



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias del Derecho

EL PRINCIPIO DEL DOBLE EFECTO

Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales

ALUMNOS MEMORISTAS:

PATRICIA FERNANDA ARAYA LUCERO

FELIPE IGNACIO NAVARRO ROJO

PROFESOR GUÍA:

JUAN ORMEÑO KARZULOVIC

Santiago de Chile, 2014

*¿Y por qué no decir (como somos difamados, y algunos afirman que decimos):
Hagamos males para que vengan bienes? La condenación de los cuales es justa.*

*San Pablo.
Epístola a los Romanos 3;8*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. EL PRINCIPIO DEL DOBLE EFECTO.....	11
3. CASOS PARADIGMÁTICOS DE APLICACIÓN DEL PDE.	18
3.1. Derecho de guerra	18
3.2. Legítima defensa.....	19
3.3. Muerte en pacientes terminales.	21
3.4. Aborto.	22
3.5. Dilema del tranvía [<i>the trolley problem</i>]......	23
3.6. Casos de asistencia médica.....	24
4. JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL DOBLE EFECTO.....	26
5. PRINCIPIO DEL DOBLE EFECTO COMO CAUSAL DE JUSTICACIÓN. 33	
6. DISTINCIÓN ENTRE INTENCIÓN Y PREVISIÓN. EL PROBLEMA DE LA CERCANÍA.	39
6.1. Respuestas al problema de la cercanía.	45
6.2. Versión de Boyle y Finnis. Voluntariedad directa e indirecta.....	46
6.3. Cavanaugh y una teoría de la intención.....	50
6.4. Warren Quinn y los efectos de involucrar a la víctima.	56
7. ¿ES LA DISTINCIÓN ENTRE PREVISIÓN E INTENCIÓN NORMATIVAMENTE RELEVANTE?	63
7.1. Hart y la equivalencia jurídica de la intención y la previsión.	63
7.2. Thomson. Perspectiva de los derechos de la víctima.	68
7.3. Teoría de la irrelevancia de las intenciones de T. M. Scanlon.	72
8. DIRECTRICES PARA UNA REFORMULACIÓN DEL PDE.	78
8.1. Separando las aguas: diferenciar moral y derecho.	78
8.2. ¿Existen prohibiciones absolutas en el Derecho chileno?	84
8.3. Limitar la aplicación de PDE.	87
8.4. Aplicación exclusiva del PDE a la muerte de inocentes.....	94
9. POSIBLE APORTE DEL PDE AL ANÁLISIS DEL DOLO EVENTUAL .	100

9.1. Teoría del delito y dolo en Chile.....	100
9.2. Análisis del dolo a la luz del PDE.....	106
9.3. Análisis crítico de lo sugerido por Manrique.....	109
10. EL ABORTO EN CHILE Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DEL DOBLE EFECTO	113
10.1. Breve historia del delito de aborto en Chile.	114
10.2. Delito de aborto: análisis del tipo.	118
10.2.1. Constitución política.....	119
10.2.2. Delito de aborto en el código penal.....	120
10.2.3. Regulación del aborto en el código sanitario.	122
10.3. Aborto terapéutico y causales de justificación. Interés en el estado de necesidad.	124
10.4. Consideraciones sobre la justicia de la prohibición al aborto terapéutico.	132
11. CONCLUSIONES.....	138
BIBLIOGRAFÍA.....	140

1. INTRODUCCIÓN

Un principio básico de la moralidad, o de la racionalidad práctica moral, es “hacer el bien y evitar el mal.” Pero si queremos cumplir con este principio podemos encontrarnos con varios problemas. El primero es dilucidar qué es lo bueno y lo malo, de la cual variadas doctrinas morales se disputarán la autoridad para dictar o guiar la conducta humana. Qué es lo permitido, obligatorio o prohibido, apuntan a resolver lo anterior. Resuelto este primer obstáculo, se nos puede presentar un segundo problema, ahora en el ámbito de la acción, cuando queremos ejecutar esa acción que busque el bien o evite el mal. Existirán ocasiones nítidas donde cumplir el principio no presente mayor problema, donde hacer el bien tenga que ver con acciones positivas, por ejemplo ayudar a cruzar la calle a una anciana, u omisiones, como abstenerse de mentir, robar, matar, etcétera. Pero también habrá circunstancias donde queramos realizar un bien, pero a raíz de la misma acción considerada buena, produzcamos un efecto malo, el cual no queremos.

Lo anterior puede ocurrir de varias formas:

1. El efecto malo no es previsto por el agente.¹ Imaginemos que una persona sirve un vaso con agua a otra, el cual fue previamente

¹ Por agente podemos entender aquel sujeto que es capaz de realizar acciones y de ser responsabilizado por ellas. A diferencia del paciente, que padece o le suceden cosas, en la agencia entendemos que el sujeto es capaz de hacerlas, o que tiene el control de realizarlas.

envenenado por un sicópata. No había forma de advertir el contenido del vaso, y al beberlo, la persona muere. ¿Es responsable quien sirve el vaso envenenado de la muerte de la persona? En algún sentido quien sirvió el vaso provocó la muerte, porque, aunque haya sido por accidente, la causa; pero pocos estarían dispuestos a culparla de homicidio.² La persona no tenía por propósito dañar a la otra, ni tenía suficientes advertencias para prevenir las consecuencias de su acción. De este modo el conocimiento o desconocimiento de las circunstancias puede modificar el reproche que se tiene hacia la persona, o absolverlo completamente de culpa.

2. El efecto malo es previsto por el agente, pero no querido. El dentista busca en su trabajo preservar y promover la salud de sus pacientes. Esto es bueno. No obstante en el ejercicio de su trabajo, sacar una muela,

Como dice Carlos Moya “tenemos la conciencia de que al menos algunas cosas –aunque sean bien pocas- están bajo nuestro control; creemos que de alguna manera podemos influir en el curso de los eventos mediante acciones; creemos que somos agentes y no solo seres pasivos” (Traducción propia) MOYA, Carlos. 1990. The Philosophy of Action. An Introduction. Oxford Polity Press. 5p. Es la agencia moral una de las características que nos distinguen de los animales, niños u otros seres que también hacen cosas, dado que, aunque entendiéramos que las hacen de manera voluntaria, carecen de algún otro elemento significativo para comprender su acción como una acción libre y responsable (como la racionalidad o autoconciencia entre otras).

² Este ejemplo sirve para evidenciar la relación entre causalidad y responsabilidad. La causalidad entre un resultado (daño) y una acción u omisión es una condición necesaria, mas no suficiente, de la responsabilidad. No nos pueden responsabilizar de aquello que no hemos provocado, como quien nos culpara de crímenes hechos por nuestros antepasados. Pero aunque nosotros fuésemos el principio causal de un curso de eventos, pueden ocurrir circunstancias que eviten la adjudicación de responsabilidad. Por ello son importante los componentes cognitivos (conocimiento) y volitivos (disposiciones del deseo o fines) para responsabilizar a un agente.

producirá mucho dolor a su paciente. Producir dolor en otro es malo. El dentista sabe que para poder sacar con éxito la muela del paciente le producirá dolor, pero en ningún caso lo busca. Aunque no tiene la intención de causar el dolor, es él quien lo está provocando. En general, no existen reparos a la conducta del dentista, porque consideramos que el bien que se busca es una razón suficiente para producir el mal que trae aparejado. Pero ¿cambiaría nuestra opinión si el dentista tiene por propósito causar el dolor?

3. El efecto malo es querido por el agente. En los dos casos anteriores, nuestra evaluación de la conducta sería distinta si la persona tuvo por intención, precisamente, causar el efecto malo. Así, quien sirve el vaso envenenado a sabiendas de su contenido, y tiene una completa indiferencia por la muerte que él causará, no dudaríamos en adjudicarle responsabilidad por la muerte que ha provocado, culpándolo de homicidio. Del mismo modo, si el dentista tuviera la intención de producir dolor en sus pacientes, le adjudicaríamos una conducta sádica. Pero si este dentista sádico buscara producir dolor (tal vez escogió su profesión por este motivo) ¿le prohibiríamos ejercer su oficio? Nótese que en el caso del vaso envenenado, la consecuencia de su acción sería el castigo, pero en el segundo, la consecuencia sería tal vez, un mero reproche.

