

Mabel Cándano Pérez y Rodrigo Andrés Guerra Espinosa 

Reflexiones en torno a la aplicación del principio de doble efecto en el sistema jurídico penal chileno

Reflections on the Application of the Principle of Double Effect in the Chilean Criminal Legal System

Reflexões sobre a aplicação do princípio do duplo efeito no sistema jurídico penal chileno

Resumen: *En este trabajo se analiza el criterio del doble efecto en situaciones de extrema necesidad y casos de legítima defensa en materia penal. Se intenta mostrar, contra lo que señala un sector de la tradición moral clásica, que el principio justifica la ocisión de inocentes por efecto colateral. La tesis defendida en este estudio es resultado de una investigación que presenta los desafíos de la teoría del doble efecto, con el objetivo de diferenciar entre aquellas acciones en que se pretende directamente matar a un inocente y aquellas acciones en que tal muerte se produce como efecto colateral.*

Palabras clave: *doble efecto, legítima defensa, ocisión de inocentes, efecto colateral.*

Abstract: *This paper analyzes the double effect criterion in situations of extreme need and cases of self-defense in criminal matters. It attempts to show, against what a sector of the classical moral tradition points out, that the principle justifies the occlusion of innocents by collateral effect. The thesis defended in this study is the result of an investigation that presents the challenges of the theory of double effect, which requires*

 Mabel Cándano Pérez: Licenciada en Derecho. Universidad de la Habana, Cuba. Estudiante de doctorado de la Universidad de los Andes, Chile. Profesora e investigadora de Derecho comercial de la Universidad Autónoma de Chile, Chile. ORCID: 0000-0002-1406-5134.

 mmcandano@gmail.com

 Rodrigo Andrés Guerra Espinosa: Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Doctor en derecho Universidad de los Andes, Chile. Profesor e investigador de Derecho penal de la Universidad de los Andes, Chile. ORCID: 0000-0003-2540-8814.

 rguerra@uandes.cl

differentiating between those actions in which it is intended directly to kill an innocent and those actions in which such death occurs as a side effect.

Keywords: *Double Effect, Legitimate Defense, Innocent Occlusion, Collateral Effect.*

Resumo: *Este artigo analisa o critério do duplo efeito em situações de extrema necessidade e casos de autodefesa em matéria penal. Ele tenta mostrar, contra o que um setor da tradição moral clássica aponta, que o princípio justifica a oclusão de inocentes por efeito colateral. A tese defendida neste estudo é o resultado de uma investigação que apresenta os desafios da teoria do duplo efeito, que requer a diferenciação entre as ações nas quais se pretende matar diretamente um inocente e aquelas ações em que tal morte ocorre como efeito colateral.*

Palavras-chave: *efeito duplo, defesa legítima, oclusão inocente, efeito colateral.*

Recibido: 20190717

Aceptado: 20190923

Introducción

Una de las grandes problemáticas de las situaciones de peligro depende de las propias acciones del hombre o fenómenos de la naturaleza. Estas circunstancias provocan que los agentes en sociedad, tomen una serie de medidas que generen o puedan producir daño a terceros. En ciertos casos las consecuencias pueden ser de tal entidad que conlleven a la muerte de seres humanos inocentes.

Lo anterior podría acontecer, por ejemplo, cuando dos náufragos pelean por una tabla para mantenerse a flote en el mar o en caso de decidir derribar un avión que, con pasajeros inocentes, conduce un terrorista con el propósito de estrellarlo contra un edificio. En otros, podría ocurrir que una situación de peligro lleve a inducir el parto a la madre para que no perezca o bombardear un centro militar —a pocos metros de una escuela— con el objeto de terminar con una guerra.

Para enfrentar estas situaciones de peligro fue creado el principio del doble efecto. Este facilita determinar la justificación del actuar en situaciones complejas y establecer cuándo es lícito realizar una acción que tenga como efecto no deseado la muerte de personas inocentes. El responder esta interrogante posiciona al principio en una línea de argumentación que permite deliberar acerca de la permisión de este tipo de acciones.

El principio tiene sus raíces en el pensamiento tomista. Además ha sido estudiado por la doctrina neoescolástica, la filosofía analítica anglosajona y la jurisprudencia norteamericana en casos de eutanasia indirecta (Miranda, 2014, 20). Por otra parte, también tuvo reconocimiento en la disposición del artículo 119 del Código Sanitario (Ossandón, 2015, 159)⁽¹⁾ y ha sido reconocido en materia penal en los trabajos de Laura Manríquez y Michael S. Moore (Manrique, 2007, 415-434; Moore, 2007, 51).

Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina y Francisco Suárez, siguiendo los postulados tomistas realizaron consideraciones fundamentales para el Derecho penal en lo que respecta al doble efecto que merecen atenderse actualmente. Por razones aparentemente desconocidas “la voz de estos insignes tratadistas se

perdió en el vacío, mientras que la obra de Beccaria tuvo la suerte de llegar a tiempo” (Montes, 1911, 7).

Sin embargo, existe una serie de pensadores que continúan con su elaboración desde el siglo XVI hasta el XX. (Miranda, 2014, 35-109). Si bien el principio del doble efecto pareciera ser “reflejo de una teoría moral que reconoce [...] la dignidad humana” (Miranda, 2014, 18), nuestro estudio pretende demostrar algunas características de la aplicación de este en casos en los que inevitablemente se deba poner término a la vida de inocentes.

Concordamos con Letelier en que si bien actualmente hay un interés en estas cuestiones no es debido a que hayan sido tratadas por la Escuela de Salamanca, sino porque “antes se las estudió con [un] criterio teológico que no satisface al espíritu contemporáneo y ahora se requiere que se renueve su estudio con criterio científico” (Letelier, 1967, 295), pese al rechazo de incorporar este principio en el Derecho Penal por sus aparentes consideraciones en torno al efecto colateral. Estas consideraciones no permitirían atribuir responsabilidad desde el dolo de las consecuencias seguras (Wilenmann, 2016, 38; Hörnle, 2010, 11; Bascuñán, 2004, 68).

Es por ello, que esta investigación se basa en un análisis crítico del principio del doble efecto que se centra en su lógica de argumentación, en lo que concierne a la justificación del sacrificio de inocentes en casos de necesidad, en atención al sistema jurídico penal-chileno.

Asimismo, el doble efecto entrega una solución a casos denominados: situaciones de necesidad en la dogmática penal. Esto es, situaciones de peligro actual o inminente en las cuales se generan conflictos de interés. En estos, en ciertas ocasiones se puede entrar en la problemática de sortear la situación de peligro a través del sacrificio de inocentes, sin existir de por medio una agresión ilegítima en los términos de la legítima defensa, en conformidad a lo establecido en el artículo 10 N° 11 del Código penal chileno (Guerra, 2017).

De hecho, es común que los manuales o tratados de Derecho Penal chilenos aborden estas situaciones conflictivas de peligro actual o inminente en relación con el estado de necesidad exculpante, institución que suele vincularse con el caso de la tabla de Carnéades (Cury, 2005, 377-378). No obstante, debemos señalar, que en la dogmática penal nacional dominante hay un rechazo a justificar el sacrificio de personas inocentes como consecuencia de una acción de salvamiento (Cury, 2005, 378).

Ahora bien, en el denominado estado de necesidad defensivo, reconocido en la dogmática y el ordenamiento jurídico alemán, parecería que, excepcionalmente, podríamos contemplar la posibilidad de sacrificar vidas humanas inocentes en hipótesis de necesidad (Roxin, 1997, 708). Sin embargo, esta institución no es parte de nuestro ordenamiento jurídico (Guerra, 2018). Pero la incorporación del principio del doble efecto como un criterio de razonamiento jurídico, considerando la formulación del estado de necesidad del art. 10 N° 11 del Código penal chileno, podría permitir entregarle un rol en la justificación en la muerte colateral de inocentes, porque la disposición en comento permite el sacrificio de cualquier bien jurídico.

