ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE: A PROPÓSITO DE ACTOS DE DEFENSA POR EFECTOS DEL MALTRATO A PARTIR DE UN CASO EMBLEMÁTICO

Rodrigo Andrés Guerra Espinosa

Abogado (Universidad Alberto Hurtado). Magíster en Derecho Penal de los
Negocios y de la Empresa (Universidad de Chile). Magíster en Derecho
Internacional (Universidad de Heidelberg). Magíster en Derecho Público de la
Universidad de los Andes. Alumno del programa de Doctorado en Derecho de la
Universidad de los Andes
rodrigoguerrae@gmail.com.

RESUMEN

Se ha prestado atención al estado de necesidad exculpante en el Derecho penal chileno. Un reciente caso muestra la utilidad de detenerse nuevamente sobre esta materia, analizando la posibilidad de apreciar bajo esta eximente la situación de una mujer que, víctima de malos tratos en el ámbito familiar, decide dar muerte a su conviviente. Considerando las posibilidades de exención de su responsabilidad, cumpliendo con los requisitos de inminencia y subsidiariedad.

Palabras clave: *inminencia, subsidiariedad, desesperanza aprendida, síndrome de la mujer maltratada, miedo insuperable.*

ABSTRACT

The Chilean criminal law has paid attention to necessity as an excuse. A recent case show us the usefulness of restudying this subject, analyzing the possibility to consider under this attenuating circumstance, the situation of a woman, victim of domestic violence, who decides to kill her partner. Taking into account the alternatives to excuse her behavior, meeting the imminence and subsidiarity requirements.

Keywords: *Imminence, Subsidiarity, Learned helplessness, Battered woman syndrome, Unbeatable fear.*

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal chileno ha reconocido tradicionalmente el derecho a defenderse de un ataque inminente que pueda provocar por resultado la muerte o un grave daño físico en la persona¹. Sin embargo, recientemente el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, en causa Ruc N° 1101060685-5, por el delito de parricidio, de fecha diecisiete de enero de dos mil trece, enfrentó la tarea de aplicar el estado de necesidad como exculpante a una mujer que, víctima de violencia intrafamiliar, decidió matar a su conviviente a causa del maltrato físico y psicológico provocado durante años. En este caso la acusada mató a su conviviente mientras dormía².

El Tribunal sostuvo que la acusada actuó bajo un estado de necesidad exculpante³. Acogió la tesis de la defensa que incorporó esta teoría del caso e ilustra, en una primera oportunidad, la posibilidad de considerar el fenómeno psicológico de la desesperanza aprendida⁴ dentro de esta eximente de responsabilidad penal. La resolución fue anulada por la interposición de un recurso de nulidad, y el Tribunal en su segundo fallo, en causa Ruc N° 1.101.060.685-5, el veintiuno de junio de dos mil trece, no considera este fenómeno de la desesperanza aprendida como parte de su razonamiento⁵. No obstante, vuelve a confirmar su posición respecto de la existencia de un estado de necesidad exculpante.

Ahora bien, ¿por qué es relevante la desesperanza aprendida como fundamento de una sentencia anulada? Se considera relevante este argumento porque se incorporó dentro de la subsidiariedad en el examen de los medios. La inclusión de este fenómeno dentro de este requisito podría permitir a las mujeres maltratadas actuar directamente contra sus agresores, sin ponderar otras alternativas para enfrentar el peligro. Nos interesa analizar este aspecto de la sentencia, que no fue objeto de reparo en la Corte de Apelaciones de San Miguel, porque puede llegar a flexibilizar en exceso el requisito de la subsidiariedad en casos de maltrato a la mujer.

¹ El nuevo N° 11 del artículo 10 del Código Penal permite causar males que afecten bienes como la vida, intimidad u honor de las personas para evitar un mal grave. Esta disposición extiende las posibilidades de aplicación del estado de necesidad más allá de la afectación de la propiedad ajena como lo establecía el artículo 10 N° 7 del Código. Es así que con la introducción de este numeral se materializa la posibilidad de aplicar un estado de necesidad a situaciones en que la mujer actúa contra su agresor, frente a un peligro inminente para su persona o terceros, en contextos de violencia intrafamiliar. No obstante, la disposición no incorpora estas situaciones expresamente por la generalidad de sus términos.

² Considerando quinto.

³ Considerando octavo: “[e]ste fallo, establece latamente cómo da por acreditados cada uno de los requisitos del estado de necesidad establecidos por el legislador penal”.

⁴ Considerando octavo: “[l]a asistente social Eliana Pérez Rodríguez concluyó en el peritaje que la imputada presentaba una indefensión o desesperanza aprendida, que explica la pasividad de las víctimas por temor a la pareja o a los hijos, situación que es común en mujeres insertas en situaciones de violencia [...]”.

⁵ En la nueva sentencia no incorpora este fenómeno en el requisito de la subsidiariedad. La razón estaría, al parecer, en que la asistente social que diagnosticó la desesperanza aprendida cambió de diagnóstico con la introducción del testimonio de M.E.C.O. Así lo hace presente el Ministerio Público en su discurso de clausura en el considerando segundo de esta sentencia.

Así, este artículo examinará el estado de necesidad exculpante y la posible influencia de este fenómeno de la desesperanza aprendida en el requisito de subsidiariedad, considerando el pronunciamiento de la primera sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, en primera instancia, y de la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, en segunda, del 27 de marzo de 2013, N° 133-2013. Sin embargo, no se considerará la segunda sentencia del Tribunal, al dejar fuera de sus razonamientos, relacionados con el requisito de subsidiariedad, el fenómeno de la desesperanza aprendida. Fenómeno que es fundamental para los propósitos de esta investigación que pretende reflexionar sobre las consecuencias de su incorporación en el estado de necesidad.

Otro argumento a favor de considerar solo las sentencias aludidas gira en torno al requisito de la inminencia del mal que fundamenta la defensa. La sentencia anulada del Tribunal consideró que la mujer maltratada puede matar a su agresor sin una confrontación directa, al ser una fuente de un peligro. Así se pondrá especial atención a la interpretación del requisito de inminencia del mal que fundamenta la defensa realizada por el Tribunal Oral de Puente Alto. Para estos efectos, dejaremos de lado la segunda sentencia del Tribunal porque profundiza sobre los mismos aspectos dogmáticos de la primera respecto de la inminencia. También utilizaremos solo la primera sentencia anulada para contrastar con mayor claridad metodológica la posición de la Corte y el Tribunal respecto de este requisito.

Por otra parte, la Corte respecto de la inminencia resuelve que no pueden ser aplicables las reglas del estado de necesidad exculpante a una mujer maltratada que mata sin una confrontación directa al agresor⁶⁶.

⁶⁶ Considerando octavo.

La Corte sostuvo que una víctima que se encuentra durmiendo, desde la perspectiva legal, no constituye un peligro actual o inminente para poder actuar desde un estado de necesidad exculpante. De este modo, también la exigencia de inminencia será objeto de este trabajo, aunque se pretende demostrar que esta interpretación rígida de la inminencia es cuestionable, en el contexto del estado de violencia en que se produce.

Asimismo, se enfrenta la necesidad de incorporar una variante privilegiada en la legítima defensa para esos casos, relativizando el requisito de inminencia, para supuestos de maltrato habitual en que la mujer decide actuar contra su agresor. Sin embargo, se mostrará que modificar la legítima defensa para ajustarla a estos casos de maltrato, por la posición de especial vulnerabilidad de la mujer maltratada, no parece una solución adecuada.

En síntesis, se busca tener claridad en el examen de los requisitos de subsidiariedad e inminencia del mal respecto del estado de necesidad exculpante, con particular énfasis en la diferenciación de síndromes psicológicos, como la desesperanza aprendida, para delimitar esta eximente de otras, como el miedo insuperable.

Para tal fin, se expondrán primero los hechos del caso; luego se precisarán las principales preguntas que se pretenden contestar, y se presentará un breve panorama de la regulación del estado de necesidad que se incorpora en el N° 11 del artículo 10 del Código Penal. Con esta base se analizarán los requisitos del estado de necesidad exculpante, considerando el contexto social y psicológico de estas situaciones de maltrato frente al caso examinado. De esta forma, se busca enriquecer la lectura de los razonamientos del Tribunal Oral de Puente Alto y Corte de Apelaciones, con la finalidad de corroborar las ideas planteadas en esta introducción.

Finalmente, cabe advertir que este trabajo no pretende definir la naturaleza jurídica del estado de necesidad del artículo 10 N° 11 ni profundizar en problemas que se presenten en la aplicación de esta defensa fuera de lo señalado, como tampoco el principio de proporcionalidad u otras materias relacionadas. Estas materias deberían ser tratadas con mayor profundidad en una futura investigación monográfica acerca del estado de necesidad⁷.

⁷ COUSO SALAS, Jaime, "Comentario al artículo 10 N° 7", en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (directores), *Código penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Legal Publishing, 2011, p. 234. También respecto de la necesidad de un estudio acabado de los efectos de esta disposición, véase CURY, Enrique, "El estado de necesidad en el Código Penal Chileno", en MAÑALICH, Juan Pablo (coordinador), *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, 2013, p. 257.

2. EL CASO

2.1. Los hechos

Los 19 años de convivencia de Karina Sepúlveda con Claudio Reyes terminaron el 17 de octubre de 2011, cuando Karina Sepúlveda procedió a disparar y matar a su conviviente mientras dormía⁸. La muerte de Claudio Reyes marcó el término de una relación que por más de 20 años se caracterizó por un extremo abuso físico y psicológico hacia Karina Sepúlveda. Después de su detención, Karina Sepúlveda enfrentó cargos por parricidio⁹. En juicio Karina testificó acerca de la intensidad de la violencia y de la forma en que fue en escalada hasta la última semana en que dio muerte a su conviviente¹⁰.

El subcomisario de Policía de Investigaciones, Yerko Araya Salinas, a cargo de las pericias de rigor, recuerda que el día que ella mató a su conviviente, señaló haber sido víctima de violencia intrafamiliar toda la semana anterior¹¹. Según el sargento de Carabineros, Osmán Danilo Muñoz Monroy, la señora Karina Sepúlveda le mencionó que “[...] *estaba aburrida de la violencia de su conviviente*”¹², tomó el arma que este guardaba en su cama y lo mató mientras dormía.

En orden a demostrar la razonabilidad de la acción de la señora Karina Sepúlveda, la defensa ofreció cinco peritajes para acreditar que se encontraba en un contexto de violencia intrafamiliar crónico severo¹³. El Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto considerando dicha evidencia, en su primera sentencia, junto con la testimonial presentada en juicio, aceptó la existencia de un estado de necesidad exculpante¹⁴, absolviendo a la

⁸ Considerando octavo. El médico Alberto López Pérez señaló que la causa de muerte de Claudio Reyes Carrasco fue producto de una herida de bala craneo-encefálica. Asimismo, se exhibieron 10 fotografías de la autopsia que fueron reconocidas por el médico como aquellas hechas al occiso. Dichas imágenes fueron examinadas directamente por el Tribunal.

⁹ Considerando segundo. Consta que el Ministerio Público señaló en su alegato de apertura que “[e]l día 17 de octubre de 2011, alrededor de las 08:00 horas al interior del domicilio ubicado en calle los Mañíos N° 407, Villa la Foresta de la Comuna de Puente Alto, Karina del Carmen Sepúlveda Cisternas, con una pistola *famae* calibre 9 milímetros, disparó en contra de su conviviente Claudio Alejandro Reyes Carrasco, quien se encontraba durmiendo, provocándole a consecuencia del disparo una herida craneo encefálica con salida de proyectil que le causa la muerte”, hechos constitutivos de la figura de parricidio.

¹⁰ Considerando quinto: “El día lunes se levantó con el cuerpo completamente adolorido, cojeando fue a dejar a su hija al colegio, apenas caminando, volvió a la casa, se metió a la ducha, se empezó a secar en el baño, se miró al espejo, vio la cara de su hijo y se vio ella toda moreteada, vio también que él iba a matar a su hijo o a ella cuando se levantara. Fue al dormitorio, sacó el arma de debajo de la cama y le disparó.- Señaló que incluso mientras se bañaba tenía miedo que se levantara y la golpease a ella y a sus hijos. No sentía que era ella, se sentía congelada, tenía miedo de salir del baño, tenía miedo de estar en la casa.- El arma estaba cargada debajo de la cama en el lado que él dormía, la tomó y le disparó. Lo hizo cuando Claudio estaba durmiendo, porque si hubiese estado despierto no hubiera podido defenderse ni tomar el arma, tampoco hubiese tenido el valor de hacerlo.- Cuando estaba en la pieza y tomó el arma estaba aterrada, tenía miedo de que él se despertara y tomara el arma y le disparase. Cuando llegó carabineros, sintió recién que no los iba a matar. La pieza estaba oscura, cuando le disparó lo sintió respirar y se fue corriendo a llamar a carabineros, sentía que él se iba a levantar e iba a llegar detrás de ella y la iba a matar a golpes”.

¹¹ Considerando octavo.

¹² Considerando octavo.

¹³ Considerando cuarto.

¹⁴ Considerando décimo octavo.

acusada de todo cargo¹⁵. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de San Miguel sostuvo, a través de la interposición de un recurso de nulidad presentado por la fiscalía, que la evidencia presentada no era suficiente para exculpar la conducta de la imputada, junto con otros razonamientos respecto de la interpretación de los requisitos del artículo 10 N° 11¹⁶.

2.2. Preguntas atinentes

La principal pregunta que se deriva de un caso como el expuesto es si la conducta de la imputada se encuentra amparada por el estado de necesidad exculpante. Al intentar responder esta pregunta aparecen otras específicas. Las más evidentes, al parecer, son cuatro. En primer lugar, ¿se puede desprender la inminencia del mal de un maltrato habitual o de una situación de violencia intrafamiliar? En segundo lugar, ¿cómo se puede apreciar un peligro inminente donde no existe una directa confrontación con el agresor? En tercer lugar, de no ser posible apreciar la concurrencia del requisito de inminencia, ¿qué posibilidades existen de argumentar con otras causales de exculpación o justificación?¹⁷ Por último, si se asume que el maltrato existió, ¿qué importancia tiene el carácter subsidiario del estado de necesidad exculpante y qué rol cumple la acogida tesis de la desesperanza aprendida?

Considerando los objetivos de este trabajo, es aconsejable tratar estas preguntas en atención a los requisitos del estado de necesidad del N° 11 del artículo 10, desarrollando con mayor profundidad los de inminencia y subsidiariedad. Nos parece que se trata de una cuestión interesante, porque presta atención a temas que no han sido suficientemente explorados en el Derecho penal chileno. El primero de ellos es la interpretación del peligro inminente en el estado de necesidad exculpante, el segundo de estos temas es si el síndrome psicológico de la desesperanza aprendida puede ser apreciado desde la subsidiariedad.

¹⁵ Considerando vigésimo segundo.

¹⁶ Considerando noveno. El Tribunal en su segundo fallo, en causa Ruc N° 1.101.060.685-5, el veintiuno de junio de dos mil trece, considera los mismos medios de prueba. Sin embargo, reafirma su posición con los testimonios de los hijos de la madre que cambian radicalmente en favor de esta. Lo anterior parece tener respuesta en una aparente inducción de los padres de la víctima sobre el testimonio de los hijos de la acusada. Frente al escepticismo de esta inducción de los abuelos sobre los hijos de la acusada en una primera oportunidad, véase el considerando décimo cuarto de la sentencia de la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel del 27 de marzo de 2013, N° 133-2013.

¹⁷ Existen varias alternativas para defender a una mujer que decide actuar en contra de su conviviente maltratador. Estas alternativas van desde causas de justificación (legítima defensa y estado de necesidad defensivo) hasta causas de inexigibilidad de otra conducta, antes de la existencia del N° 11 del artículo 10, como la fuerza irresistible y el miedo insuperable. Estas últimas han sido preferidas por tribunales nacionales. Lo anterior ha impedido considerar la muerte del maltratador como un comportamiento ajustado a derecho, véase VILLEGAS DÍAZ, Myrna, "Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal", en *Revista de Derecho Universidad Austral*, 23, N° 2, (2010), p. 149.

2.3. Regulación del estado de necesidad

El contexto en que se introduce esta nueva disposición, contemplada en el N° 11 del artículo 10 del Código Penal, es de preocupación por la violencia que se ejerce contra la mujer en Chile¹⁸. Sin embargo, desde sus inicios la cuestión se centra en el ámbito de las eximentes genéricas del artículo 10, para lograr consagrar un estado de necesidad exculpante¹⁹.

La introducción de esta nueva disposición se recoge de la propuesta del profesor Enrique Cury²⁰. En los Informes de la Comisión Mixta solo se hace mención de que tuvo en consideración los modelos alemán e italiano. Sin embargo, parte de la doctrina afirma que adoptó en su propuesta final el modelo suizo²¹. No obstante lo anterior, el profesor Cury en una de sus últimas clases sobre el estado de necesidad, realizada en el Centro de Estudios de la Universidad de Talca, corrobora esta información. Así, pese a no existir constancia en la historia de la ley, ni en los diversos informes del proyecto en el Congreso, de datos que nos permitan considerar que Cury utilizó el modelo suizo, él enfatiza en esta última clase que el modelo alemán es sumamente mezquino y complicado, por lo que consideró el suizo para la elaboración de la norma²². Lo anterior se confirma con una reciente publicación suya titulada “El estado de necesidad en el Código penal chileno”²³.

Cury acepta la idea de considerar el modelo suizo, inspirándose en el libro de Freudenthal titulado *Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal*²⁴. No está de más mencionar que Freudenthal consideraba la formulación suiza como una de las más prudentes: “[p]uesto que en ella introduce en el tipo el peligro inminente y no evitable de otro modo, como barrera contra la autoayuda superflua. Por otra parte, el círculo de los sujetos y bienes aptos para el estado de

¹⁸ SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena y VARGAS, Tatiana, “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas”, en *Revista Chilena de Derecho*, 38, N° 1, (2011), pp. 193-199.

¹⁹ *Historia de la Ley N° 20.480* (2010). 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 a las normas sobre Parricidio, Diario Oficial 18 de diciembre de 2010, p. 520. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1021343>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013], p. 449; HERNÁNDEZ, Héctor, “Comentario al artículo 10 N° 11”, en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (directores), *Código penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2011, pp. 267-268.

²⁰ *Historia de la Ley N° 20.480* (2010), pp. 449 y 453; SANTIBÁÑEZ y VARGAS, p. 197.

