profesionales es el único escenario intelectual que permite explicar la conducta de la imputada Pamela Segura Vidal y de su coimputado Cristián Urrutia. Sin él, esto es, sin la creencia de que obrando como obraron podrían atenuar la reacción institucional a la falta moral y a la tacha familiar, resulta absolutamente incomprensible la comisión de los hechos de la causa", lo que a su juicio configura la eximente de miedo insuperable, calificación dudosa, pues los hechos parecen configurar un "estado de necesidad exculpante" que se encuadra mejor bajo el concepto de fuerza irresistible.

Situadas ambas hipótesis del N° 9 (una exclusivamente, la otra al menos también) por la opinión dominante en el ámbito de la inexigibilidad de otra conducta, se plantea el problema (que no tienen los partidarios de la tesis restrictiva en materia de fuerza irresistible, *supra*) de la delimitación entre la fuerza irresistible y el miedo insuperable. Si bien las consecuencias prácticas de la cuestión son modestas, al punto que en el foro suelen ser invocadas ambas conjuntamente y hasta como si fueran una única eximente, desde un punto de vista conceptual la solución dista de ser evidente. La lectura más sencilla y plausible consiste en ver en el miedo insuperable una especie del género fuerza irresistible, lo que es coherente con la idea (*supra*) de la fuerza irresistible como cláusula general en materia de inexigibilidad de otra conducta (expresamente GARCÍA, 271 s.; lo sugieren CURY, 456 s.; y POLITOFF, 472 s.; desde otro punto de partida también COUSINO, III, 245). Con todo, NAQUIRA, 430, 433 s.; NAQUIRA, Comentario, 148, ha planteado una distinción en el plano temporal y en el de la posible víctima del mal: mientras la fuerza irresistible es "vis compulsiva actual", esto es, violencia física o psicológica ejercida actualmente sobre el agente (no sobre un tercero) y respecto de

la cual su conducta representa la respuesta para ponerle término, el miedo insuperable está referido a la amenaza de un mal (para el agente o para un tercero) no actual sino sólo inminente, distinción que fluye de la circunstancia de que quien obra bajo la presión de una amenaza no obra en rigor "violentado" sino sólo "atemorizado"; y como para este autor fuerza y miedo se identifican en todo menos en este aspecto temporal y en la posible víctima del mal (en la fuerza sólo el agente, en el miedo cualquiera), puede concluir que el miedo es el género y la fuerza es la especie (NAQUIRA, 433 s.; NAQUIRA, Comentario, 151). Por último, se ha sostenido también, con un razonamiento que, sin embargo, no hemos logrado comprender, que el miedo insuperable sería una exculpante subsidiaria respecto de todas las demás exculpantes no constitutivas de locura o demencia (PRAMBS, 231 con nota al pie N° 514, 232, 234, 250).

Tanto para la fuerza irresistible como para el miedo insuperable parece haber acuerdo en cuanto a que habría sujetos que por el tipo de actividad que realizan (soldados, policías, personal de rescate, etc.) tendrían el deber de resistir la fuerza o el miedo que situaciones ordinarias inherentes a tales actividades

puedan provocar, de modo que a su respecto la eximente, si bien no cede en términos absolutos, sí al menos queda sometida a un grado mayor de exigencia (ETCHEBERRY, I, 348, 350; CURY, 458 s.; GARRIDO, II, 316, 318; NAQUIRA, 426 s., 431; GARCÍA, 288, 319, 324; POLITOFF, 479 s., 481; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 347). Esto conecta nítidamente con la cuestión central en cuanto a la vara con que ha de evaluarse el carácter "irresistible" o "insuperable" del estímulo (así lo ve certeramente DEL VILLAR, 193), esto es, la pregunta por la medida de la exigibilidad.

La calificación como "irresistible" de la fuerza y como "insuperable" del miedo aluden, sin duda, a estímulos muy poderosos que comprometen la capacidad de autodeterminación del sujeto de un modo tal que ya no es legítimo dirigirle un reproche por su conducta ilícita. A partir de este punto, sin embargo, se discute intensamente el parámetro que debe aplicarse para determinar cuándo puede ser éste el caso.