De acuerdo con lo que ya hemos indicado, en este estudio analizaremos la recepción del mencionado principio en la dogmática nacional. En segundo lugar, nos centraremos en los límites del ejercicio de una defensa desde el mencionado principio. En tercer lugar, nos enfocaremos en el tratamiento que realiza el doble efecto del caso de la tabla de Carneádes. En cuarto lugar, nos pronunciaremos sobre la licitud de matar a personas inocentes en situaciones de peligro.

Sin embargo, no analizaremos el rendimiento práctico del principio en torno a la institución jurídica del estado de necesidad defensivo o agresivo, porque requeriría un estudio pormenorizado o monográfico de dichas instituciones en el modelo jurídico alemán⁽²⁾. Asimismo, el trabajo tiene por objetivo principal analizar cuándo el principio justificaría acciones por medio de grados de subjetivación que pueden afectar los criterios de atribución de responsabilidad. Por ello, la enunciación al estado de necesidad defensivo y agresivo en este artículo, solo tiene por propósito una finalidad ilustrativa en torno al posible rendimiento del doble efecto en el sacrificio de vidas humanas.

En síntesis, buscamos determinar cuál es el razonamiento que justifica en el doble efecto, jurídicamente, la muerte de seres humanos inocentes en situaciones de necesidad y descartar la aplicación del principio en el plano de la moral (Miranda, 2012, 364).

Reconocimiento del principio en la dogmática penal

En la actualidad la doctrina del doble efecto tiene aplicación en diversos campos del Derecho. Ya desde el campo del Derecho Civil, en materia de responsabilidad extracontractual, que pasa por ser un intento de construcción doctrinal en el

baremo de perjuicios tentados y no intentados, a problemas relacionados con la ocisión de inocentes en casos de guerra, eutanasia, craneotomía, aborto o comprensiones operativas del principio de proporcionalidad en materia constitucional. Así se observa nítidamente tanto en autores de la escolástica como filósofos contemporáneos que el principio es una herramienta de argumentación en casos difíciles (Miranda, 2014, 28-31).

En dichos autores, la tentación filosófica se hace una con la dogmática penal, con los matices que sea preciso indicar en una u otra posición. Así las cosas, en la dogmática penal se ha tratado de dar lugar al principio en la distinción dolo eventual y culpa consciente de Laura Manríquez. Sin embargo, este uso del principio tendría por propósito poder distinguir, en relación con la graduación de la responsabilidad, el nivel de representación del resultado.

De este modo, el principio no se derivaría de una estructura propia de las justificantes (Miranda, 2014, 160-165). Si bien las categorías voluntad directa e indirecta pueden ser utilizadas para atribuir responsabilidad, estas no tienen la misma funcionalidad en el principio del doble efecto. El principio busca justificar las acciones, a través de la distinción voluntad directa e indirecta, y no la distinción entre dolo eventual y culpa consciente. Únicamente un autor de la escolástica permitiría sustentar la posición de Manríquez.

El tratamiento del doble efecto en materia penal es el objeto de esta sección. Una sección de la aplicación del doble efecto en el estado de necesidad y su rechazo en la legítima defensa. Es decir, lo que la doctrina clásica y contemporánea comprende por tal y lo que por tal debemos nosotros entender para hacer posible su aplicación en el sistema jurídico chileno. Es entonces cuando la doctrina del doble efecto experimenta una normativización adecuada a los parámetros del Derecho penal actual. También en esta sección se hace notar una tendencia de la doctrina penal que se percibe en el sistema chileno: la tendencia a no reparar en la comprensión de la intención directa e indirecta y la importancia de su tratamiento fenomenológico.

La importancia que se le ha conferido en materia penal al principio del doble efecto no ha sido considerable en el sistema jurídico chileno. Como se puede observar en la doctrina nacional son pocas las menciones que recibe el principio del doble efecto e incluso se ha sostenido que constituye excepcionalmente un razonamiento que permite intervenir en situaciones de peligro para salvar la vida de la madre durante el embarazo, acción de salvamiento que tendrá por efecto no deseado la muerte

del no nacido (Bertelsen y García, 2015, 188; Ossandon, 2011, 325-369).

En los últimos años, el tratamiento del principio en la doctrina penal nacional e incluso civil ha sido escaso, no se hacen mayores reparos en artículos científicos respecto de los rendimientos del mismo o se distorsiona su uso (Banfi del Río, 2015, 793-796). Y, es frecuente que se le dé un tratamiento muy sucinto que no considera su desarrollo en obras de filosofía analítica contemporánea en la legítima defensa (Guerra, 2018). Línea de interpretación subjetiva de la legítima defensa que en la escolástica sustentó Cayetano o Tomás de Vio, quien interpretó el pasaje de Santo Tomás, presente en la Suma Teológica, relativo a la defensa privada occisiva, desde el voluntario indirecto o doctrina del doble efecto.

Cayetano consideró por su parte, que no era posible intentar deliberadamente la muerte del malhechor, pues esta solo puede ser una consecuencia del fin necesario de conservar la propia vida. Por ello, la muerte del agresor o efecto malo puede ser solo *praeter intentionem*; es decir, la muerte del agresor no puede ser querida como fin o medio (Miranda, 2014, 59; Soto, 1968, 402, Lib. V, q. 1, art. VIII; García, 1990, 100)⁽³⁾. Esta interpretación de Cayetano llevó a la doctrina penal a rechazar la aplicación de la denominada *moderamen inculpatae tutelae* en la legítima defensa, porque de ella se desprendería que el agente debe preferir huir antes que confrontar al agresor e incluso la muerte de este solo podría darse por un efecto colateral de la defensa. Por ende, no sería lícito tener la intención deliberada de matar al enemigo, porque la finalidad de la acción es la autoconservación (Vio, 1773, 64, a. 7).

Aceptar la posición de Cayetano, efectivamente retrotraería la dogmática penal hasta antes de Berner, porque exigiría al agente el actuar en su fuero interno con la intención de defenderse y no con la intención deliberada de matar al agresor (Guerra, 2017). De ahí que uno de los aportes de Berner a la dogmática ha sido apreciar la legítima defensa en términos objetivos, alejándose de exigencias psicológicas concernientes al fuero interno del agente (Berner, 1898, 107; Kindhäuser, 2013, 71).

En cambio, Domingo de Soto estableció que la expresión *moderamen inculpatae tutelae* contempla la intención directa de matar al agresor, incluso siendo lícito “buscar con la espada la garganta del enemigo” (Soto, 1968, 402, Lib. V, q. 1, art. VIII). Más aún, el autor afirmó que “quien ve a un enemigo dirigirse directamente a él con la espada desenvainada, y teme no poder defenderse llegados a las manos, puede desde lejos derribarlo en tierra disparándole una flecha o arrojándole otro objeto. Esto quiere decir: *cum moderamine inculpatae tutelae*.”

Por consiguiente el pensamiento de Santo Tomás es claro, y sencillamente natural [...]” (Soto, 1968, 402-403). Soto sostuvo que si bien se puede considerar huir, herir o solicitar la paz al enemigo, antes que matarlo, “no hay razón [...] que imponga la obligación de atender a tantas dificultades; ya porque la condición del agredido, una vez que otro le hace injuria, merece ser favorecida [...]” (Soto, 1968, 402, Lib. V, q. 1, art. VIII). Por ello, la categoría de *moderamen inculpatae tutelae* no puede ser interpretada desde una necesidad inevitable carente de todo contenido humano.

Incluso Soto es crítico de la posición de Cayetano, indicando que esta “encierra [una] oscuridad metafísica”(Soto, 1968, 402, Lib. V, q. 1, art. VIII). Oscuridad que se identifica en el hecho de que es lícito dar muerte al enemigo para defenderse, pero es ilícito elegir “la muerte [...] como un medio” (Barrientos, 1998, 97). Soto señaló que de “la elección del medio que se cree necesario se sigue la voluntad decidida a conseguir el fin [...]”⁽⁴⁾.

