

# Una aproximación a los deberes de sacrificio en el derecho penal\*

An Approximation to the Duties of Sacrifice in Criminal Law

Gustavo Balmaceda Hoyos <sup>a\*</sup>

Tutores Derecho Capacitaciones, Chile

gbalmaceda@tutoresdc.cl

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-7113-7864>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj72.adsd>

Recibido: 12 mayo 2023

Aceptado: 02 agosto 2023

Publicado: 06 octubre 2023

Sebastián Muñoz Tejo <sup>\*\*</sup>

Tutores Derecho Capacitaciones, Chile

munoztejosebastian@gmail.com.

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-0861-8647>

## Resumen:

Este artículo de investigación está centrado en el estudio del *deber de sacrificio* en el derecho penal, con el objetivo de analizar su relevancia en el marco legal contemporáneo y su implicación en la protección de los derechos legales de las personas. Así, por medio de un enfoque metodológico, que implica la revisión exhaustiva de principios jurídicos y teorías, el documento propone una reflexión sobre cómo se equilibran los deberes y derechos en situaciones de conflicto. Se examinan conceptos fundamentales como el de *estado de necesidad*, la *teoría diferenciadora*, el derecho a la legítima defensa y la relación entre libertad y solidaridad. La principal conclusión del estudio destaca la importancia del *deber de sacrificio* en el derecho penal y su interacción con los conceptos de libertad y solidaridad, subrayando la necesidad de considerar estos principios en la construcción de un sistema jurídico justo y equilibrado.

**Palabras clave:** deber de sacrificio, estado de necesidad, legítima defensa, conflicto de interés.

## Abstract:

This research article focuses on the study of the *Duty of Sacrifice* in criminal law, aiming to analyze its significance in the contemporary legal framework and its implications in protecting individuals' legal rights. Using a methodological approach that involves a comprehensive review of legal principles and theories, the paper presents a reflection on how duties and rights are balanced in conflict situations. Key concepts such as the *state of necessity*, the *differentiating theory*, the right to self-defense, and the relationship between freedom and solidarity are examined. The main conclusion of the study underscores the importance of the *Duty of Sacrifice* in criminal law and its interaction with the concepts of freedom and solidarity, emphasizing the need to consider these principles in constructing a fair and balanced legal system.

**Keywords:** Duty of Sacrifice, State of Necessity, Self-Defense, Conflict of Interest.

## Introducción

El deber de sacrificio en el derecho penal se refiere a la obligación de una persona de renunciar a su propio bien jurídico, como la vida, la salud o la libertad, para dar protección al bien jurídico de otra persona. Este concepto es crucial en el ámbito del derecho, ya que establece cómo se deben comportar las personas en situaciones difíciles —de conflicto— para garantizar la protección de los derechos y la seguridad de los demás.

Es común que, en momentos en que la seguridad de la sociedad es una preocupación prioritaria, se pierdan de vista los principios jurídicos tradicionales, que han regido por siglos. Sin embargo, es fundamental recordar y aplicar estos principios en la creación de un sistema justo, que pondera los intereses en juego y considera las teorías modernas.

## Notas de autor

\* Abogado, Universidad de Chile. Doctor en Derecho Penal, Universidad de Salamanca (España). Director Académico en Tutores Derecho Capacitaciones Tutores Derecho Capacitaciones (Chile)

\*\* Abogado, Universidad Andrés Bello, especializado en Derecho Penal y a la Litigación Penal Económica Tutores Derecho Capacitaciones (Chile)

<sup>a</sup> Autor de correspondencia: [gbalmaceda@tutoresdc.cl](mailto:gbalmaceda@tutoresdc.cl)

El estado de necesidad es una forma efectiva de garantizar que el sujeto actúe dentro del marco legal<sup>1</sup>. El estado de necesidad permite que una persona se aparte de uno de los principios liberales más esenciales, que establece que la ley debe limitar la libertad únicamente de manera negativa<sup>2</sup>.

Los desafíos de la sociedad contemporánea han requerido que el derecho encuentre soluciones a problemas en áreas en las que es obvio que el ejercicio de ponderación es fundamental. Por esta razón, el derecho penal, consciente de los debates que se abren con estos desafíos, ha propuesto la denominada *teoría diferenciadora*<sup>3</sup>. Según esta teoría, si el autor de un hecho no ha actuado de manera justificada (ya que no todos los actos pueden ser justificados por la ley), puede ser considerado culpable. La teoría diferenciadora evalúa no solo el hecho en sí, sino también la situación particular del autor en relación con ese hecho<sup>4</sup>.

No obstante, en ocasiones puede resultar complicado determinar qué deber tiene prioridad, ya que esto suele depender de la situación específica. Algunos podrían considerar que el uso del tipo penal —o el “lugar de compensación”<sup>5</sup>— es más común en estas circunstancias<sup>6</sup>.

Es necesario investigar la situación descrita para determinar cuáles son los derechos verdaderos y legítimos que se derivan de ella. En el segundo acápite, se comenzará por examinar el derecho de legítima defensa. Se intentará demostrar que esta categoría representa una idea de derecho indiscutible que resuelve el conflicto inherente al utilizar criterios de competencia, es decir, criterios normativos. En esta figura jurídica, no se aplican las ideas de ponderación, ya que este procedimiento es ajeno a esta.

En la sección siguiente, sobre la *fundamentación de la legítima defensa*, se abordará el estado de necesidad desde una perspectiva distinta, lo que ayudará a alcanzar algunas conclusiones en la sección sobre el *fundamento del sacrificio*. La idea jurídica del estado de necesidad es legítima, especialmente en los casos en los que se pone en riesgo la vida humana. En este sentido, se discutirá la relación entre la libertad y la solidaridad en la sección en la que se hace la pregunta *¿libertad, solidaridad, o ambas?* Si se considera que la libertad es un concepto fundamental, no se puede ignorar que la solidaridad debe ser analizada y considerada parte esencial del sistema jurídico. Por lo tanto, su significado debe ser estudiado dentro del marco de la discusión sobre el estado de necesidad. Después de comprender el significado normativo del estado de necesidad (sección sobre *el obligado por el deber de sacrificio como garante*), se entenderá por qué el deber de sacrificio adquiere una importancia especial. Finalmente, se examinarán las consecuencias dogmáticas y sistemáticas de la investigación en las conclusiones.

## Fundamentación de la legítima defensa en base a criterios normativos de competencia<sup>7</sup>

Es fundamental comenzar por comprender los derechos que corresponden en situaciones de necesidad. Estos derechos se derivan de la propia concepción del derecho, y no de lo que resulta conveniente para nosotros<sup>8</sup>.

En relación con el derecho de legítima defensa y, por ende, con la interacción entre el derecho y la libertad, hay algo que resulta bastante claro: cuando un derecho o un estado de libertad se ve obstaculizado por el ejercicio de la libertad de otra persona, la coacción que se utiliza para resistir a ese ejercicio, como elemento esencial del derecho o de la *violencia legítima*, tiene como objetivo remover ese obstáculo a la libertad<sup>9</sup>.