Un sector de la doctrina mantiene que debe aplicarse un criterio objetivo general, entendiendo por "irresistible" e "insuperable" aquello que tampoco el "hombre medio" podría soportar (respecto de la

inexigibilidad en general: VIAL, 34, refiriéndose a un criterio "objetivo" que debería primar sobre el otro "subjetivo"; GARRIDO II, 277; y especialmente CURY, 450, al validar el desprestigio en que cayó en su momento en la discusión comparada una exigibilidad entendida en términos estrictamente individuales, si bien sus razones principales serían la indemostrabilidad de la medida de libertad con que ha actuado el sujeto [405] y, al parecer, los riesgos de abuso de una indagación en sus circunstancias personales [451]; respecto de la fuerza irresistible: CURY, 457; GARCÍA, 288; ETCHERBERRY, I, 350; respecto del miedo insuperable: NOVOA, I, 565; ETCHERBERRY, I, 348; COLVIN, 20; DEL VILLAR, 192; GARRIDO, II, 317 s.; GARCÍA, 320 ss.; MAÑALICH, 2008, 65 ss.), posición a la que cabe adscribir también a los autores que, sobre todo durante las primeras décadas de vigencia del Código, procuraban objetivar el N° 9, especialmente el miedo insuperable, interpretándolo en la lógica del estado de necesidad, teniendo para ello presente tanto la crítica de excesiva vaguedad denunciada ya en la Comisión Redactora ("El señor Gandarillas dice que debería quitarse la palabra miedo que, a mas de llevarla solo dos Códigos, es demasiado vaga, relativa e indeterminada", sesión 7°, de 14 de mayo de 1870,

Actas, 11) como lo que sugería el modelo español que, como se dijo, hablaba del miedo insuperable a "un mal mayor" (en esa línea FUENSALIDA, I, 61 ss.; y BAÑADOS, 34 s., quien luego de echar de menos la referencia a "un mal igual o mayor" agrega que "la amenaza que debe constituir ese miedo insuperable, tiene que ser tan poderosa, de tal inminencia, que pueda sostenerse que la mayoría de los hombres no pudieran resistir a ella").

A favor en cambio de un criterio individualizador que atienda a las circunstancias y características del sujeto se expresa un sector de la literatura que hoy incluso parece ser mayoritario (para la exigibilidad en general: MERA, 172 ss.; KUNSE-MÜLLER, 189 ss.; COUSO, 104 ss.; 321 ss.; para la fuerza irresistible: POLITOFF, 473 s., 476 s.; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 343 s.; NAQUIRA, 430 s.; NAQUIRA, Comentario, 149; PRAMBS, 231; VARGAS, 139; para el miedo insuperable: aparentemente LABATUT, I, 149 s.; COUSO, III, 245; POLITOFF, 481 s.; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 347; NAQUIRA, 426; NAQUIRA, Comentario, 149; PRAMBS, 233; VARGAS, 139; también CURY, 458, está dispuesto a un grado mayor de individualización, sin explicitación de sus límites ni de su compatibilidad con el cri-

terio generalizador que defiende en lo demás).

Como es obvio, ésta no es más que una manifestación de la disputa más general sobre el criterio generalizador o individualizador que debe regir el juicio de exigibilidad, donde se mezclan y enfrentan fundamentalmente consideraciones sobre el sentido del principio de culpabilidad y la vigencia práctica del derecho penal. Aquí se sostiene un criterio generalizador, que considera el rol y el grupo de pertenencia del sujeto pero que los valora desde una perspectiva general. El amplio reconocimiento de parámetros de exigibilidad diferenciados por rol no es más que una forma de aceptación de la misma idea. Ahora bien, como lo que hay que evaluar es la aceptabilidad como excusa de una situación extraordinaria que afecta gravemente la capacidad de motivación normal del sujeto, entonces es indiferente si dicha situación se da efectivamente o no, por lo que no parece pertinente, en ausencia de regulación legal al respecto, distinguir si el posible error al respecto ha sido o no evitable.