Esta expresión —*moderamen inculpatae tutelae*— también la rescata Berner en su obra *De impunitate propter summam necessitatem proposita*, en la que planteó dos cuestiones fundamentales: la primera es si a un tercero le es lícito, en favor de alguien que es oprimido por alguna necesidad, ofender el derecho de propiedad; y la segunda es si se puede dar un derecho de defensa *jus defensionis (moderamen inculpatae tutelae)* (Berner, 1861, 14-15) a quien es afectado en su derecho patrimonial por una agresión en estado de necesidad.

Berner consideró que en el primer caso se puede impunemente (*impune posse*) actuar en favor de un tercero cualquiera, relacionado o no al agente, en una situación de peligro grave para la vida o la integridad física de aquel, ofendiendo la propiedad ajena. Pero en el segundo consideró que no compete (*non competere*) otorgar un derecho de defensa de la propiedad (*ius defendendae proprietatis*) respecto de una agresión legítima no culpable (distinguiéndolo de la legítima defensa) (Berner, 1861, 14-15).

Pero sucede que, donde realmente se reconsideró el uso de la expresión, tanto en el campo del estado de necesidad como en la legítima defensa, es en Carrara (Jiménez de Asúa, 1995, 206; Carrara, 1988, 209, § 302)⁽⁵⁾, quien en su Programa de Derecho Criminal estableció que en ambos casos la conducta no es punible, aunque se genere un hecho contrario al ordenamiento jurídico-penal, si presenta los elementos esenciales de la *moderamen inculpatae tutelae* o necesidad (Carrara, 1988, 209, § 302).

Para Carrara, las dos figuras se basan en la misma regla fundamental: no haber excedido los respectivos límites, tanto en el obrar (estado de necesidad) como en el reaccionar (legítima defensa), considerando lo que requiere la necesidad de salvarnos. Aunque puedan variar los requisitos entre estas figuras, debemos retrotraernos “hasta la máxima de que todo derecho tiene por contenido necesario la facultad de su propia defensa” (Carrara, 1988, 200, § 287). Fundamento de la facultad de la propia defensa que Carrara desprende de la obra de Tissot de 1875, en la cual este sostuvo que los derechos podían ser relativos a las necesidades físicas de aplicación primaria y de adquisición derivada.

Por otro lado, los derechos son aquellos relativos a la conservación de la vida, la salud, la inviolabilidad de la persona, el derecho de procurarse los alimentos, la vestimenta, un techo y los medicamentos. Derechos que se deben adquirir en medios de bienestar y perfeccionamiento para disponer libremente de ellos. Tissot, respecto del derecho de proteger la vida o la persona contra injusta agresión, sostiene que la inviolabilidad de la existencia humana tiene por derecho la defensa, cuyo límite está determinado por la magnitud del ataque. La libertad exterior forma parte del derecho de la inviolabilidad de las personas. Nadie puede, en virtud de la naturaleza humana, atentar lícitamente contra la vida de otro. La agresión da derecho a defenderse por todos los medios necesarios, lo que provoca que se diga que el derecho a la defensa es infinito (Tissot, 1875, 285).

Campo de aplicación del principio: la muerte de inocentes por efecto colateral

El ámbito de aplicación del doble efecto, en el campo del razonamiento jurídico es importante situarlo en el examen de la licitud o ilicitud de una acción que produce o puede producir dos efectos. Esta distinción entre un efecto bueno y malo en la acción denota la relevancia de distinguir entre lo directamente voluntario e involuntario. El efecto es intentado cuando la acción se dirige al propósito que pretende el agente. En cambio, el efecto es no intentado o colateral cuando la acción no se dirige al propósito que busca el agente.

En conformidad a esta diferenciación, es que la lógica de base del principio responde a que una persona no es responsable de todos los efectos que se derivan del ejercicio de su acción de salvamiento. Así pues, solo se deriva responsabilidad para esta cuando deliberadamente produce un efecto malo. Por ello, esta forma de razonamiento adquiere relevancia en aquellos casos en los cuales con certeza se conoce

el resultado que se obtendrá.

Así, el principio ha sido aplicado en el derecho de guerra, en casos de bombardeo estratégico, aborto indirecto (Cándano y Guerra, 2018), histerectomía, embarazo ectópico, craneotomía, eutanasia indirecta, esterilización indirecta, el uso de anticonceptivos, en casos de separación de siameses, en interrogatorios que provoquen el quiebre psicológico del detenido, en la modificación genética germinal en terapias genéticas somáticas, en la venta de medicamentos que puedan provocar colateralmente daño a los pacientes, la producción de energía nuclear, el impacto ambiental de una actividad empresarial y en la defensa de los programas de discriminación positiva (Miranda, 2014, 22-31).

Sin embargo, desde nuestra perspectiva su verdadero rendimiento se encuentra en la resolución de casos de extrema necesidad en los cuales debe determinarse si es lícito o ilícito el sacrificio de vidas humanas. En esta línea, se ha sostenido que ante “la malicia intrínseca del homicidio, esto es, de la elección de matar a un ser humano inocente, sería suficiente para el desarrollo y la justificación [del] [principio]” (Miranda, 2014, 124). Así pues, en atención a la restricción que se realiza en el sacrificio de inocentes por efecto colateral y no directo de la acción se encontraría el rendimiento práctico del principio. Por ello, la aplicación del principio para justificar casos de contaminación ambiental, responsabilidad extracontractual, entre otros casos, no es necesaria. Pues bien, sería suficiente una razón proporcionada.

Por ende, para la tradición tomista “no hay ningún problema con que un acto que conlleva un efecto malo sea justificado sólo por la importancia del fin que se pretende alcanzar” (Miranda, 2014, 501). Por ello, la distinción intentado/colateral adquiere relevancia en el plano jurídico-penal en el sacrificio de la vida de inocentes.

De este modo, el necesitado (destinatario de la norma) en una situación de peligro actual o inminente, un agente racional que puede sopesar las consecuencias que le reporta realizar una determina acción de salvación, se ve conminado a buscar alternativas que solo justifiquen la muerte de un inocente por efecto colateral. De ahí que la occisión directa solo podría dar lugar a una eximente incompleta de estado de necesidad. Lo cual permitiría explicar el concepto jurídico indeterminado de mal desde un universo kantiano, y evitaría instrumentalizar al inocente afectado por la acción del necesitado.

El estado de necesidad debe ser, entonces, interpretado por todos a través de un parámetro no consecuencialista; su ejecución no tiene por fin justificar o exculpar la acción directa de inocentes. Discrepa, por tanto, esta posición de la tesis consecuencialista de contemporáneos que niegan la existencia de criterios morales absolutistas en casos de estado de necesidad (Guerra, 2018, pp. 98 y ss.).

En Finnis podemos observar que el daño a la propiedad difiere del daño que se puede provocar a una persona. Por ello, en este último caso sería suficiente una razón proporcionada. En este orden de ideas, la propiedad es un bien instrumental que puede ser dañado en una situación de emergencia en consideración de una razón proporcionada, sin tener que acudir a la distinción intentado/colateral (Finnis, 1995, 229-247). Por ello, el doble efecto “nunca será verdaderamente la vía para justificar una acción que causa a sabiendas la destrucción de un bien material. En cambio, será la única vía para justificar, por ejemplo, una acción que causa a sabiendas la muerte de una persona inocente” (Miranda, 2014, 179).

Por su parte, podemos observar que, si bien existe reticencia en la dogmática por incorporar la distinción voluntad directa e indirecta en la justificación de acciones, no existiría problema alguno en introducir dichas categorías en lo que concierne a las figuras preterintencionales.

Así pues, en este sentido como las categorías *per se* (efecto intentado) y *per accidens* (efecto colateral) cumplen una función en la resolución de casos concretos. En estos el agente pretende un resultado menos lesivo del que finalmente se produce. Conforme con ello, no comprendemos por qué dichas categorías no pueden ser introducidas en la justificación de conductas a propósitos de casos de estado de necesidad. La respuesta a esta interrogante posiblemente la entrega Carpsov en el uso que realiza de estas categorías para crear el dolo indirecto y también en el desconocimiento de los aportes de la Escuela de Salamanca en la resolución de problemas relativos a casos de guerra, entre otros, propios del estado de necesidad en materia penal. Es entonces cuando adquiere relevancia en la respuesta dirigirnos a la expresión *moderamen inculpate tutelae*.