²¹ SANTIBÁÑEZ y VARGAS, p. 197; SEPÚLVEDA, Ivonne, “Algunas consideraciones sobre el estado de necesidad contemplado en el artículo 10 N° 11 del Código Penal y su reconocimiento por la jurisprudencia”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 53, (2012), p. 177; OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, “Aborto y justificación”, en *Revista Chilena de Derecho*, 39 N° 2, (2012), p. 339; ACOSTA SÁNCHEZ, Juan Domingo, “Artículo 10 N°s. 7° y 11° del Código Penal. Algunos criterios de delimitación”, en VAN WEEZEL, Alex (editor), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago, Legal Publishing, 2013, p. 696. No obstante, no se hace referencia a la importancia que le asignó al modelo suizo en HERNÁNDEZ (2011b), p. 268.

²² CURY, Enrique, *Estado de necesidad exculpante*, Seminario del Centro de Estudios de la Universidad de Talca, 2011. Disponible en: <http://www.ustream.tv/recorded/18539392>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013]

²³ CURY (2013), p. 257.

²⁴ CURY (2011); CURY (2013), p. 257.

*necesidad carece de restricciones, merced a la frase 'un bien suyo o de otro'..., etc. Por lo mismo, la definición es muy cautelosa y lo suficientemente amplia, ambas cosas a la vez"*²⁵.

Estas consideraciones de Freudenthal parecen reflejar el espíritu de nuestra disposición. Si bien la disposición es amplia en cuanto al círculo de sujetos y bienes que se pueden ver afectados, no deja de considerar con cautela los requisitos de inminencia y subsidiariedad para evitar una autotutela superflua. Es así que la interpretación de la inminencia y subsidiariedad se torna esencial para determinar si la acción de una mujer maltratada en contra de su abusador, en un contexto de violencia intrafamiliar, puede estar dentro de los parámetros de un estado de necesidad exculpante.

Por otra parte, es gracias a los efectos exculpantes de esta disposición que ha sido posible discutir su aplicación en casos de violencia contra la mujer. Sin embargo, no existe consenso respecto de su efecto justificante en la doctrina nacional. Así un sector mayoritario, en el cual se puede incluir a Cury, considera que dicha disposición tiene ambos efectos²⁶, a diferencia de otro minoritario que solo le atribuye uno exculpante²⁷.

Finalmente, debemos recordar que no pretendemos resolver en este artículo la problemática de los efectos de esta nueva norma, pues se toma por base su naturaleza exculpante a propósito de las sentencias que se analizan. Por tal razón, para los propósitos de este trabajo, se asumirá su efecto exculpante²⁸.

2.4. Estado de necesidad exculpante

Los tribunales no han enfrentado tradicionalmente la tarea de reconocer un estado de necesidad exculpante en situaciones de maltrato hacia la mujer, debido a la inexistencia del actual artículo 10 N° 11 del Código Penal²⁹. Para admitir su concurrencia, procede señalar los siguientes requisitos contemplados en dicha disposición: *obrar para evitar un mal grave; actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar; que no exista otro medio practicable y*

²⁵ FREUDENTHAL, Berthold, *Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal*, traducción de José Guzmán Dalbora, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, p. 97.

²⁶ COUSO (2011), p. 235; SANTIBÁÑEZ y VARGAS, p. 198; VARGAS, Tatiana, "¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante del artículo 10 N° 11", en VAN WEEZEL, Alex (editor), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2013, p. 761; ACOSTA, p. 702; SEPÚLVEDA, p. 181; OSSANDÓN (2012), p. 339.

²⁷ HERNÁNDEZ (2011b), pp. 270-271; MAÑALICH, Juan Pablo, "El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal Chileno", en VAN WEEZEL, Alex (editor), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2013, pp. 720-721.

²⁸ HERNÁNDEZ (2011b), pp. 270-272; VARGAS, p. 757.

²⁹ Existen en la actualidad solo tres fallos que se pronuncian respecto del estado de necesidad exculpante: la sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, causa Ruc 1000281567-8, de fecha 28 de mayo de 2012, que acoge el estado de necesidad como eximente incompleta; la sentencia 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, causa Ruc 1101043228-8, de fecha 25 de junio de 2012, que rechaza el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal, y la sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, causa Ruc 1101060685-5, de fecha 17 de enero de 2013, objeto de este artículo. Antes de la introducción del artículo 10 N° 11 en el Código Penal estas situaciones se resolvían la mayoría de las veces a través del miedo insuperable.

menos perjudicial para evitarlo; que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita; y que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí.

Cabe exponer brevemente tales exigencias para analizar los problemas anunciados en relación con la inminencia y subsidiariedad en la introducción de este trabajo.

2.4.1. Obrar para evitar un mal grave

Este requisito apunta a la magnitud del mal que se pretende evitar por la existencia de un conflicto entre dos bienes jurídicos³⁰. Debe tratarse de un mal cuya entidad sea significativa³¹ para los derechos o persona del sujeto que enfrenta la situación de peligro (encabezado del artículo 10 N° 11)³². Este mal puede ser respecto de su persona o terceros que pueden o no estar vinculados a él³³. La entidad del mal debe ser definida desde una perspectiva objetiva que considere las circunstancias concretas del caso en cuestión³⁴, lo que entra en concordancia con la exigencia de *que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí*³⁵, es decir, que la situación de riesgo no haya sido provocada por el necesitado o tenga la obligación de soportar la situación por su cargo u oficio³⁶.

No puede tratarse de cualquier tipo de mal grave, porque debe vincularse a la protección de la persona natural o sus derechos. El encabezado de la disposición del artículo 10 N° 11 requiere que el mal que se pretenda evitar ha de ser para su persona o derecho. Sin

³⁰ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, traducción de Luis Jiménez de Asúa, 3ª edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1916, II, pp. 351-353; HERNÁNDEZ (2011b), p. 272; VARGAS, p. 749; NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general. Introducción a la ley penal, el delito y las eximentes de responsabilidad penal*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, I, p. 355; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, II, pp. 180, 187 y 189; NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Derecho penal. Teoría del delito*, Santiago, McGraw-Hill, 1998, p. 256; POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre, "Artículo 10 N° 4 a 7°", en POLITOFF LIPSCHITZ, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis (editores), *Texto y comentario del Código Penal Chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, I, p. 140.

³¹ SANTIBÁÑEZ y VARGAS, p. 200.

³² Artículo 10 N°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 [...]". Esta exigencia de evitar un mal grave para su persona o derecho o los derechos de un tercero no se encontraba en el artículo 10 N° 7 del Código. Por lo anterior, esta distinción entre persona o derecho o los de un tercero, presente en la legítima defensa del artículo 10 N° 4, solo tendría sentido de "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", según HERNÁNDEZ (2011b), p. 272.

³³ Este requisito es característico de la legítima defensa y no se contempla en el artículo 10 N° 7, HERNÁNDEZ (2011b), p. 272; MAÑALICH, p. 735.

³⁴ HERNÁNDEZ (2011b), p. 272. Ahora bien, se señala que "[n]o se trata de salvar un bien, sino de precaver un mal, que es un concepto más amplio y que no debe apreciarse con criterios naturalísticos no menos subjetivos, lo que no impide la consideración objetiva de las circunstancias personales del hechor. Es un concepto valorativo que implica considerar como tal aquello que la sociedad valora negativamente", según ACOSTA, pp. 700-701. En la misma línea, SEPÚLVEDA, p. 179.

³⁵ HERNÁNDEZ (2011b), p. 272.

³⁶ SANTIBÁÑEZ y VARGAS, p. 202.

embargo, no deja de llamar la atención que dicha disposición “[p]arece aludir a cualquier bien jurídico, se vincule o no con la existencia misma de la persona, como la vida; salud; libertad, intimidad; propiedad; honor, etc.”³⁷.

Por otra parte, esta especie de mal no comprendería los bienes colectivos³⁸. Dejaría fuera bienes como la seguridad colectiva o pública en la línea de la legítima defensa y otros modelos legislativos que tratan el estado de necesidad³⁹. Tampoco comprendería la conducta de organismos estatales⁴⁰. Sin embargo, determinar qué tan acertada es esta última propuesta respecto de las personas jurídicas deberá ser objeto de investigación⁴¹.

Por último, el mal que se pretende evitar puede tener cualquier origen⁴², excepto una agresión ilegítima que daría lugar a la legítima defensa⁴³. No obstante, aun en esta última hipótesis podría darse un estado de necesidad si la acción salvadora recae en un tercero que no provoca la agresión⁴⁴.

2.4.2. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar

En principio, este requisito no debería entenderse de una forma distinta de la contemplada en el estado de necesidad justificante o la legítima defensa⁴⁵. Así, es posible remitirse a la forma en que se ha interpretado en las dos instituciones mencionadas, teniendo como salvedad que en el estado de necesidad se actúa ante una situación especial de peligro, a diferencia de la legítima defensa, donde se reacciona frente a una agresión ilegítima⁴⁶.

Lo expresado tendría como repercusión, desde una perspectiva minoritaria, que el principio rector del estado de necesidad no sería el interés preponderante⁴⁷. Así, la

³⁷ VARGAS, p. 751. Asimismo, señalan que podría recaer el mal sobre “[...] cualquier bien jurídico relativo a la persona o derecho de quien causa el mal necesario o de un tercero”, SANTIBÁÑEZ y VARGAS, p. 199.

³⁸ En este sentido, si se pretende evitar un gran daño ambiental, al parecer, no podría ser comprendido bajo la figura del estado de necesidad del artículo 10 N° 11; véase HERNÁNDEZ (2011b), p. 272. En esta misma línea, ACOSTA, p. 703. No solo quedarían fuera de esta eximente los bienes jurídicos colectivos, según VARGAS, p. 751, sino también, en principio, el comportamiento de las entidades estatales, CURY (2013), p. 254.

³⁹ VARGAS, p. 751.

⁴⁰ CURY (2013), p. 254.

⁴¹ Existen distintas posiciones respecto de la posibilidad de comprender la conducta de una persona jurídica bajo un estado de necesidad, véase GARCÍA, Paulina, *El estado de necesidad en materia penal*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1999, p. 149.

⁴² SEPÚLVEDA, p. 180.

⁴³ SANTIBÁÑEZ y VARGAS, p. 199; ACOSTA, p. 701.

⁴⁴ Así respecto de un estado de necesidad agresivo ajeno o de un tercero, véase ACOSTA, p. 701.

⁴⁵ HERNÁNDEZ (2011b), p. 269; VARGAS, p. 751.

⁴⁶ COUSIÑO MAC IVER, Luis (1979a), *Derecho penal chileno. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, II, pp. 372-374.

⁴⁷ A favor de considerar otros principios rectores, COUSIÑO (1979a), p. 338; LUZÓN PEÑA, Diego M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, pp. 64-70; HENKEL, Heinrich, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, traducción de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, p. 110. En contra, NÁQUIRA, p. 255; COUSO (2011), p. 234; FUENTES, Danae, *La ponderación de los males en el estado de necesidad*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2009, p. 1; CURY,

subsidiariedad sería una exigencia que restringiría la aplicación del estado de necesidad a situaciones excepcionales “[...] *sobre la base de consideraciones teleológico-materiales*”⁴⁸ que no deberían desconocer otros principios generales del derecho⁴⁹. En el estado de necesidad existe una situación de conflicto entre dos bienes o derechos protegidos por el ordenamiento jurídico⁵⁰. Sin embargo, en la legítima defensa se mantiene un derecho ante una agresión ilegítima⁵¹, por lo que “[...] *no se requiere la proporcionalidad entre los bienes o valores que exige el estado de necesidad [...]*”⁵². Lo anterior no implica desconocer en la legítima defensa la *necesidad racional del medio empleado*⁵³.

Ahora bien, el término actualidad implica un “*peligro presente*”⁵⁴ que “*debe estar produciendo[se] al momento de realizar la acción típica de salvamento*”⁵⁵, en el “*mismo sentido que en la legítima defensa*”⁵⁶. En cambio, la inminencia se vincula a “*una situación de ‘peligro permanente’*”⁵⁷ que involucra riesgos de mayor entidad⁵⁸. La agresión que se espera en un

Enrique (2005), *Derecho Penal. Parte general*, 7ª edición, Santiago, Universidad Católica, p. 369; NOVOA, p. 358; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, I, p. 249; GARRIDO, p. 186; POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 212; LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal*, 9ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, I, p. 103; GARCÍA, p. 86; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General. El hecho punible*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, 4ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, pp. 247 y 254, entre otros. Es importante recalcar que la doctrina nacional considera la primacía del principio del interés preponderante en el estado de necesidad, sin tener al alcance una disposición como la del actual artículo 10 N° 11. Así, un restringido estado de necesidad justificante como el del artículo 10 N° 7 permitía solo la afectación de la propiedad ajena, siendo innecesario dar énfasis a la consideración de otros principios, como el de solidaridad intersubjetiva o responsabilidad.

⁴⁸ TALA JAPAZ, Alberto, “La estructura objetiva del injusto aplicada al estado de necesidad”, en *Revista Chilena de Derecho*, 14, N° 2-3, (1987), pp. 313-333.

⁴⁹ COUSIÑO (1979a), pp. 338 y 349; BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, José María Bosch, 1994, pp. 43-47 y 101; HENKEL, pp. 84-85.

⁵⁰ COLVIN PAVEZ, Alberto, “Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno”, en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 162, año 41, (1974), p. 14; LUZÓN, p. 56.

⁵¹ Esto no debe entenderse desde una perspectiva rígida en la cual el Derecho no deba ceder jamás ante el injusto. Lo anterior, en razón de que “*la legítima defensa poseería una severidad insoportable, que, es más, estaría derechamente dominada por una ‘moralhomicida’ [...]*”, HENKEL, p. 79. Así, se incorporaron una serie de consideraciones ético-sociales en la jurisprudencia alemana para limitar los efectos de la legítima defensa, HENKEL, pp. 80 y ss. Sin embargo, recoge en la doctrina nacional la máxima de que “*el derecho no necesita retroceder jamás ante lo injusto [como] plenamente válida*” respecto de la legítima defensa –siguiendo la línea de Pufendorf– COUSIÑO (1979a), p. 338. Ahora bien, el pensamiento de este último autor reconoce en el marco de la racionalidad o necesidad de la legítima defensa el principio de subsidiariedad, es decir, usar el medio menos lesivo para contrarrestar la agresión, COUSIÑO (1979a), p. 217. Por otra parte, no se puede desconocer que nuestra dogmática aceptaba la idea de enfrentar la agresión y no ceder jamás ante ella. No obstante, esta idea parece perder espacio con el reconocimiento del deber de elusión en el contexto internacional, véase POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho Penal*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1997, I, pp. 363-364.

⁵² LUZÓN, p. 58; COUSIÑO (1979a), p. 338.

⁵³ Artículo 10 N° 4: “*El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurran las circunstancias siguientes: Primera. Agresión ilegítima. Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo [...]*”.

⁵⁴ VARGAS, p. 752.

⁵⁵ ACOSTA, p. 701.

⁵⁶ ACOSTA, p. 701.

⁵⁷ VARGAS, p. 752; ACOSTA, p. 701. Cabe agregar que se reconoce en el caso de la legítima defensa la posibilidad de relacionar la inminencia con un delito permanente en ETCHEBERRY, p. 254.

futuro más cercano que no alcanza a tener el nivel de inminente, como aquella que se produce y se termina en el momento, no cumple con las exigencias de este requisito⁵⁹. Sin embargo, se acepta en la doctrina que un acto preparatorio o en tentativa puede cumplir con la exigencia de inminencia⁶⁰.

Por otra parte, el considerando décimo de la sentencia del 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 25 de junio de 2010, en causa Ruc 1101043228-8, reconoce la posibilidad de interpretar de forma flexible la inminencia, en el caso del estado de necesidad exculpante, en contextos de violencia contra la mujer. En este sentido, la sentencia acepta la interpretación del profesor Enrique Cury, entregada en el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, indicando que *“hay prácticamente unanimidad en que aquí la inminencia debe enjuiciarse de manera mucho más flexible de lo que se hace cuando se trata la legítima defensa, pues en el estado de necesidad, ésta es una disposición elástica, y por consiguiente, puede tratarse de un mal que no se está actualmente produciendo, que no amenaza en ese momento, pero que puede llegar a amenazar en cualquier momento, está latente”*⁶¹.

Respecto de la forma de enjuiciar este requisito existe consenso en que sea *“ex ante”*⁶² y no solo desde parámetros subjetivos⁶³. Requiere que los jueces realicen un análisis objetivo de determinación, considerando todos los hechos y circunstancias del caso que llevaron a dar inicio a la acción salvadora. Sin embargo, *“no está claro cómo debe configurarse el ‘criterio objetivo ex ante’ que hay que aplicar”*⁶⁴.

Esta evaluación objetiva puede terminar por aceptar o rechazar dicha acción, considerando los conocimientos del agente y la situación de peligro que debe enfrentar⁶⁵. El hecho de

⁵⁸ JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª edición, Granada, Editorial Comares, 2002, pp. 387 y 518; VARGAS, p. 752. Sin embargo, a la Comisión Redactora del Código Penal Chileno le será indiferente –en lo que concierne al artículo 10 N° 7– distinguir entre un peligro actual o inminente. Para la Comisión serán equivalentes, COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO, *Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno con un estudio preliminar por Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Valparaíso, Edeval, 1974, p. 465. Asimismo, se puede reconocer la aceptación de este razonamiento en COUSIÑO (1979a), p. 388.

⁵⁹ CURY (2005), pp. 373-374; NOVOA, pp. 339-340; COUSO, Jaime (2011). “Comentario al artículo 10 N° 4”, en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (directores), *Código penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Legal Publishing Chile, p. 216.

⁶⁰ NOVOA, p. 340; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho penal*, 2ª edición, Santiago, ConoSur LexisNexis Chile, 2000, I, p. 283; COUSO (2011), p. 216. Por otra parte, se enfatiza que el caso de una tentativa inidónea no se podría comprender dentro de la inminencia, porque “[...] no constituiría una agresión real [...]” en COUSO (2011), p. 216.

