

Interferencia del miedo insuperable en el estado de necesidad

Rodrigo Guerra Espinosa*

RESUMEN

Este artículo estudia la delimitación del estado de necesidad y el miedo insuperable. Así, en la primera sección, realiza un análisis general del concepto del miedo. En segundo lugar, trata los fundamentos del instinto de conservación en la necesidad. En la tercera sección, estudia el criterio rector del estado de necesidad. En la cuarta sección, presenta una mirada analítico-fenomenológica del miedo insuperable. En quinto lugar, analiza la tolerancia de la imprecisión y qué tipo de premisas axiológicas inciden en la necesidad y, asimismo en la última sección expone cuándo el miedo es un factor determinante en casos de peligro. Finalmente, debemos indicar que este trabajo considera la siguiente hipótesis: el miedo insuperable es una disposición que debe ser aplicada en casos de perturbación grave ante una situación de peligro o agresión ilegítima en la cual el agente no puede cumplir con la selección del medio menos lesivo o perjudicial en el estado de necesidad o la necesidad racional del medio empleado en la legítima defensa.

Miedo insuperable; estado de necesidad; política criminal

Interference of unbeatable fear under necessity as defense

ABSTRACT

This article presents the delimitation of necessity and unbeatable fear. Thus, in the first section, we examine the concept of fear. Secondly, we will deal with the instinct of self-preservation under necessity. In the third section, we study the leading criterion of necessity defense. In the fourth section, we show an analytical-phenomenological under unbeatable fear. Fifthly, we will present the tolerance of imprecision under necessity and what kind of axiological premises have impact in this sort of cases. Finally, we present some considerations in which fear is a key factor under danger. Finally, we must indicate that this work considers the following hypothesis: unbeatable fear is a provision that must be applied in cases of serious disturbance in the face of a situation of danger or illegitimate aggression in which the agent is unable to fulfill.

Unbeatable fear; necessity defense; criminal justice policy

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Magíster en Derecho Penal Económico, Universidad de Chile. Magíster en Derecho Internacional, Universidad de Heidelberg, Alemania. Magíster en Derecho Público y Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Profesor de Derecho Penal, Universidad de los Andes, Chile. ORCID: orcid.org/0000-0003-2540-8814. Correo electrónico: rguerra@uandes.cl

Trabajo redactado en el marco del proyecto de investigación Fondecyt iniciación N° 11190024 titulado "Delimitación del miedo insuperable del estado de necesidad".

Artículo recibido el 29.4.2021 y aceptado para su publicación el 12.1.2022.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las problemáticas del estado de necesidad es su diferenciación del miedo insuperable. Esta tarea es un factor relevante para comprender estas eximentes de responsabilidad, pues no es pacífico el rol que cumple el miedo insuperable en la exculpación de comportamientos antijurídicos. Por ejemplo, cuando se termina con la vida de un inocente para enfrentar un peligro de inanición en un naufragio. También en el caso de un grupo de revolucionarios que toma a una persona a la fuerza bajo amenaza de muerte para que participe en una sublevación. O si un grupo de bandidos obliga a una persona intimidándolo con mutilarle una mano a quemar una casa o apuñalar en el pecho a un prisionero.

El miedo insuperable permite eximir de responsabilidad ante la lesión de un interés jurídico, de forma tal que debemos reflexionar acerca de sus fundamentos en situaciones de peligro. Para analizar estos casos, se requiere saber qué es el miedo insuperable y cómo incide en casos de estado de necesidad. Si bien podemos observar su reconocimiento en la tradición moral clásica en la extrema *necessitas*, no son suficientemente claras las diferencias, semejanzas o equivalencia que existen entre el miedo insuperable y el estado de necesidad. Por ello, este trabajo procura responder bajo qué situaciones es posible que el comportamiento de un agente sea apreciado según los parámetros del miedo insuperable o del estado de necesidad.

El problema está en definir qué es el miedo insuperable y cómo se diferencia del estado de necesidad. Algunos en la doctrina chilena indican que el miedo insuperable sería un estado de necesidad exculpante en el ordenamiento jurídico-chileno¹. También, que el miedo insuperable podría considerar supuestos que admiten exculpar el exceso en casos de agresión ilegítima o estado de necesidad donde no se pueda exigir la selección del medio menos lesivo o que se cumpla con los presupuestos de la proporcionalidad². Asimismo, hemos decidido inicialmente enfrentar esta problemática desde una perspectiva histórico-analítica. Luego nos centramos en la doctrina del instinto de conservación para evitar una fusión entre el miedo insuperable y el estado de necesidad. Finalmente examinamos la naturaleza jurídica del estado de necesidad según la doctrina de la inevitabilidad, sin desconocer que una política criminal orientada a principios puede ayudar a resolver la problemática.

Conforme con lo expuesto, nos parece que es importante comenzar con el origen del miedo insuperable y su vinculación con la extrema *necessitas*. Una aproximación general a su evolución conceptual permite destacar no solo la importancia del origen histórico de la eximente y sus constelaciones fácticas, sino que también explica por qué es tan

¹ En esta línea, se observa esta posición a propósito del caso del tirano familiar en VAN WEEZEL (2015), p. 352. También interesante es destacar que “de modo análogo a la reconstrucción del sentido de la regla del estado de necesidad exculpante en el derecho penal alemán (§35 CP alemán), la eximente del miedo insuperable puede ser entendida no como causal de inculpabilidad, sino como causa de *exculpación*”, en MAÑALICH (2008), p. 65.

² En este contexto, véase MAÑALICH (2013), p. 742. y MAÑALICH (2016), pp. 253-256.

compleja su diferenciación del estado de necesidad. De ahí que el sentido teleológico de la *vis et metus* sea importante de abordar, con el objetivo de determinar si estamos en presencia de los parámetros del estado de necesidad o el miedo insuperable.

El miedo tiene su origen en un conjunto de distinciones que se observan detalladamente en la creación de la disposición del art. 10 N° 9 del Código Penal chileno. Por tanto, en concreto, se busca analizar lo dispuesto en los artículos 10 N° 9 y 11 del Código, los que, salvo en lo que concierne a la introducción del estado de necesidad el año 2010, contemplado en el numeral 11 del artículo 10, se mantienen inalterados desde la entrada en vigor del Código Penal en 1974. El contenido de las disposiciones enunciadas es el siguiente:

“Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal: 9. ° El que obra (...) impulsado por un miedo insuperable”.

“Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal: 11. ° El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. 3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita. 4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa”.

En las siguientes secciones se analizan los alcances del miedo insuperable en situaciones de peligro de muerte, específicamente en aquellos supuestos en los que es posible prescindir de la selección del medio menos lesivo en el estado de necesidad. Aquí nuestra hipótesis es la siguiente: el miedo insuperable es una disposición que debe ser aplicada en casos de perturbación grave ante una situación de peligro o agresión ilegítima por las razones teleológicas, sistemáticas y axiológicas que se desarrollarán en este artículo³.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA *VIS ET METUS*

En el Código Penal chileno, la eximente del miedo insuperable no alude a excesos en la legítima defensa o en el estado de necesidad; sin embargo, la doctrina chilena reconoce

³ En este trabajo es importante indicar que no se procura un examen exhaustivo del estado de necesidad y el miedo insuperable en toda su constelación de casos, como tampoco de la fuerza irresistible. También partimos del presupuesto que la fuerza irresistible es un caso de *vis absoluta*, pues la Comisión Redactora del Código Penal chileno creó esta eximente según el art. 8. 9 y art. 8. 10 del CP español de 1848, COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO, 1974, p. 255. Finalmente, no trataremos el contenido del derecho de necesidad en el plano de la justificación y nos centraremos en peligros de muerte propios de la inexigibilidad. Respecto de la problemática del estado de necesidad justificante en Chile y Alemania, véase HELMERS, 2016, *passim* y WILENMANN, 2014, *passim*.

en el miedo una perturbación que puede explicarlos. Así, existen buenos argumentos para afirmar que se reconoce esta idea en el miedo insuperable, y refuerza esta idea que la Comisión redactora del Código Penal chileno haya considerado como fuente primaria el Código de Pacheco de 1848. Último Código que en sus concordancias hace uso de las Partidas, y vincula el miedo (*metus*) a una perturbación en casos de peligro de muerte, privación de la libertad o tormento del cuerpo.