Parece, así, que la expresión *moderamen inculpate tutelae* se incorpora en la legítima defensa como manifestación de la necesidad racional del medio empleado o reacción proporcionada en atención. Ello, según la entidad de la agresión y los elementos fácticos involucrados en un escenario de legítima defensa. Sin embargo, en el estado de necesidad la moderación de una defensa inculpada nos parece que

responde a los parámetros del doble efecto en el caso de terminar con la vida de inocentes por efecto colateral. De confundir ambas cuestiones se incurre en una interpretación errada del principio del doble efecto en materia penal. Y de esto acusa la dogmática penal que se ha dedicado a evitar lecturas propias de un ánimo defensivo en la legítima defensa. Es decir, en caso de concurrir fácticamente cada uno de los requisitos de esta eximente en cuestión.

El doble efecto tiene, así, sus elementos en contacto con los presupuestos dogmáticos del Derecho penal. Por ello, no podemos reducir el ejercicio de la legítima defensa o el estado de necesidad a una mera conexión psicológica entre el hecho y el agente. Pues bien, los presupuestos fácticos del caso nos permiten desprender cuál sería el propósito de la acción. Presupuestos en los cuales la declaración incluso del mismo imputado sería una más de los elementos o indicativos a considerar de la prueba del dolo en el proceso.

Solución del principio en el caso de la tabla de Carneádes

El principio del doble efecto es un principio de razonamiento práctico que ha tenido lugar en situaciones complejas, vinculadas con estados de necesidad, en las que se dé lugar al sacrificio de terceros inocentes. El principio precisa que la acción sea lícita, necesaria y proporcionada. La licitud de la acción recae en un acto intrínsecamente bueno (idoneidad); la necesidad alude a la selección del medio menos lesivo para alcanzar el efecto bueno (proporción entre la acción y su fin) y, finalmente, una proporcionalidad en sentido estricto que implica sopesar la gravedad del peligro que conlleva realizar el acto a pesar de su efecto no deseado (proporción entre el efecto bueno o efecto intentado y el efecto malo o efecto colateral)(Guerra, 2017, 290-298; 455-467).

Realizada esta descripción básica de los requisitos del principio, se puede observar una propuesta de solución al problema de la tabla de Carneádes en la obra de Fernández Concha. Plantea la variante del caso en que dos naufragos se encuentran a una distancia equivalente de la tabla y pelean por ella para sobrevivir. En dicha modalidad del caso considera diferentes antecedentes. Primero, ninguno de ellos tiene derecho a la tabla o un derecho de propiedad sobre ella; es decir, la tabla se encuentra desocupada. Segundo, tampoco la apropiación de esta presta utilidad a los naufragos, porque si ambos la retienen al mismo tiempo no pueden sobrevivir, debido a que solo puede mantener a uno en la superficie.

Dados estos presupuestos, Fernández sustenta que ninguno de los naufragos afecta el derecho del otro al intentar apoderarse de la tabla. La acción de los naufragos no puede ser catalogada como una agresión injusta de uno en contra del otro. Por ello, el hecho de apoderarse de la tabla permite al otro agredir a su contraparte, sumergiéndolo en el agua. Para Fernández, se podría sostener que la acción de cada uno de los naufragos es la fuente de peligro para el otro, en cuanto es una barrera para apoderarse de la tabla. Impedimento que en ningún caso es un derecho que pueden ejercer los naufragos, porque la tabla no es de nadie y puede ser ocupada por cualquiera de estos al carecer de dueño (*res nullius*).

Este razonamiento sufre un grave problema, debido a que se admitiría una guerra justa entre los naufragos para apoderarse de la tabla, en la cual faltaría la existencia de obligaciones correlativas entre los agentes en cuestión. En este supuesto Fernández llega a la conclusión de que no es posible aplicar al caso el “derecho de la propia defensa contra la injusta agresión” (Fernández, 1966, 44). Recurre al principio del doble efecto, sosteniendo que una acción es lícita “de suyo no inmoral que produce dos efectos inmediatos y proporcionados, uno bueno y otro malo, con tal que se quiere aquél y no éste”. Según este autor, los agentes no tienen la intención de quitarse la vida entre sí, sino más bien salvar la propia.

En el caso de la tabla, para el principio del doble efecto, no se introduce una colisión de derechos, ya que ambos tienen el derecho de apoderarse de una tabla que no pertenece a nadie. Finalmente, el naufrago que le “quita la tabla al otro, no es causa directa ni indirecta de la muerte de éste” (Fernández, 1966, 44). Asimismo llega a sostener que el quitar la tabla no genera la muerte del otro, porque directamente: la privación de la tabla no influye positiva sino negativamente en la muerte del naufrago, y así es que cabe en lo posible que, sin dicha tabla, logre salvarse; ni tampoco indirecta, puesto que, manteniéndose el estado de cosas, esto es, siguiendo la tabla retenida por ambos, había él de perecer por efecto de la misma (Fernández, 1966, 44).

En resumidas cuentas, el principio del doble efecto permitiría justificar la acción de cada uno de los naufragos. Este razonamiento en materia penal debe lidiar con el problema del concepto de dolo, además de las posibles críticas jurídicas. Concepto que se encuentra liberado de la intención en los términos en que lo plantea el principio en comento. Por ejemplo, cuando el naufrago se queda con la tabla, tiene conocimiento de que mata a la contraparte. Este conocimiento es suficiente para imputarle responsabilidad por su acción. La acción no podría dar lugar a la justificación, porque dicha acción es constitutiva de homicidio. Sin embargo, no

puede exigirse moderación en el caso en cuestión, porque no existe motivación alguna que incida en el sujeto ante el peligro de perder su vida (Kant, 1968a, 236).

Problemática de la intención colateral en el campo de la justificación

Hay que considerar que el ingreso del doble efecto, en el campo de las justificantes, parece admitir la invasión de una perspectiva excesivamente subjetiva en el Derecho Penal (Bascuñán, 2004, 68). Si se exigiera al agente que la salvación fuera su motivación, daríamos lugar a un Derecho Penal del sentimiento (Trapero, 2000, 164). Así, se ha negado la posibilidad de considerar como antijurídico el ejercicio, con mero conocimiento e incluso con la voluntad de dañar a alguien, de una causal de justificación (Frisch, 1987, 136 y ss.; Fernández, 2015, 75).

En todo caso, de defender la posición del doble efecto se debería enfrentar la tarea de llenar de contenido esa intención. Así, considerando la interpretación de la expresión “para evitar un mal grave para su persona o derechos o los de un tercero” presente en el art. 10 N° 11, tendría que definirse una lista de todos aquellos actos intrínsecamente malos o buenos que conducen a la realización de una acción⁽⁶⁾. Situación que no sucede de considerar las disposiciones del ordenamiento (Molina, 2009, 28). De ahí que aunque se reconozca en la dogmática penal la presencia de elementos subjetivos, en el tipo o en las causales de justificación, su orientación interpretativa tiende al conocimiento. Tendencia en la cual se niega la necesidad de exigir un cierto ánimo al agente en el ejercicio de la causal (Trapero, 2000, 287-288, 475).

Asimismo, la existencia del concepto de dolo indirecto dificultaría más las cosas, porque “es posible que el espíritu del *dolus indirectus* perviva hoy en día en el juicio de previsibilidad que se realiza en la imputación objetiva, en el que no se indaga el contenido de representación del autor concreto, sino que se utilizan criterios sobre lo que es previsible para un hombre medio” (Ragués I Vallès, 1999, 58-59)⁽⁷⁾. De todos modos, existe un contenido subjetivo en las causas de justificación que puede identificarse con un aspecto cognoscitivo (Puppe, 1992, 40 y ss.; Frisch, 1983, 90; Ragués I Vallès, 1999, 275 y ss; Fernández, 2015, 76). Aspecto que para un sector de la doctrina conlleva que el agente conozca la situación objetiva de la justificante que permite su conducta y, para otro, que solo estime la posibilidad de un supuesto de justificación (Fernández, 2015, 76).