Por último, de las definiciones iniciales parecería desprenderse que el N° 9, entendido como *vis compulsiva*, está construido exclusi-

vamente sobre la base de una conmoción anímica, de modo que, en principio, no podría tener aplicación en casos en que el sujeto actúa de modo frío y racional, libre de toda angustia o conmoción. Esta apariencia se ve confirmada por la jurisprudencia chilena, que, como se ha visto, exhibe sólo casos de conmoción anímica (algún caso específico puede provocar dudas, pero en general se deja interpretar también de ese modo), y por parte de la literatura que pone de manifiesto esa limitación del miedo insuperable (NOVOA, I, 566; RIVACOBA, 104; PEÑA, 200 s.; COUSIÑO, III, 249), lo que desde esta perspectiva específica debería regir también para la fuerza irresistible. Con todo, en la medida en que a partir de la gran extensión acordada mayoritariamente a la fuerza irresistible algunos autores cobijan bajo esta eximente los casos del llamado "estado de necesidad exculpante" (CURY, 456 s.; GARRIDO, II, 315; POLITOFF, 471 ss.; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 345; GARCÍA, 242 ss.; también, si bien bajo el concepto de miedo insuperable, NAQUIRA, 433 [sólo tácitamente]; y VARGAS, 139), sugieren al mismo tiempo la prescindencia de una especial conmoción anímica (explícito sólo POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 345), en cuanto dicho instituto no está necesariamente circunscrito

a ese tipo de hipótesis, aunque por cierto lo normal será que coincidan. En efecto, el estado de necesidad exculpante se da cuando para salvar un determinado bien jurídico se debe sacrificar otro de igual valor o, en general, se obra sin que se den los requisitos del estado de necesidad justificante del N° 7, lo que por cierto se puede hacer también con ánimo frío (más aún, en ciertos casos la "sangre fría" será indispensable), como es el caso del sujeto que para rescatar a la niña atrapada por unos escombros en medio de la crecida del río, en ausencia de alternativas practicables, le corta la pierna y la libera poco antes de que el agua la cubra y ahogue, o del andinista experimentado que en un ascenso en cordada, ante la imposibilidad de auxiliar a su compañero y ante la inminencia de su propia caída, corta la cuerda y lo deja caer. Si realmente estos autores le dan ese alcance a la fuerza irresistible es dudoso (salvo en el caso de POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 345), tanto por los términos en que definen la eximente (CURY, 456, exige "un estado grave de conmoción psíquica") como por los ejemplos que dan, los que de ningún modo excluyen la posibilidad de un estado de conmoción psíquica (POLITOFF, 473, pone el ejemplo de la amenaza de quebrarle los brazos y las piernas a dos niños ju-

díos en presencia de su madre; GARRIDO, II, 315, se refiere al que huye de un edificio en llamas; este último autor tiene el cuidado, además, de decir que bajo la fuerza irresistible se comprende "en parte" esta institución; distinto, en cambio, el recurso al deber religioso de Antígona en POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 343 con nota al pie N° 494). Sólo el concepto amplio de miedo insuperable de NAQUIRA, 424, 432 s., supone, a pesar de la enorme connotación anímica de ese término, una abierta prescindencia de toda forma de conmoción psíquica. De ahí que, aun cuando se pueda compartir que la lacónica fórmula chilena tiene la ventaja de no estar sujeta a requisitos que ocasionalmente limitan indebidamente el alcance del estado de necesidad exculpante en el derecho comparado (POLITOFF, 472 s.), no es evidente que en este aspecto crucial sea realmente suficiente (escéptica también FUENTES, 36, aunque sin mencionar los casos que a su juicio podrían quedar fuera del N° 9). Es posible que estas dudas se decanten en un sentido o en otro a la luz del nuevo N° 11, introducido mediante el N° 1 del Art. 1° de la Ley N° 20.480, de 18 de diciembre de 2010 y que parece hacerse cargo precisamente del estado de necesidad exculpante. Al respecto véase el Comentario al Art. 10 N° 11.

El caso de las lesiones deportivas, al que se suele dar tratamiento separado en el seno de esta causal de justificación, en mi opinión, bajo la influencia de la *teoría de la imputación objetiva* —y en estrecha vinculación con la cuestión del valor del *consentimiento* del ofendido— también se convierte, a fin de cuentas, en una cuestión de delimitación del riesgo permitido, para efectos de negar o afirmar la *tipicidad* (no la antijuridicidad), con lo que deviene un problema de Parte Especial, que corresponde tratar justamente a propósito del delito de lesiones.

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:

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.