Al respecto, es importante señalar que el Código chileno se acerca al de Pacheco al consagrar una disposición sobre el miedo insuperable⁴, y en este contexto destaca Pacheco en sus concordancias la siguiente sección de las Partidas:

“*Metus* en latin tanto quiere decir en romance como miedo de muerte, o de tormento del cuerpo, o de perder libertad, o las cartas por la que podrie ampara o recibir deshonra por que fincarie enfamado; et de tal miedo como este, o de otro semejante fablan las leyes deste nuestro libro quedando dicen que pleito o postura que home faga por miedo, que non debe valer”⁵.

Como podemos observar, la exigente contempla varias hipótesis en las que no es posible imputar la lesión de un interés debido a una perturbación emocional⁶. Esta aproximación podría hacernos pensar que el miedo es solo parte del mundo hispanohablante, pero eso eludiría su presencia en otros ordenamientos. Así, a modo de ejemplo, la *Constitutio Criminalis Theresiana* de 1769 reconoce el concepto de miedo (*metus*) entre una serie de casos en los que es posible observar una lectura más abstracta que la presentada en las Partidas. Esto se confirma en el art. 11 § 8 de la *Constitutio* que alude a ciertas exigentes que en la actualidad están diferenciadas en el ordenamiento chileno. En ese sentido, la disposición establecía que cuando se alegaba fuerza (*Gewalt*)⁷, necesidad (*Noth*) o miedo (*Forcht*) había que evaluar si dicha coacción (*Zunötigung*) era de tal intensidad que pudiese horrorizar o precipitar a una persona prudente a actuar deliberadamente recurriendo a un medio de salvación punible⁸.

De este modo, la problemática en torno a qué comprende el miedo no es algo nuevo en la literatura chilena y, asimismo, está presente en las fuentes primeras del derecho penal. Piénsese también en los aportes de la filosofía aristotélica y escolástica⁹. De ahí

⁴ La disposición chilena fusiona la fuerza irresistible y el miedo insuperable, HERNÁNDEZ, 2011, p. 244.

⁵ L.7, tít. 33, p. VII

⁶ PACHECO, 1888, p. 170.

⁷ Hemos utilizado el término *fuerza* haciendo solo alusión a la *vis absoluta*, véase STOOS, 1913, pp. 134-135; HRUSCHKA, 1995, p. 743. Es decir, una neutralización del potencial físico de la conducta del agente, MAÑALICH, 2009, p. 218. En ese sentido, *Gewalt* en sus primeras acepciones responde al término *fuerza* antes que al de *violencia* en SLABÝ Y GROSSMANN, 1977, p. 409; SCHOEN Y NOELI, 1956, p. 193; HAENSCH, 1999, p. 147. Sin embargo, el término aludiría en la dogmática actual tanto a la *vis compulsiva* como a la *vis absoluta*, HRUSCHKA, 2005, p. 198; GROLMAN, 1818, pp. 38-39, § 41; HRUSCHKA, 1995, p. 743.

⁸ Art. 11, § 8. Art. 11, § 8. *Vis, metus, Constitutio Criminalis Theresiana, 1769*, p. 22. A propósito de esta disposición se vincula el término *metus* solo con *Forcht* (miedo) en HRUSCHKA, 1995, p. 743.

⁹ HRUSCHKA, 2003, pp. 57 - 59; VARGAS, 2013, pp. 764-769.

que Suárez, entre otros comentadores de la obra de Tomás de Aquino, se preguntasen, como intérpretes del miedo en casos de *extrema necessitas*, en qué situaciones la ley obliga ante un peligro de muerte (*periculum mortis*). Suárez realiza un tratamiento que le permite clasificar los peligros de muerte en extrínsecos e intrínsecos (*periculum mortis, vel est ab intrinseco, vel ab extrinseco*)¹⁰. La naturaleza intrínseca del peligro proviene de la frágil naturaleza humana, sea por sed o hambre. La extrínseca puede proceder de una tempestad, la guerra o cualquier otra causa externa que no pretende la infracción directa de la ley. La primera se denomina “accidental respecto de tal efecto; la segunda [...] natural [...] procedente de una causa que produce tal temor”¹¹ (*tale metum*).

Sin duda, estas consideraciones analíticas en torno a la figura del miedo son importantes y demuestran preocupación por sus fuentes primarias¹². Estas han sido utilizadas para explicar la lógica que subyace a las causas de exención de responsabilidad penal¹³ y en relación con los efectos del estado de necesidad. Si bien podríamos discutir cuál es el efecto que demanda en particular el miedo insuperable, la dogmática comparada concuerda en que tiene uno exculpante ante una agresión ilegítima en el § 33 del Código Penal alemán¹⁴. De ahí que los casos emblemáticos del miedo se presenten en casos de arrebatos¹⁵ que impiden cumplir con las exigencias de una defensa proporcionada en la necesidad¹⁶.

Esto nos lleva a uno de los puntos claves para diferenciar el miedo insuperable del estado de necesidad: siempre existirá una interferencia entre ambas eximentes que deberá ser resuelta en favor del reconocimiento de ciertos diferenciadores que impidan una superposición completa entre estas¹⁷.

III. INSTINTO DE CONSERVACIÓN

Es frecuente pensar que el estado de necesidad nos sitúa en una forma primitiva de la naturaleza humana, y no en la posición de quien decide racionalmente sortear un peligro. De este modo, el instinto de conservación reconoce parámetros psicológicos en la

¹⁰ SUÁREZ, 1967, p. 329, Lib. III, Cap. XXX, 9.

¹¹ SUÁREZ, 1967, p. 329, Lib. III, Cap. XXX, 9.

¹² SCHAFFSTEIN, 1957, p. 179; CARPZOV, 1758, p. 232.

¹³ HRUSCHKA, 2004, *passim*.

¹⁴ JIMÉNEZ, 2007, p. 206.

¹⁵ En este contexto, debemos indicar que “con carácter general o particular, se puede observar que normalmente los Códigos acogen como exculpantes bajo ciertas condiciones emociones, pasiones o los denominados ‘afectos’, pero normalmente que pertenezcan a los estados pasionales o afectos llamados ‘asténicos’, es decir, débiles o no violentos, pero no a los denominados ‘esténicos’, es decir, fuertes, violentos o agresivos (el término proviene del griego ‘stenos’, fuerza), como la ira, furia o cólera, los celos, la venganza, etc”. LUZÓN PENA, p. 23

¹⁶ JIMÉNEZ, 2007, p. 207.

¹⁷ HRUSCHKA, 2003, pp. 40-41.

necesidad e incluso consideraciones de derecho natural¹⁸. Así, en una situación de peligro de muerte no podríamos realizar consideraciones en la selección del medio menos lesivo. Cuando, a modo de ejemplo, decidimos cortar la cuerda que nos une a un compañero de alpinismo para no caer en las profundidades de un abismo, sería inadmisibles sostener que esa decisión es resultado de una ponderación de intereses. Lo mismo ocurre cuando fantaseamos acerca de la posibilidad de desviar un tranvía que pierde el control a una pista en la que solo matará a cinco y no a veinte trabajadores.