La dificultad de incorporar un elemento como la intención, propio de la psique del agente, radica en su demostración ante un proceso. Esto ha llevado a la dogmática a entender el dolo como una valoración y no una constatación; es decir, el dolo se encamina a un modelo de imputación normativo que se origina a partir del intérprete (Tassi, 1992, 146; Ragués I Vallès, 1999, 357 y ss.; Busato et al., 2008, 35 y ss). Exigir un especial estado de ánimo al agente en la legítima defensa (*animus defensionis*) o en el estado de necesidad (*animus salvationis*) es una variante propia de la tesis voluntarista, que no puede ser reconducida a la intención, porque introduce el riesgo de desatender los presupuestos objetivos de la justificación (Fernández, 2015, 79).

Ahora bien, la intención que sostiene el principio del doble efecto, posiblemente, se reconduce a lo que se conoce en doctrina penal como los motivos que recaen en la conducta del agente (Alwart, 1983, 453; Steinbach, 1987, 212-214; Rodríguez, 1978, 331; Sanz Morán, 1993, 35; Fernández, 2015, 84). Cuando la intención se desenvuelve en el contexto de los móviles, se exige un componente que va más allá del contenido volitivo, recurriendo a la formación de la voluntad, prescindiendo de los presupuestos fácticos (Frisch, 1987, 137-138). Postura que es rechazada por la doctrina dominante (Fernández, 2015, 84).

Asimismo, en contra de una posición voluntarista aparece una cognoscitiva de los presupuestos subjetivos de justificación. Esta tesis exige solo al agente que conozca o reconozca los presupuestos objetivos de la justificante, sin requerir una valoración de la conducta unida a un especial ánimo de defensa o salvación⁽⁸⁾. Tendencia dominante que responde a la “progresiva normativización del presupuesto subjetivo, que tiene lugar como reacción a una excesiva subjetivación del injusto inducida en su tiempo por el finalismo” (Fernández, 2015, 84-85)⁽⁹⁾.

De conformidad a lo anterior, sería inadmisibles negar el conocimiento de que al tomar la tabla estamos matando a un ser humano inocente. También lo sería el caso de que un montañista, arrastrado por su compañero que cuelga en un precipicio, decida cortar la cuerda para no morir. En estos casos el agente no podría sostener que simplemente corta una cuerda, porque su acción está deliberadamente matando a su compañero⁽¹⁰⁾. La relación entre la conducta y el resultado no depende de la intención, sino del conocimiento que se exige en el campo del Derecho penal⁽¹¹⁾. Así pues, la elección de tomar la tabla o cortarla cuerda implica conductas que infringen la regla de comportamiento. El comportamiento afecta la dignidad humana, es ilícito, pero se exculpa por la imposibilidad de cumplir con la regla en el caso concreto.

A la luz de estas consideraciones, es posible afirmar que el doble efecto tiene un tratamiento excesivamente subjetivo de la intención. Este tratamiento dificulta su incorporación en situaciones de estado de necesidad. Dificultad que no merma sus aportes en la disolución de una doctrina consecuencialista. Por ello, nos parece que la recepción del doble efecto requiere estar condicionada por un tratamiento fenomenológico de la intención. Así, la intención, debe ser comprendida como una unidad, es decir, una unidad entre la conciencia y el objeto que se desprende de los presupuestos fácticos del caso. Es entonces cuando adquiere todo su sentido el doble efecto.

La exposición de esta sección permite calificar el doble efecto en las siguientes notas: fenomenología, voluntad indirecta y criterio axiológico en el concepto jurídico indeterminado de mal del estado de necesidad. Con ello, nos parece que queda abierta en Derecho penal la posibilidad de aplicar el doble efecto. Es más, según entendemos, bien puede decirse que es *el* criterio para resolver casos en los que esté en juego la vida de inocentes. Baso la calificación fenomenológica en la concepción finalista (Larenz, 1980, 133-134).

¿Cuáles son, entonces, los fundamentos del principio del doble efecto para justificar la muerte de inocentes por efecto colateral en casos de estado de necesidad? Han de desprenderse de sus tres requisitos generales: acción lícita, necesaria y proporcionada. En concreto, el sujeto debe: I) realizar una acción que busque evitar un mal grave contra su persona, derechos o los de un tercero; II) seleccionar el medio menos lesivo; III) que el mal causado (efecto colateral) no sea sustancialmente superior al que se pretende evitar (efecto directo); y IV) que el necesitado no haya generado la situación de peligro o tenga el deber de tolerarla. Y para sintetizarlo en una fórmula que resuma su contenido: La intención colateral responde a una extensión de la conciencia sobre el objeto que desprende de los presupuestos del caso en concreto.

Sin la finalidad de describir profusamente la repercusión del doble efecto en el estado de necesidad, es preciso atender a un punto que ha quedado claro: que el estado de necesidad encuentra solo solución en un criterio anterior a la disposición, ya sea en el caso del art. 10 N ° 11 del Código Penal chileno o en otras disposiciones como la del art. 27 del Código Penal uruguayo.

Pues bien, “está exento de responsabilidad el que, para defender su vida, su integridad física, su libertad, su honra o su patrimonio, ataca alguno de estos dere-

chos en los demás, con tal que el mal causado sea igual o menor que el que tratare de evitar, que éste no haya sido provocado por su conducta y que revista el doble carácter de inminente e inevitable”. Ello, siempre y cuando el necesitado no tenga “el deber de afrontar el mal ni al que intentare prevenir el mal que amenazara a terceros ...”. En concreto, la ponderación de males encontraría su ámbito idóneo en universidad ético, y no en el orden normativo del ordenamiento jurídico. Y ello, con independencia de las divergencias sobre el criterio axiológico que guía la ponderación de males.

Conclusiones y balance

De todo lo expuesto podemos obtener las siguientes conclusiones:

1) Ha llegado la oportunidad de reflexionar sobre los riesgos de incorporar el principio del doble efecto en situaciones de estado de necesidad que conlleven el sacrificio de seres humanos.

2) Esta reflexión no puede dejar de lado una conjunción entre el derecho penal y la filosofía moral, en el marco de una moral intersubjetiva que considera la existencia de prohibiciones morales.

3) El principio del doble efecto permite poner de manifiesto diferencias significativas con los paradigmas de los universos éticos del moral absolutismo y el consecuencialismo, que de todas formas resultan compensados en su aplicación, esto es, la reflexión acerca de la licitud o ilicitud de la conducta sin dejar de sopesar los efectos de esta.

4) Toda restricción del principio del doble efecto, en el campo de la dogmática jurídico-penal, se centra en la posibilidad de atribuir responsabilidad a través del dolo de las consecuencias seguras.

5) La discusión relativa a estas materias, como es evidente, tiene incidencia en el campo de los derechos fundamentales que formar parte de la Constitución. Por ello, es ineludible la concreción de estos derechos a partir de una posición axiológica o precompresión que dé contenido el concepto jurídico indeterminado de mal, contenido en el art. 10 N° 11 del Código penal.