Los casos anteriores tienen por objeto mostrar cómo las acciones pueden ser calificadas de distinta manera si es que su *performance* es acompañada de cierto tipo de conocimiento, deseo o intención. Este último elemento, la intención, cobra una gran importancia en la calificación, sea moral o jurídica, de las acciones. Una misma acción, acompañada de una intención diversa puede empujarnos a su loa o reproche. Desde una perspectiva moral, si una persona dona su dinero a otra que lo necesita, con la única intención de ayudarla, es distinto de la persona que dona su dinero con la intención de cobrar fama por este medio: su egoísmo inclinará a muchos a ver con malos ojos su acción. O al contrario, al realizar una acción que en principio es mala, como robar, puede mirarse con distintos ojos si es que se realizó para ayudar a los pobres, cual Robin Hood.

Las consecuencias, como en el caso de Robin Hood, también pueden ser consideradas en nuestros juicios de responsabilidad. En casos de daños por conductas imprudentes, como el conductor distraído que atropella a un transeúnte, difícilmente creeríamos que la persona tuvo la intención de dañar a otra. Pero la excusa “yo no tenía la intención de atropellarlo” no es pertinente para eximirle de responsabilidad. La intención tiene un rol, pero muchas veces no es el único elemento, o el primordial, para adjudicar responsabilidad al agente.

Si volvemos al problema inicial: ¿podemos cumplir ambas exigencias del precepto “hacer el bien y evitar el mal”? puede que en el análisis de la intención haya una respuesta. El principio nos señala que debemos evitar el mal, no indica en cambio que nunca debemos causarlo. Si este fuera el caso, el dentista no podría sacar la muela dado que, de hecho, está provocando dicho dolor. Pero como no tiene la intención de causar el dolor, no tenemos problema con aceptar su acción. Los problemas anteriores buscan determinar criterios bajo los cuales sea permitido, tolerado o justificado realizar acciones que traigan acarreadas consecuencias malas. En este sentido ¿qué rol cumple la finalidad, intención o el conocimiento en la calificación moral de una acción? Y si nos apartamos de una evaluación exclusivamente moral ¿Influye de la misma forma en una calificación jurídica?

En las últimas décadas, la filosofía angloparlante ha retomado un antiguo principio elaborado en la edad media, para determinar la licitud de aquellas acciones que se realizan con un fin bueno, como sacar una pieza dental dañada, pero que traen aparejadas ciertas consecuencias nocivas que en principio están prohibidas, como causar dolor. Este es el Principio del Doble Efecto³, y su nombre deriva precisamente por su aplicación sobre aquellas

³ Aunque poco conocido en la filosofía hispanohablante, su referencia ha ganado popularidad en los últimos años. En la lista que adjuntamos se contemplan cerca de 300 artículos y obras académicas que explícitamente han tratado sobre el Doble Efecto:

acciones que pueden producir dos (o más) efectos, donde uno es bueno y otro malo. Fundamentalmente sostiene que en este tipo de casos la acción será permitida en la medida que: 1) no se tenga la intención de producir el efecto malo, ni como fin ni como medio y 2) que exista una razón proporcionalmente grave para aceptarlo.

El presente trabajo tiene por objetivo estudiar el principio del doble efecto, para ver su eventual aplicación en el Derecho chileno. Para ello se expondrá en los primeros apartados qué se entiende por este principio, su origen y su formulación contemporánea, además de los casos clásicos donde se le ha encontrado operatividad. El trabajo se enfocará en la discusión teórica del principio, donde han existido dos grandes núcleos de discusión, el primero se refiere a la posibilidad de distinguir entre intención y previsión, y el segundo se pregunta si en caso ser posible esta distinción, ella sea moralmente relevante. Finalmente, se pondrá a prueba la aplicación del principio bajo las instituciones del Derecho chileno, para aquello contrastaremos al PDE con la institución del dolo y posteriormente se tratará el caso del aborto terapéutico como único lugar de recepción de esta doctrina en Chile.

<<http://www.ethikseite.de/bib/bpdw.pdf>> [consultado: el 15 de abril de 2014]

2. EL PRINCIPIO DEL DOBLE EFECTO.

El Principio del Doble Efecto⁴ (en adelante PDE) es un criterio que permite discriminar la permisibilidad de las acciones humanas que pueden producir dos o más consecuencias, donde una es buena y la otra mala (y en principio prohibida), indicando que la acción será lícita cuando:

1. No se tenga la intención de producir la mala ya sea como fin o como medio y
2. exista una razón suficientemente grave para permitir la acción.

El PDE tiene su origen en los escritos de santo Tomás de Aquino, en particular en la Suma de Teología II-II, q.64, a.7, a propósito de la justificación de la legítima defensa. En dicha obra, Tomás de Aquino se preocupa sobre el estatus ético de arriesgar la vida del agresor. Su objetivo es resolver un problema inconcluso en la teoría de san Agustín, quien afirma que es lícito para las personas que detentan una potestad pública, como un soldado o un verdugo, matar a otro, pero en cambio, parece negar esta posibilidad a los privados, por tanto el particular debería soportar la muerte ante una agresión. Al contrario, Tomás de Aquino argumenta que en el ámbito privado, un individuo puede

⁴ Además de principio, también se le ha llamado doctrina, regla, o razonamiento del doble efecto. En este trabajo mantendremos la denominación principio del doble efecto, por considerar que el concepto principio comprende de mejor forma los usos que se le han dado al doble efecto. Sin perjuicio de lo anterior, a lo largo del texto, utilizaremos la denominación doctrina, razonamiento o criterio cuando por su contexto se estime que es el nombre que mejor se le adecúa.

quitar la vida del agresor de forma justificada, ya que el hombre está más obligado a velar por su propia vida que por la vida ajena. En la Suma de Teología II-II q.64 a.7 Tomás de Aquino dice:

Nada impide que de un solo acto haya dos efectos, de los cuales uno sólo es intencionado y el otro no. Pero los actos morales reciben su especie de lo que está en la intención y no, por el contrario, de lo que es ajeno a ella, ya que esto les es accidental [*praeter intentionem*] (...) Ahora bien: del acto de la persona que se defiende a si misma pueden seguirse dos efectos: uno, la conservación de la propia vida; y otro, la muerte del agresor. Tal acto, en lo que se refiere a la conservación de la propia vida, nada tiene de ilícito, puesto que es natural a todo ser conservar su existencia todo cuanto pueda. Sin embargo, un acto que proviene de buena intención puede convertirse en ilícito si no es proporcionado al fin. Por consiguiente, si uno, para defender su propia vida, usa de mayor violencia que la precisa, este acto será ilícito. Pero si rechaza la agresión moderadamente, será lícita la defensa, pues, con arreglo al derecho, es lícito repeler la fuerza con la fuerza, moderando la defensa según las necesidades de la seguridad amenazada. No es, pues, necesario para la salvación que el hombre renuncie al acto de defensa moderada para evitar ser asesinado, puesto que el hombre está más obligado a mirar por su propia vida que por la vida ajena (...).⁵

Tomás de Aquino sostiene que el individuo privado no puede matar intencionalmente al agresor, pues la muerte debe resultar *praeter intentionem*, del latín, “fuera de la intención”. Pero ¿qué quiere significar el uso de *praeter intentionem*? Para el autor, quien se defiende puede repeler el ataque del agresor y matarlo, siempre y cuando no se tenga la intención de procurar la muerte, la cual sería accidental a los objetivos que tuvo en consideración. Lo importante en la argumentación de Aquino es que el agente debe actuar con

⁵ AQUINO, Tomás de. 1990. Suma de Teología Parte II-II (a). Madrid, España, Biblioteca de Autores Cristianos (BAC) Tomo III. 536p.

finalidad defensiva (homologable para nuestros propósitos a la intención) utilizando fuerza proporcionada a este fin, siendo este último un modo de realizar la acción o aquella forma como se debe llevar a cabo. La defensa del agente será condenable cuando no se actúe sujeto a esta intención, ni a este modo (proporcionalidad).