⁶¹ CURY (2011), p. 37; CURY (2011), p. 259; SANTIBÁÑEZ, p. 199; ACOSTA, p. 701; VILLEGAS, pp. 160 y ss. Interpretación que ha recibido apoyo en la doctrina alemana por parte de ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de Luzón Peña; Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesali, 2ª edición, Madrid, Civitas, 1997, I, p. 903; JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 691, y JESCHECK, p. 518. Incluso esta interpretación más flexible de la inminencia se puede ver en una sentencia del Tribunal Federal alemán del 2003, BGHSt 48, 255, Rn. 25, 26.

⁶² ACOSTA, p. 702.

⁶³ ACOSTA, p. 702; ROXIN, p. 677.

⁶⁴ ROXIN, p. 677.

⁶⁵ ROXIN, pp. 676 y ss.

estar basada la acción en una creencia honesta pero no real, respecto de la situación especial de peligro, es insuficiente para dar lugar a un estado de necesidad, salvo que no fuera posible preverlo⁶⁶.

Estas situaciones de necesidad requieren de un peligro actual o inminente que sea “[...] *real y no imaginario*”⁶⁷. Este requisito, presente tanto en la legítima defensa como en el estado de necesidad justificante, es fundamental. La interpretación que adopte la jurisprudencia de inminencia puede limitar o extender el espectro de casos y circunstancias que pueden ser considerados bajo el estado de necesidad exculpante.

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

Este requisito de subsidiariedad no se diferenciaría del contemplado en el estado de necesidad del artículo 10 N° 7⁶⁸. Este apunta a la “*racionalidad de la conducta realizada*”⁶⁹, es decir, que el mal provocado debe ser la única alternativa para defender aquel bien amenazado por un mal actual o inminente⁷⁰. La subsidiariedad advierte en términos prácticos “*que no haya otro camino para salvar ese bien que afectar otro*”⁷¹. Por el contrario, si existe otro medio menos lesivo, no estaremos en presencia de un estado de necesidad⁷².

Se reducirá la eventualidad de recurrir a otros medios “*mientras mayor sea la proximidad del mal (inminencia) [...]*”⁷³. Sin embargo, el mal que se cause deberá ser “*un medio [...] idóneo*”⁷⁴ para terminar con la situación de peligro⁷⁵. Este medio idóneo debe ser alcanzable aunque sea complejo, difícil o lento⁷⁶. Lo relevante es preguntarse por las posibilidades concretas de acceso a los medios y no por las meramente teóricas⁷⁷.

2.4.4. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita

Este cuarto requisito establece que el estado de necesidad exculpante procede ante males iguales e incluso cuando se produce uno mayor al que se evita⁷⁸. En esta última hipótesis, dicho mal no puede ser sustancialmente superior al que se evita. Ahora bien, para

⁶⁶ En estos casos se deben aplicar las reglas del error. Se debe distinguir en el caso concreto si se trata de un error invencible o vencible, CURY (2013), p. 265.

⁶⁷ VARGAS, p. 752.

⁶⁸ ACOSTA, p. 708; SEPÚLVEDA, p. 180; HERNÁNDEZ (2011b), p. 272.

⁶⁹ SANTIBÁÑEZ y VARGAS, p. 200; GARCÍA, pp. 474 y ss.

⁷⁰ SANTIBÁÑEZ y VARGAS, p. 200.

⁷¹ VARGAS, p. 752.

⁷² Lo que no impide considerar una eximente incompleta de estado de necesidad al concurrir sus elementos esenciales, véase SANTIBÁÑEZ y VARGAS, pp. 200 y ss.

⁷³ ACOSTA, p. 708; SEPÚLVEDA, p. 180.

⁷⁴ ACOSTA, p. 708.

⁷⁵ ACOSTA, p. 708.

⁷⁶ SEPÚLVEDA, p. 180.

⁷⁷ COUSO (2011b), p. 237.

⁷⁸ HERNÁNDEZ (2011b), p. 272; SANTIBÁÑEZ y VARGAS, pp. 200-201.

determinar si estamos en presencia de males que pueden ser comprendidos dentro del estado de necesidad exculpante, con la finalidad de determinar la superioridad sustancial del mal causado, es necesario ponderar entre el mal causado y el que se pretende evitar⁷⁹. El mal ocasionado podrá ser considerado sustancialmente superior al evitado cuando se dé una desproporción significativa. Dicha desproporción se determinará realizando un análisis valorativo, considerando parámetros de comparación “*que van más allá de una apreciación abstracta de los bienes jurídicos en juego*”⁸⁰. En cuanto a estos parámetros de comparación, algunos son de la idea de considerar los planteamientos de Zaffaroni⁸¹, otros los de Soler⁸² e incluso los de Roxin⁸³. Sin embargo, señalar cuál de estos criterios de comparación es el más adecuado nos resulta difícil, porque excede los límites u objetivos de este trabajo.

De cualquier forma, no es admitida la ponderación entre males cuando existe de por medio un conflicto entre vidas⁸⁴. Todas las vidas tienen igual protección, siendo inadmisibles una graduación entre ellas, “[e]sto hace que el homicidio nunca pueda justificarse por estado de necesidad, desde que no cabe jerarquizar vidas humanas”⁸⁵. La regla general es que no es posible comprender actos que atenten contra la vida fuera de un comportamiento antijurídico⁸⁶.

2.4.5. 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

⁷⁹ ACOSTA, p. 705; SEPÚLVEDA, pp. 180-181; FUENTES, p. 57; VARGAS, p. 761.

⁸⁰ ACOSTA, p. 705.

⁸¹ ACOSTA, p. 705. De acuerdo a Zaffaroni, estos criterios de comparación son: “a) la jerarquía del bien jurídico, b) la intensidad de la afectación, sea por daño o peligro, y, en el primer caso, si la destrucción del bien fue total o parcial, permanente o pasajera, c) el grado de proximidad del peligro del mal que se evite o se puede evitar [...]”, entre otros, véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2002, p. 635.

⁸² VARGAS, p. 761. Al respecto, Soler menciona que “[t]oda la teoría del estado de necesidad está estructurada alrededor de la comparación estimativa de bienes, comparación de la cual resulta que sea una justificante o una mera causa de exclusión de culpabilidad”. Lo anterior permitiría, según Soler, distinguir el caso de coacción del estado de necesidad, véase GRISOLÍA CORBATÓN, Francisco (director), *Código Penal Tipo para Latino América, Parte General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, I, p. 283.

⁸³ SEPÚLVEDA, pp. 181 y ss. En este sentido, se pueden mencionar como criterio de ponderación o comparación los intereses en conflictos desde la perspectiva de Roxin: a) la comparación de los marcos penales, b) la diferencia de valor de los bienes jurídicos y c) la intensidad de la lesión de los bienes jurídicos, véase ROXIN, pp. 682-686.

⁸⁴ SEPÚLVEDA, pp. 181-182; ROXIN, pp. 686 y ss.

⁸⁵ ZAFFARONI, p. 631; OSSANDÓN (2012), p. 357. En contra de este criterio, SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 5ª edición, Buenos Aires, Tea, 1987, I, pp. 470-471.

⁸⁶ SEPÚLVEDA, pp. 181-182; ACOSTA, pp. 706-707. La excepción a la ponderación de vida versus vida se encontraría en algunos supuestos de estado de necesidad defensivo según ROXIN, p. 708.

Este último requisito requiere que no sea exigible a la persona necesitada o a un tercero amenazado, relacionado o no con la persona que realiza la acción de salvación⁸⁷, soportar el mal que se pretende evitar, siempre que esta última circunstancia sea conocida por el que actúa⁸⁸.

Este requisito puede ser entendido como un área de examen judicial del caso concreto sin orientación normativa que apele “a la ‘empatía’ del tribunal, con toda la consiguiente subjetivización [...]”⁸⁹, o como un espacio para objetivizar aquellos factores que “excluyen en general la exigibilidad de otra conducta”⁹⁰. Concordamos en que este último camino es el más razonable para la doctrina y jurisprudencia⁹¹. Camino que se puede materializar a través de un estudio sistemático de la jurisprudencia en la unificación de criterios o por medio de un sistema de precedentes semejante al modelo estadounidense⁹².

Este requisito se dirige al autor de la acción salvadora. En ciertas situaciones este autor tendrá la responsabilidad de soportar el mal que se pretende evitar o no actuar respecto del tercero que debe tolerarlo⁹³. Si el mal que se pretende evitar es producto de la acción del autor, no se puede aplicar la eximente, siempre que el sujeto se haya representado el riesgo “[...] con dolo directo o eventual”⁹⁴. En estos casos el autor deberá soportar o “tomar sobre sí [los efectos del] peligro [que produce su acción] en una medida más alta”⁹⁵. Sin embargo, este planteamiento admite matices en la doctrina nacional en casos de imprudencia o culpa⁹⁶.

También algunas personas deberán tolerar ciertos riesgos en consideración de su posición jurídica. Estos supuestos se darán tanto respecto de funcionarios públicos como personas

⁸⁷ Nuestra disposición reconoce “[...] la posibilidad de una exculpación por estado de necesidad en una situación de peligro para bienes fundamentales de personas no estrechamente vinculadas con el autor de la respectiva acción de salvaguarda”, a diferencia de lo previsto en el Código Penal alemán, según MAÑALICH, pp. 734-735.

⁸⁸ SANTIBÁÑEZ y VARGAS, p. 202; VARGAS, p. 754.

⁸⁹ HERNÁNDEZ (2011b), p. 274.

⁹⁰ HERNÁNDEZ (2011b), p. 274.

⁹¹ HERNÁNDEZ (2011b), pp. 274-275; HENKEL, p. 134-135.

⁹² El profesor Alejandro Romero ha prestado atención a la necesidad de desarrollar una doctrina de los precedentes en el sistema jurídico chileno. En este sentido, señala que “[...] no resulta saludable para la función judicial que decisiones aparezcan como esencialmente variables, contradictorias, impredecibles; en suma, poco atendibles”, ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La Jurisprudencia de los Tribunales como Fuente del Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 12. Asimismo, otros plantean que la nulidad ha sido un instrumento deficiente para lograr la unificación de criterios. Así, se necesitan nuevas normas de *lege ferenda* que permitan lograr esta finalidad, véase DEL RÍO FERRETI, Carlos, “Problemas en la aplicación del Derecho penal en el ordenamiento chileno. Una perspectiva procesal”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, 1, (2012), pp. 282-285.

⁹³ SANTIBÁÑEZ y VARGAS, p. 202. Respecto de quienes se encuentran en posición de garante, ROXIN, p. 701; ACOSTA, p. 709. Asimismo, en referencia a las teorías que explicarían qué tipo de provocaciones excluirían el estado de necesidad, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Sobre el estado de necesidad en derecho penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 1982, t. 35, fasc. 3, pp. 663-691. Disponible en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/silvasanchez.pdf. [Consulta: 21 de diciembre de 2013], pp. 680 y ss.

⁹⁴ ACOSTA, pp. 709-710; SANTIBÁÑEZ y VARGAS, p. 202. Respecto del artículo 10 N° 7 del Código Penal, véase POLITOFF y MATUS, p. 142.

⁹⁵ HENKEL, p. 112; SANTIBÁÑEZ y VARGAS, p. 202.

⁹⁶ Al parecer, una mera imprudencia no bastaría para excluir el estado de necesidad, CURY (2005), p. 377; ETCHEBERRY, p. 266; VARGAS, p. 758.

con un estatus jurídico específico que contenga un peligro especial al cual puedan verse expuestos sus bienes⁹⁷.

Ejemplos de este “*deber de tolerancia, pero no de sacrificio ciego* [...]”⁹⁸ son la labor de policías, bomberos, médicos e incluso jueces⁹⁹. En este sentido, se debe hablar de tolerancia y no sacrificio, porque “[l]a exigencia sólo rige para las actuaciones realizadas en el ámbito de sus respectivos oficios o profesiones y no fuera de ellas”¹⁰⁰. No obstante, deberán considerarse todos los elementos concretos del caso, desde una perspectiva ex ante, para saber si es razonable exigir este deber de tolerancia¹⁰¹.

Examinados los requisitos del estado de necesidad exculpante, a continuación entregaremos una noción general del contexto de una relación abusiva, tanto desde su perspectiva social como psicológica, con el propósito de enriquecer el análisis de los extractos de las sentencias del Tribunal Oral de Puente Alto y la Corte de Apelaciones de San Miguel, relacionados con la inminencia y subsidiariedad, en el caso de la señora Karina Sepúlveda.

2.5. Estado de necesidad exculpante y violencia intrafamiliar: dinámica de una relación abusiva

En esta sección se pretende explicar brevemente el fenómeno de una relación abusiva. Para lograr este propósito se describe este problema desde una perspectiva social, enunciando algunos de los factores sociales que pueden incidir en la mujer para mantenerse en este tipo de relaciones; pero también desde una perspectiva psicológica, al enfocarnos en el fenómeno de la desesperanza aprendida.

La descripción de estos elementos se justifica para interpretar los requisitos de inminencia y subsidiariedad de aquellos extractos que hemos recogido de las sentencias del Tribunal Oral de Puente Alto y la Corte de San Miguel. Si bien ambos tribunales, como se verá en los siguientes apartados, se pronuncian respecto de esta perspectiva social, solo el Tribunal Oral de Puente Alto lo hace desde el fenómeno psicológico de la desesperanza aprendida. Este fenómeno capta nuestra atención al ser incorporado dentro del requisito de subsidiariedad.

⁹⁷ MAÑALICH, pp. 736-737; ACOSTA, p. 709.

⁹⁸ ACOSTA, p. 709; ROXIN, pp. 701 y 920.

⁹⁹ ACOSTA, p. 709.

¹⁰⁰ ACOSTA, p. 709.

¹⁰¹ ACOSTA, p. 709.

2.5.1. Problema social

Nuestra sociedad recientemente se ha involucrado con el problema social de la violencia contra la mujer¹⁰². Es difícil comprender la dinámica de una relación abusiva¹⁰³. Muchas personas tienen problemas para entender por qué una mujer adulta no es capaz de dejar una relación abusiva acudiendo a la policía, solicitando ayuda a la familia o amigos¹⁰⁴; es decir, buscar medios para enfrentar esta situación de peligro. Una respuesta a este fenómeno es tan compleja como determinar los motivos que pueden llevar a una mujer desesperada a matar a su cónyuge o conviviente¹⁰⁵. En estos casos el testimonio de un perito puede ser decisivo para dar una explicación o defensa ante el tribunal¹⁰⁶.

¹⁰² Se debe reconocer que “[...] los primeros estudios realizados en Chile para cuantificar el fenómeno de la violencia contra la mujer, datan de la década del 80 y se refieren principalmente a sistematización de denuncias”, según la Unidad de Prevención de VIF del Programa Chile Acoge de SERNAM (2011), *Unidad de prevención de VIF, programa Chile Acoge, Medición de la violencia contra la mujer*. Disponible en: <http://sernam.cl/denunciaalmaricon/pdf/estudio1.pdf>. [Consulta: 20 de diciembre de 2013]. Ahora bien, según la *Historia de la Ley N° 20.480*, eran muy pocas las instituciones que al año 2010 otorgaban una ayuda real a las mujeres maltratadas por sus cónyuges o convivientes. Además, incluso aquellas instituciones que entregaban ayuda eran deficientes para enfrentar el problema en forma interdisciplinaria. El hecho de que muchos carabineros no tomaran estas denuncias o los jueces forzaran a llegar a acuerdo a las parejas incrementaba el riesgo de ser éstas nuevamente víctimas de la violencia de sus agresores. Los datos empíricos indicarían que el parricidio lo comete en mayor proporción la mujer que el hombre, lo que tendría su explicación en el reiterado abuso físico y psicológico que recibe la mujer en el hogar. Estas conclusiones tienen como fuente el estudio realizado por Doris Cooper sobre la delincuencia común en Chile; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, aprobada por la Organización de Estados Americanos para Brasil en 1994, y los estudios formulados por la psicóloga Soledad Larraín, véase *Historia de la Ley N° 20.480* (2010), pp. 19-20; LARRAÍN, Soledad (2002), *Violencia en la familia y transmisión de pautas de comportamiento social, Seguridad ciudadana, ¿espejismo o realidad?*, Quito, FLACSO. Disponible en: <http://www.flacso.org.ec/docs/sfseguridadciudadana.pdf>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013], p. 381. Asimismo, respecto de la necesidad y propuesta de una política de prevención de la violencia hacia la mujer, véase LARRAÍN, pp. 394-397.

¹⁰³ *Historia de la Ley N° 20.480* (2010), pp. 15-25.

¹⁰⁴ LARRAÍN, p. 381; *Historia de la Ley N° 20.480* (2010), p. 17; MATHER, Victoria Mikesell, “The Skeleton in the closet: The Battered Woman Syndrome, Self-Defense, and Expert Testimony”, en *Mercer Law Review*, 39, (1987). Disponible en: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mercer39&div=32&g_sent=1&collection=journals. [Consulta: 23 de diciembre de 2013], p. 546; SHAD, Kerry A., “State v. Norman: Self-Defense Unavailable to Battered Women Who Kill Passive Abusers”, en *North Carolina Law Review*, 68, (1990). Disponible en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/nclr68&div=58&id=&page=>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013], p. 1165. Por otra parte, la iniciativa del Servicio Nacional de la Mujer de crear casas de acogida para la mujer maltratada y sus hijos tiene lugar en Chile a partir del año 2007. En la actualidad, en nuestro país cada una de estas casas de acogida tiene una capacidad entre 10 a 20 usuarias con 20 a 40 hijos e hijas. Existen 24 hogares con una capacidad total para 1.168 mujeres y 2.336 hijos e hijas. El proyecto está dirigido a mujeres de 18 o más años que se encuentren en riesgo grave o vital por violencia intrafamiliar. Cada mujer podrá ingresar con hasta dos hijos que no pueden ser mayores de 12 años de edad. Estas mujeres pueden ingresar a estos hogares por las vías establecidas por el Servicio Nacional de la Mujer, las que corresponden a los Tribunales de Familia y el Ministerio Público, véase SERNAM (2007), *Programa Casa de Acogida*. Disponible en: <http://portal.sernam.cl/?m=programa&i=10#sdfootnote1sym>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013]. También se ha considerado establecer funcionarios especializados para detener en casos de violencia contra la mujer en Missouri, EE.UU., véase SHAD, p. 1176, nota 137.