A partir del instinto, los fundamentos de la exculpación toman un carácter psicológico y ontológico. Únicamente coacciones psíquicas explicarían la exclusión de la responsabilidad en el estado de necesidad según parámetros de inimputabilidad. Llegados a este punto, el instinto tendría preponderancia frente a la capacidad de ajustar el comportamiento a la norma. Este sería de tal entidad que la norma no podría ser un referente en el comportamiento del agente. La necesidad no conocería de prohibición o mandato alguno en casos de supervivencia, pues la decisión siempre estaría en favor de la lesión de la norma.

A medida que se reconoce el instinto de conservación como parte del fundamento de la exculpación en el estado de necesidad, cada argumento intensifica el no reconocimiento de la prohibición de matar a un inocente. Si la acción del necesitado es el resultado del instinto de conservación, es evidente que no es posible razonar conforme con las exigencias del ordenamiento, pues no podríamos calificar la acción como meritoria o demeritoria¹⁹. En otras palabras, estaríamos en situaciones en las que no sería posible sancionar, porque el agente difícilmente sujetaría su comportamiento a una norma bajo un trastorno mental transitorio. El instinto de conservación adquiere sentido en situaciones de vida o muerte y carece de fuerza argumentativa en situaciones en las cuales no esté en riesgo la integridad corporal. Además, este tampoco es capaz de explicar qué sucede en aquellos supuestos en que un tercero interfiere en beneficio de la persona necesitada. De ahí que este punto sea crucial, y nos lleve a preguntar qué permitiría sostener que la acción de un tercero –en favor de un necesitado– se fundamente en el instinto de conservación, pues no entra en consideración una coacción psíquica que lo impulse a la autoconservación.

A lo largo de esta exposición, un partidario de la teoría de la diferenciación repararía en los efectos del estado de necesidad, y confiaría en la ponderación objetiva de alternativas del agente²⁰ en un conflicto de intereses o deberes. Sin embargo, un sector de la doctrina, en el estado de necesidad exculpante, haría admisible un elemento psicológico para explicar la disculpa de un comportamiento antijurídico. Además, nos

¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1961, pp. 344-348; MORIAUD, 1889, pp. 132-139 y 193-212.

¹⁹ En este sentido, la doctrina neutralista (espacio de la libre valoración jurídica) acepta que no es posible en situaciones de peligro de muerte delimitar qué se justifica o exculpa en el campo del estado de necesidad. A modo de ejemplo, en casos católicos y librepensadores se darán la mano para resolver los efectos de una acción u omisión en el plano de la justificación o exculpación, véase Kaufmann, 1999, p. 417

²⁰ NÁQUIRA, 1998, p. 258; NOVOA, 2005, p. 367; ETCHEBERRY, 1998, p. 267; GARRIDO, 2007, p. 187; CURY, 2013, p. 258;

parece que no es posible afirmar que el instinto de conservación domine este espacio²¹. De lo contrario, en situaciones de peligro siempre se podría descartar la eficacia de la vigencia de la norma.

IV. INEVITABILIDAD COMO CRITERIO RECTOR

En la sección anterior hemos aportado argumentos para rechazar la teoría del instinto de conservación. El estado de necesidad requiere de criterios normativos pues no es equivalente a la eximente de inimputabilidad, ni a una simple coacción psicológica, sino a una disculpa que responde a parámetros objetivos. Cuando se trata la necesidad, no podemos desconocer que la cláusula de subsidiariedad es parte de su *prius logico*: como expresa esta idea, la exigencia de que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo conecta de forma estrecha con el estado de necesidad. Interpretación que es facilitada por la dogmática y la jurisprudencia española en el concepto de inevitabilidad.

Así pues, en la sentencia del TSE del 3 de diciembre de 1987 se indica que:

“la inevitabilidad del mal ocasionado, encarnación del principio de la acción subsidiaria ... solo permite actuar cuando el peligro no puede eludirse de otro modo; concepto este que está en la base misma de la expresión de estado de necesidad acuñada por las reformas penales de 1932 y 1944 en las que tal justificante (o causa de inculpabilidad si el conflicto se agudiza hasta alcanzar a bienes de igual valor) alcanzó toda su extensión, de modo que hay que partir de tal concepto como un *prius*, anterior, por ende, a los requisitos que lo condicionan y que se enumeran en el precepto (art. 8.º, 7.º del Código Penal)”²².

El estado de necesidad presenta en sus fundamentos una conexión con la selección del medio menos lesivo o perjudicial; exigencia que carece de relevancia en el miedo insuperable, pues existiría una perturbación que explica el exceso en la defensa tanto en una situación de peligro como agresión ilegítima. Por ello, existen diferencias importantes entre el miedo insuperable y el estado de necesidad, donde los esfuerzos de diferenciación se limitan a la exigencia de la cláusula de subsidiariedad, cláusula que está ausente en la regulación del miedo insuperable y en el escenario de interpretación de la dogmática chilena. El principio rector que mueve a la figura del miedo es el reconocimiento de una perturbación ante una situación de peligro o agresión ilegítima. Y de la misma manera que en la necesidad, si bien el criterio directivo viene dado por

²¹ SILVA, 1999, pp. 231-233; SILVA, 2005, pp. 681-696.

²² Sentencia del Tribunal Supremo Español del 8.12.1987 (Ponente: Díaz Palos). Énfasis añadido. En este sentido, reconocen la inevitabilidad de forma expresa, véase JIMÉNEZ DE ASÚA, 1961, p. 417; MORALES, 2011, p. 224; BALDÓ, 1994, p. 150, nota 334.

una situación de peligro, en la jurisprudencia chilena se presenta en varios trastornos del principio de la realidad²³.

El miedo insuperable requiere de una comprensión normativo-fenomenológica. Lo que sucede es que en un extremo de la dogmática se exagera la teoría del instinto de conservación y, en el otro, se rechaza la aceptación de perturbaciones propias de un arrebato en un conflicto de bienes o motivos en el estado de necesidad. A partir de ambos extremos, podemos dar lugar a una estructura de análisis que reconozca los elementos del estado de necesidad, pero también perturbaciones propias del miedo insuperable. De lo contrario, solo una realidad creada por el lenguaje permitiría diferenciar ambas eximentes.

De ahí que una arista fenomenológica incida en nuestra interpretación del miedo, pues una vez que se ha aceptado la exigencia de una perturbación emocional, el modelo de clasificación está determinado por una cierta plataforma conceptual. Por tanto, ante la presencia de una perturbación de esta especie, existen algunos matices que, con suficiente plasticidad, permiten diferenciar una perturbación de menor (trastorno de apreciación), mediana (trastorno del sentido) y máxima intensidad (trastorno del juicio)²⁴.

V. CONSIDERACIONES ANALÍTICO-FENOMENOLÓGICAS

Hemos sostenido desde el inicio que el miedo insuperable se caracteriza por una perturbación emocional. Y hemos observado que el miedo, en cuanto tal, es una eximente que opera en situaciones de peligro de muerte o tormento del cuerpo. Esto, a pesar de ser una evidencia clara, en el sistema chileno, ha suscitado propuestas que niegan en el miedo la presencia de arrebatos o afectos. Estas buscan imponer en el miedo una estructura objetiva exenta de perturbaciones emocionales, pues en la legítima defensa serían solo admisibles en casos de exceso. Las motivaciones de estas propuestas son variadas en el sistema chileno, y van desde una interpretación que observa en el artículo 10 Nº 11 solo un efecto justificante²⁵, hasta tesis doctrinarias que solo aceptan una lectura analógica entre el miedo insuperable y el estado de necesidad exculpante²⁶.