El texto citado es el que comúnmente se reconoce como el texto fundacional del PDE. El desarrollo posterior de la doctrina fue realizado primordialmente por los teólogos y juristas católicos. Uno de ellos fue Francisco de Vitoria (1483-1546) quien escribe que en una guerra justa es lícito provocar bajas civiles, cuando se derivaren accidentalmente de un ataque a una fortaleza; mientras que sería ilícito atacar a los civiles directamente para lograr el mismo objetivo, las bajas del primer caso serían lo que hoy se conocen como daños colaterales. Es en este y en otros ámbitos donde fue tomando terreno la aplicación del principio, pero es en la mitad del siglo XIX cuando el jurista Jean-Pierre Gury (1801-1866), moldeó lo que se ha considerado como la formulación clásica del principio. Expone en su *Compendium Theologiae Moralis*:

“es lícito poner una causa dirigida a un efecto bueno, aunque de ella se siga un efecto malo, cuando se cumplen las siguientes condiciones, a saber: 1º, que el fin del agente sea honesto; 2º, que la causa sea en sí misma buena o al menos indiferente; 3º, que el efecto bueno se siga de la causa [al menos] con igual inmediatez que el malo; 4.º que el efecto bueno al menos compense al malo.”⁶

⁶ GURY, Joanne Petro. 1850. *Compendium Theologiae Moralis*. Lugduni-Parisiis, Perisse. t.I., citado en MIRANDA, Alejandro. 2008. El Principio del Doble Efecto y su Relevancia en el Razonamiento Jurídico. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35 (3): 489-490p.

Si analizamos los cuatro requisitos, se puede concluir lo siguiente: el primer requisito exige que la finalidad del agente (su intención o propósito) sea por sí misma buena; así una acción que sea aparentemente lícita, pero realizada con un fin perverso, no podría realizarse. El segundo sostiene que el acto en sí mismo no sea malo, o a lo menos, que esté permitido; esto quiere decir que la acción debe ser buena por sí misma, inclusive si al realizarla podrían derivarse consecuencias malas (por ejemplo, decir la verdad es por sí mismo bueno aunque deriven de ella malas consecuencias). El tercero prohíbe que el efecto malo se produzca con “igual inmediatez” que el efecto bueno, lo que se interpreta como una prohibición de que el efecto bueno se siga del efecto malo, es decir, el efecto malo sea utilizado como un medio para alcanzar el bueno. Y el último es materia de una ética normativa, ya que esta será la que dirimirá qué constituye una razón suficiente para compensar el efecto malo que produce la acción del agente, o en otras palabras, que razón es suficientemente grave para provocar el efecto malo que, en principio, está prohibido (así en Tomás de Aquino, la preservación de la propia vida justifica quitar la del agresor).

Cabe destacar que la formulación tradicional del principio tiene un fuerte vínculo con la teoría de santo Tomás de Aquino a propósito de la moralidad de los actos humanos. Así en la Suma de Teología I-II q.18 a.4 indica: “(...) en una acción humana puede considerarse la bondad en cuatro niveles: 1) por el

género, en cuanto es acción, pues tiene tanta bondad como acción y entidad, según se dijo; 2) por la especie, que se recibe según el objeto conveniente; 3) por las circunstancias, como accidentes que son; 4) por el fin, según su relación con la causa de la bondad.”⁷ De este modo una acción humana sólo podrá ser buena si se cumplen con todas las exigencias indicadas. Como en los ejemplos dados en la introducción, acciones como las de Robin Hood, o las de dar limosna para vanagloriarse, no son moralmente correctas en consideración del género de la primera, robar; o por la intención que trae la segunda, vanagloria.

Si vemos las tres primeras condiciones del PDE, básicamente sostienen que la consecuencia mala no se debe buscar ni como fin ni como medio. Debido a su origen, varios autores han desechado la formulación de Gury por parecerles redundantes las condiciones que establece, lo que ofuscaría el correcto entendimiento del principio. De este parecer es Joseph Boyle quien sostiene que “[l]a redundancia de la formulación tradicional del PDE es, sin embargo, entendible si es que uno considera el propósito casuístico para el cual el PDE fue pensado en su uso y las distinciones que los escolásticos estaban acostumbrados a hacer. Siguiendo a Aquino, los escolásticos sostenían que el

⁷ AQUINO, Tomás de. 1993. Suma de Teología Parte I-II. 2ª edición. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos (BAC) 181p.

carácter moral de una acción estaba determinado por su fin, el objeto del acto, y las circunstancias en que esta era realizada.”⁸

Lo anterior ha llevado a varios seguidores del PDE a hacer reformulaciones a las condiciones del principio para otorgar licitud a las acciones de doble efecto. Aunque se han otorgado diversas variantes, la siguiente es la formulación que ha llegado a ser la más utilizada al citar el PDE y será aquella que nosotros utilizaremos en nuestro trabajo:

“la acción de doble efecto es lícita si se cumplen simultáneamente los dos requisitos siguientes: (i) que el efecto malo no se busque ni como fin ni como medio; y (ii) que exista una razón suficientemente grave para aceptarlo”.⁹

Hay que destacar que la primera condición tiene por objeto analizar las intenciones que tuvo el agente al realizar una acción que produce algún efecto malo. Aunque indica que el agente no debe intentar el efecto malo como fin ni como medio, ella no ofrece ningún criterio de valor sobre qué es bueno o malo. Lo anterior será determinado por un sistema moral que señale preceptos como “es malo matar al inocente”. La segunda condición se centra en contrastar las razones que tuvo el agente con otro tipo de consideraciones, que podríamos

⁸ BOYLE, Joseph. 1980. Toward understanding the principle of double effect. *Ethics*, Vol 90, N° 7. University of Chicago Press. 532p. (Traducción propia. En lo que sigue, todas las obras en inglés que no cuenten con una traducción autorizada, serán traducidas por nosotros).

⁹ MIRANDA, Alejandro. 2008. El Principio del Doble Efecto y su Relevancia en el Razonamiento Jurídico. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35 N°3. 490p. (El destacado es nuestro).

llamar de tipo externo, para determinar si la acción es lícita: tales son las prohibiciones o habilitaciones, morales o jurídicas, para actuar. Por ello, el PDE debe comprenderse por la interrelación de ambas cláusulas, dado que no intentar el efecto malo como fin ni como medio no es definitivo para señalar que una acción sería lícita. Esto porque hay varios casos donde se puede buscar el efecto malo como un medio para lograr el fin bueno: por ejemplo, una persona que destruye el telón de un teatro para apagar el incendio que amenaza la vida de los espectadores. Y también, hay acciones en que el agente no busca el efecto malo ni como fin ni como medio, pero cuya conducta estaría igualmente prohibida. Para ilustrar el segundo caso Alejandro Miranda nos ofrece el siguiente ejemplo:

“(…) una mujer en cinta que, para tener más posibilidades de ganar un concurso de belleza, se somete a una cirugía que con gran probabilidad producirá la muerte del feto, no tiene por qué intentar esta muerte como fin o como medio. Su fin, que es mejorar su aspecto, es compatible con su anhelo de que el feto se salve, y la muerte de este no es de ninguna manera un medio necesario para la consecución de aquel fin. La mujer, por tanto, obra injustamente no por intentar el efecto malo, sino por causarlo sin una razón de peso suficiente.”¹⁰

¹⁰ MIRANDA, *op. Cit*, 506p.

3. CASOS PARADIGMÁTICOS DE APLICACIÓN DEL PDE.

En esta sección expondremos los casos típicos y más importantes sobre los que se ha teorizado el PDE. Como es de esperar, de cada ejemplo se pueden hacer distintas variantes para demostrar un punto en particular, pero creemos que la forma en que los expondremos es la más común.

3.1 Derecho de guerra

Bombardeo estratégico [*strategic bomber*]. Supóngase que existe una guerra entre dos países. El Alto Mando de uno de los países tiene la certeza de ganar la guerra si es que se bombardea un objetivo estratégico militar; una fábrica de armas. El problema es que en las cercanías de este centro se encuentran civiles que, en caso de realizar el bombardeo, de seguro morirán. El encargado de la misión, que también piloteará el avión, cree firmemente que está ejercitando una guerra justa, la cual señala la prohibición de atacar directamente a civiles (se les considera inocentes del conflicto). En su opinión la muerte de civiles solo es lícita cuando se consideran efectos colaterales de las acciones bélicas.

Bombardeo aterrorizador [*terror bomber*]. A diferencia del caso anterior, el Alto Mando estima que si se ataca un objetivo civil, una ciudad que por sí misma no presenta otra ventaja militar, entonces se generará un efecto desmoralizador

general en la población que les permitirá ganar la guerra (considérese que en ambos casos muere la misma cantidad de personas).