Esta fundamentación es conocida como *libertad negativa*, y constituye el punto de partida de la concepción del derecho<sup>10</sup>. En situaciones de necesidad, el derecho de la persona incluye la facultad de exigir el respeto de su persona por medio de la coacción. Aunque esta idea jurídica pueda parecer evidente en el Estado de derecho, y se argumente que su fundamento es el derecho de toda persona a mantener una relación jurídica general basada en la libertad<sup>11</sup>, aún se está trabajando en las ideas fundamentales de este derecho. Se ha afirmado que la legítima defensa se basa en dos ideas complementarias<sup>12</sup>:

(a) La perspectiva individualista de proteger al individuo.

(b) La perspectiva social de preservar el derecho, que se utiliza para explicar los límites ético-sociales de la legítima defensa con el objetivo de hacerla más aceptable desde el punto de vista social.

¿Sería necesario incorporar la proporcionalidad (ponderación de intereses) y la solidaridad en el análisis debido a las consideraciones constitucionales y de derechos fundamentales?<sup>13</sup>

La ciencia jurídica debe enfrentar, desde una perspectiva teórica, la tensión entre el individuo y el colectivo (representado por el Estado) para abordar adecuadamente las cuestiones fundamentales del derecho penal. Por ello, es importante tener en cuenta que el ejercicio del derecho de legítima defensa debe ser limitado a lo estrictamente necesario, sin recurrir siempre a criterios de ponderación de intereses y proporcionalidad, para mantener su eficacia como derecho humano. Aquellos que violen este derecho deben asumir las consecuencias y costos de su defensa, ya que, según los principios de imputación, son competentes y tienen el deber jurídico de hacerlo. En última instancia, la ciencia jurídica debe abordar la tensión entre la persona y la colectividad para resolver las cuestiones fundamentales del derecho penal<sup>14</sup>. Sin embargo, se debe tener en claro que la proporcionalidad es un referente para la legítima defensa en la actualidad, en vista de que no puede operar esta justificante cuando exista una desproporción intolerable entre los bienes jurídicos en conflicto. Esto se traduce en que se debe optar por la opción defensiva menos lesiva para el agresor, empleando los medios racionales que se disponga<sup>15</sup>. El exceso intencional en la legítima defensa puede ser objeto de reproche penal, tal y como puede observarse en la actual regulación de la legítima defensa privilegiada en Chile<sup>16</sup>.

Lo relevante en este punto es la necesidad de la defensa para excluir cualquier tipo de acción tendiente a la venganza u otro acto que produzca sufrimientos excesivos en la persona que agrede ilegítimamente. Esto, toda vez que el exceso superaría el umbral de la obligación de sacrificio exigida al destinatario como consecuencia de su despliegue antijurídico. Al respecto, sin perjuicio de que en cada caso en concreto corresponda hacer una valoración de la situación en conjunto, no se deben pasar por alto los siguientes elementos: (a) que la defensa aún sea fácticamente posible, vale decir que el sujeto autorizado a obrar típicamente tenga expectativas de éxito en repeler el ataque, lo que supone necesariamente que el bien jurídico protegido no deba encontrarse lesionado; y (b) la acción defensiva debe estar dirigida únicamente en contra del agresor<sup>17</sup>, pues aquel es sobre quien recae la obligación de soportar las consecuencias y costos de la defensa del otro, tornándose antijurídicas las actuaciones que afecten a terceros.

## Aspectos concretos relacionados con la legítima defensa en Chile

La legítima defensa, como concreción de ejercicio de derecho a la libertad libre de coacciones, o, más específicamente, como preservación de individuo frente a agresiones ilegítimas, en nuestro derecho se ha entendido tradicionalmente como una de las tantas situaciones reconocidas que permiten la ejecución de un hecho típico no antijurídico<sup>18</sup>. Ahora, tal como se tratará a propósito del estado de necesidad más abajo<sup>19</sup>, para la legítima defensa —y las causales de justificación en general—, se requiere la autorización de ordenamiento jurídico o, también, que se le entregue la facultad al sujeto sobre el que se cumplen sus presupuestos, para poder ejercerla, y que nazca en otro el deber o la obligación de recibirla (sacrificándose por esto).

Como indicamos, la doctrina dominante tiene relación con un planteamiento dualista, que parte desde la perspectiva individualista de sujeto (relacionada con la protección de bienes jurídicos), junto con un elemento supraindividual (el mantenimiento del ordenamiento jurídico)<sup>20</sup>. Ambos elementos deben ser analizados bajo el criterio de que la defensa del individuo es gatillada por un comportamiento desconsiderado atribuible a otro sujeto. A partir de estas fundamentaciones, se desprende que se han superado las tesis algo más primitivas que concebían a esta institución como un castigo aplicado por el que se defendía a su agresor por haber lesionado

un bien ajeno o, por otro lado, aquella que se refería a superar la imposibilidad de Estado de otorgar siempre y permanente protección a los integrantes de la sociedad<sup>21</sup>.

En el Código Penal, la legítima defensa ha sido regulada como una causal eximente de responsabilidad en el artículo 10 n.º 4, 5 y 6, habiendo importantes modificaciones a su respecto en la actualidad, a las que se hará mención más adelante. Por el momento, debemos señalar que estas disposiciones aluden a la legítima defensa propia, de parientes y de extraños. A partir de esta regulación, en la doctrina se ha entendido como la ejecución de una acción típica, racionalmente necesaria para repeler o impedir una agresión ilegítima, no provocada por él y dirigida en contra de su persona o derechos o los de sus parientes mencionados expresamente en la ley, o en algún tercero<sup>22</sup>.

Asimismo, también se debe tener en claro que los derechos que pueden ser defendidos no son solo aquellos inherentes a la persona atacada, como lo es la vida o su integridad física, sino que también cualquier otro derecho al que esté ligado, como la propiedad, libertad sexual, honor, libertad personal o seguridad individual, entre otros, que incluso, como ya se señaló, pueden ser propios o ajenos<sup>23</sup>. Ahora bien, somos partidarios de que no será conforme a derecho la comisión de delitos asumidos en defensa de intereses colectivos, pertenecientes a toda la sociedad. Esto, en atención a que su defensa corresponde a instituciones estatales destinadas a esa finalidad<sup>24</sup>.

Un aspecto relevante a resaltar, respecto a este trabajo, es la relación con los presupuestos de esta justificante, específicamente con el medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima de un tercero y que esta deba obedecer a una “necesidad racional”, conforme lo dispone el artículo 10 n.º 4 de Código Penal. Se interpreta desde esa acepción que la defensa necesaria es la *menos lesiva* de las que pueden ser ejercidas en contra del agresor, sin perjuicio de que debe estarse al caso en concreto para determinar si la defensa fue “racional” —no matemática ni equivalente— desde un punto de vista *ex ante*<sup>25</sup>. En este sentido, se debe precisar la concurrencia de la necesidad de defenderse de alguna forma (necesidad abstracta) y la necesidad de medio defensivo empleado en el caso en concreto (necesidad de la concreta defensa)<sup>26</sup>. Ambos elementos se deben analizar en el caso en concreto en conjunto para determinar la racionalidad del medio empleado.