MATERIALES: Biblioteca del Congreso Nacional: "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", 2010 (los documentos no se citan conforme a su paginación original, sino de acuerdo con la paginación correlativa dada en este texto).

BIBLIOGRAFÍA: COUSO, Jaime: *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006; FONTECILLA, Rafael: "Los problemas jurídicos de las causas supraliberales en materia penal", en AA. VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1964, pp. 662-703; FUENTES, Danae: *La ponderación de los males en el estado de necesidad*, LegalPublishing, Santiago 2009; GARCÍA, María Paulina: *El estado de necesidad en materia penal*, ConoSur, Santiago 1999; PEÑA, Silvia: *Der entschuldigende Notstand* (tesis doctoral), Tübingen 1979.

COMENTARIO

Héctor Hernández

El N° 11 original ("El marido que en el acto de sorprender a su mujer *infraganti* en el delito de adulterio, da muerte, hiere o maltrata a ella y a su cómplice; con tal que la mala conducta de aquél no haga excusable la falta de ésta. Si sólo diere muerte, hiriere o maltrata a uno de ellos, subsistirá no obstante la exención de responsabilidad criminal respecto del marido, a menos de constar que intencionalmente obró así o que las circunstancias del hecho lo revelen") fue polémico y resistido desde su nacimiento (véanse sesiones 7ª, 8ª y 9ª de la Comisión Redactora, de 14, 17 y 21 de mayo de 1870, respectivamente, Actas, 11 ss.; fue el único supuesto del Art. 10 discutido especialmente en el Congreso Nacional, véase al respecto FUEN-SALIDA, I, 64 ss.; véase también VERA, 107 s.; FERNÁNDEZ, I, 98 s.; BAÑADOS, 36; DEL RÍO, II, 198 ss.; DEL RÍO, Manual, 170 s.), siendo derogado finalmente mediante Ley N° 11.183, de 10 de junio de 1953 (a partir de una moción de la Diputada Inés Enríquez, véase al respecto Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de

Diputados, Dip. Ord. 1952, T. II, p. 2048, sesión 45 ordinaria de 19 de agosto de 1952).

El actual N° 11 fue introducido mediante el N° 1 del Art. 1° de la Ley N° 20.480, de 18 de diciembre de 2010. Objeto principal de las mociones que dieron inicio al trámite legislativo (Boletines 4937 y 5308 refundidos) era mejorar la situación de la mujer víctima de violencia intrafamiliar, contexto en el cual preocupaba también que no hubiera mecanismos legales que valoraran su especial situación de víctima para el caso que cometiera delito contra quien ejercía dicha violencia intrafamiliar. Contra lo que este contexto podía sugerir, desde un principio se estuvo por resolver el asunto en el campo de las eximentes de responsabilidad genéricas del Art. 10 y sin ninguna referencia al problema específico que se quería abordar. Es así como la segunda moción en cuestión, de los Diputados Burgos y otros, de 5 de septiembre de 2007, contemplaba trasladar el miedo insuperable al N° 10 (y el N° 10 al N° 11) y agregar en el N° 9 la exigencia de que quien obra violentado por una fuerza irresistible

ble lo hiciera “bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente” (25). Durante la tramitación en la Cámara de Diputados, sin embargo, se optó por introducir un tercer supuesto en el N° 9, junto con la fuerza irresistible y el miedo insuperable, consistente, precisamente, en obrar “bajo la amenaza de un mal grave e inminente” (Informe de la Comisión de Familia de la Cámara, de 16 de abril de 2008, 111 s.; ratificado por el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, de 6 de agosto de 2008, donde se hizo constar “que esta modificación actualizaba las disposiciones del Código, consagrando lo que la doctrina conoce como estado de necesidad exculpante”, 189), redacción que se mantuvo inalterada hasta que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en su segundo informe de 13 de octubre de 2009 la suprimió, en parte porque se le entendía redundante respecto de los supuestos ya recogidos en el N° 9, en parte porque la formulación propuesta no expresaba por sí sola la gravedad necesaria para tener por no exigible la conducta conforme a derecho (340 s., se oyó especialmente al Prof. Juan Domingo Acosta). En Comisión Mixta el Prof. Enrique Cury valoró favorablemente el propósito de la Cámara