¹⁰⁵ Diversas explicaciones psicológicas se han planteado al respecto, véase ECHEBURÚA, Enrique; AMOR, Pedro J. y DE CORRAL, Paz, *Mujeres maltratadas en convivencia prolongada con el agresor: variables relevantes*,

Se pueden identificar diversos factores que inciden en una mujer para permanecer en una relación abusiva. La mujer piensa que no es posible escapar al no tener control sobre la situación de violencia¹⁰⁷. La mujer trata de irse, pero con el propósito de que su pareja la encuentre y la obligue a permanecer en el hogar¹⁰⁸. La mujer piensa que su abusador la va a matar, a sus hijos o a cualquiera que la ayude a escapar¹⁰⁹. El cónyuge o conviviente maltratador aísla a la mujer de cualquier tipo de ayuda¹¹⁰. De esta forma, la mujer no tiene a ninguna persona que la auxilie si decide irse del hogar¹¹¹. En muchos casos la mujer maltratada realiza intentos de escape, pero los carabineros no consideran sus denuncias, la desalientan en perseguir cargos formales o los jueces obligan a la mujer a conciliar con el agresor¹¹². La mujer se siente responsable de los maltratos de su agresor, justifica su actuar e incluso busca satisfacer todas sus expectativas¹¹³.

Finalmente, en el caso *People v. Aris*, la doctora Lenore Walker identificó como testigo experto varios factores de por qué las mujeres permanecen en relaciones abusivas. Algunos de estos factores consisten en que la mujer teme sufrir consecuencias económicas adversas y colocar a sus hijos en una situación de peligro físico extremo ante el quiebre de la relación; algunas de estas mujeres sufren el fenómeno psicológico de la desesperanza

Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamientos Psicológicos, Facultad de Psicología, Universidad del País Vasco, 2002. Disponible en: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd26/accion.pdf>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013], p. 146. También podemos señalar desde una perspectiva más sociológica que el delito predominante en la delincuencia rural femenina es el parricidio del cónyuge y el homicidio del conviviente. Lo anterior se da como resultado de los años de maltrato físico reiterado a la mujer. Sin embargo, en la delincuencia femenina urbana hay un menor porcentaje de comisión de este tipo de delitos, véase COOPER, Doris, *Delincuencia común en Chile*, Santiago, LOM Ediciones, 1994, pp. 40 y 42; *Historia de la Ley N° 20.480* (2010), pp. 17 y 20. Por otra parte, para contrarrestar estos factores el Servicio Nacional de la Mujer comenzó el año 2012 con un modelo de intervención que proporciona atención especializada a hombres que ejercen violencia hacia sus parejas o ex parejas. Estos programas atienden a hombres mayores de 18 años que llegan por su propia voluntad o derivados del sistema judicial. Existen 15 centros de atención, uno en cada región del país. Desde el 2011 hasta la fecha se han atendido cerca de 2.000 hombres en estos centros. El objetivo de este programa es detectar e incluso prevenir la violencia en contra de la mujer, véase SERNAM (2012), *Programa hombres por una vida sin violencia*. Disponible en: <http://portal.sernam.cl/?m=programa&i=11>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013]

¹⁰⁶ Sobre la relevancia de integrar parte del contenido de los informes de peritos en la defensa de mujeres maltratadas, véase OLAVARRÍA ARANGUREN, José et al. (2011) "Los parricidios y homicidios imputados a mujeres", en *Estudios y Capacitación* N° 7. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/9522c9433a14fe7c206077992983c3cd.pdf>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013], p. 154. En el caso de EE.UU. es fundamental desde la perspectiva de la legítima defensa, véase WALKER, Lenore E. A., *The Battered Woman Syndrome*, 3ª edición, New York, Springer Publishing Company, 2009, p. 78; MATHER, pp. 546-547 y 582; SHAD, p. 1165.

¹⁰⁷ MATHER, p. 554; SHAD, p. 1166.

¹⁰⁸ JONES, Ann (2009) *Women Who Kill*, New York, The Feminist Press, pp. 298-299.

¹⁰⁹ MATHER, p. 554.

¹¹⁰ Nuestro legislador reconoce la existencia de este tipo de actos para dar lugar a un estado de necesidad exculpante, en el contexto de violencia contra la mujer, véase *Historia de la Ley N° 20.480* (2010), p. 19.

¹¹¹ LARRAÍN, p. 388.

¹¹² Factores sociales que se reconocen por nuestro legislador para contextualizar la introducción del estado de necesidad exculpante en nuestro ordenamiento, véase *Historia de la Ley N° 20.480* (2010), p. 19.

¹¹³ DOHMEN, Mónica Liliana, "Abordaje interdisciplinario del síndrome de la mujer maltratada. Proceso secuencial", en CORSI, Jorge (compilador), *Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*, Buenos Aires, Paidós, 1994, p. 66; MATHER, p. 554.

aprendida e incluso una baja autoestima¹¹⁴. En este caso la acusada fue condenada por haber matado a su marido mientras dormía.

2.5.2. Desesperanza aprendida

El Tribunal de Puente Alto solo menciona el fenómeno de la indefensión o desesperanza aprendida. Sin embargo, este fenómeno se relaciona con el síndrome de la mujer maltratada¹¹⁵. Así, es necesario conocer su origen para poder reflexionar sobre su incorporación en el requisito de subsidiariedad de un estado de necesidad exculpante.

Se puede explicar adecuadamente este fenómeno recurriendo a la doctora Lenore Walker¹¹⁶, su precursora y principal difusora. La teoría del ciclo de la violencia de esta autora establece lo que denomina *desesperanza aprendida*. De este último término se construye el síndrome de la mujer maltratada que se manifiesta en el ciclo del abuso. Ciclo por el cual debe pasar una mujer a lo menos dos veces para estar en presencia del síndrome de la mujer maltratada¹¹⁷.

Este ciclo del abuso consiste en tres fases: la fase de acumulación de la tensión, *tension-building*; la fase o episodio agudo, *the acute battering incident*, y de luna de miel, *loving contrition*¹¹⁸. Durante la primera etapa, usualmente la más larga de los ciclos, pequeños

¹¹⁴ CORNIA, Rebecca, "Current use of battered woman syndrome: institutionalization of negative stereotypes about women", en *UCLA Women's Law Journal*, 8(1), (1997), pp. 103 y ss. Disponible en: <http://www.escholarship.org/uc/item/73t5x0m5#page-1>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013] Asimismo, se han identificado también como otros factores, para explicar este fenómeno, las amenazas del cónyuge abusador a los hijos o a la familia de la mujer y el temor de enfrentar el mundo por sus propios medios fuera de la relación abusiva, MATHER, pp. 554-555; SHAD, pp. 1165-1166.

¹¹⁵ En la primera sentencia del Tribunal Oral de Puente Alto, Ruc N° 1101060685-5, de diecisiete de enero de dos mil trece, solo se menciona la indefensión o desesperanza aprendida en el considerando décimo octavo. No obstante, en la segunda sentencia del Tribunal, Ruc 1101060685-5, del 21 de junio del dos mil trece, se menciona la relación existente entre la desesperanza aprendida y el síndrome de la mujer maltratada, véase el considerando segundo.

¹¹⁶ En este sentido, KINPORTS, Kit, "Defending Battered Women's Self Defense Claims", en *Oregon Law Review*, 67 (1988). Disponible en: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/orglr67&div=26&g_sent=1&collection=journals. [Consulta: 23 de diciembre de 2013], p. 397; SHAD, p. 1166; ROBERTS, John W., "Between the Heat of Passion and Cold Blood: Battered Woman's Syndrome as an Excuse for Self-Defense in Non-Confrontational Homicides", en *Law & Psychology Review*, 27, (2003). Disponible en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/lpsyr27&div=9&id=&page>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013], p. 138. Sin embargo, existen dos teorías alternativas a las del ciclo de la violencia de la Dra. Walker para explicar este fenómeno. La primera de estas teorías es denominada *intermittent reinforcement*, refuerzo intermitente. Esta teoría explica que las relaciones abusivas no siempre son abusivas. Existen momentos felices en la relación abusiva que dificultan a la mujer dejarla. Por otro lado, existe el fenómeno de la indefensión o desesperanza aprendida o *learned helplessness*. Este fenómeno expone que los animales, al igual que los humanos, que experimentan situaciones en las cuales no tienen el control de los eventos que sucederán, pierden su habilidad de responder ante los estímulos de su entorno, MATHER, p. 553-554.

¹¹⁷ LARRAURI, Elena y VARONA, Daniel, *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona, EUB, 1995, p. 23; DOHMEN, p. 67.

¹¹⁸ WALKER, p. 91; CORSI, Jorge, "Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia intrafamiliar", en CORSI, Jorge (compilador), *Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*, Buenos Aires, Paidós, 1994, p. 44; LARRAURI y VARONA, p. 24; SHAD, p. 1167.

incidentes del maltrato ocurren¹¹⁹. Los maltratos más severos se dan en la segunda etapa, que se caracteriza por un descontrol del agresor y la imposibilidad de predecir el momento de su acción¹²⁰. En la tercera etapa del ciclo el agresor expresa un tremendo remordimiento y promesas de discontinuar el ejercicio de la violencia¹²¹.

La *desesperanza aprendida* describía en sus inicios un fenómeno observado en la experimentación con animales¹²². Los animales que son objeto continuamente de situaciones sobre las cuales no tienen control pierden la habilidad de responder e incluso cuando se les ha restaurado este¹²³. La experiencia se traslada a la mujer maltratada, que pierde el control para escapar de la situación de violencia porque se percibe incapaz de manejar la situación¹²⁴. Como resultado, cuando se presenta la oportunidad para escapar, la mujer no la reconoce o no es capaz de tomar ventaja de ella¹²⁵. Así, se puede caer en la tentación de utilizar este fenómeno para argumentar, desde el estado de necesidad exculpante, por qué una mujer maltratada no busca otros medios para evitar estas situaciones de peligro.

Finalmente, respecto a este fenómeno psicológico de la *desesperanza aprendida* la Corte de Apelaciones de San Miguel no se pronunció. Asimismo, la Corte no se explica, con la prueba presentada en primera instancia, la razón de por qué esta mujer nunca denunció los hechos durante los 19 años de maltrato que experimentó. Sin embargo, el Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto se explica parte de esta situación mediante el fenómeno psicológico de la *desesperanza aprendida*, considerándolo dentro del requisito de subsidiariedad. Es así que tanto el Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto como la Corte de San Miguel llegan a resultados diametralmente opuestos respecto de este requisito, en atención al estado de necesidad exculpante.

2.6. Posición del Tribunal Oral de Puente Alto respecto de los requisitos de inminencia y subsidiariedad en el estado de necesidad exculpante

En esta sección se presenta un extracto de los argumentos del Tribunal Oral de Puente Alto, respecto de los requisitos de inminencia y subsidiariedad, que acreditan la existencia de un estado de necesidad exculpante en el caso de la señora Karina Sepúlveda. Además de un análisis del razonamiento del Tribunal.

¹¹⁹ WALKER, p. 91; LARRAURI y VARONA, p. 24.

¹²⁰ WALKER, p. 94; SHAD, p. 1167.

¹²¹ WALKER, pp. 94-95; LARRAURI y VARONA, p. 24; CORSI, p. 44.

¹²² Véase SELIGMAN, Martin E.P., *Indefensión. En la depresión, el desarrollo y la muerte*, traducción de Luis Aguado Aguilar, Madrid, Editorial Debate, 1981, pp. 41-72.

¹²³ Véase SELIGMAN, pp. 80-81.

¹²⁴ Véase WALKER, pp. 69-78.

¹²⁵ Véase WALKER, pp. 69-78.

2.6.1. Inminencia del mal

El primer requisito legal concurre, según el razonamiento del Tribunal, al haberse acreditado, a través de los medios probatorios aportados en el juicio, los supuestos que el legislador previó para el artículo 7° de la Ley N° 20.066¹²⁶. Estos supuestos entregan “*al juzgador un marco referencial para presumir el riesgo inminente, en aquellos sucesos en que haya precedido amenaza de causar daño y concurren en contra del agresor, entre otros, antecedentes por alcoholismo o drogadicción, condenas previas por violencia o procesos pendientes o condenas por crimen o simple delito en contra de las personas, las que deben ser observadas por los jueces en el momento de la denuncia, sin esperar para brindar protección a las víctimas el término de la causa*”¹²⁷. Por lo anterior, es que a criterio del Tribunal “*con mayor razón se impuso su ponderación en esta sede penal*”¹²⁸.

En este sentido, el Tribunal puntualiza “*que la prueba ponderada precedentemente da cuenta de constantes amenazas de golpes a la acusada Karina, las que eran efectivamente concretadas cada vez que a su conviviente, a modo ejemplar, no le agradaba una comida o la forma en que ésta hacía el aseo del hogar común. Igualmente, de actos de violencia contra terceros, según resulta del episodio de la compra de droga por parte de la víctima, cuando el vendedor la derramó accidentalmente, oportunidad en que hizo uso de un arma de fuego en contra de dicha persona. A su vez, avala la presunción de riesgo inminente en referencia, la condición de lanza internacional del ofendido, la condena de 5 años y un día por un delito violento, más reiteradas anotaciones penales de que dio cuenta la documental respectiva*”¹²⁹.

Todo lo anterior lleva al Tribunal a considerar que el conviviente de la acusada era una persona agresiva que llevaba a cabo sus amenazas. Dichas amenazas no solo estaban dirigidas al núcleo familiar más cercano de la acusada, sino que también a su padre¹³⁰. De esta forma, el tribunal concluye “*que el ofendido sin duda creó un estado o situación permanente de temor en su familia, la que se prolongó –según reiteradamente se ha dicho– por todo el lapso que*

¹²⁶ Artículo 7° de la Ley N° 20.066: “*Situación de riesgo. Cuando exista una situación de riesgo inminente para una o más personas de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, aun cuando éste no se haya llevado a cabo, el tribunal, con el solo mérito de la denuncia, deberá adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan. Se presumirá que existe una situación de riesgo inminente como la descrita en el inciso anterior cuando haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor o cuando concurren además, respecto de éste, circunstancias o antecedentes tales como: drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal o por infracción a la ley N° 17.798, o antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta. Asimismo, se presumirá que hay una situación de riesgo inminente, cuando el denunciado oponga, de manera violenta, su negativa a aceptar el término de una relación afectiva que ha mantenido recientemente con la víctima. Además, el tribunal cautelará especialmente los casos en que la víctima esté embarazada, se trate de una persona con discapacidad o tenga una condición que la haga vulnerable. Se considerará especialmente como situación de riesgo inminente el hecho de que un adulto mayor, dueño o poseedor, a cualquier título, de un inmueble que ocupa para residir, sea expulsado de él, relegado a sectores secundarios o se le restrinja o limite su desplazamiento al interior de ese bien raíz, por algunos de los parientes señalados en el artículo 5°”.*

¹²⁷ Considerando décimo octavo.

¹²⁸ Considerando décimo octavo.

¹²⁹ Considerando décimo octavo.

¹³⁰ Considerando décimo octavo.

duró su relación de pareja, circunstancia que conlleva una especial vulnerabilidad de Karina frente a los ataques constantes de que fue objeto, en contra de bienes jurídicos, vida e integridad física de la acusada, a más de su seguridad personal y libertad individual, pues ejercía un control total de sus actividades diarias”¹³¹.

Más adelante, el Tribunal establece que *“la inminencia de dichos males, dice relación con que razonablemente era esperable su realización. A saber, de modo cierto, real y en forma próxima- en cualquier momento como se nos dijo por todos los testigos que avalan el relato de la acusada; por tanto, deviene lógicamente previsible la circunstancia indudable que se mantendría en el tiempo el mismo estado de cosas, pues en el pasado inmediatamente anterior Karina fue objeto de golpes y vejámenes frecuentes, según aparece probado de modo palmario en el precitado peritaje médico legal de la defensa”¹³².*

En consideración de lo anterior, estima *“que se da en la especie una persistente resolución delictiva de parte de este agresor, pues a cada evento de violencia en contra de su mujer, se sucedían otros del mismo orden. En tales términos, por las características de la violencia referida, correspondería afirmar inclusive que la agresión a diario fue siempre actual, máxime si cuando se causan lesiones a otro, se conculca no sólo la integridad física, sino también la libertad y seguridad individual del sujeto que padece los malos tratos, a tal extremo que Karina debió adaptar su vida a los antojos irracionales de su pareja, porque de otro modo la golpeaba ante el más mínimo detalle”¹³³. Finalmente, señala que “dentro de la dinámica de la violencia referida, es siempre posible y aún probable- esperar una reacción lesiva del otro, su pareja en este caso, quien por nimiedades procedía a golpear a la acusada, empleando distintos objetos contundentes o cortantes, según quedó de manifiesto en el peritaje de lesiones defendido por el médico Ravanal en estrados”¹³⁴.*

A continuación, presentaremos algunos extractos de la sentencia del Tribunal que hemos considerado relevantes en relación con la subsidiariedad.

2.6.2. Subsidiariedad del estado de necesidad exculpante

El requisito de subsidiariedad presenta una exigencia alta para aplicar el estado de necesidad exculpante a una acción defensiva. Dado que la acción que se realice bajo este supuesto de necesidad debe ser la última alternativa para enfrentar la situación de conflicto entre dos bienes jurídicos.

En este contexto, el Tribunal estimó *“[e]n cuanto a la adopción de otras vías de solución, [...] que tanto la autoridad administrativa como judicial no han demostrado eficacia en la protección de las víctimas de VIF, lo cual aparece, además reflejado en las estadísticas ampliamente difundidas, relativas a muerte de mujeres a manos de sus parejas”¹³⁵. Por otra parte, estableció que el “[...] abandono del hogar común en estos casos [...] conlleva una reacción [...] especialmente agresiva de*

¹³¹ Considerando décimo octavo.

¹³² Considerando décimo octavo.

¹³³ Considerando décimo octavo.

¹³⁴ Considerando décimo octavo.

¹³⁵ Considerando décimo octavo.

*parte del agresor. Sobre todo que nos encontramos ante un ataque injusto a bienes jurídicos personalísimos, respecto de lo cual, a nadie le es exigible tolerar sin más, el peligro de muerte o lesión”*¹³⁶.

Ahora bien, el Tribunal considera que “*[s]i bien denunciar las agresiones sufridas hubiese sido lo deseable, en el caso de Karina del Carmen Sepúlveda Cisternas, no era factible. Sometida a años de maltrato físico y psicológico de parte de su pareja, el temor la inhibía a la acción”*¹³⁷. Así, “[l]a asistente social Eliana Pérez Rodríguez concluyó en el peritaje, que la imputada presentaba una indefensión o desesperanza aprendida, que explica la pasividad de las víctimas por temor a la pareja o a los hijos, situación que es común en las mujeres insertas en situaciones de violencia y que tiene que ver con que una persona sometida permanentemente a condiciones que no puede modificar, tiende a acostumbrarse a ellas, es decir, hiciera lo que hiciera sabía que sería golpeada, si llegaba temprano el agresor le pegaba pero si no lo hacía le pegaba igual”¹³⁸.