La importancia de lo planteado radica en que es la forma en que se determina el límite del sacrificio por parte del agresor al que está, en estricto rigor, obligado a resistir. En este sentido, desde el momento en que emplea una agresión ilegítima en contra de otro, este pierde, jurídicamente hablando, la facultad de repeler el medio empleado por el agredido que ha emprendido en su contra, teniendo el deber de soportar las consecuencias que de esto se deriven. Esto significa que el agresor original no tiene derecho a defenderse de los actos defensivos que el agredido ejecute para proteger su propia seguridad o integridad, debiendo asumir las consecuencias de su acción inicial, incluso si estas resultan en su propio daño.

## La legítima defensa “privilegiada”, a partir de la Ley n.º 21.560

El 10 de abril de 2023, se ha publicado en el Diario Oficial la Ley n.º 21.560, que modifica diversos cuerpos legales para aumentar la protección de las fuerzas de orden y seguridad del país. En una búsqueda legislativa para aumentar la seguridad pública frente a atentados graves en contra de la vida y propiedad, se ha optado por dar una mayor cobertura a la labor de los agentes estatales que se ven involucrados en situaciones riesgosas para su integridad física. Así, a partir de esta nueva regulación, se busca garantizar una especial protección por parte del Estado a los funcionarios, desde dos enfoques: (a) el primero, mediante presunciones legales que alteren la carga de la prueba, en sentido de que en una etapa inicial de la investigación se considerará que la labor efectuada por un funcionario policial se ha ajustado a los medios racionales del uso de la fuerza, permaneciendo su calidad de interviniente como testigo o víctima; y (b) el segundo, que la consecuencia jurídica de hechos típicos cuyas víctimas sean funcionarios policiales, fuerzas armadas o gendarmería sea más

gravosa, aumentando las penas y estableciendo la improcedencia de acceder a las penas sustitutivas de la Ley n.º 18.216.

Una de las grandes modificaciones, y que ha dado lugar a basta discusión, es el artículo 7 de la nueva ley de protección a las fuerzas de orden y seguridad, que establece la denominada legítima defensa privilegiada. El tenor de esta modificación es el siguiente:

“1. Agréganse, en el numeral 6º del artículo 10, los siguientes párrafos tercero, cuarto, quinto y sexto, nuevos:

Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en los números 4º, 5º y 6º de este artículo, respecto de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile, las Fuerzas Armadas y los servicios bajo su dependencia, cuando éstas realicen funciones de orden público y seguridad pública interior; en dichos casos se entenderá que concurre el uso racional del medio empleado si, en razón de su cargo o con motivo u ocasión del cumplimiento de funciones de resguardo de orden público y seguridad pública interior, repele o impide una agresión que pueda afectar gravemente su integridad física o su vida o las de un tercero, empleando las armas o cualquier otro medio de defensa.

Los numerales 4º, 5º y 6º se aplicarán respecto de los funcionarios de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile, las Fuerzas Armadas y los servicios bajo su dependencia, cuando éstas realicen funciones de orden público y seguridad pública interior ante agresiones contra las personas. De afectarse exclusivamente bienes, procederá la aplicación del número 10º del presente artículo.

Esta norma se utilizará con preferencia a lo establecido en el artículo 410 del Código de Justicia Militar.

Respecto de lo dispuesto en los párrafos anteriores, los tribunales, según las circunstancias y si éstas demuestran que no había necesidad racional de usar el arma de servicio o armamento menos letal en toda la extensión que aparezca, deberán considerar esta circunstancia como atenuante de la responsabilidad y rebajar la pena en uno, dos o tres grados, salvo que concurra dolo.”

En resumen, cuando las fuerzas del orden y seguridad pública (considerando a las fuerzas armadas y gendarmería de Chile), y los servicios bajo su dependencia, estén ejerciendo funciones de resguardo de orden público y seguridad interior, y, cumpliendo dichas labores, repelan o impidan una agresión que pueda afectar gravemente la integridad o vida de ellos o de un tercero, empleando incluso armas, se presumirá que concurre el uso racional del medio empleado, como presupuesto de la legítima defensa. En consecuencia, estos funcionarios estarán amparados, al inicio de toda investigación criminal en que ellos hayan lesionado o matado a un tercero cumpliendo con sus labores, por la legítima defensa, la que deberá ser derribada por el ministerio público en caso de tener evidencia que acredite la existencia de un delito. En caso de protección de bienes materiales, procederá la eximente de responsabilidad penal establecida en el artículo 10 n.º 10 del C.P., esto es, obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

Luego, en lo relacionado con el inciso sexto, establece que de no concurrir la necesidad racional del medio empleado, no se aplicará la justificante de responsabilidad penal, pero sí se entenderá esta como atenuante, bajando la pena entre uno, dos y hasta tres grados, “salvo que concurra dolo”. Si bien es cierto que la redacción no es del todo afortunada, haciendo un ejercicio interpretativo es posible desprender que solo en aquellos casos en los que la fuerza empleada haya sido desproporcionada, de acuerdo con las circunstancias del caso, aplicará la atenuante. Sin embargo, si se lograra probar que no se actuó bajo una hipótesis de legítima defensa incompleta, sino que derechamente el funcionario incurrió en un delito doloso en el ejercicio de sus labores, la atenuante será desechada.

A efectos de este trabajo, resulta relevante esta modificación legal, pues se hace cargo precisamente acerca del presupuesto de la legítima defensa relacionado con la racionalidad del medio empleado para repeler un ataque en contra de la vida o la integridad física de agente estatal o de un tercero. En estos casos, conforme a esta nueva regulación, parece ser que el deber de sacrificio de aquel que emprende una agresión ilegítima en contra de una persona, que puede ser un agente estatal o un particular, sin perjuicio de que la agresión sea repelida por el funcionario público, es mayor. Es más, de tenor literal es posible incluso que sea detenido su actuar (agresor ilegítimo) mediante uso de armas de fuego, lo que deberá soportar, ya en los términos planteados.

No obstante, el exceso en el medio efectivamente empleado termina por desvalorizar el hecho, sobre todo si se han utilizado armas de fuego o no letales. Para determinar este exceso, se requiere analizar las reglas de uso de la fuerza establecidas para cada uno de los agentes estatales, en que se establece una escala gradual que respeta los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad y responsabilidad, establecidas en escalas graduales y niveles<sup>27</sup>.

## El estado de necesidad en Kant y Hegel y su influencia en el derecho penal<sup>28</sup>

La cuestión discutida, respecto a los deberes de sacrificio por parte de aquel que es objeto de un comportamiento justificado de otro, también se aplica al estado de necesidad, aunque aquí se ha adoptado una perspectiva opuesta: en lugar de partir de la idea de necesidad que se ubica en las relaciones jurídicas entre las personas, la literatura sobre el estado de necesidad ha aceptado cada vez más como punto de partida nociones de ponderación de intereses.

Kant y Hegel plantearon, de manera clara, que el derecho de necesidad<sup>29</sup> se refiere a situaciones en las que un tercero no implicado en el conflicto es objeto de un ataque o agresión en un estado de necesidad, y en las que existe un peligro real de perder la vida.

Tanto Kant como Hegel presentaron la idea de necesidad basada en principios específicos de imputación, limitada únicamente a casos donde la vida está en peligro. Es decir, las concepciones de derecho y necesidad de ambos autores no están relacionadas con una ponderación más amplia de bienes jurídicos, como a menudo se argumenta en el derecho penal actual<sup>30</sup>. Se equivocaría quien afirmara sin más que la teoría de Kant y Hegel sobre el estado de necesidad es una teoría de ponderación de bienes jurídicos, ya que para ellos la cuestión se reduce únicamente a la “conservación de la vida”.