de Diputados de incluir el estado de necesidad exculpante, tal como se hace, entre otras codificaciones, en el § 35 del Código alemán o en Art. 54 del Código italiano. Reconoció, sin embargo, la insuficiencia técnica de la propuesta, ante lo cual propuso una nueva redacción que, manifestamente construida a partir de los mismos requisitos del estado de necesidad justificante del N° 7, agrega las notas extraordinarias propias del estado de necesidad exculpante (Informe de 4 de octubre de 2010, 448 s.). No obstante las dudas sobre la conveniencia de resolver una cuestión general tan delicada en un contexto coyuntural (450 ss.), se terminó aprobando la propuesta del Prof. Cury, con modificaciones muy menores en orden a recalcar la idea de que la eximente no podía amparar desproporciones muy significativas entre el daño evitado y el daño provocado (453 s., concretamente la circunstancia 3ª). Hasta donde se puede ver ni la literatura ni la jurisprudencia se han hecho cargo todavía del precepto, de modo que sólo se pueden hacer algunos primeros comentarios a partir de los antecedentes de su gestación y de la sola formulación legal.

Lo primero que cabe destacar es que no parece que los propósitos

legislativos se puedan lograr con la norma aprobada. Al margen de cualquier valoración de dichos propósitos, si de lo que se trataba era de permitir de un modo relativamente expedito la exención de responsabilidad de la mujer que, cansada de los graves maltratos acumulados y temerosa de ser víctima en cualquier momento de nuevos maltratos, ataca a quien la ha martirizado sistemáticamente, lo pertinente era construir una variante privilegiada de la legítima defensa, en términos de relativizar la exigencia de actualidad o inminencia que unánimemente se exige para la “agresión ilegítima” que es presupuesto de dicha eximente, exigencia que constituye el gran obstáculo técnico para la absolución de mujeres que, desde el punto de vista de las valoraciones sociales actuales, al atacarlo cuando no las está agrediendo ni está en condiciones de reaccionar, no hacen más que “defenderse” de él en un sentido laxo. Pues bien, en la medida en que el nuevo N° 11 exige expresamente “actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar”, sin que, por otra parte, haya ninguna razón para que dicha exigencia se entienda de un modo distinto a como se entiende en el estado de necesidad justificante o en la legítima defensa (véase Comentario al Art. 10 N° 4 y Comen-

tario al Art. 10 N° 7), el obstáculo permanece intacto. Más aún, entendiendo que el “mal” en cuestión es una nueva agresión de parte del maltratador, si efectivamente ésta pudiera considerarse actual o inminente, lo que correspondería sería aplicar derechamente la legítima defensa con efecto justificante, no un estado de necesidad que al parecer sólo tiene efecto exculpante y está sometido, además, a restricciones que, como el carácter subsidiario, no rigen para aquella (véase Comentario al Art. 10 N° 4). Por cierto no se puede descartar que, no obstante la ausencia de este requisito de actualidad o inminencia, la situación de la mujer sea tan desesperada que le resulte inexigible un comportamiento distinto y que se le pueda absolver por ello, pero si esto ocurre no será probablemente por el nuevo N° 11, sino por el viejo N° 9, a través de la fuerza irresistible o del miedo insuperable (véase Comentario al Art. 10 N° 9), con lo cual, al menos desde este punto de vista, la nueva eximente resulta superflua. Desde la perspectiva de la mujer maltratada lo único que puede esperarse del malogrado intento legislativo es que ponga de relieve el problema y genere una reflexión sobre la forma de abordarlo eficazmente, sea dentro del marco del derecho vigente sin desdibujar

los delicados contornos de las instituciones dogmáticas, sea a través de una intervención legislativa equilibrada y realmente orientada al objetivo.