Sin embargo, pensemos, por ejemplo, en la diferencia que existe entre hurtar alimentos debido a la perturbación causada por un estado de inanición y la realización de la misma acción en una situación de catástrofe que impedirá el suministro de alimentos en una casa de ancianos. En el primer caso, el necesitado no puede cumplir con la cláusula de subsidiariedad, pues se encuentra perturbado por un estado de inanición y no puede seleccionar el medio menos lesivo. Sin embargo, en el segundo, el agente está en

²³ Corte Suprema, 23.8.1971, rol 17.788, considerando séptimo, letra a); Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 20.12.1994, rol 1966-94, considerando cuarto; Corte Suprema, 18.8.2004, rol 2809-2004, entre otras. En la doctrina comparada, véase MOORE, 1984, pp. 416 y ss.

²⁴ LABATUT, 2005, p. 214; MAZZARELLI, 2006, pp. 144 y 182-183.

²⁵ VAN WEEZEL, 2015, p. 352.

²⁶ MAÑALICH, 2008, p. 65.

condiciones de ponderar las alternativas según la cláusula de subsidiariedad. Por ello, si el agente hurtara una consola de videojuegos para su entretención y no alimentos básicos para los ancianos del recinto, sería a lo menos cuestionable el cumplimiento de la cláusula de subsidiariedad.

También pensemos en qué sucede en el caso de aquella mujer que producto de un trastorno de estrés postraumático, provocado por una situación de violencia intrafamiliar extrema por parte de su cónyuge, no denuncia estos hechos a la autoridad y lo mata cuando duerme con la pistola que este guardaba bajo su cama. En este caso, ¿estaríamos dispuestos a sostener que la cláusula de subsidiariedad del estado de necesidad no se verifica? ¿O estaríamos contestes en sostener que el síndrome de la mujer maltratada (*Battered Woman Syndrome*) impediría exigir el cumplimiento de la cláusula de subsidiariedad en el miedo insuperable?²⁷.

Un cuadro similar lo ofrece el caso de aquel drogadicto que en un síndrome de abstinencia decide ingresar a una farmacia para poder paliar el dolor. Esto debido a la imposibilidad de obtener el suministro de heroína necesario para contrarrestar los síntomas del peligro ya descrito. La aplicación de la regla del estado de necesidad en el caso resulta problemática. Sus circunstancias denotan exigencias que, estando planificadas para un agente que puede ponderar, arrancan de la cláusula de subsidiariedad. Luego, el miedo insuperable se presenta como una excusa que impide a la persona confrontar la situación de forma menos lesiva. Es comprensible que algunas interpretaciones tiendan a enfocar la problemática en términos de imputabilidad o en una eximente incompleta de estado de necesidad²⁸.

¿Por qué vincular el miedo insuperable con una perturbación emocional que excluye la subsidiariedad es un problema? Los que defienden el argumento de una colisión subjetiva de motivos sostienen que los fundamentos de la exención de responsabilidad se encuentran en la dificultad radical de cumplir con las exigencias de la norma en una situación de anormalidad. De ahí que la renuncia a la pena se fundamente en la debilidad humana en estos contextos extraordinarios. Sin embargo, esta perspectiva sería incapaz de explicitar cuáles son los criterios de valoración para excluir la responsabilidad.

Es la falta de parámetros de valoración lo que nos parece fundamental en el estado de necesidad²⁹, porque se trata de una pregunta que debemos responder en términos dogmáticos: ¿sugiere la existencia del miedo insuperable el reconocimiento de perturbaciones mentales que permitan excluir la subsidiariedad en el estado de necesidad, o el miedo solo puede ser aplicado por analogía en situaciones de exceso en legítima defensa?

²⁷ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, rol 64-2017, N° 1600516510-9, 3.7.2017, considerando decimotercero.

²⁸ Un rechazo de la necesidad en un caso de adicción en Tribunal Supremo Español de 16.9.1982 (Ponente: Vivas Marzal). Sin embargo, la lectura es matizada en BALDÓ, 1994, pp. 147 y ss., p. 150, nota 334.

²⁹ Roxin, a modo de ejemplo, no explicita cuáles serían los parámetros de su política criminal, véase SILVA 1999, p. 243. Por su parte, la propuesta de Jakobs presenta dificultades. La fundamentación se centra en un infortunio no atribuible al agente. Sin embargo, ¿qué sucede en el caso de una enfermedad que es imputable al agente?, véase PALERMO, 2010, pp. 139-140.

Si bien históricamente en sus inicios es difícil diferenciar el miedo insuperable y el estado de necesidad, nadie sostendría en la actualidad la imposibilidad de hacerlo. A continuación realizaremos algunas consideraciones en relación con la regulación del estado de necesidad que presenta el artículo 10 Nº 11 en el Código Penal chileno. De esta forma, pretendemos presentar los parámetros de interpretación que deberíamos considerar en el estado de necesidad con independencia de sus efectos justificantes o exculpantes en un caso en concreto.

VI. REGULACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD EN EL MODELO CHILENO

El estado de necesidad del artículo 10 Nº 11 adopta una perspectiva que, inspirada en el modelo suizo de Stooss, contempla un efecto justificante y exculpanente³⁰. La disposición permite discurrir acerca de los efectos del estado de necesidad en términos dogmáticos. En ese sentido, el estado de necesidad está delimitado por cuatro requisitos ineludibles: un mal grave, la selección del medio menos lesivo o perjudicial, proporcionalidad entre males y que el necesitado no haya creado el mal o tenga el deber de tolerarlo. Esta disposición no sigue la lógica del modelo alemán del parágrafo 34 y 35 del StGB, pues Cury rechazó esta regulación con el objeto de permitir al intérprete (*ex post*) la valoración del hecho (*factum*) en torno a sus efectos justificantes o exculpantes según a regla del estado de necesidad.

Con esto, las particularidades del estado de necesidad comienzan a manifestar la dificultad de diferenciar un comportamiento meritorio y demeritorio. El legislador chileno nos invita a definir los criterios axiológicos que son admisibles para distinguir los efectos del estado de necesidad. Esta estrecha relación entre los efectos del estado de necesidad y la legislación desaparece en el modelo chileno³¹, pues entrega un margen de interpretación a la dogmática y la jurisprudencia en torno a los efectos del estado de necesidad³².

Es difícil determinar la diferencia entre el efecto justificante y el exculpanente del estado de necesidad en un caso en concreto. Y esto conlleva la necesidad de comprender cómo es posible valorar la conducta del agente en situaciones extremas, pues la acción u omisión se presentan de forma desarticulada en un mundo objetivo. Así, es difícil negar

³⁰ CURY, 2013, p. 257.

³¹ En este sentido, en el ámbito de las causales de justificación se destaca que el único modelo que inicialmente distinguía entre un efecto justificante y exculpanente era el Código Penal alemán, véase GREENAWALT, 1986, p. 1903. Las críticas a este modelo estarían en que el legislador estaría prejuzgando la situación y no permitiría al intérprete definir (*ex post*) cuáles serían los efectos del estado de necesidad.

³² Esto sin el propósito de promover un espacio de libre valoración jurídica en el que no sea posible distinguir entre un efecto justificante y uno exculpanente. De lo contrario, podría pensarse que Cury buscó promover una tendencia dogmática (denominada tesis neutralista) en la que se admite en el estado de necesidad una categoría intermedia entre la culpabilidad y la antijuridicidad (responsabilidad penal por el hecho), o sencillamente se niega la posibilidad de diferenciar entre un efecto justificante y exculpanente, véase MAURACH, 1994, p. 568, KAUFMANN, 1999, pp. 410-411

los sistemas de creencias que regulan nuestras emociones y ayudan a los agentes a orientarse en un contexto social. Sin embargo, las decisiones en casos de extrema necesidad no están mediadas por ese contexto. De ahí que, si bien un sistema axiológico permite a un agente orientarse en sociedad según los límites de su competencia, esto permite la interacción con otros agentes en la medida que existan condiciones que otorguen estabilidad en situaciones de peligro contingente. Sin embargo, ¿qué sucede si diferentes universos axiológicos se confrontan en la resolución de un caso de estado de necesidad. En ese sentido, ¿qué sucede si dos personas tienen diferentes sistemas axiológicos a la hora de valorar un hecho conforme con la norma o calificarlo como demeritorio en los confines de la exculpación? Por ello nos preguntamos: ¿Qué hacemos en una situación de esta naturaleza? Una primera respuesta podría ser que existe un espacio libre de valoración jurídica. En este espacio diferentes criterios axiológicos se pueden encontrar para llegar a un consenso.