En el caso famoso de la tabla de Carnéades<sup>31</sup>, utilizado por Kant como ejemplo para su explicación, él sostiene que la posibilidad de matar a alguien es una contradicción con la doctrina del derecho, ya que el derecho de necesidad implica que “la necesidad no tiene ley”, al mismo tiempo que ninguna necesidad puede convertir en legal algo que es injusto por sí mismo<sup>32</sup>.

Kant reconoce el deber de auxiliar a aquellos que se encuentran en situaciones de apremio o necesidad como un “deber de la virtud”<sup>33</sup>, y no como un deber jurídico. Este deber se basa en la idea de propiciar la felicidad de otros seres humanos, en la medida de las propias capacidades, que se encuentren en situación de necesidad<sup>34</sup>. De acuerdo con estas ideas, las personas necesitan interactuar entre sí para lograr su bienestar<sup>35</sup> y, por lo tanto, dependen de las acciones de los demás. En este sentido, cada vez es más frecuente la discusión sobre cómo fundamentar jurídicamente el deber de ayudar en situaciones de necesidad<sup>36</sup>.

Entonces, la pregunta que surge es cómo se puede considerar el deber de prestar ayuda como una obligación que puede ser sancionada legalmente y, por lo tanto, cómo se puede castigar su omisión.

La doctrina de la virtud, en la *Metafísica de las costumbres*, Kant sostiene que la ayuda en situaciones de necesidad sigue siendo un deber de virtud para todo ser humano, a pesar de los esfuerzos teóricos y doctrinales que, basados en perspectivas liberales, buscan fundamentar un deber general y universal de ayuda<sup>37</sup>. Kant mantiene que la ayuda en situaciones de necesidad se encuentra dentro del ámbito de la virtud y no implica ningún criterio de ponderación de intereses<sup>38</sup>.

Hegel discutió la cuestión del estado de necesidad y su relación con los momentos de libertad que se proponen en su obra de filosofía del derecho, que son el derecho abstracto, la moralidad y la eticidad<sup>39</sup>. De acuerdo con Hegel, el individuo debe ser capaz de encontrar satisfacción en sus propias acciones, que están orientadas a sus necesidades, inclinaciones, pasiones, opiniones, etc. Esta satisfacción es lo que se conoce como bienestar o, utilizando el lenguaje de Kant, felicidad<sup>40</sup>.

En la actualidad, en relación con el conflicto que se presenta en situaciones de estado de necesidad, se considera que la persona que se encuentra en peligro tiene el derecho de proteger su bienestar e intereses frente al derecho de terceras personas<sup>41</sup>.

En contraposición a la noción común de ponderación de intereses que se utiliza en la discusión sobre el estado de necesidad, Hegel afirma que la destrucción o el acabado de la vida, así como el heroísmo, están excluidos en estas situaciones, ya que la persona no tiene derecho sobre sí misma. Además, según el autor, esta cuestión no se trata meramente de una ponderación de intereses, vida y propiedad<sup>42</sup>.

## **Fundamento del sacrificio (proteger la vida en estado de necesidad [mantener la personalidad libre])**

El dilema del estado de necesidad implica una confrontación entre dos elementos cruciales del derecho: el aspecto abstracto y la moralidad<sup>43</sup>. La solución a este conflicto se basa en dar prioridad al derecho al bienestar que, en primera instancia, se halla en la ética (moralidad). No obstante, dicha priorización solo ocurre cuando el bien jurídico más relevante, la vida, se encuentra en riesgo<sup>44</sup>.

En una situación de estado de necesidad, en el que la vida corre peligro, surge un conflicto de derechos que no implica necesariamente limitar los grados de libertad, como sugiere la filosofía del derecho de Hegel. Se presenta un escenario en el que la prioridad es el bienestar actual y, por ende, quien ejerce su derecho de necesidad sigue siendo una persona, aunque deba violar la propiedad ajena para asegurar su propia supervivencia. En este sentido, el individuo está justificado en hacer valer su derecho de necesidad y tomar acciones para preservar su vida<sup>45</sup>.

En el caso concreto del estado de necesidad donde la vida está en riesgo, la persona forzada a actuar manifiesta que posee tanto el deber como el derecho de preservar su bienestar y continuar con vida. Por otro lado, al individuo afectado por la situación de necesidad se le impone la obligación de respetar al otro como persona y colaborar para que este pueda seguir viviendo y, de esta manera, continuar disfrutando de sus derechos<sup>46</sup>. En resumen, se trata de un escenario en el que conviven deberes y derechos que necesitan ser equilibrados para asegurar la supervivencia y el respeto mutuo<sup>47</sup>. Lo anterior surge en el denominado estado de necesidad “agresivo”, que tiene como base el reconocimiento de ciertos deberes de *solidaridad mínima*, cuyo origen es el reconocimiento del otro individuo con necesidades y un “derecho al bienestar”, lo que lleva a la autorización para menoscabar determinados bienes<sup>48</sup>.

Se distingue de lo mencionado, el estado de necesidad “defensivo”, en que el peligro originado le es atribuible, imprudentemente o por caso fortuito, a un sujeto que finalmente es el destinatario de la acción defensiva<sup>49</sup>, bajo el fundamento de que el defensivo es el escalón gradual entre la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo. Esta gradualidad tiene como base que a mayor ejercicio de la libertad o autonomía individual despliegue un sujeto, mayor es su responsabilidad, lo que tiene como consecuencia necesaria que también aumente también su deber de tolerancia<sup>50</sup>. La gradualidad va desde una agresión ilegítima directa en contra de una persona, en que la obligación de soportar un mal racional que importe la acción defensiva es plena, hasta el caso en que el afectado por la autonomía individual de otro no tenga relación alguna con el hecho que gatilló una acción de necesidad. En consecuencia, aun cuando el comportamiento que generó el peligro haya sido generado fortuitamente, ello tiene relevancia a la hora de determinar el “sacrificio” que se le impone soportar al destinatario de la acción defensiva.

En el campo del derecho penal, se emplea el término “deber de sacrificio” para aludir a la obligación que tiene el individuo afectado por la situación de estado de necesidad de hacer un sacrificio en beneficio de la preservación de la vida del otro involucrado<sup>51</sup>. Este deber se encuadra en las responsabilidades que poseen un

contenido negativo y que se expresan en restricciones legales; en este caso, la prohibición de atacar la vida de otro ser humano<sup>52</sup>.

Tanto el estado de necesidad como la omisión del deber de socorro están vinculados con la noción de derecho abstracto y negativo, ya que conllevan la negación o la falta de una acción por parte de aquel que se rehúsa a ayudar en una situación de necesidad. Esta inacción, ya sea pasiva en el estado de necesidad o activa en la omisión del deber de socorro, implica un descuido o falta de respeto hacia el bienestar de otra persona, que se refleja en la vida y es una condición esencial para ser considerado una persona en el ámbito jurídico<sup>53</sup>.