La verdadera importancia del precepto radica, entonces, en la introducción de una cláusula general y relativamente explícita de estado de necesidad exculpante. Si bien no pocos autores entendían que esta institución ya tenía cabida en nuestro derecho bajo el concepto de fuerza irresistible del N° 9 (CURY, 456 s.; GARRIDO, II, 315; POLITOFF, 471 ss.; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 345; GARCÍA, 242 ss.; también, si bien bajo el concepto de miedo insuperable, NAQUIRA, 433 [sólo tácitamente]; y VARGAS, 139), como se decía en el comentario a ese artículo, no es evidente que éste pueda alcanzar todas las hipótesis de estado de necesidad exculpante, concretamente, que abarque también las situaciones extraordinarias en que, sin embargo, no se aprecie una "grave conmoción anímica" en el agente. De ahí que la nueva eximente, a pesar de que para algunos pudiera representar, por los requisitos que impone, una restricción de los alcances de una figura que hasta ahora no los tenía, en los hechos probablemente sea el acta de nacimiento de un genuino estado

de necesidad exculpante, fundado exclusivamente en el carácter extraordinario de la situación y no en el real impacto emocional de la misma en el sujeto, lo que se hace tanto más patente cuando se aprecia que la eximente favorece también a terceros que no necesitan tener ningún vínculo especial con la persona sobre la que se cierne en mal. En la medida, además, en que se ha mantenido inalterada la vieja eximente del N° 9, no se aprecia que pueda haber "pérdida" de aplicación de la misma en su dominio indiscutido, que es el de la grave conmoción psíquica del sujeto.

Que no se trata de una causa de justificación fluye no sólo de las afirmaciones hechas durante la tramitación legislativa (*supra*), sino también de la subsistencia del estado de necesidad regulado en el N° 7, que sugiere que más que la mera ampliación de una causa de justificación preexistente se quiso establecer algo de naturaleza diferente, así como de las exigencias de las circunstancias 3ª y 4ª, esto es, que el mal causado "no sea sustancialmente superior al que se evita" y que el sacrificio del bien amenazado no sea exigible. Lo segundo porque, sin perjuicio de las precisiones que luego se hacen al respecto (*infra*), remite manifiesta-

mente a 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; lo primero, porque al menos desde el punto de vista de la "teoría de la diferenciación", ampliamente dominante en el debate comparado (al respecto COUSO, 523, con matices), sólo puede estar justificada la irrogación de un mal menor al que se evita (ya FONTECILLA, 690, 702), a lo que en el caso chileno se suma que la eximente no sólo procede ante igualdad de males, sino incluso cuando se ocasiona un mal mayor, aunque no "sustancialmente superior", que el que se evita. Con todo, aun cuando se esté de acuerdo con la diferenciación, provocan dudas los casos en que se ocasiona un mal menor al evitado pero fuera de los límites del N° 7, respecto de los cuales el argumento contra su carácter justificante sólo descansa en lo que también podría ser mero descuido legislativo. Desde la perspectiva ahora del reconocimiento de una causa de exculpación, que este tipo de fundamento, que de algún modo "objetiviza" lo que a partir de la valoración de circunstancias extraordinarias se puede considerar una motivación anormal (aunque en el caso concreto no afecte emocionalmente al sujeto),

sea compatible con la idea de inexigibilidad de otra conducta debería ser evidente para todos aquéllos que ven hipótesis de inexigibilidad en el encubrimiento de parientes (Art. 17) o en ciertas hipótesis de obediencia jerárquica, donde se opera del mismo modo. Es también, si se permite una referencia excepcional a literatura extranjera, lo que se sostiene mayoritariamente en Alemania respecto del § 35 StGB (por todos, JESCHECK, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 1996, p. 477 s.), que tuvo indudable influencia en el concepto que subyace al N° 11. Por esto, el nuevo N° 11 parece ser, en efecto, una fórmula de estado de necesidad exculpante. Las dudas subsistentes las genera la amplitud con que se reconoce el efecto eximente respecto de terceros.

Es notorio que estructuralmente la eximente se ha construido a imagen y semejanza del N° 7, aunque con alteraciones que no conciernen sólo a las diferencias fundamentales entre ambas instituciones, sino también a detalles no necesariamente intrascendentes.

El sujeto debe obrar para evitar un mal. Que se trate de un mal para

su persona o derecho o para la persona o derecho de un tercero, exigencia desconocida por el N° 7 y más bien propia de la legítima defensa, aunque en este caso sin requisitos diferenciados, era probablemente innecesario, a menos que se entienda que tiene por función restringir el ámbito de aplicación de la eximente a la preservación de bienes jurídicos individuales, con lo cual, por ejemplo, no procedería la eximente si de lo que se trata es de evitar un gran daño ambiental. Adicionalmente, la Ley exige que el mal sea "grave", exigencia también desconocida por el N° 7 y que, reforzando la idea de que se trata de una causa de exculpación, restringe indudablemente su campo de aplicación. Sólo un mal significativo para la persona o derecho de un sujeto, de acuerdo con un parámetro objetivo que tome en cuenta las circunstancias del caso concreto, puede servir de base para la eximente, lo que concuerda, además, con el requisito de "razonable inexigibilidad" de la circunstancia 4ª.