Referencias

- Acosta Sánchez, J. D. (2013). Artículo 10 N. 7° y 11° del Código Penal. Algunos criterios de delimitación. En Van Weezel (ed.), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Agamben, G. (2004). *Estado de excepción: Homo sacer, II, I* (trad. Flavia Costa e Ivana Costa). Valencia: Adriana Hidalgo Editora.
- Alwart, H. (1983). *Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht*, GA.
- Anscombe, G. E. M. (2001a). Medalist's Adress: Action, Intention, and 'Double Effect'. En Woodward (ed.), *The Doctrine of Double Effect. Philosophers Debate a Controversial Moral Principle*. Indiana: University of Notre Dame.
- Anscombe, G. E. M. (2001b). War and Murder, en Woodward (ed.), *The Doctrine of Double Effect. Philosophers Debate a Controversial Moral Principle*. Indiana: University of Notre Dame.
- Baldó Lavilla, F. (1994). *Estado de necesidad y legítima defensa: Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*. Barcelona: Bosch.
- Banfi del Río, C. (2015). El principio del doble efecto y la responsabilidad civil. En Vidal Olivares, et al. (ed.), *Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valparaíso 2014 (pp. 793-80). Santiago de Chile: Thomson Reuters-La Ley.
- Barrientos, J. (1998). El pensamiento económico en la perspectiva filosófico-teológica. En Gómez Camacho y Robledo (ed.), *El pensamiento económico de la Escuela de Salamanca*. Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca.
- Bascuñán, A. (2004). La píldora del día después ante la jurisprudencia, *Revista de Estudios Públicos*, 43, 89. Recuperado de http://www.cepchile.cl/1_3389/doc/la_pildora_del_dia_despues_ante_la_jurisprudencia.html#.U3o5cSnYBOW.
- Baumann, G. (1995). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*. Bielefeld: Gieseking.

- Berner, A. F. (1861). *De impunitate propter summam necessitatem proposita*. Berolini: Schade. Recuperado de http://books.google.cl/books?id=bAZEAAAACAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.
- Berner, A. F. (1898). *Lehrbuch des Strafrechts*. Recuperado de <http://koriath.jura.uni-saarland.de/textsammlung/uploads/Autoren/Berner.pdf>.
- Bertelsen Simonetti, S. y García Palominos, G. (2015). La protección del derecho a la vida y el estatuto del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos. En Aguirrebazabal/Bertelsen (eds.), *El aborto. Perspectiva filosófica, jurídica y médica. Cuadernos de extensión jurídica*, 27, 177-200.
- Bockelmann, P. y Volk, K. (2007). *Direito Penal. Parte Geral*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Busato, P.C., Martínez-Buján Pérez, C., Díaz Pita, M. (2008). *Modernas tendencias sobre o dolo em direito penal*. Río de Janeiro: Lumen Juris.
- Byrd, S. (1989). Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution, *Law and Philosophy*, 8.
- Carrara, F. (1988). *Programa de Derecho Criminal. Parte General. Volumen I* (trad. J. J. Ortega Torres y J. Guerrero). Bogotá: Temis.
- Cándano Pérez, M. y Guerra Espinosa, R. (2018). Responsabilidad penal médica: consideraciones en la aplicación del principio del doble efecto, *Revista Médica Electrónica*, 40(4), 1232-1244.
- Coca Vila, I. (2011). Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, (1), 1-40. Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/789.pdf>
- Contreras, S. (2013). La determinación del Derecho en Domingo de Soto y Francisco Suárez. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección Historia del Pensamiento Jurídico*, 655-680. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/rehj/n35/a21.pdf>

- Cousiño Mac Iver, L. (1979b): *Derecho penal chileno*. Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Couso Salas, J. (2011a). Comentario al art. 10 N° 4 del Código Penal. En Couso/Hernández (dir.). *Código Penal Comentado*. Parte General. Doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Covarrubias, D. (1594). Tandem in Reg. peccatum.de regu. iur. lib. 6, en *Omnium operum*, tomus secundus. Italia-Turín: Augustae Taurinorum, apud Ioan. Dominicum Tarinum. Recuperado de <http://digibug.ugr.es/handle/10481/10272>
- Cury, E. (2005). *Derecho Penal. Parte General*, Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- De Aquino, S. T. (2006). *Suma de Teología II. Parte I-II* (trad. J. M. Rodríguez Arias). Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Ebert, U. (1993). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Heidelberg: C.F. Müller.
- Eiranova Encinas, E. (1998). *Código Civil Alemán Comentado BGB*. Madrid: Marcial Pons.
- Etcheberry Orthusteguy, A. (1998a). *Derecho Penal. Tomo I*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Fernández Concha, R. (1966). *Filosofía del derecho o Derecho natural, dispuesto para servir de introducción a las ciencias legales*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Fernández, G. D. (2015). *El elemento subjetivo de justificación en Derecho penal*. Buenos Aires: B de F.
- Finnis, J. (1995). Intention in Tort Law. En Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Frisch, W. (1987). Grund – und Grenzprobleme des sogenannten subjektiven Rechtfertigungselement, *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*. Berlin: de Gruyter.

- Gallas, W. (1979). Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriff, *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*: München, Beck.
- García López, J. (1990). *Individuo, Familia y Sociedad. Los derechos humanos en Tomás de Aquino*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- García-Huidobro, J. y Miranda, A. (2013). Sobre la licitud de la destrucción de una aeronave. *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), (2), 351-371. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v20n2/art13.pdf>
- Giuliani, U. (1970). *Dovere di Soccorso e Stato di Necessità del Diritto penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- Greenawalt, K. (1986). Distinguishing Justifications from Excuses, *Law & Contemporary Problems*, 49(3), 89-108. Recuperado de <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3860&context=lcp>
- Guerra Espinosa, R. A. (2017). Ambivalencia en el principio del interés preponderante. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (49), 187-215.
- Guerra Espinosa, R. (2017). *Estado de necesidad como conflicto de intereses: una interpretación: una propuesta de interpretación desde la inevitabilidad*. Santiago de Chile: Ara Editores.
- Guerra Espinosa, R. (2018). Sentido y límites de la inevitabilidad en el estado de necesidad. *Revista Ius et Praxis*, (3), 67-108.
- Gur-Arye, M. (1992). ¿Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (2), 215-235. Recuperado de http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/caljp5&div=20&g_sent=1&collection=journals#217
- Hernández Basualto, H. (2011b). Comentario al art. 10 N° 11 del Código Penal. En Couso Salas/Hernández Basualto (dirs.), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing.

- Hörnle, T. (2010). Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal. *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, (1), 31. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/744_es.pdf
- Hruschka, J. (1988). *Strafrecht nach logisch-analytischer methode*. Berlín: Walter de Gruyter.
- Hruschka, J. (2003). *¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?* Córdoba: Editorial Mediterránea.
- Hruschka, J. (2005). *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Granada: Comares.
- Jiménez De Asúa, L. (1961). *Tratado de Derecho penal*. Buenos Aires: Losada.
- Jiménez De Asúa, L. (1995). *Lecciones de Derecho penal*. México D. F.: Pedagógica Iberoamericana.
- Jungclaussen, E. U. (1987). *Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt-Zugleich ein Beitrag zur Dogmengeschichte der personalen Unrechtslehre*. Göttingen: Otto Schwartz.
- Kant, I. (1968a). Die Metaphysik der Sitten, Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften (eds), Kants Werke. Akademie-Textausgabe. Band VI. Berlin: Walter de Gruyter & Co.
- Kant, I. (2005). *La metafísica de las costumbres* (trad. A. Cortina Orts y J. Conill Sancho). Madrid: Tecnos.