La sociedad civil ha enfrentado continuamente una situación general de necesidad apremiante, que se mantiene hasta nuestros días, debido a la pobreza, la miseria, entre otros factores, siendo especialmente visible en una sociedad moderna, riesgosa y enfocada en el libre mercado. Además, no se puede pasar por alto que es responsabilidad primordial del Estado social proteger y asegurar el bienestar de todos, y en esta tarea puede emplear a los ciudadanos como “colaboradores”, ya que la solidaridad es un principio fundamental en esta visión del Estado<sup>54</sup>.

## ¿Libertad, solidaridad o ambas?

Todas las ideas presentadas en relación con la justificación de las situaciones de necesidad son muy relevantes en la actualidad. Estas intentan argumentar a partir de dos principios fundamentales del derecho: la libertad y la solidaridad<sup>55</sup>.

El principio que conecta la libertad y la solidaridad es un estado de libertad auténtica y efectiva: (a) la valoración de intereses solo será aceptable cuando los integrantes de la sociedad civil y del Estado necesiten abordar, de manera conjunta, la idea de comunidad y los riesgos culturales, económicos y sociales asociados a ella (libertad negativa [limitaciones o prohibiciones])<sup>56</sup>. (b) La solidaridad<sup>57</sup>, a su vez, no solo crea obligaciones o expectativas legales y penales en el contexto de comunidades privadas basadas en la confianza, sino también cuando consideramos al Estado como un conjunto de individuos desconocidos que interactúan entre sí (libertad positiva [responsabilidades o deberes])<sup>58</sup>.

## El obligado por el deber de sacrificio como garante

### La persona como portadora de un deber negativo de sacrificio

El conflicto que surge en las situaciones de necesidad es principalmente un conflicto legal en el que dos derechos se enfrentan: (a) el derecho a ser respetado como individuo y (b) el derecho a disfrutar del bienestar<sup>59</sup>.

La solución parece hallarse en la expectativa de solidaridad entre los ciudadanos. Sin embargo, los ejercicios de balance de bienes de todo tipo (incluso de la vida) pueden relativizar el orden coercitivo de una sociedad, conduciendo a consecuencias no deseadas y, en muchos casos, al fracaso del derecho penal como sistema de justicia<sup>60</sup>.

La obligación del receptor del estado de necesidad es negativa y forma parte integral de la estructura negativa de toda sociedad. El ciudadano actúa entonces como “garante” para superar todas las situaciones de necesidad existencial y específicas (reiteramos, no necesidad general) que enfrentan los ciudadanos en la comunidad<sup>61</sup>.

Recordemos el siguiente caso<sup>62</sup>: la muerte de un bebé recién nacido que, hambriento, llora sin cesar. En la primera variante, lo asesina su madre. En la segunda, el homicida es el vecino<sup>63</sup>:

(a) Si la madre deja llorar a su hijo hasta que muere, no ha realizado ninguna acción externa ni ha causado nada en el sentido estricto del término. Sin embargo, ha incumplido el deber que tiene como madre, y esto fundamenta su responsabilidad penal<sup>64</sup>.

(b) O, analizado desde otro ángulo, ¿no está actuando de manera contraria a la ley el vecino que, ante el llanto desesperado del niño, acaba por matarlo?

La norma es sencilla: todos aquí tienen obligaciones sociales y, al no cumplirlas, se activa el derecho penal<sup>65</sup>.

Esta es la función de una teoría moderna de las posiciones de garantía. Primero, debe identificar todas las manifestaciones de obligaciones, es decir, los deberes presentes en una sociedad y, en segundo lugar, asegurar que sean interpretados de manera adecuada por el derecho penal<sup>66</sup>.

## **El deber de sacrificio debe ser determinado para el caso concreto**

En cualquier posición de garante, primero se aborda una consideración general sobre las áreas de competencia y, luego, dentro de este marco preestablecido, se especifica la configuración definitiva del deber, siempre teniendo en cuenta las diversas circunstancias<sup>67</sup>.

## **El deber de sacrificio frente a otras figuras de posiciones de garantía**

Este deber general y negativo se distingue de otros deberes negativos que también se fundamentan en la garantía de la libertad del individuo. Nos referimos (a) a los deberes de seguridad en el tráfico y (b) a los deberes derivados de la asunción y de comportamientos de injerencia. Aunque comparten un “origen común”, estos deberes se encuentran acotados o responden a situaciones muy particulares y distintas<sup>68</sup>.

En realidad, aquel que asume decide de manera autónoma sobre los riesgos que enfrenta para superar o gestionar y, por lo tanto, sobre el contenido y alcance de la obligación. De esta manera, se considera responsable por una situación de seguridad y asume el control de todos los posibles riesgos que puedan surgir de esta<sup>69</sup>.

## **Las consecuencias jurídicas de la lesión del deber de sacrificio**

La infracción del deber de sacrificio como deber de garantía, en primera instancia, podría ser equivalente en su significado jurídico y en términos de punibilidad al reproche que el sistema legal hace a la omisión del deber de auxilio<sup>70</sup>.

El deber de sacrificio en situaciones de estado de necesidad y en la omisión del deber de socorro es un deber de garantía, ya que puede ser exigido legalmente a alguien en una situación específica. Por lo tanto, forma parte o debe formar parte de la teoría de la posición de garante<sup>71</sup>.

## **Conclusiones**

Hemos intentado incorporar el deber de sacrificio característico del estado de necesidad justificante de manera sistemática en el área de la teoría del delito donde creemos que pertenece, es decir, en la teoría de las posiciones de garante. Esto se debe a que los deberes o expectativas normativas no deben estar dispersos por toda la teoría del derecho penal, sino que son más bien el punto de partida para la atribución jurídico-penal.

¿Deberíamos aferrarnos a la metodología tradicional e imputar a alguien un resultado que, al considerar el contexto en el que ocurre, es sin duda permitido solo para luego llegar a la conclusión de que está justificado?

Independientemente de las distintas opiniones sobre el contenido y la fundamentación dogmática de la teoría de la imputación objetiva, creemos que por medio de esta se establece desde el inicio el ámbito de lo contrario a derecho, en conjunto con las normas de comportamiento y los deberes contenidos en estas. La constatación de la desaprobación jurídica de un comportamiento implica necesariamente una valoración material que, al mismo tiempo, presupone tanto una norma jurídica, es decir, un entendimiento previo sobre contenidos normativos y una teoría de la posición de garante, como también sobre su transgresión.