La asistente “*como ejemplo pone la situación de que el agresor se quejaba constantemente de la limpieza, ella refirió que mantenía todo limpio, si limpiaba la golpeaba y si no lo hacía también. Eso se sumaba a la escasa red de apoyo porque si bien ella veía a su familia no tenía un apoyo sustancial en ésta, nadie la ayudaba explícitamente, aunado al hecho de que ella tenía una personalidad bastante pasiva”*¹³⁹.

Lo anteriormente expuesto se relaciona, para el Tribunal, “*con el perfil del occiso de cual dio cuenta la perito al explicar porqué [sic] razón creía que Karina Sepúlveda lo había atacado mientras estaba durmiendo, y como ya se explicitó se encuadraba dentro de la tipología de agresor tipo cobra, peligroso, agresivo, poseedor de armas de fuego inscrita pese a no cumplir con los requisitos legales y autorizada para otro domicilio, portaba armas blancas como lo confirmó su amigo F.M.H.D., con antecedentes delictuales, con una orden de aprehensión vigente, fracasando incluso la autoridad administrativa en obtener el cumplimiento de la resolución judicial”*¹⁴⁰.

Asimismo, enfatiza que “[l]a profesional agregó además que mujeres en la situación de Karina no ven en las denuncias una alternativa posible para terminar la situación que estaba viviendo, sumado al temor que le tenía a su pareja y al hecho de que no quería que sus hijos perdieran a su padre, a quienes tampoco podía abandonar”¹⁴¹. El Tribunal agregó a lo expuesto que lo señalado por la perito “*está en concordancia con las estadísticas públicas dadas a conocer por el Gobierno, en cuanto confirman que en Chile una mujer se demora en promedio 7 años en hacer una denuncia de VIF y el 73% de las mujeres muertas por femicidio no registraban denuncias previas”*¹⁴².

Por otra parte, el Tribunal consideró que las “*ocasiones en que el agresor echaba a Karina Sepúlveda de la casa [...] al mismo tiempo [...] inmediateamente la obligaba a volver, situación que*

¹³⁶ Considerando décimo octavo.

¹³⁷ Considerando décimo octavo.

¹³⁸ Considerando décimo octavo.

¹³⁹ Considerando décimo octavo.

¹⁴⁰ Considerando décimo octavo.

¹⁴¹ Considerando décimo octavo.

¹⁴² Considerando décimo octavo.

fue explicada por la profesional antes aludida con conceptos como 'el ir y volver', afirmando que es propio de las dinámicas en las relaciones de VIF, sumado a que no podía abandonar a sus hijos"¹⁴³.

Para el Tribunal, consecuencia "de lo dicho es lo manifestado por la acusada al referir que tenía la víctima una prohibición para salir de [sic] país [...] [E]n una oportunidad [la víctima] obtuvo una autorización judicial por un plazo determinado para ir [sic] salir al exterior, específicamente a España, país donde delinquía. Por otro lado él ya había estado en la cárcel, en algún momento volvería a salir y según el relato de la acusada ya la había golpeado mientras lo visitaba en la Penitenciaría"¹⁴⁴.

En este orden de ideas, "[...] el control que ejercía el occiso sobre la acusada era total, basta recordar que mientras estuvo en España, él la dejó viviendo con sus padres y además la llamaba todos los días, lo que fue reconocido por H.P.R.R. No es un hecho desconocido que a los delincuentes más avezados, el hecho de estar bajo el régimen de encierro no necesariamente les impide cometer delitos"¹⁴⁵.

En este contexto, el Tribunal estima que la posibilidad de la imputada de pedir "[...] auxilio a su familia, tampoco era una solución que fuera efectiva, ya que si bien veía regularmente a sus padres, casi a diario al padre porque trabajaba con él en la feria, no tenía un apoyo real ni comprometido de éstos, nadie la ayudó explícitamente pese que tuvieron conocimiento de las agresiones y de no haberlo tenido, era suficiente con ver el cuerpo de su hija en donde constaban las múltiples cicatrices producidas por las agresiones, muchas de las cuales estaban en zonas que no es posible cubrir con ropas"¹⁴⁶.

Sobre el punto anterior, agrega que "la figura del padre de la imputada era una de las formas de coacción que utilizaba Reyes Carrasco, pues amenazaba con agredirlo a éste si lo abandonaba. Por lo demás su vida se fue desarrollando más integrada a la familia de su conviviente, ya que quedó claro por el testimonio de C.A.R.S., la relación con sus abuelos maternos no era muy cercana y H.P.R.R., padre del occiso, manifestó que la familia materna visitaba muy poco el hogar de su hijo"¹⁴⁷.

Finalmente, el Tribunal establece "en lo que concierne a la elección del medio comisivo, se impuso como hecho la dinámica de violencia intrafamiliar, la inferioridad física probada de la acusada, 1,57 centímetros, delgada, versus los 80 kilogramos de peso de su conviviente y una estatura de 1,79 centímetros, cuyo perfil además, corresponde a la tipología 'cobra', según explicó la perito asistente social Eliana Pérez Rodríguez, razones suficientes para comprender que doña Karina debió esperar precisamente que el occiso se encontrara en un estado de indefensión, para poder terminar con la situación o estado de violencia persistente en el tiempo, gatillado incluso por el último episodio violento que perpetró la víctima, a saber, la agresión al hijo común el día anterior al suceso, con las consecuencias que fueron probadas por la documental respectiva y que sumó a los

¹⁴³ Considerando décimo octavo.

¹⁴⁴ Considerando décimo octavo.

¹⁴⁵ Considerando décimo octavo.

¹⁴⁶ Considerando décimo octavo.

¹⁴⁷ Considerando décimo octavo.

*golpes, violencia psicológica relativa a la condición de homosexual que adjudicó a este adolescente*¹⁴⁸.

2.6.3. Análisis de la sentencia del Tribunal

A continuación, analizaremos el razonamiento utilizado por el Tribunal. Para estos efectos nos remitiremos a su perspectiva de inminencia y posteriormente a la de subsidiariedad. Lo anterior, con el propósito de seguir el orden expuesto en este apartado.

De lo expuesto puede decirse que el hecho de que la víctima se encontrara durmiendo fue un hito momentáneo, en una situación continua de peligro, del cual tomó ventaja la acusada para protegerse. Su actuar cumple a juicio del Tribunal con la exigencia de un peligro inminente. No era necesario para la acusada esperar a que el ataque mortal de su conviviente ocurriera o que se encontrara efectivamente amenazándola para actuar. El Tribunal acepta una lectura más flexible del requisito de la inminencia que rompe con la forma de interpretación de éste desde la legítima defensa¹⁴⁹. De este modo, consideró que existía una probabilidad concreta de que la acusada fuera víctima nuevamente de un maltrato que incluso podía poner término a su vida o a la de sus hijos.

Esta interpretación expande los límites de la inminencia¹⁵⁰. El Tribunal no observa ningún “obstáculo técnico”¹⁵¹ para considerar este caso bajo la figura del estado de necesidad exculpante e incluso no se pronuncia sobre la aplicación del miedo insuperable para resolver el problema de la inminencia¹⁵². Sin embargo, hay que reconocer que la defensa en su alegato de apertura argumenta desde dos figuras distintas: el miedo insuperable y

¹⁴⁸ Considerando décimo octavo.

¹⁴⁹ CURY (2013), p. 259.

¹⁵⁰ Se ha planteado por Richard Rosen, profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de North Carolina (EE.UU.), expandir los límites de la inminencia, en el caso de la legítima defensa, a partir del caso de *State v. Norman*. En este caso la mujer acusada, Judy Norman, como resultado del reiterado abuso físico y psicológico de su cónyuge, decide sacar a sus hijos del hogar común, dejarlos en casa de su madre e ir a comprar un arma. Finalmente, la mujer mata a su pareja mientras dormía. Esta mujer es condenada a seis años de prisión, pese a haber denunciado estos hechos de maltrato previamente a la autoridad, véase ROSEN, Richard A., “On Self-Defense, Imminence, and Women Who Kill Their Batterers”, en *North Carolina LawReview*, 71, (1993). Disponible en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/nclr71&div=19&id=&page>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013], pp. 371-411.

¹⁵¹ Se pensó que la inminencia iba a ser el gran obstáculo técnico, en el estado de necesidad exculpante, para absolver a aquellas mujeres que decidieran defenderse de sus parejas maltratadoras, véase HERNÁNDEZ (2011b), p. 269. Sin embargo, el Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto parece no prever ningún obstáculo al entregar una interpretación más flexible de este requisito. Asimismo, tampoco reenvía la decisión de absolución al miedo insuperable o a la fuerza irresistible, HERNÁNDEZ (2011b), p. 269; RETTIG ESPINOZA, Mauricio, “Criterios jurisprudenciales y doctrinarios para la configuración de la legítima defensa propia, del miedo insuperable y del estado de necesidad exculpante”, en *Razonamiento Penal Revista de Análisis Jurídico*, Defensoría Penal Pública, N° 1, (2012), p. 54.

¹⁵² Este razonamiento se vuelve a confirmar en el segundo fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, en causa Ruc 1101060685-5, de fecha 21 de junio de 2013. Lo anterior reafirma la posibilidad de interpretar de forma flexible la inminencia en el caso del artículo 10 N° 11, véase HERNÁNDEZ (2011b), p. 269.

estado de necesidad exculpante¹⁵³. No obstante, el resultado final fue favorable al estado de necesidad exculpante. Resultado que, al parecer, no afectaría al resto de las instituciones dogmáticas que se podrían ver involucradas, si admitimos una lectura flexible de la inminencia en el estado de necesidad exculpante para el caso del tirano familiar¹⁵⁴.

Ahora bien, respecto de la subsidiariedad se produce algo interesante. El Tribunal considera dentro de este requisito el fenómeno de la desesperanza aprendida, con el propósito de explicar por qué la acusada no denunció estos hechos a la autoridad. Estimar este fenómeno como parte del criterio de selección de los medios nos parece complejo por varias razones. El fenómeno de la desesperanza aprendida, en el caso del síndrome de la mujer maltratada, es parte de un campo donde no existe acuerdo. Así, se ha interpretado a veces como un trastorno mental transitorio¹⁵⁵, en otros como un trastorno de estrés postraumático¹⁵⁶ e incluso, en algunas ocasiones, se ha negado su existencia por falta de comprobación empírica¹⁵⁷. Asimismo, no nos deja de llamar la atención que este elemento es incorporado durante el juicio por una asistente social ajena a la disciplina donde nace este fenómeno¹⁵⁸.

¹⁵³ Considerando cuarto.

¹⁵⁴ CURY (2013), p. 259; CURY (2011) audio. También se reconoce esta interpretación en el considerando décimo de la sentencia del 7º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en causa Ruc 1101043228-8, de fecha 25 de junio de 2012.

¹⁵⁵ LARRAURI y VARONA, pp. 23 y 26.

¹⁵⁶ Véase WALKER, pp. 41-68; ROBERTS, p. 139. Un trastorno de estrés postraumático es parte de la categoría de los trastornos de ansiedad, como lo serían el ataque de pánico, la fobia social, el trastorno obsesivo compulsivo, entre otros. Cualquier tipo de *flashback* de la experiencia traumática en un trastorno de estrés postraumático debe ser diferenciado de alucinaciones e ilusiones u otras alteraciones de percepción presente en casos de esquizofrenia, trastornos psicóticos, trastornos de la personalidad con características psicóticas o delirios, véase AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, "Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders", en *Text revisión, DSM-IV-TR*, 4ª edición, Washington D.C., American Psychiatric Association, 2000, pp. 429 y 467. Existe evidencia científica de que combates de guerra, desastres naturales, violaciones, abusos de droga y alcohol, etc., son factores que inciden en T(s)PT, véase MCFARLANE, Alexander, "Vulnerability to Posttraumatic Stress Disorder", en WOLF, Marion E. y MOSNAIM, Aron D. (editores), *Posttraumatic Stress Disorder. Etiology, Phenomenology, and Treatment*, Washington D.C., American Psychiatric Press, 1990, pp. 11-17; KOOPMAN, Cheryl; CLASSEN, Catherine y SPIEGEL, David, "Multiple Stressors Following a Disaster and Dissociative Symptoms", en FULLERTON, Carol S. y URSANO, Robert J. (editores), *Posttraumatic Stress Disorder. Acute and Long-Term Responses to Trauma and Disaster*, Washington D.C., American Psychiatric Press, 1997, pp. 21-36; MCCARROL, James; URASNO, Robert J. y FULLERTONE, Carol S., "Exposure to Traumatic Death in Disaster and War", en FULLERTON, Carol S. y URSANO, Robert J. (editores), *Posttraumatic Stress Disorder. Acute and Long-Term Responses to Trauma and Disaster*, Washington D.C., American Psychiatric Press, 1997, pp. 37-58. Asimismo, respecto de la relación del trastorno de estrés postraumático con figuras delictivas, véase KILPATRICK, Dean G. y RESNICK, Heidi S., "Posttraumatic Stress Disorder Associated with exposure to criminal victimization in clinical and community populations", en DAVIDSON, Jonathan R. T., M.D., and FOA, Edna B. (editores), *Posttraumatic Stress Disorder, DSM-IV and Beyond*, Washington D.C., American Psychiatric Press, 1993, pp. 113-143. Sin embargo, pese al reconocimiento de factores como el maltrato a nivel doméstico y la desesperanza aprendida en el trastorno de estrés postraumático, no hay un reconocimiento expreso del síndrome de la mujer maltratada en este, véase el *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, pp. 465 y ss.

¹⁵⁷ Véase ROBERTS, pp. 141-142.

¹⁵⁸ El informe pericial que introduce la *desesperanza aprendida* en juicio fue elaborado por la asistente social Eliana Rodríguez Pérez, véase el considerando décimo octavo.

Por otra parte, hay que reconocer que este síndrome de la mujer maltratada ha tenido aceptación en la comunidad científica y jurisprudencia en Estados Unidos¹⁵⁹. Las cortes de algunos Estados de ese país han aceptado su explicación, en el caso de un testigo experto, sin un diagnóstico¹⁶⁰. Así, la descripción general de la situación de violencia experimentada por la mujer sería más que suficiente¹⁶¹. Sin embargo, otras cortes han estimado que este síndrome solo adquiere importancia en la medida en que el testigo experto acredite que la acusada sufre del síndrome mediante un diagnóstico¹⁶². En este último caso es necesario tener un contacto personal con la acusada y no basta solo con la descripción de hechos constitutivos de violencia¹⁶³.

Si bien en Chile no es necesario un testigo experto que instruya al jurado sobre creencias populares equivocadas, como que la mujer es masoquista al disfrutar del maltrato o que si las golpizas hubieran sido tan graves esta se habría retirado del hogar, antes de matar a su cónyuge o conviviente, sí lo es definir si este síndrome debe ser diagnosticado por un psicólogo, psiquiatra o solo asistente social que describa la situación de violencia¹⁶⁴. En este sentido, si este síndrome constituye una verdadera perturbación o alteración del ánimo que incidiría en la inexigibilidad de otra conducta, nos parece más adecuado realizar un diagnóstico psicológico de la acusada.

No existe un tratamiento profuso de este fenómeno psicológico de la *desesperanza aprendida* en la doctrina nacional. Myrna Villegas describe este fenómeno desde la perspectiva del miedo insuperable, quizás con la pretensión de diferenciarlo de un trastorno mental

¹⁵⁹ ROBERTS, p. 150; LARRAURI y VARONA, p. 26.

¹⁶⁰ ROBERTS, p. 150. Pareciera ser que en EE.UU. generalmente acreditar el síndrome de la mujer maltratada solo requiere de una descripción de los síntomas sin la necesidad de un diagnóstico de la acusada. No obstante, el testimonio de la acusada incluiría tanto una descripción de los hechos como un análisis de su comportamiento, con la finalidad de determinar si sufre el síndrome de la mujer maltratada. Aparentemente, solo algunas cortes han realizado distinciones entre el testimonio específico de la acusada y otros generales respecto de este síndrome. Sin embargo, las Cortes que han tratado esta problemática han sostenido que el testigo experto debe unir este síndrome al comportamiento de la acusada para poder testificar respecto de los efectos de este síndrome sobre su persona, véase MADISON CRIPPEN, Sarah, "A critique and Proposed Solution to the Adverse Examination Problem Raised by Batterer Woman Syndrome Testimony in Woman Syndrome Testimony in State v. Henum", 1990. Disponible en: <http://heinonline.org/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/mnlr74&id=1031>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013], pp. 1036-1037.

¹⁶¹ ROBERTS, p. 150.

¹⁶² ROBERTS, pp. 150-151.

¹⁶³ ROBERTS, p. 151.

¹⁶⁴ Nuestro sistema judicial debe ser cuidadoso en determinar qué tipo de información científica, proveniente de un perito, tiene el grado de confiabilidad suficiente para ser presentada en juicio. Lo anterior, con el propósito de no inducir erróneamente la decisión de los jueces. Importante es señalar que esta materia no ha sido desarrollada en extensión, a diferencia de otros países, en Chile véase DUCE JULIO, Mauricio, "La prueba pericial y su admisibilidad en el proyecto de Código Procesal Civil", en AGUIRREZABAL G., Maite (editor), *Cuadernos de extensión Jurídica*, Santiago, Publicaciones Universidad de los Andes, 2012, pp. 126-128. Así, para resguardar la confiabilidad de la prueba científica sobre síndrome de la mujer maltratada se ha exigido, por algunas cortes estadounidenses, un diagnóstico de la acusada, véase ROBERTS, pp. 149-152. En cambio, en nuestro país se debería discutir sobre la necesidad de un diagnóstico para acreditar el grado de extensión de este síndrome sobre la acusada, porque de lo contrario "el sistema se abre a la posibilidad de admitir información de poca validez y calidad, pero que puede determinar de manera intensa el resultado del caso", DUCE, pp. 141-145.

transitorio¹⁶⁵. Este razonamiento sería adecuado, en el caso del síndrome de la mujer maltratada, de aceptar que es una ramificación de la teoría de la *desesperanza aprendida* que explica una alteración o perturbación anímica en las mujeres y no una enfermedad mental que las ciega en sus decisiones temporalmente¹⁶⁶.