- Kindhäuser, U. (2013). Acerca de la génesis de la fórmula 'el derecho no necesita ceder ante el injusto'. En Mañalich (Coord.). *La antijuricidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Larenz, K. (1980): *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. Marcelino Rodríguez Molinero). Barcelona: Aries.
- Lenckner, T. (1965). *Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Letelier, V. (1967). *Génesis del derecho y de las instituciones civiles fundamentales: estudio de sociología jurídica premiado en el último certamen bienal de la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Löffler, A. (1901). Unrecht und Notwehr. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 21.
- Manrique, M. L. (2007). Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (30), 415-434. Recuperado de http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13141/1/DOXA_30_41.pdf
- Mañalich, J. P. (2013a). Normas permisivas y deberes de tolerancia. En Mañalich (coord.). *La antijuricidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*. Buenos Aires: B de f.
- Martínez de Ripalda, J. (1870). *De ente supernaturali*. París: V. Palme. Recuperado de https://books.google.es/books?id=0NxRAAAACAAJ&pg=PT318&dq=necessitas+inevitabilis&hl=es&sa=X&ei=p2p1Vdb3CoHhUL3YgcAB&redir_esc=y#v=onepage&q=necessitas%20evitabilis&f=false
- Miranda Montecinos, A. (2008). El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico. *Revista Chilena de Derecho*, 35(3), 485-519. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-3437200800030005&script=sci_arttext

- Miranda Montecinos, A. (2012). Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa. *Revista Médica Chile*, (140), 261-265. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/rmc/v140n2/art17.pdf>
- Miranda Montecinos, A. (2013). El sentido de la regla ciceroniana minima de malis eligenda y el problema del uso profiláctico del condón. *Teología y Vida*, 54, 157-170. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/tv/v54n1/art06.pdf>
- Miranda Montecinos, A. (2014). *El principio del doble efecto*. Hildesheim: Georg Olms Verlag.
- Miranda Montecinos, A. (2015). La injusticia del aborto procurado. En Aguirrezabal/Bertelsen (eds). *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica. Cuadernos de extensión jurídica*, 27, 29-46. Santiago de Chile: Universidad de los Andes.
- Molina Fernández, F. (2009). *Estado de necesidad y justificación penal: ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?* Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Montes, J. (1911). *Precursores de la ciencia penal en España*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Moore, M. S. (2009). *Causation and responsibility. An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*. New York: Oxford University Press.
- Moriaud, P. (1889). *De la justification du délit par l'Etat de nécessité*. Genève: R. Burkhardt.
- Novoa Monreal, E. (2005a). *Curso de Derecho Penal chileno*. (3ª ed.). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Oetker, F. (1908). Notwehr und Notstand. En *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgem Teil. Bd. II*. Berlín: Guttentag.

- Ossandón Widow, M. M. (2011). La intención de dar muerte al feto y su relevancia para la imputación objetiva y subjetiva en el delito de aborto. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, (2), 103-136. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532011000200005.
- Ossandón Widow, M. M. (2012). Aborto y justificación. *Revista Chilena de Derecho*, 39(2), 325-369. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372012000200006&script=sci_arttext.
- Ossandón Widow, M. M. (2015). Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana. En Aguirrebazabal/Bertelsen (eds), *El aborto. Perspectiva filosófica, jurídica y médica. Cuadernos de extensión jurídica 27*. Santiago de Chile: Universidad de los Andes.
- Pacheco, J. F. (1888): *El Código Penal concordado y comentado*. Madrid: Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía.
- Pawlik, M. (2013). El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad, Hernán Darío Orozco López (trad.). *Revista Derecho Penal y Criminología*, 34(96), 13-29. Recuperado de http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjLxLHCnuPJAhULGpAKHXz3C_AQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4553407.pdf&usg=AFQjCNGDWyTF711hF_9FeanlXnaOvhufaw&bvm=bv.110151844,d.Y2I.
- Pessoa, N. R. (2001). *Legítima defensa*. Buenos Aires: Mario A. Viera.
- Puppe, I. (1992). *Vorsatz und Zurechnung*. Heidelberg: Decker & Müller.
- Ragués i Vallès, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.
- Requejo Conde, C. (1999). *La legítima defensa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Mourullo, G. (1978). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.

- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito* (trad. D.M. Luzón Peña, et al.), 2ª ed. Madrid: Civitas.
- Rudolphi, H-J. (1972). Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre. *Festschrift für Reinhart Maurach* (70).
- Sánchez-Ostiz, P.(2012b). *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*. Madrid: Marcial Pons.
- Sanz Morán, Á. (1993). *Elementos subjetivos de justificación*: Barcelona: Bosch.
- Sepúlveda Sánchez, I. (2012). Algunas consideraciones sobre el estado de necesidad contemplado en el artículo 10 N° 11 del Código Penal y su reconocimiento por la jurisprudencia. *Revista Jurídica del Ministerio Público*, (53), 175-197.
- Silva Sánchez, J. M. (1998b). *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Soler, S. (1978). *Derecho penal argentino. Tomo I* (3ª ed.). Buenos Aires: Tea.
- Soto, D. de (1968). *De la justicia y del derecho. Libros V y IV. Vol. III* (trad. P. M. González Ordoñez). Madrid: Instituto de estudios políticos.
- Steinbach, R. (1987). *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten. Studien zur Begründung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen, deren Inhalt und Konsequenz*. Frankfurt am Main: Lang.
- Stooss, C. (1913). *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*. Wien un Leipzig: Franz Deuticke.
- Suárez, F. (1967). *Tratado de las leyes y de Dios legislador* (trad. J. R. Eguillor). Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Tassi, S. (1992). *Il dolo*. Padova: CEDAM.
- Tissot, J. (1875). *Introduction historique à l'étude du droit considéré dans les faits ou dans les moeurs, les usages, les institutions et les lois*. París: Marescq aîné.

- Trapero Barreales, M. A. (2000). *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad*. Granada: Comares.
- Valle Muñiz, J. M. (1992). Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal Español, *ADPCP, Tomo 45, Fascículo 2*, 561-612. Recuperado de http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/vallemuniz.pdf.
- Van Weezel, A. (2015). Caso 'agresor dormido. El problema del 'tirano doméstico'. En Vargas (Dir.), *Casos destacados Derecho penal. Parte general. Colección de casos destacados*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Vargas Pinto, T. (2013a). ¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante del artículo 10 N° 11, En Van Weezel (ed.) *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*. Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Villegas Díaz, M. (2010). Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal, *Revista de Derecho*, (2), 149-174. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n2/art08.pdf>.
- Vio, T. de (1773). *Commentarium in Summa S. Thomae*. En Aquinatis, Thomae, *Summa theologica, cum commentariis Thomae de Vio Card. Cajetani, et elucidationibus litteralibus P. Seraphini Capponi a Porrecta*. Roma: s/d.
- Vitoria, F. de (1539). *De indis posterior, sive De jure belli hispanorum in barbaros, n. 37*. En T. lo Urdániz (trad.) *Obras de Franciscode Vitoria. Relecciones teológicas*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Wilenmann, J. (2014a). 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, *Revista de Derecho*, (1), 213-244. Recuperado de <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v27n1/art10.pdf>.
- Wilenmann, J. (2014b). El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal, en Indret, *Revista para el análisis del Derecho*, 1-33. Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/10062.pdf>.

Wilenmann, J. (2014c). *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff: Die Dogmatik des Defensivnotstands im Strafrecht*. Tübingen: MohrSiebeck.

Wilenmann, J. (2016). Imponderabilidad de la vida humana”, en Indret, *Revista para el análisis del Derecho*, 1-54. Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/1201.pdf>.

Zaffaroni, E.R. et al. (2002): *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.). Buenos Aires: Ediar.

Jurisprudencia

Chile. Corte Suprema. Sentencia de 4 de agosto de 1998. Rol N° 1.338-98. Recuperado de Westlaw Chile: CL/JUR/116/1998.

Notas

¹ La ex formulación del art. 119 del Código Sanitario, ante una situación de riesgo para la vida de la madre, permitía la realización una intervención médica que solo terminara por efecto colateral con la vida del que está por nacer, con el objeto de salvar la vida de la madre, según la doctrina que es sostenida en el Código de ética del Colegio Médico del 2011. Sin embargo, el actual art. 119 permite la acción directa del que está por nacer en la causal de violación.

² En esta línea, es importante indicar que esta distinción, en el campo del estado de necesidad justificante, no tiene reconocimiento en el Código civil chileno. Sin embargo, se puede observar esta institución jurídica en el Código Civil Alemán en los párrafos 228 (estado de necesidad defensivo) y 904 (estado de necesidad agresivo), respectivamente.

³ En este contexto, Cayetano explica el pasaje tomista de la defensa propia afirmando la imposibilidad de querer la muerte del enemigo como un medio para defenderse de él. Así, la muerte de este únicamente es *praeter intentionem*; esto es, un efecto malo que no puede ser querido como fin o medio. Se ha criticado que esta lectura “encierra una oscuridad metafísica”, porque el agente puede elegir el medio que estima necesario para conseguir la defensa. Desde la perspectiva del doble efecto en la legítima defensa la muerte del malhechor o adversario es *per accidens* y no intentada *per se*. Se considera que esta defensa es lícita si se ejerce con moderación. La muerte

del adversario será un efecto colateral y no intentado que viciaría el acto.