Para aquellos que consideran legítima la acción del bombardeo estratégico, les costará más aceptar el segundo escenario, ya que en el bombardeo aterrador los civiles se utilizan como un medio para el logro de objetivos militares. Los defensores del PDE sostienen que la distinción es recogida por el Derecho Internacional de Guerra, el que expresamente prohíbe el bombardeo aterrador.¹¹

3.2. Legítima defensa.

Es en esta área donde, como vimos, se originó la primera formulación del PDE. A diferencia de lo que señaló en su momento Tomás de Aquino, hoy no existe disenso en la posibilidad que tiene el agredido de provocar la muerte del agresor en casos de legítima defensa de la vida; siempre que se cumpla el requisito de proporcionalidad (o del medio racional como señala nuestra legislación). Pero ¿cambiaría la responsabilidad de quien se defiende si su finalidad era a la vez homicida?

¹¹ En efecto el artículo 51.2 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 indica: "Artículo 51 - Protección de la población civil.

2. No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil."

Defensa con finalidad defensiva. Juan, un malvado ladrón, se encuentra con María en la noche. En ese instante Juan saca su cuchillo y amenaza a María, ordenándole entregar todo su dinero. María se niega, por lo que Juan arremete. Por suerte Juan tropieza soltando el cuchillo, por lo que María aprovecha la oportunidad y se lo clava en la espalda. Juan muere inmediatamente.

Defensa con ocasión de finalidad homicida. Juan y María son enemigos. Desde bastante tiempo se odian por un conflicto amoroso. Juan decide matar a María por la noche. Esa noche Juan le muestra el puñal a María y la amenaza de muerte. Afortunadamente María traía consigo una pistola, previendo un posible ataque de Juan. María ve que este es el momento perfecto para eliminar a su enemigo. Cree que se encuentra en una situación de legítima defensa, lo que sería una perfecta excusa para matarlo impunemente. Con satisfacción dispara a Juan, quien muere.

En ambas acciones se presentan circunstancias que habilitan la legítima defensa, pero la diferencia radica en la intención de quien se defiende. Si bien algunos podrían encontrar reprochable la acción de María, quien satisface su fin perverso, el caso es que en Derecho no resulta reprochable pues se configuran las causales de legítima defensa. Este caso sirve para contrastar las diferencias que existen entre las soluciones que ofrece una teoría moral y una jurídica.

3.3. Muerte en pacientes terminales.

En materia médica existen múltiples situaciones donde las acciones de los facultativos se asemejan a las acciones penadas por la ley. Así el médico que cercena un miembro para salvar la vida, en principio está cometiendo un acto prohibido por el derecho: la mutilación. No obstante el médico está facultado por el derecho para realizar este tipo de procedimientos. Un caso particular ocurre cuando el médico receta medicinas que tienen efectos secundarios indeseables ¿qué ocurre cuando uno de estos efectos secundarios es la aceleración de la muerte?

Sedación terminal. Es aquel procedimiento médico aplicado a pacientes terminales consistente en la administración de medicamentos que disminuyen el sufrimiento (como la morfina), pero que tienen por consecuencia acelerar la muerte. Aceptando su licitud, podría indicarse que el objetivo del médico es aliviar los sufrimientos del paciente, mientras que la aceleración de la muerte solo es una consecuencia prevista por el médico, pero no deseada.

Eutanasia. la mayoría de los sistemas jurídicos prohíben la eutanasia, entendida como aquellos procedimientos médicos que tienen por objetivo producir la muerte de un paciente para aliviar un dolor o padecimiento irreversible. La eutanasia es tratada en general como un homicidio, por lo que

se prohíbe. En este sentido ¿Puede distinguirse la sedación terminal de la eutanasia? ¿Es la intención del médico lo que hace la diferencia?

3.4. Aborto.

Es en el caso del aborto donde el PDE tiene más uso, utilizado en el ámbito del discurso público por varios movimientos autodenominados “pro-vida” para distinguir entre aquellas acciones que lícitamente pueden interrumpir el embarazo, de aquellas que se contemplarían como aborto.

Caso de la histerectomía. Una mujer embarazada se encuentra en peligro de muerte a causa de un cáncer intrauterino. Para salvarle la vida el médico debe realizar una histerectomía, procedimiento que consiste en la extracción quirúrgica del útero. Al extraer el útero el feto muere.

Caso de la craneotomía. Como en el caso anterior existe una mujer embarazada cuya vida peligró, pero en este caso se encuentra en trabajos de parto. La cabeza del bebé es demasiado grande para salir del canal de parto, por lo cual el médico debe realizar una craneotomía obstétrica. El procedimiento consiste en la reducción o pulverización del cráneo del bebé. Como en el caso anterior el feto muere.

En ambos casos se salva la vida de la madre y se produce la muerte del feto a sabiendas, por lo cual se requiere de un criterio para distinguir la licitud de tales procedimientos. Los defensores del PDE sostienen que la diferencia radica en determinar si el efecto malo se utiliza como un medio para producir el efecto bueno; por lo que sería la craneotomía, y no la histerectomía, un aborto. Se tratará el aborto y su legislación en Chile en particular en la sección 10 del presente trabajo

3.5. Dilema del tranvía [*The trolley problem*].

El siguiente es un caso hipotético formulado por Phillipa Foot¹² llamado el dilema del tranvía, al que Judith Jarvis Thomson¹³ introdujo la variante del hombre gordo.

Dilema original del tranvía. Un tranvía corre fuera de control por su carril. En su camino se hallan cinco trabajadores que no se dan cuenta que viene el tranvía (también puede imaginarse que se encuentran atadas). Un observador de la situación tiene la posibilidad de accionar una palanca que encaminará al tranvía por una vía diferente, por desgracia, hay una persona que morirá en consecuencia ¿Se debería accionar la palanca?

¹² FOOT, Philippa. 1978. The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect. En: WOODWARD, P. A. (editor). 2001. The Doctrine of Double Effect. Philosophers Debate a Controversial Moral Principle. Notre Dame, Indiana, EE.UU, University of Notre Dame Press.

¹³ THOMSON, Judith. 1985. The Trolley Problem, 94 Yale Law Journal 1395-1415.

Variante del hombre gordo. Como antes, un tranvía descontrolado se dirige hacia cinco personas. Un sujeto se sitúa en un puente sobre la vía y podría detener el paso del tren lanzando un gran peso delante del mismo. Mientras esto sucede, al lado del sujeto sólo se halla un hombre muy gordo; de este modo, la única manera de parar el tren es empujar al hombre gordo desde el puente hacia la vía, acabando con su vida para salvar otras cinco.

Asumiendo que estaría permitido salvar a las cinco personas desviando el tren, lo que matará a una persona en vez de cinco ¿estaría también permitido empujar al hombre gordo? En caso de no estarlo ¿qué justifica esta prohibición?

3.6. Casos de asistencia médica.

Caso de recursos escasos. Existen 5 personas en el cuarto B y una persona en el cuarto A. Todos los enfermos tienen la misma enfermedad, pero el paciente del cuarto A la tiene más avanzada. Existe una cantidad limitada de medicina. Para salvar al paciente del cuarto A se necesita toda la medicina disponible, en cambio la misma medicina puede dividirse entre 5 y salvar a los pacientes del cuarto B. El médico aplica la medicina a los 5 pacientes del cuarto B.

Matar a una persona para realizar trasplante. Existen 5 personas en el cuarto B que necesitan un trasplante de órganos (todos necesitan uno distinto). No

existen órganos disponibles. Existe el enfermo del cuarto A, quien espera una inyección de vitaminas. En vez de ello se le aplica una inyección letal y se utilizan sus órganos para salvar a los 5 pacientes del cuarto B.

Dejar morir a una persona para realizar un trasplante. Las personas en el cuarto B son las mismas que en el caso anterior (necesitan trasplante) y la persona del cuarto A es la misma que la del primer caso (necesita la aplicación de la medicina para salvarse). Existe cantidad suficiente de medicina para salvar al paciente del cuarto A, nadie más que él la necesita. El medico decide no aplicar el tratamiento de la medicina, dejando morir al paciente del cuarto A. Con sus órganos se salva a las personas del cuarto B.

En términos generales parece que en el primer caso, el de recursos escasos, es permisible o lícito privarle la medicina al paciente del cuarto A para salvar a los 5 pacientes del cuarto B. Por el contrario parece ser ilícito matar o dejar morir al paciente A en los dos últimos casos para realizar el trasplante. Estos ejemplos tienen la particularidad de ofrecer un escenario donde es la omisión, dejar morir, la que genera el problema ¿es matar lo mismo que dejar morir? ¿es una peor que la otra?

4. JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL DOBLE EFECTO.

Tanto la moral como el derecho, como sistemas que organizan la conducta humana, reclaman justificaciones racionales para sus principios e instituciones. Los casos anteriores incitan a preguntarse si el bombardeo estratégico, la histerectomía y la sedación terminal (y los demás escenarios) son distintos a sus contrapartes, y en caso de serlo, qué justificaría que unas estuvieran permitidas mientras las otras prohibidas. El PDE precisamente pretende ser un principio, con los requisitos ya señalados, que busca sentar criterios para permitir la ejecución de acciones que producen consecuencias inicialmente prohibidas (como matar a otro). Una de las principales razones para defender el PDE consiste en que este sería el único principio de justificación conciliable con un tipo de moral que sostiene prohibiciones morales absolutas.

Una denominación bastante extendida en ética es distinguir entre aquellos sistemas morales consecuencialistas y aquellos no-consecuencialistas, también llamados deontológicos. Los primeros indican que la bondad o malicia de los actos humanos se mide considerando las consecuencias globales que esta produce. Por ejemplo, si creemos que matar a un inocente es una acción prohibida, imaginemos el caso de un terrorista que amenaza con detonar una bomba en la ciudad a menos que se sacrifique a una persona. En este escenario difícil, varias personas creerán que estaría al menos permitido

sacrificar a la persona para evitar un mal mayor. El utilitarismo, entendido como una ética consecuencialista, establece una métrica para establecer la rectitud de una acción: aquella que produce el mayor bien para el mayor número de personas. Siguiendo esta teoría, casos como el dilema del tranvía se resuelve en sus dos variantes, salvando la mayor cantidad de gente. Y de la misma forma, en cada caso en particular, sólo habría que definir qué acción promueve mayor bienestar a una mayor cantidad de gente.

De las éticas consecuencialistas, entonces, no se puede concluir que existan en principio acciones por sí mismas inmorales. Robar como lo hace Robin Hood, puede ser una práctica loable si es que reporta un beneficio general y extendido en el tiempo. Son las consecuencias las que fijan el criterio de rectitud de las acciones. La crítica clásica al utilitarismo (en la variante de Jeremy Bentham) es que este permite demasiado: matar al inocente podría ser lícito si de ello se derivan consecuencias benéficas. Ciertamente la justificación del utilitarismo se ha perfeccionado con el transcurso del tiempo, donde se le han incluido elementos para evitar dichas consecuencias perniciosas. Un ejemplo es el trabajo de John Rawls, “Dos Conceptos de Reglas”, donde distingue entre la justificación utilitarista de una práctica (*id.* la creación de reglas), frente a la justificación de una resolución particular a un caso concreto (*id.* la aplicación de

reglas).¹⁴ No obstante, a opinión de Michael Moore y Larry Alexander, “ninguna de estas posiciones pluralistas eliminan la diferencia entre el consecuencialismo y la deontología. Porque la esencia del consecuencialismo sigue presente en tales posiciones: una acción sería correcta solo en la medida que cause la maximización del estado de eventos Bueno [*an action would be right only in so far as it maximizes these Good-making states of affairs being caused to exist*].”¹⁵

En la otra vereda se encuentran aquellas éticas no-consecuencialistas, las que indican que la bondad o malicia de los actos humanos no depende de sus consecuencias, sino de propiedades intrínsecas a la acción: mentir es malo, inclusive si es que reporta un beneficio para el mentiroso o para otros. Usualmente también se les denomina teorías deontológicas, porque las acciones correctas serán aquellas conforme al deber (del griego δέον "debido"). Si bien varias teorías podrían ser consideradas como no-consecuencialistas

¹⁴ Uno podría señalar que la propuesta de Rawls sería un “utilitarismo de reglas” contrario a un “utilitarismo de actos”. La justificación de las reglas tienen base utilitarista, pero los actos que caen dentro de ella no. No existe transitividad entre la justificación de la regla y la justificación del acto particular. Cabe preguntarse si finalmente la propuesta de Rawls no viene a ser una suerte de desnaturalización del utilitarismo, el que viene a conciliarse más con posturas deontológicas. Lo anterior puede verse en el siguiente extracto “Uno siente que la obligación reconocida de cumplir con las promesas y el utilitarismo son incompatibles. Y sin duda lo son si se interpreta que el punto de vista utilitarista sostiene que cada individuo es completamente libre de medir cada acción particular según motivos utilitaristas generales. Pero ¿se ha de interpretar así el utilitarismo? Espero mostrar que, en los casos que he tratado, no se puede interpretar así” RAWLS, John. 1954. Dos Conceptos de Reglas. En: FOOT, Philippa. 1974. Teorías sobre la Ética. Fondo de Cultura Económica. 229p.

¹⁵ MOORE, Michael y ALEXANDER, Larry. 2012. Deontological Ethics. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/ethics-deontological/>> [Consultado: el 17 de junio de 2014].

(teorías del deber, de la virtud, versiones del liberalismo, protección de derechos humanos, etc.), los deontologistas, en general, tendrán un acuerdo sobre ciertas acciones que nunca sería lícito cometer. Pedro Galvao indica que “los deontologistas podrán discordar sobre las restricciones que existen, pero convergen seguramente en una restricción general sobre dañar a otro –y todos repudiarán la ejecución de los inocentes, ya que consistirá en una grave violación de esta restricción.”¹⁶

Vertientes de la deontología señalarán que existen bienes morales absolutos, y que de ellos se derivan prohibiciones morales absolutas. Por ejemplo, en la moral cristiana, la vida es un bien indisponible y se establecen restricciones del tipo “no matarás” contenidas en el decálogo (además de otras restricciones, como la prohibición del suicidio y de la eutanasia). Otro tipo de deontologías prohibirán acciones que son *per se* malas: tal es el caso de la prohibición a la mentira, que podemos ver en Kant. En este último caso la prohibición de la mentira se justifica porque no es posible querer que la máxima –principio subjetivo del obrar- de la mentira se torne en una ley universal. Qué justifica la prohibición absoluta es importante, porque dependiendo de la postura se pueden resolver de distinta forma el mismo problema. Por ejemplo si creemos que la vida es indisponible, no podremos justificar la eutanasia; pero si creemos

¹⁶ GALVAO, Pedro. 2003. Duplo Efeito: O problema da proximidade. En: Palavras e pensamentos: uma perspectiva analítica. 2003. Edición a cargo de FALGUERA, José. *Et.al.* Universidad de Santiago de Compostela. 421p.

que la vida es un bien valioso, pero disponible, y la prohibición moral es no tratar al otro solamente como un medio, entonces el consentimiento del paciente podría permitir la eutanasia.

En todo caso un punto común de las morales deontológicas es prohibir algún tipo de conducta de forma absoluta. Si este es el caso, podemos entrar en un problema cuando el agente realice acciones susceptibles de ser descritas dentro de la conducta prohibida. Si el mandato fuera “nunca harás ninguna acción que pueda causar la muerte de un inocente” se aprecia que difícilmente podríamos hacer algo siquiera, dada la complejidad del mundo y los cursos causales que contempla. Es el caso del médico que en el ejercicio de su profesión podría causar la muerte del paciente. Entonces ¿podemos cumplir la prohibición? Los defensores de este tipo de éticas indican que debe existir un criterio para adjudicar responsabilidad a quien produce un efecto malo de determinada manera. El PDE viene a cumplir ese rol.

En orden de lo anterior, “[el principio del doble efecto] salva la posibilidad de una ética fundada en la idea de un valor intrínseco y en la importancia de las reglas morales fundamentales, impidiéndole caer en una rigurosidad desesperada e implacable.”¹⁷ Y en el mismo sentido Alejandro Miranda señala “[c]omo causar efectos colaterales malos es inevitable, el único criterio posible

¹⁷ BYRNE, Peter. El Principio del Doble Efecto. En: CANTO-SPERBER, Monique. 2001. Diccionario de Ética y Moral. Fondo de Cultura Económica. 453p.

para establecer qué clases, tamaños o cantidades de efectos colaterales malos es lícito aceptar no puede ser otro que el de la mayor o menor importancia de las razones que el agente tenía para actuar. Con excepción de esta ‘proporción’ entre los bienes que se intentan y los males que se toleran, cualquier criterio sería arbitrario.”¹⁸

Es importante recalcar, como apunta Miranda, que el tipo de teorías no-consecuencialistas ponen un gran énfasis en la intención del agente para determinar si la acción fue mala o de otro tipo. Acciones como hurtar están descritas en términos intencionales –quien se apropia de una cosa mueble ajena sin la voluntad del dueño y con ánimo de lucro-, entonces quien se llevara algo ajeno pensando que era suyo, como quien se equivoca de maleta en el aeropuerto, no comete hurto. La intención en efecto, es muy importante para identificar el tipo de acción que realiza, ya que si varía su intención, la acción puede ser diferente.