Finalmente, comprender este síndrome como un trastorno mental transitorio¹⁶⁷ no admitiría su consideración en el miedo insuperable, ya que el miedo insuperable no priva de voluntad o lucidez al sujeto durante el ejercicio de la acción, solo lo perturba o altera anímicamente¹⁶⁸. La propia doctora Walker señala que el síndrome de la mujer maltratada no es una enfermedad mental, sino un trastorno de estrés postraumático¹⁶⁹. De tal modo, este síndrome es una teoría que se construye sobre los principios de la *desesperanza aprendida* para explicar por qué algunas mujeres no son capaces de dejar a sus abusadores¹⁷⁰, quedando sus efectos penales por definirse en nuestra jurisprudencia.

2.7. Posición de la Corte de Apelaciones de San Miguel respecto de los requisitos de inminencia y subsidiariedad en el estado de necesidad exculpante

En esta sección se presenta un extracto de los argumentos de la Corte, respecto de la inminencia y subsidiariedad, que rechazan la existencia de un estado de necesidad exculpante en el caso de la señora Karina Sepúlveda. Además de un análisis del razonamiento de la Corte que difiere del expresado por el Tribunal Oral de Puente Alto.

¹⁶⁵ VILLEGAS, pp. 166-167. También la Defensoría Penal Pública ha mostrado preocupación por construir una defensa desde el miedo insuperable en estas situaciones de maltrato, véase OLAVARRÍA, pp. 152-159.

¹⁶⁶ ROBERTS, p. 139; KINPORTS, pp. 399-401.

¹⁶⁷ Por trastorno mental transitorio entendemos cuando el actuar de una persona se encuentra afectado temporalmente de la misma forma que un enajenado mental, véase PÉREZ-VITORIA, Octavio, "El 'trastorno mental transitorio' como causa de inimputabilidad en el Código Penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 5, Vol. 1, (1952), p. 30. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2771055.pdf>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013]; HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe, *La eximente del miedo insuperable en el derecho penal común y militar español*, Barcelona, Bosh, 1991, pp. 109-112. En este sentido, si el miedo que sufre una persona es "de origen patológico causado por la esquizofrenia que padece [...] no cabe tenerlo en cuenta [sic] como tal miedo. Por consiguiente, si no se puede aplicar la eximente de miedo, será preciso acudir al trastorno mental transitorio", HIGUERA, p. 111. Respecto de la idea de aceptar este síndrome de la mujer maltratada como un trastorno mental transitorio en otros sistemas jurídicos, véase LARRAURI y VARONA, pp. 24-26.

¹⁶⁸ GARRIDO MONTT, p. 317; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2011, pp. 610-611; HIGUERA, pp. 109-112. Sin embargo, en la doctrina nacional se confunde excepcionalmente el miedo insuperable como una causal de inimputabilidad en DEL RÍO, Raimundo, *Derecho penal. Legislación penal. Parte general*, Santiago, Editorial Nascimento, 1935, II, p. 185. Asimismo, se presenta en la doctrina española una concepción híbrida del miedo insuperable, entre un estado de necesidad o trastorno mental transitorio, en CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Editorial Ariel, 1974, I, p. 358. Respecto de la posibilidad de aceptar casos de estrés postraumático -en situaciones de violencia contra la mujer- en el miedo insuperable, véase JIMÉNEZ DÍAZ, María José, "Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable", en ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos y MORRILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, España, Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, pp. 296-301.

¹⁶⁹ ROBERTS, p. 139.

¹⁷⁰ WALKER, pp. 69-78; ROBERTS, p. 139.

2.7.1. Inminencia del mal

La Corte establece “para que pueda operar una circunstancia modificatoria de responsabilidad [...] que las conductas [...] se desplieguen, tanto por la víctima como por el ofensor, [...] dentro del campo consciente de las personas, de forma tal, que pueda ponderarse la eventual posibilidad de que la víctima pueda defenderse de la agresión de la que está siendo objeto”¹⁷¹.

Precisado lo anterior, para la Corte “[...] no resulta proporcionado que la encausada para prevenir futuros actos violentos por parte de la víctima haya esperado un momento en que este no haya podido repeler el ataque, desde que lo ultima prácticamente un día después de ocurrido el último hecho de violencia, el ataque a su hijo menor, y estando la víctima dormido y sin posibilidad alguna de defenderse, de lo cual resulta que no es posible concluir como lo hizo el tribunal a quo, que la mujer haya estado en un peligro actual e inminente de ser ella o su familia objeto de agresiones, en la medida que atendida la manera cómo [sic] ocurrieron los sucesos, no existe temporaneidad cercana entre los hechos violentos en su contra y la actuación de matar a la víctima, que como ya se ha señalado, no se encontraba en una posición de vigilia”¹⁷².

Finaliza su razonamiento indicando “[q]ue en definitiva, conforme a lo señalado el estado de necesidad exculpante, invocado por la defensa no se encuentra establecida [sic], toda vez que, valorando los medios de acuerdo al artículo 297 del Código Procesal Penal, no se acreditó la concurrencia de los requisitos que la hacen procedente, en particular y esencialmente, la existencia de una situación o estado de riesgo permanente o inminente que hiciere peligrar la integridad física de la acusada o un tercero o de sus derechos de manera grave, ni menos aún que se viere en serio riesgo su vida o la de otro, que hubiere hecho exigible otra conducta que la lesiva”¹⁷³.

A continuación, presentaremos algunos extractos de la sentencia de la Corte que hemos considerado relevantes en relación con la subsidiariedad.

2.7.2. Subsidiariedad del estado de necesidad

A la Corte “[...] no [le] parece lógico tampoco que después de tantos años de maltrato de la entidad que ella afirma, no haya tomado ninguna medida en su resguardo como habría sido por ejemplo, acudir a su familia o haber dado cuenta a la policía o a algún organismo competente de tales excesos, considerando que, a juicio de esta Corte, había otros medios lícitos practicables a los que podría haber concurrido a fin dar cuenta de la situación de peligro que la aquejaba, medios que fueran considerados menos perjudiciales para evitar las consecuencias, sin que la acusada haya acudido a ninguno de ellos, existiendo solo un temor que pudiera cometerse un mal grave, sin perjuicio que dicho mal no podía ser mayor que el causado para evitarlo, porque consistió en privar de la vida a

¹⁷¹ Considerando octavo.

¹⁷² Considerando octavo.

¹⁷³ Considerando décimo sexto.

una persona y que no se ha demostrado que no hubiera otro medio practicable y menos perjudicial para impedir ese supuesto mal que causar la muerte”¹⁷⁴.

Por último, la Corte agrega “[q]ue [...] los jueces en el considerando décimo octavo señalan que nunca la imputada hizo denuncia alguna refiriendo que la acusada no tuvo ningún tipo de protección de parte de los órganos del sistema judicial, o administrativo sin embargo estas instituciones mal habrían podido darle resguardo si ésta no comunicó la angustiada situación que estaba soportando”¹⁷⁵.

2.7.3. Análisis de la sentencia de la Corte

A continuación, analizaremos el razonamiento utilizado por la Corte. Para estos efectos nos remitiremos a su perspectiva de inminencia y posteriormente a la de subsidiariedad. Lo anterior, con el propósito de seguir el orden expuesto en este apartado. No obstante, incorporamos algunos aspectos que inciden en la interpretación de estos requisitos. Si bien estos aspectos atienden a razonamientos de la Corte respecto de la naturaleza del estado de necesidad exculpante, son un insumo que incide en la interpretación de subsidiariedad e inminencia que realiza la Corte.

La Corte de Apelaciones de San Miguel llega a la conclusión de que la sentencia del Tribunal no contenía una exposición lógica, clara y completa de los hechos objeto de la acusación, ni una valoración adecuada de los medios de prueba desde la sana crítica¹⁷⁶. La Corte de Apelaciones de San Miguel considera que la sentencia del Tribunal transgredió los límites impuestos a la valoración de la prueba, al carecer de una “[...] fundamentación suficiente que permita reproducir el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones de absolución [...]”¹⁷⁷.

En este sentido, la Corte estima que las circunstancias eximentes de responsabilidad solo pueden operar cuando las conductas se desarrollen, tanto en el caso del agresor como la víctima, dentro de un campo consciente, es decir, en un escenario donde la víctima tenga la posibilidad de enfrentar la agresión¹⁷⁸. Así, el hecho de que la víctima se encontrara durmiendo impediría a la acusada estar en presencia de un peligro actual e inminente.

La Corte establece que Karina Sepúlveda no enfrentó a su conviviente en una posición de vigilia¹⁷⁹. Más aún no existió ninguna posibilidad de reacción por parte de la víctima al momento de la acción o incluso antes de dormir¹⁸⁰. Sin una confrontación directa no sería

¹⁷⁴ Considerando undécimo.

¹⁷⁵ Considerando duodécimo.

¹⁷⁶ Considerando décimo noveno.

¹⁷⁷ Considerando décimo octavo.

¹⁷⁸ Considerando octavo.

¹⁷⁹ Considerando octavo.

¹⁸⁰ Considerando octavo.

posible hablar de un peligro actual e inminente¹⁸¹. Esta interpretación le permitiría a la Corte afirmar que no le parece proporcionado el actuar de la acusada¹⁸². Tal posición restringiría la posibilidad de relacionar la inminencia con un peligro permanente donde no se requiere una confrontación directa con el agresor. Además, más que la proporcionalidad del actuar de la acusada ante el peligro, tiene que ver este punto con la existencia misma de la eximente, es decir, su esencia que apunta al conflicto entre dos males o bienes.

La Corte estima que las pruebas presentadas no permiten afirmar que Karina Sepúlveda *“haya estado en un peligro actual e inminente de ser ella o su familia objeto de agresiones, en [...] la manera cómo ocurrieron los sucesos [...]”*¹⁸³. Concluye que *“si bien se demostró que llevaba [Karina] una relación conflictiva de muchos años, marcada por hechos violentos, la reacción que tuvo la acusada en dicha oportunidad no se encuentra acorde con el resultado de la misma”*¹⁸⁴. Existiendo en la acusada *“solo un temor que pudiera cometerse un mal grave”*¹⁸⁵.

Desde la subsidiariedad la Corte considera que la señora Karina Sepúlveda tenía la oportunidad de encontrar otros medios para prevenir el abuso de su conviviente¹⁸⁶. A la Corte no le *“[...] parece lógico tampoco que después de tantos años de maltrato de la entidad que ella afirma, no haya tomado alguna medida en su resguardo como habría sido por ejemplo, acudir a su familia o haber dado cuenta a la policía o a algún organismo competente de tales excesos, considerando que, a juicio de esta Corte, había otros medios lícitos practicables a los que podría haber concurrido a fin de dar cuenta de la situación de peligro que la aquejaba [...]”*¹⁸⁷.

Por otra parte, la Corte piensa que la descripción psicológica de la personalidad maltratadora de la víctima¹⁸⁸ debe ser realizada por un psiquiatra y no una asistente social. Sin embargo, no se pronuncia respecto del fenómeno de la *desesperanza aprendida* como fundamento en la selección de los medios de un estado de necesidad exculpante.

También nos llama la atención que la Corte parece confundir la naturaleza del estado de necesidad exculpante, pues establece que se debería haber justificado el actuar de la

¹⁸¹ Considerando octavo. En el caso *People v. Aris* (California, EE.UU., 1989) se puede identificar una línea de interpretación restrictiva de la inminencia similar a la que utiliza la Corte de Apelaciones de San Miguel. Sin embargo, esta lectura es desde la legítima defensa, porque el ordenamiento estadounidense no contempla un estado de necesidad exculpante para estas situaciones de maltrato. En estos casos las líneas de defensa se construyen desde la legítima defensa o la inimputabilidad. Asimismo, siempre será necesario buscar ayuda en la familia, amigos o en los medios que pone a disposición la sociedad para estos casos de abuso. Así, la solución va por mejorar estos medios de prevención y no reducir los estándares de protección para justificar o exculpar el sacrificar una vida ante estas situaciones, véase *People v. Aris* (1989), p. 215 Cal.App.3d 1178, 264 Cal. Rptr. 167; SHAD, p. 1175, nota 128.

¹⁸² Considerando octavo.

¹⁸³ Considerando octavo.

¹⁸⁴ Considerando noveno.

¹⁸⁵ Considerando undécimo.

¹⁸⁶ Considerando undécimo.

¹⁸⁷ Considerando undécimo.

¹⁸⁸ Considerando décimo tercero. Respecto de este punto, la Regla Federal de la Evidencia 404 (a) (2) (a) de Estados Unidos, tradicionalmente no ha permitido discutir acerca de la personalidad del agresor durante el desarrollo de un juicio. Sin embargo, se admite esta evidencia en los casos de legítima defensa. Así, se ha vuelto rutinaria para las cortes en casos de mujeres maltratadas, véase ROBERTS, p. 137.

imputada al provocar un mal de mayor entidad que el necesario para enfrentar la situación de peligro¹⁸⁹. En un estado de necesidad exculpante no se busca justificar el comportamiento de la imputada, ya que este es típico y antijurídico, sino centrar la controversia en sede de culpabilidad. De lo contrario, estaríamos en presencia de una conducta permitida o lícita¹⁹⁰.

Asimismo, la Corte establece que el mal causado por la imputada “[...] *no podía ser mayor que el causado para evitarlo [...]*”¹⁹¹. Lo anterior implica desconocer la posibilidad de comprender en el estado de necesidad exculpante males iguales o superiores a los que se pretende evitar. Este razonamiento vendría en contravención a la tercera circunstancia del artículo 10 N° 11, que establece que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita. El término *sustancialmente superior* implica “*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*”¹⁹².

Todo lo anterior habría tenido sentido de haber razonado sobre la desproporción significativa entre el mal causado y el evitado, atendiendo a las circunstancias concretas del caso. La Corte debería haber explicado por qué se superaron los límites de un estado de necesidad exculpante. Reconoce el efecto exculpante de la disposición del Código¹⁹³; sin embargo, no se pronuncia respecto de la significativa desproporción entre los males, sino que se limita a afirmar que el estado de necesidad exculpante no admite exculpar una acción que provoque un mal que sea igual o superior al evitado.

¹⁸⁹ Considerando noveno: “[q]ue conforme a lo ya reseñado, necesariamente ha de entenderse entonces, que al momento de cometerse la acción no existía respecto de ella una situación de tal naturaleza que hiciera peligrar su vida o la de sus hijos puesto que si bien se demostró que llevaba una relación conflictiva de muchos años, marcada por hechos violentos, la reacción que tuvo la acusada en dicha oportunidad no se encuentra acorde con el resultado de la misma justificando el actuar de la acusada quien repele ese mal provocando otro de mayor entidad”.

¹⁹⁰ GARCÍA, pp. 242-243.

¹⁹¹ Considerando undécimo: “[q]ue reafirma lo anterior y ello no parece lógico tampoco que después de tantos años de maltrato de la entidad que ella afirma, no haya tomado ninguna medida en su resguardo como habría sido por ejemplo, acudir a su familia o haber dado cuenta a la policía o a algún organismo competente de tales excesos, considerando que, a juicio de esta Corte, había otros medios lícitos practicables a los que podría haber concurrido a fin dar cuenta de la situación de peligro que la aquejaba, medios que fueran considerados menos perjudiciales para evitar las consecuencias, sin que la acusada haya acudido a ninguno de ellos, existiendo solo un temor que pudiera cometerse un mal grave, sin perjuicio que dicho mal no podía ser mayor que el causado para evitarlo, porque consistió en privar de la vida a una persona y que no se ha demostrado que no hubiera otro medio practicable y menos perjudicial para impedir ese supuesto mal que causar la muerte”.

¹⁹² HERNÁNDEZ (2011b), p. 272.

¹⁹³ Considerando décimo sexto: “[q]ue en definitiva, conforme a lo señalado el estado de necesidad exculpante, invocado por la defensa no se encuentra establecida, toda vez que, valorando los medios de acuerdo al artículo 297 del Código Procesal Penal, no se acreditó la concurrencia de los requisitos que la hacen procedente, en particular y esencialmente, la existencia de una situación o estado de riesgo permanente o inminente que hiciera peligrar la integridad física de la acusada o un tercero o de sus derechos de manera grave, ni menos aún que se viere en serio riesgo su vida o la de otro, que hubiere hecho exigible otra conducta que la lesiva”.

3. COMENTARIOS

Una de las objeciones planteadas al proyecto que incorpora este artículo 10 N° 11 en el Código fue la del senador Chadwick, referida a contextos de violencia intrafamiliar y situaciones de peligro¹⁹⁴. Esta objeción se centraba en que esta disposición podía abrir una puerta a las mujeres para actuar sin control, en contra de sus convivientes o cónyuges, ante cualquier tipo de maltrato¹⁹⁵. Sin embargo, el senador Larraín no vio inconvenientes en este proyecto, toda vez que el requisito de subsidiariedad y gravedad sería el límite para este tipo de acciones¹⁹⁶. Así no sería posible exculpar una conducta de existir otros medios para evitar la situación de peligro.

En general, se rechaza la ponderación entre vidas cuando se habla de un estado de necesidad¹⁹⁷. A pesar de esto “*en el estado de necesidad defensivo será inevitable en casos límite una ponderación de vida frente a la vida, que es inadmisibles en otros supuestos*”¹⁹⁸. No obstante, en situaciones como la del caso de la señora Karina, en que se mata al conviviente abusador mientras duerme, se debe excluir por completo la justificación, aunque no haya sido posible dar cuenta a la autoridad del peligro, pues la muerte del agresor solamente puede ser consecuencia de la legítima defensa o a lo sumo del llamado *estado de necesidad defensivo*¹⁹⁹ cuando “[...] *el peligro sea similar a la agresión, agudo e inminente para la vida o*

¹⁹⁴ *Historia de la Ley N° 20.480* (2010), p. 453; CURY (2011) audio; CURY (2013), p. 251.