Una segunda respuesta estaría en sostener que no es posible el consenso sin un conflicto o subordinación de un parámetro axiológico sobre otro. Nos parece que si aceptamos la primera alternativa (neutralista) y tratamos de llegar a un acuerdo, no podemos hacerlo sin abandonar el sistema de creencias desde donde observamos el mundo³³. Por tanto, la negociación en la primera alternativa resulta bastante conflictiva. Sin embargo, la segunda alternativa nos lleva a la imposición de un criterio axiológico sobre otro de forma autoritaria. Así, otra pregunta que surge es si ante un sistema axiológico A y otro B en tensión, ¿existirían principios que puedan ser utilizados para solucionar la controversia? De ahí que, aunque prime uno u otro en la solución, podríamos definir cuáles serían los fundamentos para sostener cuál está sustentado sobre principios válidos en el estado de necesidad. Por tanto, en la siguiente sección presentaremos una propuesta de solución por medio de una política criminal orientada a principios.

1. *Principialismo político como vía de solución*

Existen buenas razones para sostener que los principios no pueden estar enraizados en contenidos deónticos, porque uno podría sospechar que en el contexto de una política criminal no serían más que un fetiche³⁴, es decir, contenidos a los que se les debería rendir culto por su entidad sobrenatural, con el objetivo de gobernar el razonamiento de los intervinientes en el sistema. Sin embargo, contenidos de tal entidad permiten articular una solución en casos de estado de necesidad, según todas las reglas del sistema en torno a los pilares de una sociedad ilustrada: igualdad, libertad, dignidad y fraternidad. Si bien alguien podría cuestionar que el modelo “descansa en la cándida premisa según la cual esos primeros principios serían, sin más, universales”³⁵, ello nos llevaría a

³³ GADAMER, 2005, p. 392.

³⁴ MAÑALICH, 2018, pp. 60-61.

³⁵ MAÑALICH, 2018, p. 62.

desprendernos de una dogmática que evoluciona conforme con una tradición que hace operativa las reglas en sociedad.

Una política criminal como ciencia normativa debe partir de un consenso social que reconozca el enfrentamiento de las posiciones que dieron lugar a los pilares de la Ilustración. Por ello, cualquier problema de significación política requiere de una racionalidad que considere los principios de legalidad, seguridad y dignidad humana en relación con los pilares deónticos ilustrados ya mencionados (libertad, igualdad, dignidad y fraternidad). Por tanto, esta política criminal es compatible con la contingencia del juego democrático, en la medida que reconozca los consensos históricos que han evitado su ruptura. También se podría pensar que “el principialismo político-criminal ... parece esconder, en la forma de un artificio ideológico, el carácter políticamente controversial de los postulados que ese principialismo presenta como axiomas. En este preciso sentido, el principialismo opera propiciando una específica forma de falsa conciencia”³⁶. Sin embargo, esta axiología es parte de una filosofía del porvenir que explicita el contenido de los principios. En ese sentido, una política criminal orientada a principios no apela a una falsa conciencia, sino más bien al esfuerzo de describir un ideal sustentado en raíces ilustradas.

Ahora bien, uno podría sostener que quienes promueven una política criminal de esta naturaleza “creen estar ofreciendo una modelación no-política de un determinado espacio de disputa política –a saber, el de la política criminal–, siendo el caso que esa modelación resulta ser irreductiblemente política, lo cual quiere decir: políticamente controvertible”³⁷. Sin embargo, esta aseveración nos parece equivocada porque existe una axiología que difícilmente podría ser rechazada³⁸. Si bien estos ideales ilustrados nos juzgan en la búsqueda del perfeccionamiento humano, son de toda sensatez en la valoración de un hecho conforme con las reglas del sistema. En ese sentido, el pensamiento dogmático se disciplina a sí mismo adhiriendo a la estrategia de interpretación de una política criminal orientada a principios, que difícilmente puede ser derrotada mediante una interpretación posmoderna.

En este contexto, la disciplina del derecho penal busca explicar los fenómenos que se le presentan según los axiomas de un sistema inicial que permite incorporar nuevas estrategias de argumentación. Esto para descubrir nuevos caminos en la ponderación y la compensación de principios en atención a la complejidad del entorno. De ahí que, en un principio, sea necesario esclavizarse a los contenidos deónticos para ser libres en los confines de una política criminal. Sin embargo, subsiste la siguiente interrogante: ¿es una mera cuestión de diferencias de opinión el operar según la lógica de una política criminal orientada a principios? Si la pregunta es arbitraria y no importa qué sistema axiológico utilicemos, no sería posible diferenciar la justificación de la exculpación en un espacio contingente de conflicto. Dicha posición dejaría siempre las decisiones en

³⁶ MAÑALICH, 2018, p. 62.

³⁷ MAÑALICH, 2018, p. 62.

³⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p. 96.

manos del grupo que tenga más poder para tomar la decisión del caso. Sin embargo, consideramos que los aportes de la tradición ilustrada, sobre los cuales se asienta la dignidad humana, no pueden ser reemplazados. De lo contrario, se corre el riesgo de resolver los conflictos jurídicos por medio de un solo principio en menoscabo de esa dignidad³⁹. Por ello, la articulación de los efectos del estado de necesidad no requiere solo constatar sus requisitos positivos, sino también de criterios axiológicos. De ahí que las dificultades históricas no sean triviales en la muerte de inocentes en extrema necesidad, aunque algunos tengan problemas en sostener que la vida está sobre un pedestal.

Existe una infinidad inabarcable de casos que pueden ser alterados hasta el punto de no poder distinguir cómo resolverlos en el estado de necesidad. Por tanto, los modelos axiológicos son relevantes en la decisión de quién vive o muere, pues todo pensamiento comenzaría con una premisa inicial. Si bien existen parámetros objetivos que se encuentran positivizados en el estado de necesidad, es parte de la discusión preguntarse qué permite determinar que el mal causado no es sustancialmente superior al que se pretende evitar en el art. 10 N° 11 del Código Penal chileno. En este orden de ideas, ¿es posible sostener que dos universos éticos puedan coexistir en el estado de necesidad?, ¿o la solución está en un criterio neutro? Pues bien, ¿cuáles son los parámetros de un razonamiento que únicamente se sustente en los requisitos positivos de esta eximente? Si bien el positivismo puede ser una perspectiva exitosa en términos reduccionistas, es peligroso erradicar el contenido deóntico de los principios en el sistema penal. De ahí que el mundo que habitan aquellos que critican una política orientada a principios está tan condicionado por estos contenidos, que dan por hecho la ética que emerge de sus orígenes.

Si aceptamos que los principios solo son parte de un proceso contingente, ¿cuál sería el contenido que los rige? En ese sentido, ¿podemos prescindir de toda axiología? Pues bien, la ética normativa es consecuencia de una dogmática que, arraigada en el pensamiento aristotélico-tomista, es difícil de desconocer en la necesidad. Así, los principios tienen una deontología que se encuentra en las fuentes primarias de la teoría del delito. De este modo, nos parece que aquellos que rechazan una política criminal orientada a principios entregan cuestionamientos insuficientes. Por tanto, en la siguiente sección analizaremos estos principios según diferentes perspectivas axiológicas.