Considerando lo anterior, Miranda llega a señalar que el PDE

“(…) es el único sistema coherente para establecer la responsabilidad del hombre por sus acciones. En efecto, si el hombre no es responsable primaria y principalmente por los efectos inmediatos que intenta con sus acciones, solo cabe que lo sea, o por todos

¹⁸ MIRANDA, *op cit* 499p.

los efectos previstos o previsibles que de ellas se siguen, o por los fines que remotamente intenta al realizarlas.”¹⁹

Que el PDE sea el único criterio coherente es, a lo menos, una afirmación controvertible. Sistemas de asignación de responsabilidad, como los aplicados en el derecho civil en casos de responsabilidad extracontractual, prescinden de los criterios del PDE para poder dar solución a sus casos: así, una persona que realiza un ilícito civil no es solo responsable de lo que intentó, sino principalmente de lo que el derecho establece que era razonable prever conforme a la pauta del hombre prudente. Una persona que no respeta los deberes de conducta es responsable porque el derecho le adjudica lo que debió prever, ya que de otro modo caemos en criterios que se enfocan peligrosamente en la subjetividad del individuo. La imprudencia no requiere de intención.

Ahora bien, cualquiera alternativa al PDE debe por lo menos sentar un criterio coherente y razonable para poder dilucidar y resolver los casos típicos a los que se aplica. Aunque el PDE podría no ser el único criterio coherente, cualquier otro contendor tendrá que resolver estos problemas.

¹⁹ MIRANDA, *op cit* 500p.

5. PRINCIPIO DEL DOBLE EFECTO COMO CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN.

Para entender el PDE, primeramente se debe elucidar qué pretende hacer, dado que se ha debatido si se presenta como un principio de excusa del acto o de justificación. John Austin, en su “Alegato en pro de las excusas”²⁰, sostiene que en nuestro lenguaje solemos utilizar las excusas y las justificaciones regularmente, y si analizamos con precisión una y la otra, logramos ver sus diferencias. Para este autor las excusas son ofrecidas cuando alguien es acusado de haber hecho algo malo, injusto, indeseable o simplemente adverso. Por ejemplo si una persona distraídamente pisa a otra en el metro, la frase “disculpe, es que no la vi”, puede servir como una excusa de su acción. La excusa ofrecida podrá 1) explicar la acción, 2) aminorar la responsabilidad, y 3) eventualmente, lograr la eliminación total de responsabilidad. Este tercer caso ocurre cuando una excusa busca mostrar que aquello que se creía nuestra acción, no lo era en absoluto. Es el caso de quien se le acusa de golpear a alguien, y este indica “no pude evitarlo, fue un espasmo involuntario debido a una enfermedad que tengo”.

Por último es evidente que en muchas ocasiones el agente ofrecerá excusas que son inaceptables, como quien llega tarde a una reunión señalando que se

²⁰ AUSTIN, John L. 2008. Alegato en pro de las excusas. En: Olga Grau y Patricia Bonzi (editoras), *Grafiás filosóficas*. “Problemas actuales de la filosofía y su enseñanza”. Cátedra UNESCO de Filosofía/CPEIP. 59p.

quedó dormido por desvelarse la noche anterior por ver una maratón de Dr. Who; si dijera, en cambio, que se quedó dormido por trabajar toda la noche, tal vez estaríamos dispuesto a disculparlo, o a aminorar nuestro reproche.

Los casos de aplicación del PDE son distintos a escenarios donde se ofrecen excusas. La justificación de una acción no busca aminorar una responsabilidad, ni tampoco excusarla por presentarse circunstancias anómalas que interfirieron con la producción de la acción. Al contrario, una justificación busca ofrecer razones suficientes para que una acción que era en principio mala (prohibida) se torne justificada, lícita o tolerable. Un defensor del PDE sostendrá que los escenarios de bombardeo estratégico, legítima defensa e histerectomía son acciones lícitas, porque dichas acciones encuentran una justificación para poder producir el efecto malo que en principio estaba prohibido. En este sentido “el punto a recordar es que el PDE no es solo un principio de justificación retrospectiva, sino principalmente un principio de permisibilidad previa [*prior permissibility*]: está diseñado como un método de guía a la acción para juzgar qué hacer.”²¹

Además, otra razón de peso para considerar al PDE como una doctrina de la justificación, es que si este se presenta como un principio de excusa, se podría

²¹ ODERSBERG, David. 2010. The Doctrine of Double Effect. En: A Companion to the Philosophy of Action. 2010. Ed by Timothy O`Connor & Constantine Sandis. Wiley-Blacwell. 326p.

considerar que la acción que produce el efecto malo es de alguna manera accidental o involuntaria. Pero existe una gran diferencia entre aquellas acciones que se han realizado voluntariamente de aquellas hechas de manera involuntaria: uno solo es plenamente responsable de las acciones realizadas voluntariamente. El PDE supone que la acción y sus consecuencias se han realizado voluntariamente, incluyendo la mala, en el sentido que estaba dentro del control del agente provocarlas o no.²² La diferencia radicaría en que se ha producido la consecuencia mala de forma voluntaria, pero no se tenía la intención de provocarla. El PDE supone, por tanto, que podemos distinguir entre lo voluntario intencional y lo voluntario no intencional.

Es por ello que esta teoría adopta lo que se ha llamado la distinción entre voluntariedad directa y voluntariedad indirecta. Lo directamente voluntario es aquello que forma el plan de acción del agente, que incluye lo que él se propone alcanzar como fin de la acción y los medios que se asegura para alcanzar este fin. Lo indirectamente voluntario se refiere a aquellos efectos de la acción voluntaria, que el agente prevé “pero que no busca ni como fin ni como medio, sino que solo acepta, permite o tolera en la medida en que se

²² Este es el sentido tradicional que se elabora sobre la voluntariedad e involuntariedad de los actos. En efecto si revisamos los escritos de Aristóteles, este define a las acciones involuntarias como aquellas que se han realizado por fuerza o por ignorancia; y a la par, las acciones voluntarias serían aquellas en que el principio de hacerlas o no radica en el agente. Que nosotros seamos quienes realizamos la acción es una característica de la voluntariedad de las acciones, distinguiéndose así de acciones que realizamos por reflejo o de modo inconsciente. Véase el libro III de la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles.

encuentran ligados a lo que directamente quiere”²³. De este modo, las muertes producidas en casos como el bombardeo estratégico se producen de manera indirectamente voluntaria, mientras que en el bombardeo aterrorizador se realizan de manera directamente voluntaria, porque el efecto malo forma parte del plan de acción del agente. Para el PDE es fundamental sostener que una persona no es igualmente responsable de aquello que meramente previó que de aquello que intentó.

Pero si investigamos la palabra voluntario, esta puede tener varios significados²⁴. Significa en algunos contextos que la acción que se realiza no es obligatoria conforme a preceptos jurídicos o morales. Así pagar los impuestos no es un acto voluntario, o al menos no está sujeto a la voluntad de la persona pagarlos o no. Otro sentido es cuando voluntario se refiere a una acción hecha espontáneamente o con buena voluntad, como quien hace un aporte voluntario al donar los pesos que le sobran en el supermercado. Finalmente, y es el caso que nos preocupará, es cuando una acción es voluntaria porque se ha realizado en algún sentido de forma intencional.

Toda acción realizada de manera intencional se ha realizado de manera voluntaria, pero no toda acción voluntaria se realiza de forma intencional. Se

²³ BOYLE, *op cit*, 529p.