## Bibliografía

- Alex Van Weezel, *Curso de derecho penal. Parte general* (Ed. UC, 2023).
- Enrique Cury, *Derecho penal. Parte general*, t. 1 (Ed. UC, 2020).
- Georg Freund, *Erfolgssdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, u. a., (Heymann, 1992).
- Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, en Eva Moldenhauer & Karl Markus Michel, eds., Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 4.a ed., t. vii, 20 (Bänden, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995).
- Gunther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.<sup>a</sup> ed. (Walter de Gruyter, 1991).
- Ivó Coca, *Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo*, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, 1/2011 (2011).
- Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres* [Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, trads.] (Tecnos, 1989).
- Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, (K. Vorländer, ed., impresión idéntica de la edición de Vorländer 1922, Berlín, 1954).
- Javier Wilenmann, *El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile*, Vol. XXVII, n.º 1 Revista de Derecho (2014).
- Javier Wilenmann, *El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal*, 3/2014 InDret, Revista para el Análisis del Derecho (2014).
- Jac C. Joerden, *Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit: Konsequenzen einer These Kants für die strafrechtliche Lehre von der „Pflichtenkollision“*, en Duncker & Humblot, Jahrbuch für Recht und Ethik, vol. 5 (1997).
- Jean Pierre Matus & María Ramírez, *Manual de derecho penal chileno. Parte general*, 2.º ed. (Tirant lo Blanch, 2021).
- Jesús-María Silva Sánchez, *Notstandsrechte und Duldungspflichtverletzungen*, en Goldammer's Archiv für Strafrecht —GA— (2006).
- Jorge Perdomo, *El deber de sacrificio en el estado de necesidad justificante. También sobre la omisión de socorro* (Tirant lo Blanch, 2021).
- Juan Carlos Ferré, Miguel Ángel Núñez & Paula Ramírez, *Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema*, 2.º ed. (Tirant lo Blanch, 2020).
- Julius Ebbinghaus, *Die Strafen für Tötung eines Menschen nach Prinzipien einer Rechtsphilosophie der Freiheit* (Kantstudien, Ergänzungsheft 94, Bouvier, Bonn, 1968).
- Mario Garrido Montt, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 4.º ed. (Editorial Jurídica de Chile, 2007).
- Michael Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten* (Walter de Gruyter, 2002).

- Otto Depenheuer, *Solidarität im Verfassungsstaat. Grundlegung einer normativen Theorie der Verteilung* (Books on Demand, Norderstedt, 2009).
- Percy García, *Derecho penal. Parte general*, 3.º ed. (Ideas, 2020).
- Rodrigo Guerra, *Estado de necesidad como conflicto de intereses una propuesta de interpretación desde la inevitabilidad* (Ed. Jurídicas Olejnik, 2017).
- Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 10.º ed. (Reppertor, 2016).
- Urs Kindhäuser; Ulfried Neumann & Hans-Ullrich Paeffgen, eds., *NomosKommentar zum Strafgesetzbuch*, 3.º ed. (Nomos, 2010).
- Wilfried Küper, *Von Kant zu Hegel. Das Legitimationsproblem des rechtfertigenden Notstands und die freiheitsphilosophischen Notrechtslehren*, Juristenzeitung —JZ— (2005).

## Notas

- \* El presente trabajo corresponde a una reflexión efectuada en el contexto de circunstancias que, en la legislación chilena específicamente, han sido establecidas como eximentes de la responsabilidad penal, esto es, la legítima defensa y el estado de necesidad. Ahora bien, el tema abordado corresponde a una perspectiva opuesta a la que podemos señalar como “habitual”, en atención a que el enfoque radica en el sacrificio obligado al que está sometido un sujeto quien renuncia a determinados bienes jurídicos por una situación de conflicto.
- 1 Según Wilfried Küper, *Von Kant zu Hegel. Das Legitimationsproblem des rechtfertigenden Notstands und die freiheitsphilosophischen Notrechtslehren*, Juristenzeitung —JZ— 105 ss. (2005), el § 34 del Código Penal alemán (traducido al español por Claudia López Díaz, en su obra Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998, publicado en Bogotá por la Universidad Externado de Colombia en 1999. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj\\_20080609\\_13.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf). Este establece que la aplicación del derecho se basa en principios generales y vagos como la ponderación de intereses y la proporcionalidad entre medios y objetivos. Dicho de manera literal, este artículo permite “todo lo que de otra forma estaría prohibido con pena”, pág. 105.
  - 2 En resumen, el derecho liberal considera los límites que todos tenemos en relación con las libertades de los demás al prohibir las agresiones, pero el estado de necesidad justifica la intervención en los derechos de otra persona. Por lo tanto, como se mencionó, se justifica apartarse de ese principio jurídico liberal y general ante las circunstancias particulares de un caso concreto. J. Perdomo, *El deber de sacrificio en el estado de necesidad justificante. También sobre la omisión de socorro* 12 (Tirant lo Blanch, 2021).
  - 3 Al respecto de forma detallada Urs Kindhäuser, Ulfried Neumann & Hans-Ullrich Paeffgen, eds. *NomosKommentar zum Strafgesetzbuch*, 3.º ed., § 34 n. m. 4 (Nomos, 2010).
  - 4 J. Perdomo, *supra* nota 2, pág. 12.
  - 5 En las situaciones de colisión de deberes, la solución se encuentra en el ámbito de la tipicidad, tal como señala Georg Freund, *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, u. a. (Heymann, 1992). El autor también aborda este tema en el capítulo 6, en el n. m. 96 ss., y en otros capítulos de su obra de 2009, como el capítulo 3, n. m. 43; el capítulo 3, n. m. 71; el capítulo 5, n. m. 58; y el capítulo 6, n. m. 95 ss. Jac C. Joerden, *Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit: Konsequenzen einer These Kants für die strafrechtliche Lehre von der „Pflichtenkollision“*, en Duncker & Humblot, vol. 5 *Jahrbuch für Recht und Ethik* 43 (1997).
  - 6 J. Perdomo, *supra* nota 2, pág. 14.
  - 7 Esta fundamentación se explica en las obras de Kant y Hegel. Cfr. J. Perdomo, *supra* nota 2, pág. 17.
  - 8 Según M. Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten* 259 ss. (Walter de Gruyter, 2002), la inflexibilidad de la concepción individualista de la legítima defensa se debe a la concepción tradicional del derecho penal como un derecho que protege bienes jurídicos [en M. Pawlik *op. cit.*, pág. 262, nota al pie 19].
  - 9 Kant denominó “resistencia a través del arbitrio” a esta idea. Por lo tanto, la relación de la libertad está estrechamente ligada con la coacción, de modo que si alguien no respeta este estado de libertad, podrá ser coaccionado en virtud de la misma idea de derecho. I. Kant, *La metafísica de las costumbres* 42 [A. Cortina Orts & J. Conill Sancho, trads.] (Tecnos, Madrid, 1989).
  - 10 La idea se encuentra expresada en la frase de Hegel: “sé persona y respeta a los demás como personas”. G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, en E. Moldenhauer & K. Markus Michel, eds., Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 4.ª ed., t. vii, 20, 95, (Bänden, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995).