⁴ Los maestros de la Escuela de Salamanca del siglo XVI siempre tienen a la vista el trabajo de Cayetano, realizando muchas referencias a este entre sus citas. Sin embargo, se puede observar que en diversas ocasiones disienten de su opinión, como en el caso de Soto respecto de la legítima defensa, e incluso lo impugnan, caracterizándolo “de oscuro, de ilógico, de imaginativo e ingenioso”.

⁵ La inevitabilidad en el estado de necesidad tiene su origen en la doctrina penal de Carrara. Por su parte, Pacheco en la legítima defensa consideró respecto de la expresión *cum moderamine inculpatae tutelae* que, en torno a la necesidad racional del medio empleado, esta expresión técnica aludía a “cuando nos basta desarmar un agresor, y podemos desarmarle, no tenemos derecho para herir. Cuando le hemos herido, é imposibilitado de dañarnos más, no tenemos derecho para matarle”. Sin embargo, este no se pronunció respecto de los efectos de la misma en el estado de necesidad.

⁶ Materia de los actos intrínsecamente malos que es un problema en lo atingente al principio del doble efecto. Sin embargo, para no caer en la tarea de entregar una respuesta al problema, se indica que “la malicia intrínseca del homicidio, esto es, de la elección de matar a un ser humano inocente, sería suficiente para el desarrollo y la justificación [del] [principio]”. Ello en atención a la restricción aparente que realiza el autor del principio al sacrificio de inocentes por efecto colateral de la acción. Pues bien, no es necesario la aplicación del principio para justificar la contaminación ambiental porque en estos casos es suficiente una razón proporcionada. Así pues, para la tradición tomista “no hay ningún problema con que un acto que conlleva un efecto malo sea justificado sólo [sic] por la importancia del fin que se pretende alcanzar”. Por ello, la distinción intentado/colateral adquiere relevancia en el plano jurídico-penal en el sacrificio de la vida de inocentes. En Finnis podemos observar que respecto del daño a la propiedad, este es diferente del daño que se puede provocar a una persona. La propiedad es un bien instrumental que puede ser dañado en una situación de emergencia solo en consideración de una razón proporcionada, sin tener que acudir a la distinción intentado/colateral, Finnis, 1995: 229-247. Por ello, el doble efecto “nunca será verdaderamente la vía para justificar una acción que causa a sabiendas la destrucción de un bien material. En cambio, será la única vía para justificar, por ejemplo, una acción que causa a sabiendas la muerte de una persona inocente”, Miranda, 2014, 179.

⁷ En este sentido, se indica expresamente que la doctrina del doble efecto “dada la extensión del dolo en materia penal que, abarca también siempre las consecuencias necesarias aunque no queridas de un acto, su potencial explicativo es menor”. Por el contrario, Miranda, como representante del principio del doble efecto, critica el concepto de dolo indirecto o de las consecuencias seguras. Pues bien, la dogmática penal utiliza esta lógica para atribuir responsabilidad, pero no para justificar acciones, véase Miranda, 2008, 512; Miranda, 2014, 375; Banfi del Río, 2015, 801.

⁸ Se puede observar esta lectura de la legítima defensa en el fallo del 4 de agosto de 1998 de la Corte Suprema, en que esta contó con Cury como miembro integrante. Realizó una apreciación objetiva de la justificante en cuestión rechazando su aplicación. Podemos constatar en el fallo que se descartó la legítima defensa de parientes (art. 10 N° 5 del CP) en consideración a la unanimidad doctrinal y jurisprudencial. Unanimidad que requiere de la agresión “*que, además de ilegítima, [sea] real, es decir, existir objetiva y verdaderamente*”, sentencia de la Corte Suprema del 4 de agosto de 1998, Rol N° 1.338-98, Cita Westlaw Chile: CL/JUR/116/1998, sentencia de reemplazo, A) En cuanto a la acción penal, considerando tercero, p. 3. Lectura que se contrasta con la visión subjetivista que se atribuye a nuestra doctrina en Fernández (2015) pp. 62-64. Sin embargo, Fernández destaca que Novoa no sería parte de esta finalidad subjetiva en el contexto de las justificantes. Pues bien, Novoa acertadamente indicó que las justificantes únicamente examinan la norma sin considerar “las condiciones personales del hechor ni sus circunstancias subjetivas o internas. Todo lo que concierne al orden psíquico del sujeto activo queda al margen de la antijuricidad”, Novoa, 2005^a, 317.

⁹ En este sentido, Valle Muñiz, 1994, 79; Baumann et al., 1995, 303; Jescheck y Weigend, 2002, 352; Bockelmann y Volk, 2007, 115; Gallas, 1979, 176; Jakobs, 1995, 432; Rudolphi, 1972, 57; Ebert, 1993, 60; Lenckner, 1965, 189, entre otros. Asimismo, en la doctrina alemana, Hruschka establece que no es necesaria una referencia a la voluntariedad, porque esta se conforma con la sola presencia del elemento cognitivo; es decir, con el conocimiento de los presupuestos objetivos de la causal de justificación, Hruschka, 1988, 204. Siguen esta última corriente Jungclaussen, 1987, 135; Frisch, 1987, 136.

¹⁰ Crítica que podemos observar al doble efecto, por medio de la incorporación de una variante al caso de los espeleólogos, en Anscombe, 2001a), 12-25. El caso en cuestión consiste en que un grupo de espeleólogos se encuentran explorando una caverna, cuando al intentar salir uno de ellos, el más gordo, bloquea la salida con su cuerpo. En

ese instante entra una corriente de agua a la cueva y comienza a inundarlos. Los espeleólogos solo pueden salvarse si dinamitan la salida junto con el gordo. La variante que incorpora Anscombe es que los espeleólogos encuentran otra salida moviendo una roca; sin embargo, si la mueven, está irremediamente caerá sobre la cabeza del gordo aplastándola. Por ello, la muerte del gordo es un efecto tan inmediato al acto que no podría justificarse por medio del doble efecto, ni tampoco el acto del montañista que corta la cuerda para no caer el precipicio junto con su compañero, porque sería insólito que el agente, ante la pregunta de qué está haciendo, respondiera que solo mueve una roca o corta una cuerda, Anscombe, 2001a), 63-64; Anscombe, 2001b), 257. Respecto de la contradicción de esta posición con la idea de aceptar el doble efecto en casos de bombardeo estratégico, véase Miranda, 2014, 303-305.

¹¹ De ahí que se busca la objetivización de la intención en la aplicación del principio del doble efecto. Así pues, a diferencia de lo que sostendrían Finnis, Boyle, Grisez, Kaczor, entre otros, Miranda indica que “resulta artificial decir que la intención de cortar la cabeza a alguien, de volarle los sesos o de volarlo completamente en pequeños pedazos, de vaciarle el cerebro y aplastarle el cráneo, de sacarle los órganos vitales o de comérselo vivo pueda caracterizarse [...] aunque en estos casos es posible que el agente no intente el efecto preciso de la muerte, en virtud de la proximidad que existe entre el efecto que intenta y la muerte misma, su intención cuenta, desde el punto de vista moral, como una intención de matar”, Miranda, 2014, 371. Asimismo, Miranda realiza un análisis objetivo de la intención en el caso de la histerectomía. Por ello, sostiene que si una mujer embarazada padece un cáncer cervical que de no tratarlo provocaría su muerte, esta mujer está justificada jurídicamente para realizarse el tratamiento, aunque este tenga por efecto colateral la muerte del feto. Ello, aunque en su fuero interno su intención sea la de abortar, porque el doble efecto operaría en este caso desde una perspectiva jurídica y no moral, Miranda, 2012, 263; Miranda, 2014, 190-191.