²⁴ Las siguientes son acepciones rescatadas del libro de Carlos Nino “Introducción a la filosofía de la acción humana” páginas 35 y siguientes.

nos presenta este problema, y otro adicional: de todos los sucesos que causamos con una acción ¿cuáles de ellos pertenecen a nuestras acciones? y aunque causáramos un sin número de eventos ¿de cuáles somos responsables? Donald Davidson explora el vínculo de las acciones y los eventos en su ensayo “Acciones, Razones y Causas.”²⁵ En él nos ofrece el siguiente ejemplo: una persona presiona el interruptor de la luz, se prende la ampolla, se ilumina el cuarto y sin saberlo alerta a un ladrón que merodeaba fuera de la casa ¿Cuáles de esos eventos fueron realizados de forma intencional? En este contexto puede señalarse que la persona involuntariamente alertó al ladrón. Lo importante a destacar es que la misma acción puede ser descrita de varias formas: “Fulano encendió la luz”, “Fulano apretó el encendedor” o “Fulano alertó al ladrón”, pero sólo en alguna de estas descripciones es correcto indicar que realiza una acción intencional. Entonces, acción puede ser intencional bajo una descripción, pero no bajo otra. Así la misma acción puede ser intencional bajo la descripción “contar un chiste de militares a un invitado a la fiesta”, pero no bajo la descripción “ofender profundamente al coronel Pérez durante la fiesta”.

²⁵ DAVIDSON, Donald. 1995. Acciones, Razones y Causas En: Ensayos Sobre Acciones y Sucesos. México, UNAM.

Junto a Davidson, destacamos que una misma acción puede ser descrita de varias maneras, y sólo en alguna de ellas esta es intencional.²⁶ Si este es el caso ¿puede decirse que en los casos de bombardeo estratégico, histerectomía, legítima defensa, sedación terminal y el dilema del tranvía no se tuvo la intención de producir el efecto malo? La capacidad que tienen las acciones de ser descritas de varias maneras puede cuestionar la pretensión del PDE de que exista una diferencia (ontológica) entre efectos intentados y los meramente previstos. Es importante entonces ver la matriz que supone distinguir entre intención y mera previsión.

²⁶ El propósito de Davidson es establecer que una razón racionaliza la acción, y que este tipo de razones es la causa de la acción. Para ello debemos ver lo que el agente vio o pensó ver en su acción, junto con lo que él quiso o deseó. La razón de una acción puede caracterizarse por un par compuesto de: a) una actitud favorable [*pro attitude*] la que incluye deseos, impulsos, instintos, convicciones morales, prejuicios, etc; y b) una creencia de que la acción es de la clase a). Este par compuesto es llamada razón primaria, y conocer la razón primaria de una acción es conocer la intención con la que se hizo la acción. Por ello el agente no concibe como su acción el alertar al ladrón porque ni tenía una actitud favorable a este hecho, como tampoco tenía conocimiento del mismo. Sin embargo, esta noción de intención es modificada por Davidson en su ensayo "De la Acción" [*Agency*].

6. DISTINCIÓN ENTRE INTENCIÓN Y PREVISIÓN. EL PROBLEMA DE LA CERCANÍA.

Si recordamos las condiciones que indica el PDE, la primera señalaba que el efecto malo no puede intentarse ni como fin ni como medio. Las consecuencias malas deben producirse sólo como una consecuencia prevista, pero nunca ser intentadas. No obstante la distinción entre intención y previsión ha tenido dos grandes críticas: la primera relacionada con la posibilidad real de distinguir aquello que es intentado de aquello meramente previsto; y la segunda, se enfoca sobre la relevancia normativa de tal distinción. Ambas críticas son de distinta naturaleza y conviene analizarlas por separado.

Entonces ¿Podemos distinguir entre intención y previsión? Supóngase, si sostuviéramos una concepción muy estricta de lo que consideramos como intención del agente, que en el caso de la craneotomía la muerte del feto no es un efecto intentado: lo único que busca el médico es reducir el cráneo del feto para salvar la vida de la madre. De hecho, si por algún milagro el feto sobreviviera (o renaciera), podríamos creer en la alegría del médico. De este modo, la muerte del feto sería una consecuencia prevista mas no querida por el cirujano.

Una defensa como la anterior parece extraña, y es atacada por Blaise Pascal en sus Cartas Provinciales (1657), específicamente en la carta VII. En dicha obra, Pascal se enfrenta al razonamiento casuístico²⁷ que defendían los jesuitas. Si uno de los elementos fundamentales de la evaluación moral es la intención, podría ejercerse una “redirección de la intención” del agente, alejándola del efecto malo y dirigiéndola al bueno. Por ejemplo, si alguien insultara a un noble y este le diera muerte, esta acción sería catalogada como venganza, pero bastaría sustituir la intención de venganza, que es criminal, por el deseo de defender el honor propio, para que la conducta estuviese permitida.

Según Pascal, si uno practicase lo indicado por los jesuitas caeríamos en una laxitud moral insostenible. Imagínese que una persona que corta el cuello a otra con una espada dijera en su defensa: “no tenía la intención de matarlo, solo quería probar el filo de mi espada”. Nadie creería con razón que esa es una excusa admisible, e inclusive, podríamos considerar al asesino como un mentiroso o demente. En el caso de la espada, la acción realizada se conecta de forma tan invariable con el resultado malo que sería ridículo decir que no se tuvo la intención de cometer el efecto malo.

²⁷ La casuística es tanto un tipo de razonamiento como una teoría jurídica para resolver problemas de índole moral. En este último sentido, es como la casuística floreció en el renacimiento de mano de los sacerdotes jesuitas. La casuística consistía en la resolución de casos particulares mediante la aplicación de principios generales, y ello se analizaba a propósito de un caso paradigmático. El caso paradigmático presentaba un canon común para la resolución de casos similares, pero como todos los casos son distintos, la aplicación al caso particular podía variar la solución general. Los jesuitas se volvieron infames por llegar a defender conductas inmorales por justificarlas dependiendo del caso. Si mentir está prohibido, puede ocurrir que en un caso particular sea lícito si esto salva una vida.

El anterior se ha conocido como el problema de la cercanía, y es presentado por Philippa Foot en su ejemplo de los espeleólogos y el hombre gordo. En este caso, un grupo de exploradores de cuevas han tenido el desatino de buscar una salida por un estrecho túnel con el compañero más gordo delante de ellos. Desafortunadamente detrás de ellos empieza a inundarse la cueva, por lo que necesitan escapar y la única salida está siendo obstruida por el hombre gordo que se ha atorado. La única solución es utilizar su dinamita y hacer volar al hombre gordo, o morir ahogados. En este escenario Foot pregunta:

“supongamos que los espeleólogos atrapados fueran a argumentar que la muerte del hombre gordo podría ser tomada como una mera consecuencia prevista del acto de hacerlo explotar. ('No queríamos matarlo... sólo hacerlo volar en pequeños pedazos' o incluso '... sólo explotarlo fuera de la cueva.')

Creo que los que utilizan la doctrina del doble efecto rechazarían con razón tal sugerencia, aunque, por supuesto, tendrían una gran dificultad para explicar dónde debe dibujarse la línea ¿Cuál será el criterio de “cercanía” si decimos que cualquier cosa muy próxima a lo que literalmente apuntamos cuenta como parte de nuestros objetivos?²⁸

Foot propondría que en los casos justificados por el PDE el daño estaría más “alejado” de lo que el agente hace que en aquellos no justificados. Como el caso de los espeleólogos, quien prueba el filo de su espada o de la craneotomía, el resultado lesivo se encuentra demasiado “cercano” a la acción del agente para que este pueda indicar que no fue su intención provocarlo. La forma en que describimos la acción –hacer explotar una persona- muestra una relación causal que se dirige a la muerte de la persona. Ahora bien, esta misma

²⁸ FOOT, *op cit* 145-146pp.

relación causal se presenta en el caso de la histerectomía y en los otros casos justificados por el PDE, dado que quien retira el útero sabe que esta acción se conecta con la muerte del feto.

La advertencia de Foot debe tomarse en cuenta, y los defensores del PDE pueden tener el siguiente problema: la distinción entre intención y previsión permitiría, por su aplicación, aquellos escenarios que se desean prohibir. Así, en el caso del hombre gordo en la cueva, podría objetarse que el PDE permite explotar al hombre gordo en pedazos, porque esto (y no su muerte) es lo que es intentado. La muerte sería una consecuencia prevista, mas no intentada, de los exploradores.

En caso de aplicarse el criterio de cercanía, este debe aclararse, porque no es la "distancia" el elemento diferenciador entre lo que es intentado de lo meramente previsto. Es evidente que una persona puede calcular a largo plazo el resultado de una acción, y si esta se concreta, es el caso que es una acción intencional. La conexión causal entre los casos justificados y los prohibidos permanece en todos, y en todos es conocido por el agente.