- 11 La legítima defensa es, por lo tanto, el reconocimiento incuestionable de una coacción jurídica. J. Perdomo, *supra* nota 2, págs. 19 s.
- 12 Esta mezcla de fundamentaciones o perspectivas parece innecesaria cuando se parte, como lo hicieron Kant y Hegel, del hecho de que la legítima defensa es un derecho que se basa en la idea de libertad. En este sentido, surge la pregunta de si al hablar de libertad, se considera la sociedad y lo que es verdaderamente social. J. Perdomo, *supra* nota 2, pág. 19.
- 13 G. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.<sup>a</sup> ed., cap. 12, n. m. 46 ss. (Walter de Gruyter, 1991).
- 14 J. Perdomo, *supra* nota 2, págs. 21 s.
- 15 J. C. Ferré, M. Á. Núñez & P. Ramírez, *Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema*, 2.<sup>o</sup> ed., 472 (Tirant lo Blanch, 2020).
- 16 Véase *Infra* B.
- 17 J. C. Ferré, M. Á. Núñez & P. Ramírez, *supra* nota 15, pág. 470.
- 18 Entendiendo el tipo penal es un “tipo de injusto” indiciario de antijuridicidad, en que la justificación se sobrepone al hecho que nace, en principio, como el injusto. E. Cury, *Derecho penal. Parte general*, t. 1, 515 (Ed. UC, 2020).
- 19 Véase *Infra* VI.
- 20 P. García, *Derecho penal. Parte general*, 3.<sup>o</sup> ed., 614 (Ideas, 2020).
- 21 M. Garrido Montt, *Derecho penal. Parte general*, tomo II, 4.<sup>o</sup> ed., 166 (Ed. Jurídica de Chile, 2007).
- 22 Tomando el concepto de Cury, M. Garrido Montt, *supra* nota 21, pág. 165.
- 23 Actualmente en la doctrina chilena. J. P. Matus & M. Ramírez, *Manual de derecho penal chileno. Parte general*, 2.<sup>o</sup> ed., 329 s. (Tirant lo Blanch, 2021).
- 24 J. C. Ferré, M. Á. Núñez & P. Ramírez, *supra* nota 15, pág. 469.
- 25 E. Cury, *supra* nota 18, pág. 542.
- 26 S. Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 10.<sup>o</sup> ed., 453 (Reppertor, 2016).
- 27 Circular 1832 de abril de 2019. <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2019/03/04/42295/01/1556120.pdf>. La Orden 2780 de 14 de julio de 2020. Respecto a la normativa aplicable a Carabineros de Chile, que es la más detallada en cuanto a Reglas de Uso de la Fuerza.
- 28 Cfr. J. Perdomo, *supra* nota 2, págs. 23 ss.
- 29 Kant, por su parte, denominó esta coacción ejercida en el estado de necesidad como “coacción sin derecho” I. Kant, *Metaphysik der Sitten* 39 (K. Vorländer, ed., impresión idéntica de la edición de Vorländer 1922, Berlín, 1954).
- 30 J. Perdomo, *supra* nota 2, págs. 23 ss.
- 31 La tabla de Carnéades es un conocido experimento mental en ética que fue creado por Carnéades de Cirene (214 a. C. - 129 a. C.), un filósofo griego de la escuela del estoicismo medio.
- 32 El derecho de necesidad kantiano se limita únicamente a la situación en la que la vida está en peligro y dos bienes de igual importancia están en conflicto. La solución propuesta por Kant es clara y precisa: el autor no debe ser castigado en absoluto, ya que la necesidad como peligro físico es un hecho contingente en el mundo empírico y su superación ocurre en un ámbito externo completamente ajeno al “derecho estricto”. En resumen, Kant no contempla la ponderación de intereses en este caso. I. Kant, *supra* nota 29, págs. 40 s.
- 33 M. Pawlik, *supra* nota 8, págs. 21 ss.
- 34 Kant afirma que aquellos que se niegan a prestar ayuda a los demás en situaciones de necesidad y convierten esta actitud en una “ley permisiva universal” terminan creando motivos para que ellos mismos no reciban ayuda en situaciones similares en el futuro. Según el autor, esta actitud va en contra del deber de virtud de propiciar felicidad a otros seres humanos en necesidad, y puede tener consecuencias negativas para el individuo en cuestión. Esto es expresado en I. Kant, *supra* nota 29, pág. 309.
- 35 A partir de aquí se derivaría la obligación de preocuparse por el bienestar de los demás, es decir, la búsqueda del bienestar propio sujeto a la condición de buscar el bienestar de los demás, lo cual resulta esencial para entender el concepto de estado de necesidad J. Ebbinghaus, *Die Strafen für Tötung eines Menschen nach Prinzipien einer Rechtsphilosophie der Freiheit* 64 ss. (Kantstudien, Ergänzungsheft 94, Bouvier, Bonn, 1968).
- 36 J. Perdomo, *supra* nota 2, págs. 26 ss.
- 37 Kant sugiere que la respuesta es clara: no puede ser punible. Siguiendo su metodología de la universalización, el amor al prójimo como principio moral de ayuda en situaciones de necesidad no proporciona ninguna base para la punición. Esto se debe a que la libertad de los seres humanos consiste en determinarse a sí mismos de forma independiente, y aquellos que son coaccionados para ayudar y socorrer no tienen esa posibilidad.
- 38 La teorización convencional para justificar el estado de necesidad revela que se ha tomado un enfoque completamente diferente: su criterio de legitimidad se basa en lo que es social o útil para la comunidad, incluso en el largo plazo, lo que significa que, para ellos, la maximización de los bienes se convierte en un criterio determinante para justificar el deber de sacrificio J. Perdomo, *supra* nota 2, 26 ss.