2. *Creación de una jerarquía propia de valores*

El estado de necesidad involucra diferentes universos éticos. Se podría pensar que el intérprete crearía su propia jerarquía de valores y reemplazaría las tradiciones que permiten calificar un comportamiento como meritorio o demeritorio según la norma del estado de necesidad. Sin embargo, en esa posición interpretativa desconocería las premisas iniciales de la dignidad humana. De ahí que objetar el reconocimiento de una tradición ilustrada sea compatible con una lógica consecuencialista. Por ello, la estructura

³⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, pp. 56-57; PETERSON, 2020, p. 37.

axiológica argumentativa que se presenta en la justificación o exculpación en el estado de necesidad resulta un tema complejo. En ese sentido, ¿cómo se puede sostener en una situación de peligro de muerte que no es punible terminar con la vida de un inocente? En ese escenario, la prohibición de que nunca es lícito matar a un ser humano inocente es incomprensible en el consecuencialismo, pues esta prohibición sería virtualmente absoluta dependiendo de las consecuencias.

El consecuencialismo es defendido por una gran cantidad de autores en la dogmática penal. Entre estos, Ortiz de Urbina, Hörnle, entre otros, piensan que es posible desconocer prohibiciones morales absolutas en el estado de necesidad. De ahí que el consecuencialismo requeriría de dos fases en su análisis. La primera fase sería definir qué se entiende por bueno y la segunda consistiría en establecer cómo maximizar lo bueno. Por ello, el consecuencialismo adopta premisas que pueden diferir de la máxima bienestarista e incluso hedonista del utilitarismo en un sentido tosco o bruto. En ese sentido, uno podría sostener que el “utilitarismo es una teoría moral distinta del consecuencialismo. El consecuencialismo es más amplio, aunque el utilitarismo apareció antes como teoría concreta”⁴⁰. Así, el consecuencialismo sostiene que las acciones son valoradas en función de sus consecuencias, debiendo ser seleccionadas las más adecuadas según sus efectos para el caso en concreto. Sin embargo, en “relación a toda forma de utilitarismo y consecuencialismo... siempre habrá seres humanos desechables que deberán ser sacrificados en aras de un bien mayor”⁴¹. Tipo de reflexión que no solo está presente en casos de extrema necesidad, sino también “en torno a los seres humanos que están en los momentos iniciales de su vida”⁴².

Una posición consecuencialista podría considerar la importancia de la dignidad humana en una situación de peligro, con independencia del bienestar de la mayoría⁴³. Pues bien, predomina en la ponderación la consideración de los bienes en conflicto, pero también todos los factores implicados en el caso en concreto. Ello, según lo que defina como bueno o malo el intérprete a modo de premisa inicial en un silogismo práctico. Por ello, algunos adhieren a un consecuencialismo moderado en el caso de comunidades de peligro asimétricas⁴⁴.

Asimismo, para quedarnos con un ejemplo en torno a la multiplicidad de matices axiológicos que se pueden aportar en el estado de necesidad⁴⁵: supongamos que un terrorista se dispone a detonar una serie de bombas en la ciudad para destruir diferentes establecimientos educacionales, y es detenido por un policía que impide estos atentados mediante ciertas torturas psicológicas. Estas torturas consisten en amenazas condicionales acerca de la familia del terrorista y a consecuencia de estas se logra encontrar las bombas y desactivarlas. Sin embargo, el terrorista sufre graves daños psicológicos en el

⁴⁰ GEORGE Y TOLLEFSEN, 2012, p. 90

⁴¹ GEORGE Y TOLLEFSEN, 2012, p. 94

⁴² GEORGE Y TOLLEFSEN, 2012, p. 94

⁴³ MOLINA, 2009, p. 125; ORTIZ DE URBINA, 2011, pp. 187-188.

⁴⁴ WILENMANN, 2016, *passim*.

⁴⁵ POSNER, 2006, pp. 12 - 81

interrogatorio. Tal como algunos observan, el policía sería imputado por el delito de tortura. Sin embargo, ¿podría esta tortura psicológica estar amparada en el estado de necesidad para evitar males graves a terceros? De ahí que definir qué acciones pueden ser consideradas en el campo del estado de necesidad, es un elemento problemático cuando se pondera el derecho del terrorista a ser tratado con dignidad con la seguridad de los ciudadanos⁴⁶.

Esta imputación del delito de tortura no explicaría por qué la acción del policía puede estar justificada, exculpada o, asimismo, fuera de los parámetros del estado de necesidad⁴⁷. De esta forma, algunos consecuencialistas niegan la justificación de la acción, pues existiría un núcleo esencial de dignidad humana. En ese sentido, nunca sería lícito torturar a un terrorista por las consecuencias de estos actos, en el Medio Oriente y en la Isla de Guantánamo, para encontrar armas de destrucción masiva⁴⁸. Sin embargo, no deja de ser interesante que si bien esta posición consecuencialista reconocería una prohibición absoluta de tortura por razones de índole histórico-sociológicas, este núcleo no sería reconocido en supuestos de aborto en casos de violación. Aquí lo determinante es la premisa inicial que permiten definir el carácter prohibido de la acción u omisión en el estado de necesidad. Premisas que en cierta medida servirán de fundamento en el ejercicio de exclusión de responsabilidad.

Para ilustrar el punto, el consecuencialismo puede crear a diestra y siniestra núcleos de dignidad por razones históricas, sociológicas o filosóficas. Aquí cabría abandonar el problema de la valoración del hecho conforme con la norma, así como el problema de la exculpación o la justificación del hecho en el estado de necesidad. Pues bien, todo dependería del intérprete, sin necesidad de tradición. De esta forma, el consecuencialismo sería una posición relativista, pues no existirían reglas previas que guíen la ponderación. Sin embargo, una tradición moral recalcitrante sostendría la existencia de absolutos morales que impedirían la tortura o el aborto en todo supuesto. En ese sentido, existiría una instrumentalización en el hecho de torturar como en terminar con la vida del que está por nacer en toda hipótesis de peligro. Sin embargo, el doble efecto –en el contexto de una tradición moral clásica– podría justificar la tortura indirecta (psicológica) de un terrorista para salvar a un número importante de personas. Pues bien, no sería un daño directo sobre el cuerpo del agente lo que impediría la detonación de la bomba, sino más bien la amenaza de un mal que podría recaer sobre este. Como tampoco sería un daño directo sobre la vida del no nacido, aceptar un aborto indirecto en situaciones de riesgo para la vida de la madre en casos de embarazo ectópico, cervical, entre otras hipótesis.

El consecuencialismo no se genera de forma espontánea, nace de un diálogo con otros, que rechaza la existencia de absolutos morales en la literatura contemporánea. Una posición que encarna un relativismo que dificulta definir los parámetros de la solidaridad en la extrema necesidad. Un juego que algunos autores están dispuestos a aceptar, y que

⁴⁶ ORREGO, 2015, p. 124.

⁴⁷ En este sentido, “parece demasiado simple descartar ... cualquier ... balance ... de la prohibición absoluta de la tortura...”. AMBOS, 2009, p. 59.

⁴⁸ MOLINA, 2009, p. 119; ORREGO, 2015, p. 124; WALDRON, 2010, *passim*.

una posición dogmática minoritaria, pero enfática, rechaza por medio de un pensamiento que identifica la premisa mayor con absolutos morales⁴⁹. El aceptar terminar con la vida de inocentes es una idea compleja, pues cuando la dogmática acepta el valor infinito de la vida humana adopta una jerarquía de valores. Por tanto, no es extraña cierta rigidez en aceptar como consecuencia directa la muerte de inocentes en la necesidad.