En términos muy similares a los del N° 7, aunque no idénticos, se exige que el mal sea actual o inminente (circunstancia 1ª) y que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo que la conducta del sujeto (circunstancia 2ª), con lo cual, también aquí, se

consagra el carácter subsidiario del estado de necesidad. Respecto de estos requisitos se puede remitir al Comentario al Art. 10 N° 4.

El núcleo de la nueva eximente se encuentra en los requisitos previstos en las circunstancias 3ª y 4ª.

Conforme a la primera se requiere que "el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita", con lo cual, como se ha dicho, se abandona el campo de la justificación, que sólo permite la irrogación de un mal menor, y se asume la posibilidad de eximir de responsabilidad penal, por un déficit de culpabilidad, cuando se ocasiona un mal de igual jerarquía que el que se quiere evitar, o aun cuando se ocasiona un mal mayor, con tal que no sea "sustancialmente superior". Si bien lo que debe ponderarse son "males" y no bienes jurídicos considerados en abstracto (véase al respecto Comentario al Art. 10 N° 7; así como las explicaciones de FUENTES, 83 ss.) resulta evidente que el primer criterio a tener en cuenta es el de los bienes jurídicos en juego, de modo que al menos tratándose de situaciones de conflicto referidas al mismo bien jurídico y al mismo nivel de intensidad de afectación del mismo no debería dudarse de la procedencia de la eximente. Así, da-

dos los demás requisitos, está exento de responsabilidad criminal el que mata a otro para salvar su propia vida o la de un tercero y el que (con independencia de cualquier debate sobre si se trata de bienes jurídicos de igual jerarquía, debate que aquí resulta superfluo) provoca un aborto para evitar la muerte de la mujer embarazada, entre otros casos. Tratándose de un bien jurídico que admite grados diversos de afectación, como es el caso de la salud individual, la propiedad o la libertad ambulatoria, debe estarse a la intensidad de la afectación concreta en comparación con la afectación que se trataba de evitar. Ahora bien, si esto rige ante igualdad de males, con mayor razón procede aplicar la eximente si el bien jurídico afectado es de menor jerarquía que el que se trata de proteger y no existe una diferencia tal en el grado concreto de afectación que permita reemplazar el criterio del bien jurídico a la hora de identificar el mal menor. Así, dados los demás requisitos, está exento de responsabilidad criminal el que lesiona para salvar la vida de otro (v. gr. un trasplante forzado de un órgano no vital), el que detiene o encierra a otro con el mismo fin y el que intimidado (en concreto bajo amenaza de muerte) comete un delito distinto del homicidio (violación, mutilaciones, secuestro;

etc.). Si bien debe reconocerse que, saliendo del ámbito en que está en juego la vida, no existe mayor claridad respecto de la jerarquía que le corresponde a cada bien jurídico, menos aún si, además, se introduce la variable del grado de afectación (¿es más grave sufrir una herida que privar de libertad por unas horas a alguien o sufrir una mutilación que violar a alguien?), que la eximente proceda incluso cuando el mal causado es superior al que se quería evitar, con tal que no lo sea "sustancialmente" permite un amplio margen de apreciación judicial, porque sin duda lo "sustancial" no está referido a la distinta jerarquía de lo que está en juego, que es un presupuesto ya asumido explícitamente por la ley, sino a la importancia de la distancia que existe entre la posición ordinal de cada valor en la escala jerárquica. En otras palabras, no es razón suficiente para negar el requisito que los males en cuestión estén en distintos peldaños, sino sólo que sus respectivos peldaños estén significativamente alejados. Una interpretación que absolutice la diferencia jerárquica en cuanto tal no parece compatible con la letra de la ley. Para graficarlo con un ejemplo deliberadamente polémico: es perfectamente posible que, dados los demás requisitos, el que practica un aborto para evitar un menoscabo grave de la salud de

la mujer embarazada esté amparado por el N° 11.