- 39 En la discusión sobre el estado de necesidad, la noción de “bienestar” (también presente en la teoría de la moralidad de Hegel) adquiere una importancia especial, como se aborda en J. Perdomo, *supra* nota 2, págs. 28 ss.
- 40 G. W. F. Hegel, *supra* nota 10, págs. 121-123 y 228-230.
- 41 Hegel sostiene que hay una confrontación entre dos aspectos parciales de la libertad: el individuo y su bienestar (es decir, la moralidad). Para Hegel, el bienestar solo existe en la medida en que la persona es “libre”. Por lo tanto, según su teoría, buscar el propio bienestar o el bienestar de otra persona no justifica una acción injusta. G. W. F. Hegel, *supra* nota 10, pág. 236.
- 42 Hegel explica que cuando Hércules se entrega a las llamas o cuando Bruto se clavó en su espada, su comportamiento es el de un héroe, pero en realidad va en contra de su personalidad. Esta idea se encuentra en una nota adicional al § 70 de su obra.
- 43 G. W. F. Hegel, *supra* nota 10, pág. 240.
- 44 En el ámbito del estado de necesidad, el derecho al bienestar se examina solamente en casos donde hay una amenaza real e inminente a la vida, dado que lo esencial es la supervivencia en el presente, mientras que el futuro es incierto y depende de eventos impredecibles. Esto fue planteado por Hegel, quien sostiene que la vida presente es lo que realmente importa, dejando el futuro a expensas de la contingencia G. W. F. Hegel, *supra* nota 10, pág. 241.
- 45 La idea o el derecho al bienestar vinculado a la vida está totalmente subordinado al derecho abstracto, puesto que alguien solo puede ser considerado persona desde un punto de vista normativo si respeta a los demás. Esto implica que la supervivencia es un requisito esencial para cumplir con las normas jurídicas, como lo señala J. Perdomo, *supra* nota 2, pág. 39, al sostener que un individuo solo puede ser considerado “persona” en términos normativos en la medida en que esté vivo.
- 46 En extenso, véase R. Guerra, *Estado de necesidad como conflicto de intereses una propuesta de interpretación desde la inevitabilidad* 211 y ss. (Ed. Jurídicas Olejnik, 2017).
- 47 J. Perdomo, *supra* nota 2, pág. 45.
- 48 Apropósito de bienes de menor entidad, para el estado de necesidad justificante, A. Van Weezel, *Curso de derecho penal. Parte general* 280 (Ed. UC, 2023).
- 49 I. Coca, *Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo*, 1/2011 InDret, Revista para el Análisis del Derecho 4 (2011).
- 50 *Id.*, pág. 29.
- 51 J.-M. Silva Sánchez, *Notstandsrechte und Duldungspflichtverletzungen*, en *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht —GA—* 382 ss. (2006); también, véase en J. Wilenmann, *El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal*, 3/2014 InDret, Revista para el análisis del Derecho 8 ss. (2014).
- 52 En cuanto a la omisión de socorro, es esencial establecer límites precisos sobre lo que se puede exigir, dado que la vida de la persona que brinda ayuda no debe ser comprometida sin razón en la situación específica en la que se halla.
- 53 Bajo condiciones habituales, la estructura de la libertad no viola las normas legales, a excepción de cuando se deja de prestar asistencia en una situación extraordinaria de necesidad que comprometa la vida de alguien. El auxilio activo en situaciones de necesidad se basa en el concepto cristiano del “amor al prójimo” y la necesidad existencial que emerge en una comunidad unida por la hermandad. Sin embargo, desde una perspectiva normativa, una situación de necesidad que involucre la vida como un bien jurídico debe ser analizada en términos de relaciones negativas y abstractas entre individuos, que se expresan en limitaciones legales. Es importante destacar que hay otros tipos de relaciones y comunidades que se sustentan en la solidaridad y la hermandad para proporcionar apoyo positivo, como las comunidades de confianza legítima especial. J. Perdomo, *supra* nota 2, págs. 47 s.
- 54 J. Perdomo, *supra* nota 2, pág. 49.
- 55 La filosofía de Hegel, entendida como un proceso evolutivo de la idea de libertad que culmina en el Estado ético, incorpora ambas nociones de derecho. De hecho, se podría afirmar que estas nociones respaldan tanto el concepto de libertad formal y negativa presente en la primera parte de sus fundamentos, como el concepto de libertad material y positiva contenido en su idea de eticidad. Esto evidencia el carácter histórico y contemporáneo de su filosofía.
- 56 Otto Depenheuer, *Solidarität im Verfassungsstaat. Grundlegung einer normativen Theorie der Verteilung* 260 (Books on Demand, Norderstedt, 2009).
- 57 En cuanto a las teorías que califican la solidaridad en el estado de necesidad, véase J. Wilenmann, *El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile*, Vol. XXVII, n.º 1 Revista de Derecho 214 ss. (2014).
- 58 J. Perdomo, *supra* nota 2, pág. 45.
- 59 Todos los involucrados en este conflicto poseen un derecho, pero de manera similar, también tienen un deber correspondiente hacia el otro. Esta es la condición legal y necesaria para la convivencia en la sociedad.
- 60 J. Perdomo, *supra* nota 2, pág. 56.

- 61 Dicho de manera más precisa, podemos sostener que el deber de sacrificio en casos de estado de necesidad representa la expresión general de una teoría de obligación jurídica fundamentada en restricciones negativas y prescripciones positivas, sin importar la distinción naturalista entre acción y omisión. J. Perdomo, *supra* nota 2, pág. 57.
- 62 J. Perdomo, *supra* nota 2, pág. 58.
- 63 Durante mucho tiempo, la presencia de un deber fue la condición principal para determinar la responsabilidad por omisión, debido a la connotación naturalista que el derecho penal tuvo y, según muchos, aún mantiene.
- 64 Lo que debemos cuestionarnos en la actualidad es si la madre estrangulara a su hijo con sus propias manos, ¿estaría incumpliendo un deber o no?
- 65 Indudablemente, el deber del vecino frente al niño que llora es completamente distinto (en su naturaleza) al de la madre, ya que él tiene un deber negativo (restricción) y ella uno positivo (mandato u obligación).
- 66 Así, un garante no es solo aquel que está involucrado en una relación positiva (como padres, funcionarios del Estado, etc.), sino también cualquier individuo que forme parte de una sociedad caracterizada por el anonimato, ya que se espera de él, como mínimo, un comportamiento acorde al derecho. El derecho penal busca comprender y captar la realidad y, en consecuencia, definir de la manera más precisa posible los deberes y las áreas de responsabilidad o ámbitos de competencia presentes en la sociedad. J. Perdomo, *supra* nota 2, pág. 58.
- 67 La determinación del deber de sacrificio en situaciones de estado de necesidad debe considerar al menos dos etapas: (a) la primera, la distribución o establecimiento de competencias y la medida de ponderación, donde se busca clarificar si existe o no una situación normativa real de estado de necesidad; y, (b) la segunda, la evaluación de los bienes jurídicos, donde, como se podría esperar, se lleva a cabo la verdadera ponderación. M. Pawlik, *supra* nota 8, págs. 140 ss.
- 68 Al hablar del “sujeto obligado al sacrificio” (en el contexto del estado de necesidad), nos referimos a la persona destinataria de la agresión en una situación de necesidad. Si hace un mal uso de su libertad, abusando de ella y actuando de manera antijurídica y culposa (e incluso, no culposa), así contribuye a la aparición del conflicto del estado de necesidad. Por su propia cuenta, excede su deber de sacrificio original, es decir, abandona el ámbito establecido por el derecho para dicho deber y se convierte en responsable por la situación de peligro que ha creado. Es responsable tanto por el surgimiento como por la resolución del conflicto. J. Perdomo, *supra* nota 2, pág. 61.
- 69 De manera similar a la institución de la paternidad, la interferencia en calidad de garante exige un sacrificio, en principio, sin restricciones de los intereses personales en pro del protegido o beneficiario. J. Perdomo, *supra* nota 2, págs. 62 s.
- 70 Hasta el momento, hemos establecido que ser garante implica asumir deberes (ni más ni menos), y las consecuencias de infringir estos deberes se determinarán según la importancia del deber respectivo, o más precisamente, siempre teniendo en cuenta el significado normativo-social de la violación. J. Perdomo, *supra* nota 2, pág. 67.
- 71 Al igual que el debate sobre las posiciones de garantía, se originó a partir de la insistencia en una diferenciación dogmática entre acción y omisión, es común distinguir entre el deber de tolerar pasivamente agresiones o ataques a los propios bienes jurídicos en beneficio de otro en situación de necesidad (estado de necesidad) y la exigencia de superación activa de tal situación (omisión del deber de socorro). La diferencia se percibe principalmente en la apariencia externa y en la manifestación fenomenológica del comportamiento esperado. En ambos casos, la persona obligada siempre será “dueña de la situación” y tendrá pleno control sobre su ámbito de organización. De hecho, tiene dominio total sobre la situación de necesidad y la gestiona; incluso, puede manejarla mal si se niega a proporcionar la ayuda pasiva o activa que es pertinente y exigible en ese contexto. El mundo normativo que se expresa en situaciones de necesidad siempre puede ser cambiado o configurado de manera diferente por parte de la persona obligada. La tarea del derecho penal es insistir en el mantenimiento de dicha configuración. J. Perdomo, *supra* nota 2, págs. 68 s.

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

*Para citar este artículo/To cite this article:* Gustavo Balmaceda Hoyos & Sebastián Muñoz Tejo, *Una aproximación a los deberes de sacrificio en el derecho penal*, 72 Vniversitas (2023). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj72.adsd>