¹⁹⁵ CURY (2011) audio. En EE.UU. esta preocupación se puede ver presente en la interpretación restrictiva de la inminencia, desde la legítima defensa, en situaciones de maltrato hacia la mujer. Asimismo, no se justifica dar muerte a los abusadores ante cualquier maltrato, véase ROSEN, Cathryn Jo, “The excuse of self defense: correcting a historical”, en *The American University Law Review*, Vol. 36, (1986). Disponible en: <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/36/rosen.pdf>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013], p. 52; SHAD, p. 1175. Se requiere de cierta entidad en las agresiones para reconocer en un maltrato habitual una situación de peligro permanente, véase RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “El delito de malos tratos en el ámbito familiar”, en CABANILLAS, Antonio et al. (comité organizador), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 6725. Por otra parte, hay que buscar lograr un equilibrio entre una autotutela descontrolada y los mecanismos de protección de la mujer en estos casos, véase SHAD, p. 1177.

¹⁹⁶ *Historia de la Ley N° 20.480* (2010), p. 453; CURY (2011) audio.

¹⁹⁷ ROXIN, pp. 686-687; SEPÚLVEDA, p. 182.

¹⁹⁸ ROXIN, p. 708.

¹⁹⁹ Por medio de este tipo de estado de necesidad se ha reconocido la posibilidad de matar a alguien para defenderse de un peligro fuente de la propia víctima. Esta posibilidad se reconoce pese a que la conducta de la víctima sea ajena a un comportamiento antijurídico. Todo lo anterior, al parecer bajo parámetros excepcionales y restrictivos, véase OSSANDÓN (2012), pp. 338, 340 y 343; HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho penal. Obras completas. Libro homenaje*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, I, p. 133. En contra, BASCUÑÁN, Antonio, “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, en *Centro de Estudios Públicos*, N° 95, (2004). Disponible en: http://www.cepchile.cl/1_3389/doc/la_pildora_del_dia_despues_ante_la_jurisprudencia.html#UjUmlh. [Consulta: 23 de diciembre de 2013], p. 70; COCA VILA, Ivo, “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, en *Revista para el análisis del Derecho* (InDret), N° 1, (2011) pp. 4-14. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/789.pdf>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013]. Asimismo, aunque no se ha aplicado el estado de necesidad defensivo en nuestra jurisprudencia se ha reconocido su existencia. La sentencia del 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 25 de junio de 2010, en causa Ruc 1101043228-8, reconoce la existencia de un estado de necesidad defensivo, en el considerando décimo, siguiendo los planteamientos del profesor Cury.

integridad"²⁰⁰. En este sentido, el Tribunal de Puente Alto reconoce la antijuricidad del actuar de la acusada, pero por sede de culpabilidad decide no reprochar su conducta.

La interpretación flexible de la inminencia, propuesta por el Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, produce un cambio en nuestra jurisprudencia respecto del estado de necesidad²⁰¹. Este cambio no solo incide en la forma de interpretación del estado de necesidad exculpante, sino que también en la legítima defensa y el miedo insuperable, debido a que los tribunales no se verán forzados a interpretar este tipo de casos desde los parámetros de la legítima defensa²⁰² o el miedo insuperable²⁰³.

En nuestra opinión, hay que tener cuidado de que este tipo de interpretaciones motiven a la autotutela, materializando categóricamente la oportunidad de matar a los convivientes o cónyuges abusivos, por el solo hecho de contar con testimonios de maltrato hacia la mujer. Se debe evitar, en lo posible, especular acerca de las probabilidades de un futuro maltrato con consecuencias fatales e incluso desalentar esta tendencia²⁰⁴. Por ello, uno de los mayores problemas interpretativos se debería centrar en la entidad que requiere la inminencia desde una perspectiva *ex ante*²⁰⁵.

La decisión del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto muestra lo innecesario que es plantear un cambio en la legítima defensa para proteger a aquellas mujeres maltratadas que no tienen otra alternativa al actuar contra sus abusadores²⁰⁶. Incorporar una variante privilegiada de la legítima defensa que relativice el requisito de la inminencia no nos parece necesario²⁰⁷. Esta modificación admite una lectura flexible de este requisito desde el estado de necesidad exculpante ante estas situaciones de maltrato hacia la mujer²⁰⁸.

²⁰⁰ ROXIN, p. 712. En contra, VILLEGAS, p. 164.

²⁰¹ CURY (2013), p. 259.

²⁰² En este sentido la diputada Rubilar, véase *Historia de la Ley N° 20.480* (2010), pp. 451-452.

²⁰³ Los tribunales en Chile tienden a acoger el miedo insuperable cuando deciden absolver a mujeres que dan muerte a su maltratador, véase VILLEGAS, pp. 171-172. Respecto de esta postura en el modelo español, véase LARRAURI y VARONA, pp. 80 y ss.

²⁰⁴ En este sentido las probabilidades de que se produzca el mal deben ser altas, ROXIN, pp. 689-690; SEPÚLVEDA, p. 179.

²⁰⁵ Las circunstancias, número, proximidad y entidad de las agresiones serán esenciales para determinar la presencia de la inminencia en estos casos. No basta el solo hecho de acreditar episodios de violencia. Es necesario un examen pormenorizado de los presupuestos fácticos del caso para arribar a la conclusión de que estamos en presencia de una actividad permanente y sistemática de violencia en contra de la mujer que puede ocasionar un riesgo concreto para su vida, véase RODRÍGUEZ MOURULLO, p. 6733. En este contexto es fácil relacionar el maltrato habitual a la figura del secuestro. Sin embargo, en muchos de estos casos de maltrato la mujer podrá abandonar físicamente el lugar aunque crea lo contrario, véase SHAD, p. 1175, nota 126. En el considerando tercero de la segunda sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, del 21 de junio de 2013, en causa Ruc 1101060685-5, la defensa hace mención a esta posibilidad de relacionar el maltrato habitual con el delito de secuestro. Por otra parte, en la doctrina nacional se ha interpretado el delito de maltrato habitual -del artículo 4° de la Ley 20.066- como un delito permanente, lo que facilitaría apreciar la inminencia en estos casos de maltrato a la mujer, véase VILLEGAS, p. 157. Esta última seguiría los planteamientos de LARRAURI y VARONA, p. 38.

²⁰⁶ HERNÁNDEZ (2011b), p. 268. Por otra parte, se ha sostenido que es posible una interpretación flexible de la inminencia, desde la perspectiva de la legítima defensa, en casos de maltrato a la mujer en VILLEGAS, pp. 151-158.

²⁰⁷ Casos como *State vs. Norman* han llevado a la literatura norteamericana a discutir sobre la necesidad del requisito de inminencia en la legítima defensa. Incluso se ha llegado a sugerir eliminar el requisito por algunos

Por otra parte, hay casos donde los instrumentos de género neutro son suficientes para resolver el problema²⁰⁹. Por ende, incorporar una modificación en la legítima defensa de estas características requiere de una evaluación constitucional, para probar que el estándar de la neutralidad de género no entrega una solución adecuada para estos casos²¹⁰.

En este contexto, la inminencia del peligro admite que la muerte de una persona pueda ser consecuencia de una acción defensiva. Sin embargo, esta acción debe tener por finalidad la conservación de la propia vida, respecto de aquel que procura evitar un mal grave hacia su persona o la de terceros, aunque el efecto sea la muerte del agresor²¹¹. Esta pareciera ser

autores norteamericanos, véase ROSEN, Richard A., cit. (n. 151), p. 376. En la doctrina nacional se ha señalado, con la introducción del artículo 10 N° 11, que si el propósito era “*permitir de un modo relativamente expedito la exención de responsabilidad de la mujer que, cansada de los graves maltratos, ataca a quien la ha martirizado sistemáticamente, lo pertinente era construir una variante privilegiada de legítima defensa en términos de relativizar la exigencia de actualidad o inminencia que unánimemente se exige para la ‘agresión ilegítima’ [...]*”, HERNÁNDEZ (2011b), p. 269.

²⁰⁸ ROXIN, p. 903. Por otra parte, cabe recordar que la posibilidad de reconocer en la inminencia delitos permanentes, actos preparatorios o tentados, en el caso de la legítima defensa, ya se veía presente en la doctrina nacional, con anterioridad a la incorporación del artículo 10 N° 11 del Código Penal, véase POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, p. 217; NOVOA, p. 340; ETCHEBERRY, p. 254. Sin embargo, la idea de considerar el maltrato habitual como un delito permanente se incorpora en el trabajo de VILLEGAS, p. 157. El Tribunal Oral de Puente Alto, siguiendo la posición de esta última autora, no ve problemas en considerar al maltrato habitual como un delito permanente, véase el considerando décimo octavo de la primera sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, en causa Ruc 1101060685-5, de fecha 17 de enero de 2013. Asimismo, en el considerando décimo primero de la segunda sentencia, de fecha 21 de junio de 2013, se mantiene esta interpretación.

²⁰⁹ La Corte Suprema de Estados Unidos ha dispuesto que no se pueden establecer diferencias de género cuando la neutralidad es suficiente para resolver las situaciones de conflicto. En este sentido, la Corte en 1979 consideró inconstitucional el estatuto que permitía en Alabama exigir solo el pago de pensiones alimenticias a los padres excluyendo a las madres, SHAD, p. 1174, nota 118.

²¹⁰ Al parecer, el senador Alberto Espina habría manifestado que el artículo 10 N° 11 es una disposición que no solo se aplicaría a la situación de la mujer maltratada, sino que también respecto de los hombres, véase CURY (2011) audio. Por otro lado, también se ha planteado en la doctrina norteamericana que el estándar de razonamiento de la mujer maltratada debe ser sometido a un examen constitucional. Así se debe probar que la neutralidad de género no es suficiente para resolver estos problemas desde la legítima defensa, véase BUDA, Michael A. y BUTLER, Teresa L., “The battered wife syndrome: a back door assault on domestic violence”, en *Journal of Family Law*, N° 23, (1985). Disponible en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/branlaj23&div=29&id=&page=>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013], p. 379; SHAD, p. 1174. En este contexto incluso se ha pretendido, por algunos autores estadounidenses, elaborar por medio de este síndrome una defensa propia de las mujeres: *women’s self-defense*. Lo anterior, quizás con la pretensión de construir excepciones a las reglas tradicionales de la legítima defensa en favor de las mujeres maltratadas, véase ROSEN (1986), p. 33. Para entender algunas razones de por qué se llega a estas confusiones en el ámbito de la legítima defensa en EE.UU., véase ROSEN (1986), pp. 33 y ss. En este orden de ideas, no nos parece razonable que existan argumentos para diferenciar la legítima defensa de una mujer maltratada de cualquier otra legítima defensa, véase KINPORTS, p. 422. Asimismo, respecto de la conveniencia de aceptar o no estas defensas de género, véase DENNO, Debora, “Gender, crime, and the criminal law defenses”, en *The Journal of criminal law & criminology by Northwestern University, School of Law*, N° 85, Vol. 1, (1994), pp. 85 y ss. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/pdfplus/1144115.pdf>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013]. Por otra parte, un buen panorama de lo que ha sucedido en España respecto de la tutela de la mujer contra la violencia de género en el Derecho español véase en RODRÍGUEZ YAGÜE, Ana Cristina, “La tutela de la mujer contra la violencia de género en el derecho penal español”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, Vol. II, N° 2, (2013), pp. 51-94.

²¹¹ HENKEL, pp. 108-109; GARCÍA DE VICENTE, Juan Carlos, *Homicidio por necesidad. La legítima defensa en la teología tardomedieval*, Berne, Peter Lang, 1999, pp. 2-3; DE AQUINO, Sancti Thomae, *Summa Theologiae*, 3^a

la razón normativa²¹² por la que la disposición del modelo suizo introduce en el estado de necesidad el requisito de un “*peligro inminente y no evitable de otro modo, como barrera contra la autoayuda superflua*”²¹³. De tal modo que esta flexibilidad en la inminencia debe ser balanceada en atención a la subsidiariedad.

Respecto del requisito de subsidiariedad, nos cuesta aceptar que la *desesperanza aprendida* puede ser considerada como parte de ella. Si esta es definida como un trastorno de estrés postraumático que requiere el diagnóstico de un especialista²¹⁴, nos parece que no debería ser comprendida dentro del estado de necesidad exculpante. En caso contrario, si se ha de estimar que consiste solo en un fenómeno meramente descriptivo, sin ninguna alteración o perturbación anímica significativa en la persona de quien actúa, podría ser considerado dentro del estado de necesidad exculpante²¹⁵. Alternativas que deberán ser examinadas por los tribunales en atención al desarrollo de la ciencia y la posible incorporación de este fenómeno en el *Manual de Diagnóstico y Estadísticas de los Trastornos Mentales*²¹⁶. Sin embargo, cualesquiera de estas alternativas no debe dejar sin efecto la exigencia de acudir a la autoridad o a terceros ante estas situaciones de maltrato²¹⁷.

El Tribunal acepta que la percepción de la acusada estaba afectada por un estado de *desesperanza aprendida*. Ahora bien, ¿esto no tendría por consecuencia transformar el criterio del hombre medio, en el examen de ponderación de los medios, en el criterio de la mujer maltratada bajo los efectos de la *desesperanza aprendida*? Lo anterior podría llevarnos

edición, Torino, Ediciones San Paolo, 1999, pp. 1365-1366; ZAFFARONI (2002), p. 611; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos penales*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 228; COUSIÑO (1979a), pp. 141 y 348; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, pp. 461-462.

²¹² Respecto a la posibilidad de interpretaciones normativas en el Derecho Penal chileno, véase la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1441-09, del 4 de noviembre de 2010, que recoge la doctrina de la profesora María Magdalena OssandónWidow. Para mayor información sobre esta última doctrina, véase OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *La formulación de los tipos penales: valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 97 y ss.

²¹³ FREUDENTHAL, p. 97.

²¹⁴ En las cortes norteamericanas existen diferentes posturas respecto a la necesidad de un diagnóstico de la *desesperanza aprendida* en el caso del síndrome de la mujer maltratada, véase ROBERTS, pp. 150-152.

²¹⁵ Este síndrome de la mujer maltratada puede nublar y confundir la mente de las mujeres maltratadas. Sin embargo, se ha llegado a plantear en un caso en Argentina que este síndrome no privaría a las mujeres de “*la posibilidad de comprender y dirigir sus acciones al analizar ‘la necesidad racional del miedo empleado para impedirle o repelerla’ [...]*”, PLUIS, Liliana Elba, “Las instituciones de justicia y el problema de la violencia conyugal. Veredicto a una mujer golpeada. La justicia frente a un caso extremo de violencia conyugal”, en CORSI, Jorge (compilador), *Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1994, pp. 214 y ss. Sin embargo, creemos que el síndrome de la mujer maltratada es una alteración o perturbación anímica que priva a las mujeres de tomar una decisión razonable en la selección de los medios. Si bien es cierto este síndrome no afecta a las mujeres como un trastorno mental transitorio, sí lo hace desde la perspectiva de un trastorno de estrés postraumático.

²¹⁶ No hay un reconocimiento en el trastorno de estrés postraumático del síndrome de la mujer maltratada en la cuarta edición del *Manual de Diagnóstico y Estadísticas de los Trastornos Mentales*, véase ROBERTS, p. 139.

²¹⁷ En esta línea, el Tribunal Federal alemán señala que en estos casos siempre es necesario recurrir a la ayuda de terceros y especialmente a la autoridad, véase BGHSt 48, 255 Leitsatz, Rn. 29, 30.

a considerar que con la incorporación de este síndrome en el estado de necesidad exculpante se estaría pasando de un estándar objetivo a uno puramente subjetivo²¹⁸.

En el caso del miedo insuperable, un sector aparentemente mayoritario en la doctrina nacional estaría por aceptar “[...] un criterio individualizador que atienda a las características del sujeto [...]”²¹⁹ dejando el criterio del hombre medio. Este último razonamiento permitiría separarnos de la pretensión de objetivar el miedo insuperable “en la lógica del estado de necesidad [...]”²²⁰ y otorgarle una función adecuada para todos aquellos casos de defensa por efectos del maltrato “que tengan una base psicológica que no necesita estar presente en el estado de necesidad [...]”²²¹. Sin embargo, estas simples conjeturas requieren de un estudio más acabado.

Finalmente, esta apreciación que realiza el Tribunal respecto de la selección de los medios de la acusada, bajo los efectos de una *desesperanza aprendida*, nos parece un poco apresurada. Es esencial determinar hasta qué punto este fenómeno de la *desesperanza aprendida* puede ser considerado parte de un estado de necesidad exculpante²²². Una situación de necesidad requiere enfrentar un mal real, apreciado con parámetros objetivos, sin la presencia determinante de una “‘alteración anímica’ propia del miedo insuperable”²²³. En cambio, en el miedo insuperable resulta esencial una perturbación del ánimo como lo confirmaría nuestra jurisprudencia²²⁴. Esta perturbación del ánimo sería inconciliable con

²¹⁸ Esto ha sido discutido en el modelo estadounidense. Algunos autores argumentan que con la incorporación de este síndrome de la mujer maltratada se estaría pasando de un estándar objetivo a uno puramente subjetivo, véase KINPORTS, pp. 418 y ss. Sin embargo, hay que tener presente que el criterio del hombre medio no es un criterio puramente objetivo, sino que también incluiría aspectos físicos e incluso psicológicos del individuo que enfrenta la situación de peligro, véase CURY (2005), pp. 451-452; GARRIDO (2005), p. 318. Así, la tarea está en establecer los límites de este síndrome considerando si el criterio del hombre medio es el adecuado para estas situaciones.

²¹⁹ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2004), p. 347; CURY (2005), pp. 458-450; COUSIÑO MAC IVER, Luis (1979b), *Derecho penal chileno. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, III, p. 245; HERNÁNDEZ (2011a), p. 257.

²²⁰ HERNÁNDEZ (2011a), p. 257.

²²¹ CURY (2013), p. 263.

²²² Esta discusión se planteó respecto de la legítima defensa en el caso de *State vs. Norman*, North Carolina, EE.UU., véase SHAD, pp. 1173-1175.

²²³ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, p. 345. Por otra parte, respecto de los inconvenientes de fundamentar el estado de necesidad en una alteración o perturbación anímica ante la situación de peligro, véase FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Derecho penal, parte general*, Bogotá, Temis, 2006, pp. 302 y ss.; CURY (2013), p. 258. Asimismo, se ha planteado que en este desplazamiento del miedo insuperable de una noción psicológica a otra normativa se puede encontrar la confusión entre actuar bajo un estado de necesidad o miedo insuperable, véase GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría Jurídica del delito. Parte penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 430-431; HIGUERA, p. 105.