Finalmente, nos parece que abrazar irreflexivamente el consecuencialismo deriva en un relativismo que no entrega seguridad a los intérpretes del estado de necesidad. Por ello, enamorarse de este implica aceptar que sus consideraciones son tan buenas que no se necesita de nada más en la necesidad. El solo hecho de aceptarlo, nos haría creer que la ponderación de consecuencias es lo único necesario en la solución de un caso. En ese sentido, rebelarse contra el consecuencialismo nos transforma en un enemigo, pues solo estaría bien adherir a lo que sostenga cada intérprete con independencia de las tradiciones.

VII. PROPUESTA DE DIFERENCIACIÓN: AUTONOMÍA DEL MIEDO

Para valorar la aplicación del estado de necesidad y el miedo insuperable, según parámetros normativos y de orden político-criminal, nos parece que es necesario responder tres preguntas en el estado de necesidad. Primero, ¿actúa el agente ante una situación de peligro actual o inminente producto de un proceso de perturbación? Segundo, ¿están sus acciones afectadas por una perturbación que objetivamente es grave según los presupuestos fácticos del caso? Y tercero, ¿existe una situación de inevitabilidad plena, de forma que el comportamiento antijurídico cumpla con las exigencias de la cláusula de subsidiariedad?

Ante todo, hay que indicar que el miedo insuperable presenta tres elementos. Al enunciar estos, y el modo en que están retratados en la dogmática chilena, encontramos su diferenciación del estado de necesidad en las respuestas a nuestras tres preguntas planteadas. Pues bien, advertiremos que el agente actúa ante una situación de peligro actual o inminente, percibiremos que es posible exigir el cumplimiento de la cláusula de subsidiariedad en caso de no verificar la presencia de una perturbación objetiva según la agresión o el peligro, y notaremos que es posible exigir una inevitabilidad plena en caso de un peligro de muerte, es decir, que no exista otro medio practicable cuando el agente pueda motivarse sin la presencia de una perturbación emocional.

La primera respuesta exige estar en una situación de peligro para poder evitar un mal grave, y ya hemos visto que la doctrina lo entiende como la probabilidad cierta de verse afectado por un mal sobre nuestra persona o en los derechos de un tercero. La segunda busca explicitar por qué la cláusula de subsidiariedad no opera en casos de miedo insuperable, sea en supuestos de peligro en los cuales exista un exceso en la defensa ante una agresión ilegítima o en casos de estado de necesidad. Por ejemplo, el caso de aquella persona que víctima de un trastorno de estrés postraumático reacciona

⁴⁹ Véase MADRID Y GUERRA, 2020, *passim*.

de forma excesiva frente a una agresión. De este modo, cuando una víctima se dispone a defenderse de un agresor, no solo lo apuñala en una oportunidad, sino reiteradas veces hasta darle muerte, pues revive el episodio traumático; esto constituye el reconocimiento de una perturbación que imposibilita exigir el cumplimiento de la necesidad racional del medio empleado.

Ahora bien, todos los requisitos del miedo insuperable están subordinados a dos elementos fundamentales: una situación de peligro o agresión ilegítima. En el miedo se requiere una perturbación de mediana intensidad (trastorno del sentido de la realidad) que explique por qué no será penado el exceso en estado de necesidad frente al incumplimiento de la cláusula de subsidiariedad (que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo), o la necesidad racional del medio empleado en la legítima defensa. Con lo que podemos concluir que la diferencia entre el miedo insuperable y el estado de necesidad radica en la exigencia de la cláusula de subsidiariedad y la existencia de una perturbación emocional grave que sea propia de un trastorno del sentido de la realidad.

¿Cuál es el verdadero sentido teleológico del miedo insuperable? ¿Es el miedo insuperable una eximente independiente del estado de necesidad? Observamos aquí un conjunto único en el miedo insuperable, y la naturaleza de sus contornos solo acepta interferencia con la legítima defensa y el estado de necesidad en casos de exceso. La sucesión de casos que hemos desarrollado en este trabajo nos permite llegar a esta afirmación: ¿hay otra alternativa? Solo una: que el miedo insuperable cumpla exactamente la misma función del estado de necesidad exculpante y que la disposición del art. 10 N° 11 responda a los parámetros de un estado de necesidad justificante. Sin embargo, nos parece que dicha alternativa no es posible en el sistema chileno, pues el miedo perdería la posibilidad de introducir perturbaciones emocionales en un plano fenomenológico según el principio de realidad.

VIII. BALANCE GENERAL Y CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos defendido que el miedo insuperable se diferencia del estado de necesidad. En primer lugar, el estado de necesidad exige la presencia de un peligro que también se observa en el miedo insuperable. Sin embargo, la exigencia de la cláusula de subsidiariedad no podría operar en casos de miedo insuperable. Segundo, el miedo insuperable requiere no solo la presencia de una situación de peligro o agresión ilegítima, sino también la existencia de una perturbación por dichos presupuestos fácticos. Si bien es cierto que en el estado de necesidad se requiere de parámetros normativos y objetivos en la valoración, esto no significa que en el miedo insuperable no podamos considerar parámetros de perturbación propios de un trastorno del sentido de la realidad. En tercer lugar, el principio de la realidad tiene parámetros filosóficos que pueden ser propios del derecho penal y de la psiquiatría para la graduación de perturbaciones en el sistema penal.

De estas afirmaciones se desprende que el miedo insuperable no es un símil de estado de necesidad, sino más bien una eximente que responde a casos en los cuales es posible, por razones de humanidad, no exigir el *prins logico* del estado de necesidad (cláusula de subsidiariedad). De ahí que esta diferencia entre el miedo insuperable y el estado de necesidad permite constatar —en el caso de esta última eximente— un ejercicio de proporcionalidad entre males según los parámetros de una tradición ilustrada en el marco de una política criminal orientada a principios.

Esta conclusión pone en la mesa varias problemáticas importantes: el contenido deóntico de los principios de una política criminal, la relación del derecho penal con la psiquiatría en un plano de segundo orden y la inevitable cuestión axiológica en casos de extrema necesidad.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai, 2009: *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona: Editorial Atelier.
- BALDÓ Lavilla, Francisco, 1994: *Estado de necesidad y legítima defensa: Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda* (2° Edición), Barcelona: Editorial B de F.
- CARPZOV, Benedikt, 1758: *Practicae novae imperialis saxonicae rerum criminalium* (9° Edición), Francofurti ad Moenum, Varrentrapp.
- COMISIÓN Redactora del Código Penal Chileno, 1974: *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora, con un estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Valparaíso, Edeval.
- CURY, Enrique, 2013: “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”, en: AA.VV., *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile*. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, Universidad de Chile.
- ETCHEBERRY Orthusteguy, Alfredo, 1998: *Derecho Penal. Parte General* (3ª edición), Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GADAMER, Hans Georg, 2005: *Verdad y Método I* (11ª edición), Salamanca, Ediciones Sígueme.
- GARRIDO Montt, Mario, 2007: *Derecho Penal. Parte general*. (4ª edición), Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GEORGE, Robert P. y Tollefsen, Christopher, 2012: *Embrión. Una defensa de la vida humana*, Sevilla, Rialp
- GREENAWALT, Kent, 1986: “Distinguishing Justifications from Excuses”, *Law & Contemporary Problems (Carolina del Norte)*, volumen XLIX, N° 3, p. 89. Disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3860&context=lcp> [fecha de consulta 12.05.2014]
- GROLMAN, Karl, 1818: *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft* (3ª edición), Gießen, Georg Friedrich Heyer.
- HAENSCH, Günther, 1999: *Diccionario Alemán, Alemán-Español / Español-Alemán*, Barcelona, Editorial Herder.
- HELMERS, Gunnar, 2016: *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts. Eine Grundlegende Untersuchung. Zuglich Ein Beitrag Zur Kantischen Rechtsphilosophie*, Berlin, Duncker & Humblot.