Desde esta perspectiva, la correcta interpretación de la circunstancia 4ª, que lamentablemente destaca por su ambigüedad, tendrá una importancia superlativa. En lo medular, la Ley exige que "el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí". La referencia a lo "razonablemente exigible" constituye sin duda una referencia a la exigibilidad de otra conducta, lo que, sin embargo, puede entenderse de dos maneras muy diferentes. A primera vista podría entenderse como 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, con toda la consiguiente subjetivización. No parece razonable, sin embargo, que luego de darse el trabajo de establecer minuciosamente requisitos objetivos para una eximente que necesariamente debe diferenciarse de la fuerza irresistible, la Ley deje luego entregada por completo su procedencia a una suerte de "libre convicción" del tribunal. Más bien al contrario, si se consideran especialmente las regulaciones comparadas que se tuvieron en cuenta en la génesis de la eximente, todo indica que

la fórmula es 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. Entendida de este modo, la circunstancia 4ª cumpliría en el derecho chileno la misma función restrictiva del estado de necesidad que, por ejemplo, cumple en España la exigencia de que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto o que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse (Art. 20.5, segundo y tercero CP), muy similar en este punto a lo previsto en Italia por el Art. 54 CP, donde también se habla de modo expreso de un peligro que no haya causado voluntariamente el sujeto y se excluye la aplicación de la disposición respecto del que tiene un particular deber jurídico de exponerse al peligro, y en Alemania por el § 35 I StGB, si bien éste, tal como ocurre en el caso chileno (lo que probablemente explica la redacción de nuestro N° 11, por la influencia reconocida de la dogmática alemana en su autor), excluye en general la aplicación de la eximente cuando al sujeto, atendidas las circunstancias, se le podía exigir que soportara el peligro, y sólo a título ejemplar se refiere a la circunstancia de que él mismo haya

causado el peligro o se encuentre en una posición jurídica especial que lo obliga a soportarlo. Lo que coincide, por último, con la única propuesta previa de regulación legal del estado de necesidad exculpante que conocemos en nuestro derecho, la que hiciera en su tesis doctoral alemana PEÑA, 204. Aquí se favorece, indudablemente, una lectura del precepto en estos mismos términos. Sin duda hubiera sido preferible una formulación legal más nítida en este sentido, pero a la luz de los modelos disponibles, del estado de la discusión comparada y del contrasentido que sería abrir la puerta a una subjetivización incontrolable en una eximente llamada a ser objetivización de motivaciones anormales, esta lectura debería imponerse. La exacta determinación de los factores objetivos que excluyen la aplicación de la eximente será, por cierto, tarea de la doctrina y la jurisprudencia.

En su parte final, la circunstancia 4ª dispone que cuando se obra para evitar un mal grave que se cierne sobre un tercero a quien, sin embargo, sería razonablemente exigible el sacrificio del bien amenazado, esto no obsta a la eximente, a menos que el agente haya estado en conocimiento de esa circunstancia, o bien que "pudiese estar en conocimiento" de ella, expre-

sión algo enigmática que sugiere la imposición de un deber de diligencia al respecto, de modo que no estaría exento de responsabilidad el que obra en favor de un tercero "debiendo saber" que a éste le era exigible el sacrificio del bien. Debe entenderse que en este caso la eximente favorece exclusivamente al agente, no al amenazado por el mal a quien es exigible el sacrificio para el evento que de algún modo intervenga en el hecho ilícito, por ejemplo, induciendo al agente o pres-tándole ayuda. En algunos casos podrá hablarse de autoría mediata; en otros, de una participación punible de acuerdo con el principio de la accesoriedad media o limitada (véase Comentario al Art. 14). Esto, desde luego, sin perjuicio de que al amenazado pueda favorecerlo alguna otra eximente.

Respecto de los casos de error sobre la efectiva concurrencia de la situación de necesidad y de los requisitos de la eximente rige lo mismo que se ha dicho para la discusión equivalente en el ámbito del N° 9 (véase Comentario al Art. 10 N° 9), porque si bien aquí se trata de requisitos objetivos, no puede desconocerse que dichos requisitos expresan un acuerdo respecto de cuándo debe asumirse una motivación anormal.