²²⁴ HERNÁNDEZ (2011a), p. 258. Asimismo, en nuestra doctrina el miedo insuperable sería una perturbación anímica, dentro de la inexigibilidad de otra conducta, que se diferenciaría de la inimputabilidad, HERNÁNDEZ (2011b), p. 253. Sin embargo, el modelo español no presenta un criterio uniforme en esta materia. Así, algunas sentencias consideran el miedo insuperable como una causa de inimputabilidad, otras como una causa de inexigibilidad objetiva e incluso como una causa de justificación o ausencia de acción. Este desalentador panorama se explica en el significado de alteración psicológica que atribuye al miedo insuperable el Tribunal Supremo español. Lo anterior habría desencadenado una superposición del miedo insuperable con situaciones de inimputabilidad, según QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, 4ª edición, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, pp. 596 y ss.

un raciocinio sereno en el cual se pueda exigir una proporcionalidad entre males²²⁵. Es así que el parámetro adecuado para apreciar la selección de los medios en el estado de necesidad exculpante será uno objetivo que diferiría del criterio subjetivo indicado para apreciar el miedo insuperable²²⁶.

4. CONCLUSIONES

En la dinámica de una relación abusiva coexisten lesiones de diversa índole, dominación psicológica e incluso amenazas. Sin embargo, estos elementos requieren de una entidad significativa para poder actuar en su contra. Cumplir con los requisitos objetivos de inminencia y subsidiariedad será esencial para poder enfrentar, a través de un estado de necesidad exculpante, estas situaciones. Indudablemente, los maltratadores que ejecutan actos de esta naturaleza merecen castigo, pero ello no quiere decir que la protección de sus vidas esté fuera del ordenamiento jurídico. Una interpretación más exigente del requisito de inminencia y subsidiariedad ofrecería esta protección.

Si bien la decisión de la Corte de Apelaciones de San Miguel entrega una interpretación restrictiva de la inminencia, no explica por qué no tendría lugar una lectura flexible de este requisito en el caso del tirano familiar. En cambio, la sentencia del Tribunal Oral de Puente Alto confirma esta posibilidad siguiendo parte de la doctrina nacional y comparada.

Ahora bien, aceptar esta flexibilidad en la inminencia no implica trasladarla a la subsidiariedad en el estado de necesidad exculpante. Incorporar el fenómeno psicológico de la *desesperanza aprendida* en la subsidiariedad puede dar lugar a una forma inadecuada de apreciar este requisito. Si una mujer padece un trastorno de estrés postraumático que afecta su selección de los medios, nos parece más adecuado considerarlo desde el miedo insuperable.

Asimismo, aunque la sociedad se identifica con la situación de la mujer maltratada, no puede acomodar el principio de la dignidad humana a su situación de vulnerabilidad. Crear una variante en la legítima defensa que relativice el requisito de la inminencia para el caso de la mujer maltratada nos parece inadecuado. Más aún si la jurisprudencia sigue el razonamiento del caso analizado en este trabajo.

Por otra parte, aún permanece la pregunta de qué cambios se pueden hacer ante la situación de vulnerabilidad que enfrenta la mujer maltratada en Chile. El caso de la señora Sepúlveda constituye un espacio para prestar atención sobre políticas más eficaces de prevención y protección de la mujer en situaciones de violencia, antes de que escalen a un punto donde la autotutela sea la única solución aparente al problema.

²²⁵ En el *Código Penal Tipo para Latino América*, la comisión chilena explica al miedo insuperable desde una perturbación anímica, caracterizada por una falta de serenidad y ponderación ante los males. Así, no es posible exigir en estos casos proporcionalidad entre los bienes y males que concurran, véase GRISOLÍA, p. 357.

²²⁶ CURY (2005), pp. 458-450. Asimismo, en este contexto será esencial determinar cómo pueden incidir los efectos del artículo 10 N° 11 en la interpretación del miedo insuperable, véase HERNÁNDEZ (2011a), p. 259.

Finalmente, incluir funcionarios especializados que aseguren la detención en incidentes de violencia intrafamiliar; asesorar a la mujer acerca de la existencia de casas de acogida para ella y sus hijos; seguir trabajando en mejorar los programas diseñados para rehabilitar a los convivientes o cónyuges maltratadores podrían ser parte de las medidas que generen un cambio en estos casos de violencia. Todo con el propósito de obtener un balance adecuado entre la protección a la mujer y el efecto disuasivo a una autotutela descontrolada.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA SÁNCHEZ, Juan Domingo, "Artículo 10 N°s. 7° y 11° del Código Penal. Algunos criterios de delimitación", en VAN WEEZEL, Alex (editor), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2013.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, "Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders", en *Text revisión, DSM-IV-TR*, 4ª edición, Washington D.C., American Psychiatric Association, 2000.
- BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, Editorial José María Bosch, 1994.
- BASCUÑÁN, Antonio, "La píldora del día después ante la jurisprudencia", en *Centro de Estudios Públicos*, N° 95, (2004). Disponible en: http://www.cepchile.cl/13389/doc/la_pildora_del_dia_despues_ante_la_jurisprudencia.html#.UlljUmmlhg. [Consulta: 23 de diciembre de 2013]
- BUDA, Michael A. y BUTLER, Teresa L., "The battered wife syndrome: a back door assault on domestic violence", en *Journal of family law*, N° 23, (1985). Disponible en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/branlaj23&div=29&id=&page=>[Consulta: 23 de diciembre de 2013]
- COCA VILA, Ivo, "Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo", en *Revista para el análisis del Derecho (InDret)*, N° 1, pp. 4-14, (2011). Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/789.pdf> [Consulta: 23 de diciembre de 2013].
- COLVIN PAVEZ, Alberto, "Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno", en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 162 año 41, (1974).
- COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO, *Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno con un estudio preliminar por Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Valparaíso, Edeval, 1974.
- COOPER, Doris, *Delincuencia común en Chile*, Santiago, LOM Ediciones, 1994.

- CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Editorial Ariel, 1, 1974.
- CORNIA, Rebecca “Current use of battered woman syndrome: institutionalization of negative stereotypes about women”, en *UCLA Women’s Law Journal*, (1997), 8(1). Disponible en: <http://www.escholarship.org/uc/item/73t5x0m5#page-1> [Consulta: 23 de diciembre de 2013]
- CORSI, Jorge, “Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia intrafamiliar”, en CORSI, Jorge (compilador), *Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*, Argentina, Paidós, 1994.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Derecho Penal chileno. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, (1979a), II.
- _____, *Derecho Penal chileno. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, (1979b), III.
- COUSO SALAS, Jaime, “Comentario al artículo 10 N° 4”, en COUSO SALAS, J. y HERNÁNDEZ BASUALTO, H., (directores), *Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2011.
- _____, “Comentario al artículo 10 N° 7”, en COUSO SALAS, J. y HERNÁNDEZ BASUALTO, H., (directores), *Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2011.
- CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, 7ª edición, Santiago, Universidad Católica, 2005.
- _____, *Estado de necesidad exculpante*, Seminario del Centro de Estudios de la Universidad de Talca, 2011. Disponible en: <http://www.ustream.tv/recorded/18539392> [Consulta: 23 de diciembre de 2013]
- _____, “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”, en MAÑALICH, Juan Pablo (coordinador), *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, 2013.
- DE AQUINO, Sancti Thomae, *Summa Theologiae*, 3ª edición, Torino, Ediciones San Paolo, 1999.
- DEL RÍO, Raimundo, *Derecho penal. Legislación penal. Parte general*, Santiago, Editorial Nascimento, 1935, II.
- DEL RÍO FERRETI, Carlos, “Problemas en la aplicación del Derecho penal en el ordenamiento chileno. Una perspectiva procesal”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias penales*, 1, (2012).
- DENNO, Debora, “Gender, crime, and the criminal law defenses”, en *The journal of criminal law & criminology by Northwestern University, School of Law*, N° 85, Vol. 1, 1994. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/pdfplus/1144115.pdf> [Consulta: 23 de diciembre de 2013]

- DOHMEN, Mónica Liliana, "Abordaje interdisciplinario del síndrome de la mujer maltratada. Proceso secuencial", en CORSI, Jorge (compilador), *Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*, Argentina, Paidós, 1994.
- DUCE JULIO, Mauricio, "La prueba pericial y su admisibilidad en el proyecto de Código Procesal Civil", en AGUIRREZABAL G., Maite (editor), *Cuadernos de extensión Jurídica*, Santiago, Publicaciones Universidad de los Andes, 2012.
- ECHEBURÚA, Enrique; AMOR, Pedro J. y DE CORRAL, Paz; "Mujeres maltratadas en convivencia prolongada con el agresor: variables relevantes", Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamientos Psicológicos, Facultad de Psicología, Universidad del País Vasco, 2002. [Disponible en internet: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd26/accion.pdf>]
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, I.
- FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Temis, 2006.
- FREUDENTHAL, Berthold, *Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal*, traducción de José Guzmán Dalbora, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.
- FUENTES, Danae, *La ponderación de los males en el estado de necesidad*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2009.
- GARCÍA, Paulina, *El estado de necesidad en materia penal*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1999.
- GARCÍA DE VICENTE, Juan Carlos, *Homicidio por necesidad. La legítima defensa en la teología tardomedieval*, Berne, Peter Lang, 1999.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, II.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos penales*, Madrid, Tecnos, 1999.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría Jurídica del delito. Parte penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1984.
- GRISOLÍA CORBATÓN, Francisco (director), *Código Penal Tipo para Latino América, Parte General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1973, I.
- HENKEL, Heinrich, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, traducción de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, B de F, 2006.
- HERNÁNDEZ, Héctor, "Comentario al artículo 10 N° 9", en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (directores), *Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Legal Publishing, 2011a.
- _____, "Comentario al artículo 10 N° 11". En COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (directores), *Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Legal Publishing, 2011b.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *La eximente del miedo insuperable en el derecho penal común y militar español*, Barcelona, Bosh, 1991.

- HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho penal. Obras completas. Libro homenaje*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, I.
- 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 a las normas sobre Parricidio, Diario Oficial 18 de diciembre de 2010. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1021343>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013].
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª edición, Granada, Editorial Comares, 2002.
- JIMÉNEZ DÍAZ, María José, "Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable", en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo y ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, España, Editoriales de Derecho Reunidas, 2002.
- JONES, Ann, *Women Who Kill*, New York, The Feminist Press, 2009.
- KILPATRICK, Dean G. y RESNICK, Heidi S, "Posttraumatic Stress Disorder Associated with exposure to criminal victimization in clinical and community populations", en DAVIDSON, Jonathan, and FOA, Edna B. (editores), *Posttraumatic Stress Disorder, DSM-IV and Beyond*, Washington D.C., American Psychiatric Press, 1993.
- KINPORTS, Kit, "Defending Battered Women's Self Defense Claims", en *Oregon Law Review*, (1988), 67. Disponible en: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/orglr67&div=26&g_sent=1&collection=journals. [Consulta: 23 de diciembre de 2013]
- KOOPMAN, Cheryl; CLASSEN, Catherine y SPIEGEL, David, "Multiple Stressors Following a Disaster and Dissociative Symptoms", en FULLERTON, Carol S. y URSANO, Robert J. (editores), *Posttraumatic Stress Disorder: Acute and long-term responses to trauma and disaster*. Washington D.C., American Psychiatric Press, 1997.
- LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal*, 9ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, I.
- LARRAÍN, Soledad, *Violencia en la familia y transmisión de pautas de comportamiento social, Seguridad ciudadana, ¿espejismo o realidad?* Quito, FLACSO, 2002. Disponible en: <http://www.flacso.org.ec/docs/sfseguridadciudadana.pdf>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013].
- LARRAURI, Elena y VARONA, Daniel, *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona, EUB, 1995.
- LUZÓN PEÑA, Diego M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª edición, Buenos Aires, B de F., 2006.

- MADISON CRIPPEN, Sarah, "A critique and Proposed Solution to the Adverse Examination Problem Raised by Battered Woman Syndrome Testimony in Woman Syndrome Testimony in State v. Hennem", (1990). Disponible en: <http://heinonline.org/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/mnlr74&id=1031>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013].
- MAÑALICH, Juan Pablo, "El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal Chileno", en VAN WEEZEL (editor), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2013.
- MATHER, Victoria Mikesell, "The Skeleton in the closet: The Battered Woman Syndrome, Self-Defense, and Expert Testimony", *Mercer Law Review*, 39, (1987). Disponible en: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mercer39&div=32&g_sent=1&collection=journals [Consulta: 23 de diciembre de 2013].
- MCCARROL, James; URASNO, Robert J. y FULLERTONE, Carol S., "Exposure to Traumatic Death in Disaster and War", en FULLERTON, Carol S. y URSANO, Robert J. (editores), *Posttraumatic Stress Disorder. Acute and Long - Term Responses to Trauma and Disaster*, Washington D.C, American Psychiatric Press, 1997.
- MCFARLANE, Alexander, "Vulnerability to Posttraumatic Stress Disorder", en WOLF, Marion E. y MOSNAIM, Aron D. (editores), *Posttraumatic Stress Disorder. Etiology, Phenomenology, and Treatment*, Washington D.C., American Psychiatric Press, 1990.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2011.
- NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Derecho penal. Teoría del delito*, Santiago, McGraw-Hill, 1998.
- NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general. Introducción a la ley penal, el delito y las eximentes de responsabilidad penal*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, I.
- OLAVARRÍA ARANGUREN, José et al., "Estudios y capacitación. Los parricidios y homicidios imputados a mujeres", *Centro de Documentación Defensoría Penal Pública* N° 7, 2011. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/9522c9433a14fe7c206077992983c3cd.pdf> [Consulta: 23 de diciembre de 2013].
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *La formulación de los tipos penales: valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- _____, "Aborto y justificación", en *Revista Chilena de Derecho*, 39, N° 2, (2012).
- PÉREZ-VITORIA, Octavio, "El 'trastorno mental transitorio' como causa de inimputabilidad en el Código Penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 5, Vol. 1, (1952). Disponible en:

- <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2771055.pdf>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013].
- PLUIS, Liliana Elba, "Las instituciones de justicia y el problema de la violencia conyugal. Veredicto a una mujer golpeada. La justicia frente a un caso extremo de violencia conyugal", en CORSI, Jorge (compilador), *Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*, Argentina, Editorial Paidós, 1994.
- POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre, "Artículo 10 N° 4 a 7°", en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis (editores), *Texto y comentario del Código Penal Chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, I.
- POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho Penal*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1997, I. _____, *Derecho penal*, 2ª edición, Santiago, ConoSurLexisNexis Chile, 2000, I.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, 4ª edición, España, Aranzadi Thomson Reuters, 2010.
- RETTIG ESPINOZA, Mauricio, "Criterios jurisprudenciales y doctrinarios para la configuración de la legítima defensa propia, del miedo insuperable y del estado de necesidad exculpante", en *Razonamiento Penal Revista de Análisis Jurídico, Defensoría Penal Pública*, N° 1, (2012).
- ROBERTS, John W. "Between the Heat of Passion and Cold Blood: Battered Woman's Syndrome as an Excuse for Self-Defense in Non-Confrontational Homicides", en *Law&PsychologyReview*, 27, (2003). Disponible en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/lpsyr27&div=9&id=&page>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013]
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "El delito de malos tratos en el ámbito familiar", en CABANILLAS, Antonio et al. (comité organizador): *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Civitas, (2003).
- RODRÍGUEZ YAGÜE, Ana Cristina, "La tutela de la mujer contra la violencia de género en el derecho penal español", en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, II, N° 2, (2013).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La Jurisprudencia de los Tribunales como Fuente del Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- ROSEN, Cathryn, Jo, "The excuse of self defense: correcting a historical", en *The American University Law Review*, 36, (1986). Disponible en: <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/36/rosen.pdf>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013].
- ROSEN, Richard A., "On Self-Defense, Imminence, and Women Who Kill Their Batterers", en *North Carolina Law Review*, 71, (1993). Disponible en:

- <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/nclr71&div=19&id=&page> [Consulta: 23 de diciembre de 2013].
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de Luzón Peña; Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesali, 2ª edición, Madrid, Civitas, 1997, I.
- SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena y VARGAS, Tatiana, "Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas", en *Revista Chilena de Derecho*. 38, N° 1, (2011).
- SELIGMAN, Martin E.P. *Indefensión. En la depresión, el desarrollo y la muerte*, traducción de Luis Aguado Aguilar, Madrid, Editorial Debate, 1981.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN del 2003, BGHSt 48, 255, Rn. 25, 26.
- SEPÚLVEDA, Ivonne, "Algunas consideraciones sobre el estado de necesidad contemplado en el artículo 10 N° 11 del Código Penal y su reconocimiento por la jurisprudencia", en *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 53, (2012).
- SERNAM, 2011, *Unidad de prevención de VIF, programa Chile Acoge, Medición de la violencia contra la mujer*, Disponible en: <http://sernam.cl/denunciaalmaricon/pdf/estudio1.pdf>. [fecha de visita 20 de diciembre de 2013].
- _____, 2007, *Programa casa de acogida*. Disponible en: <http://portal.sernam.cl/?m=programa&i=10#sdfootnote1sym> [Consulta: 23 de diciembre de 2013].
- _____, 2012, *Programa hombres por una vida sin violencia*. Disponible en: <http://portal.sernam.cl/?m=programa&i=11> [Consulta: 23 de diciembre de 2013].
- SHAD, Kerry A, "State v. Norman: Self-Defense Unavailable to Battered Women Who Kill Passive Abusers", *North Carolina Law Review*, 68, (1990). Disponible en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/nclr68&div=58&id=&page=>. [Consulta: 23 de diciembre de 2013].
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Sobre el estado de necesidad en derecho penal español", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, t. 35, fasc. 3, 1982.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General. El hecho punible*, traducción de Manuel Canció Meliá y Marcelo A., 4ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, 5ª edición, Buenos Aires, Tea, T. I., 1987.
- TALA JAPAZ, Alberto, "La estructura objetiva del injusto aplicada al estado de necesidad", en *Revista Chilena de Derecho*, 14, (1987).
- VARGAS, Tatiana, "¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante del artículo 10 N° 11", en VAN WEEZEL, Alex (editor), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2013.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna, "Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal", en *Revista de Derecho Universidad Austral*, 23, N° 2, (2010).

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, traducción de Luis Jiménez de Asúa, 3ª edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1916, II.

WALKER, Lenore E. A., *The Battered Woman Syndrome*, 3ª edición, New York, Springer Publishing Company, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2002.

_____, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1973.