- HERNÁNDEZ Basualto, Héctor, 2011: "Comentario al art. 10 N° 9 del Código Penal", en Couso Salas y Hernández Basualto (directores), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing, pp. 243-259.
- HRUSCHKA, Joachim, 1995: "Die Nötigung im System des Strafrechts", *Juristenzeitung (Tubinga)*, volumen L, N° 15/16.
- HRUSCHKA, Joachim, 2003: *¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?* (trad.), Córdoba: Editorial Mediterránea.
- HRUSCHKA, Joachim, 2004: "Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant" (Trad. Dr. Ricardo Robles Planas), en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, España, Tomo LVII, pp. 6-17.
- HRUSCHKA, Joachim, 2005: *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Pamplona, Editorial Aranzadi.
- JIMÉNEZ De Asúa, Luis, 1961: *Tratado de Derecho penal* (3ª edición), Tomo IV, Buenos Aires: Editorial Losada.
- JIMÉNEZ, María José, 2007: *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Granada: Editorial Comares.
- KAUFMANN, Arthur, 1999: *Filosofía del Derecho* (2ª Edición), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- LABATUT Glenda, Gustavo, 2005: *Derecho Penal. Parte General* (9ª edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- LUZÓN Pena, Diego Manuel, 2016: "Exculpación por inexigibilidad penal individual", en *Revista Justicia e Sistema Criminal*, v. 8, N° 14, p. 9-36.
- MADRID, R., Guerra, R., 2020, "Universos éticos y la metarregla del doble efecto en el estado de necesidad", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, N° 14, pp. 247-283. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/14911/15885>. [Fecha de consulta: 6.4.2021]
- MAÑALICH Raffo, Juan Pablo, 2008: "Miedo insuperable y obediencia jerárquica", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXI, N° 1, pp. 61-73.
- MAÑALICH Raffo, Juan Pablo, 2009: *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden, Nomos.
- MAÑALICH Raffo, Juan Pablo, 2013: "El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal chileno", en van Weezel (Ed.), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago, Legal-Publishing, pp. 715-742.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2016: "¿Arrebató y obcecación pasionalmente condicionados como atenuante por un femicidio frustrado?", en *Revista de Estudios de Justicia*, N° 25, pp. 247-258
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2018: "El principialismo político-criminal como fetiche", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 29.
- MAURACH, Reinhart, 1994: *Derecho penal: Parte general, actualizado por Heinz Zipf* (trad.), Buenos Aires, Astrea.
- MAZZARELLI, Alfonso, 2006: *Lecciones de psicología anormal y patológica*, Santiago, Universidad Diego Portales.
- MOLINA Fernández, Fernando, 2009: *Estado de necesidad y justificación penal: ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?*, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- MOORE, Michael, 1984: *Law and Psychiatry: Rethinking the Relationship*, Estados Unidos, Cambridge University Press.
- MORALES Prats, Fermín, 2011: "Artículo 20.5", en Gonzalo Quintero (director), *Comentarios al Código Penal español* (6ª edición), Tomo I, Navarra, Aranzandi, pp. 897-942
- MORIAUD, Paul, 1889: *De la justification du délit par l'Etat de nécessité*, Genève, R. Burkhardt
- NÁQUIRA, Jaime, 1998: *Derecho Penal. Teoría del Delito*, Tomo I, Santiago, Editorial McGrawHill.

- NOVOA Monreal, Eduardo, 2005: *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General*. (3ª edición), Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ORREGO-SÁNCHEZ, Cristóbal, 2015: Principio de proporcionalidad y principio de Doble Efecto. Una propuesta desde la Filosofía del Derecho, en *Díkaión: revista de actualidad jurídica* (Chía), Volumen XXIV, nº1, pp. 117-143.
- ORTIZ de Urbina Gimeno, Iñigo, 2011: “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, en Pablo Sánchez Ostiz (coordinador), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal* (2ª edición), Madrid, La Ley, pp. 177-192.
- PACHECO, Joaquín, 1888: *El Código Penal Concordado y Comentado* (6º edición), Tomo I, Madrid, Imprenta y Fundición de Manuel Tello.
- PALERMO, Omar, 2010: “Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad”, en Ricardo Robles Planas y Pablo Sánchez Ostiz (coordinadores), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Atelier, pp. 125-147.
- PETERSON, Jordan B., 2020: *Mapas de sentido. La arquitectura de la creencia*, Barcelona: Editorial Ariel.
- POSNER, Richard, 2006: *Not A Suicide Pact*, New York, Oxford University Press.
- SÁNCHEZ Ostiz, Pablo, 2012: *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Madrid, Marcial Pons.
- SCHAFFSTEIN, Federico, 1957: *La Ciencia Europea del Derecho penal en la época del humanismo* (trad.), Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- SCHOEN, T.H. y Noeli, T., 1956: *Langenscheidt. Diccionario Manual de las lenguas española y alemana. Parte primera. Español/Alemán*, Berlín Schöneberg: Langenscheidt.
- SILVA Sánchez, Jesús Maria, 1999: “Sobre las actuaciones en una “situación de necesidad” que no implican deberes de tolerancia”, en *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, España, McGraw-Hill Interamericana de España, pp. 155-184.
- SILVA Sánchez, Jesus Maria, 2005: “Zur Verhältnismäßigkeit Problematik im entschuldigende notstand”, *Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics* (Tübingen), volumen XIII.
- SLABÝ, Rudolf J. y Grossmann, Rodolfo, 1989: *Diccionario de las lenguas española y alemana* (4ª edición), Tomo II Alemán-Español, Barcelona: Editorial Herder.
- STOOS, Carl, 1913: *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, Wien un Leipzig, Franz Deuticke.
- SUÁREZ, Francisco, 1967: *Tratado de las leyes y de Dios legislador* (trad.), Volumen 2, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- VAN Weezel, Alex, 2015: “Caso “Agresor dormido. El problema del “tirano doméstico” SCA San Miguel, 27/03/2013, Rol Nº 133-2013”, en Tatiana Vargas (directora), *Casos Destacados Derecho Penal. Parte general*, Santiago, Legal Publishing Chile, pp. 337-356.
- VARGAS Pinto, Tatiana, 2013: “¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante del artículo 10 Nº 11”, en Alex Van Weezel (editor): *Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago, Legal Publishing, pp. 743-774
- WALDRON, Jeremy, 2010: *Torture, Terror, and Trade-Offs. Philosophy for the White House*, Oxford: Oxford University Press.
- WILENMANN, Javier, 2014: *Freibitribution und Verantwortungsbegriff*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- WILENMANN, Javier, 2016: “Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad”, en *InDret*, Nº 1, pp. 5 y ss. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/1201.pdf>. [Fecha de consulta: 15.4.16]

Normas jurídicas citadas

CÓDIGO PENAL, publicado el 12 de noviembre de 1874.

CONSTITUTIO CRIMINALIS THERESIANA, publicado en 1769.
LAS SIETE PARTIDAS, edición de 1555.

Jurisprudencia citada

CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, sentencia de 8 de junio de 1963, rol 1966-94, considerando cuarto.

CORTE SUPREMA, sentencia de 23 agosto de 1971, rol 17.788, considerando séptimo.

CORTE SUPREMA, sentencia de 18 de agosto de 2004, rol 2809-2004.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA, sentencia de 3 de julio de 2017, rol 64-2017, ruc 1600516510-9, considerando decimotercero.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 16 de septiembre de 1982, ponente: Vivas Marzal.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 8 de diciembre de 1987, ponente: Díaz Palos.