En este sentido encontramos las críticas que traza Jonathan Bennett sobre la eventual nitidez para distinguir lo que es intentado de lo meramente previsto. Sostiene que varias de las soluciones que se han dado al problema son

erradas. Por un lado podríamos intentar identificar eventos [*event-identity*], señalando, en el caso de la craneotomía, que la reducción del cráneo es su muerte; las dos serían descripciones diferentes de un mismo evento. Así el médico no puede tener la intención de producir una sin tener la intención de producir la otra. El problema surge en materia de causalidad, dado que los eventos se individualizan en patrones de tiempo y de espacio: apretar el gatillo, que se dispare la bala, que penetre el corazón y que un hombre muera son todos eventos distintos. Si nos preguntamos ¿dónde y cuándo ocurrió? Uno tendría una respuesta diferente para el evento 1, evento 2, evento 3, etc. Lo mismo ocurre en el caso de la Craneotomía, dado que este procedimiento no es lo mismo que la muerte; baste indicar que tiene sentido sostener que se puede hacer una craneotomía a un feto muerto. Bennett señala que “este acercamiento de la 'identidad de eventos' no fija límites precisos a la forma en que podemos cortar entre espacio y tiempo marcando trayectorias posibles en la línea de distinguir entre intención y previsión.”²⁹

Otra posible solución es identificar no eventos, sino actos [*act-identity*]. La idea es sostener la existencia de acciones que, aunque contemplen varios eventos, constituyen un solo acto. Si utilizamos el ejemplo de quien disparó el arma, las distintas descripciones “Fulano disparó el arma”, “Fulano mató a Zutano”,

²⁹ BENNETT, Jonathan. 1995. Foreseen Side Effects versus Intended Consequences, En: WOODWARD, P. A. (editor). 2001. The Doctrine of Double Effect. Philosophers Debate a Controversial Moral Principle. Notre Dame, Indiana, EE.UU, University of Notre Dame Press. 97p.

“Fulano apretó el gatillo” y “Zutano murió a causa de Fulano” apuntan a un solo acto, aquel que vincula a Fulano como el autor de la muerte de Zutano, por lo que no se podría tener intención de lo uno sin lo otro y sería imposible disparar un arma y no tener la intención de matar. Lo que evita en este caso la objeción “Fulano disparó al corazón pero sin la intención de matarlo”, no es que el disparo sea la muerte, sino que el agente cree que eso es lo que ocurrirá. Fried, autor citado por Bennett, señala “es inadmisibile decir que uno intenta dispararle a un hombre, apuñalarlo, aplastarlo, o volarlo en pedazos pero que no intenta dañarlo. Todas esas cosas *son* dañarlo [*all of these things just are hurting him.*]³⁰.

Para Bennett esta solución no obtiene un mejor resultado que la anterior, dado que si asume que las intenciones se vinculan con los estados cognitivos del agente sería un hecho que “*si tu no crees que al hacer X harás Y, entonces no es el caso que al hacer X tu intentes hacer Y.* Por esto, puedes intentar falsificar la fecha en un documento sin tener la intención de romper la ley (...); puedes intentar responder una pregunta sin tener la intención de insultar a quien la formula; puedes intentar matar al anciano en el cruce sin tener la intención de matar a tu padre”.³¹

³⁰ BENNETT, *op. Cit.* 98p.

³¹ BENNETT, *op. Cit* 99p. (Cursivas en el original).

De las críticas anteriores Bennett nos ofrece un inquietante escenario.

Supóngase respecto del bombardeo aterrorizador

“(...) de todo lo que se tenía intención era que los cuerpos de las personas estuvieran inactivos en un tiempo suficiente para provocar la creencia general de que estuvieran muertos, y que la creencia durara lo suficiente para acelerar el fin de la guerra: no hay nada por la cual se requiera, a través de una inferencia causal, que tal inactividad fuera permanente; y entonces no se requiere que las personas estuvieran en realidad muertas.”³²

Por tanto el bombardeo aterrorizador podría no tener la intención de matar a las personas, sino simplemente que estas parecieran muertas. Tal como en la sugerencia sobre la craneotomía, si luego del bombardeo estas personas se reanimaran, o revivieran, es posible que el piloto lo recibiera como una buena noticia.

Las objeciones anteriores dejan un desafío considerable: se debe elaborar un modelo de agencia, o de la racionalidad práctica, donde no sea posible pretender que en los casos no justificados (craneotomía, bombardeo aterrorizador, eutanasia, etc.) no se tuvo la intención de matar al otro. A continuación expondremos algunas de las teorías que buscan lo anterior.

6.1. Respuestas al problema de la cercanía.

³² BENNET, Jonathan. 1981. *Morality and Consequences*. The Tanner Lecture on Human Values II. Salt Lake City. University of Utah Press. 111p.

Provocar cursos causales que producen efectos malos, con conocimiento, se enmarca dentro de lo que hemos señalado como acciones voluntarias. La voluntariedad es una de las condiciones necesarias para adjudicar responsabilidad, pero no es suficiente. El desafío del PDE es poder distinguir entre intención y previsión, ya que de no poder lograrlo uno de sus presupuestos fundamentales cae.

Antes de exponer las respuestas al problema de la cercanía, debe quedar claro que para los defensores del PDE no es imposible que en los casos justificados el agente pueda tener la intención de producir el efecto malo. Sería un error indicar que el piloto en el bombardeo estratégico no puede tener la intención de matar a los civiles. Lo importante es que el

“[PDE] sostiene que un agente en uno de los casos justificados puede sinceramente reclamar que previó y no intentó el daño, mientras que un agente en un caso no justificado no puede hacerlo. Ya que en los últimos, a diferencia de los primeros, el agente intenta el daño como un medio para sus fines. Esto es, por tanto, necesariamente intentado. Una respuesta exitosa al problema de la cercanía contrastará la intención necesaria con la intención que es posible, mas no necesaria (lo previsto)”³³

6.2. Versión de Boyle y Finnis. Voluntariedad directa e indirecta

³³ CAVANAUGH, T. A. 2006. Double Effect Reasoning: Doing good and avoiding evil. Oxford Studies in Theological Ethics. 85p.

Una de las formas de superar el problema de la cercanía es, según Joseph Boyle y John Finnis, sostener un criterio de agencia que permita distinguir entre aquello que es intentado de lo meramente previsto. La manera de realizar lo anterior es desarrollando la distinción ya nombrada entre voluntariedad directa y voluntariedad indirecta.

Joseph Boyle, siguiendo a Aristóteles y a Tomás de Aquino, sostiene que el término “voluntariedad” es un concepto equívoco, dado que esta puede incluir acciones ejecutadas tanto por animales como por niños. Se dice que estos actuarían voluntariamente, lo que indicaría que existirían familias de semejanza [*family resemblances*] en los diversos usos de la palabra “voluntario”. No obstante existiría un uso del término que es paradigmático: aquella acción que se asimila a la ejecución de una decisión libre y deliberada. Este sería el uso más importante del término voluntariedad, y a la vez el más robusto, ya que este tipo de acciones serían las que comprenden de mejor manera todas aquellas otras acciones que se dicen ser ejecutadas de una forma voluntaria dado que “ninguna acción humana está realizada de forma tan clara o preeminentemente auto-iniciada que aquella que ejecuta una decisión libre [*free-choice*]”.³⁴ Es en este sentido donde mejor se explica la voluntariedad, dado que en la acción ejecutada por una decisión libre es el propio agente el factor causal fundamental. Además, sólo en estas acciones es donde el agente

³⁴ BOYLE, *op cit* 534p.

sabe con mayor plenitud qué es lo que se está haciendo. De este modo, todas las otras nociones de voluntariedad que no sean producto de una decisión libre y deliberada están disminuidas en alguno de estos componentes: control causal y elemento cognitivo.

Para Boyle y Finnis una acción humana realizada por una elección libre sería, entonces, voluntaria en el sentido más fuerte del término. Aceptando que el efecto previsto de produce voluntariamente ¿qué diferencia la intención del efecto meramente previsto? La clave es indicar que en el razonamiento práctico, los efectos meramente previstos tienen un rol distinto que los objetivos del agente. La muerte del feto en la histerectomía, o la muerte de los civiles en el bombardeo estratégico, son efectos que son considerados por el agente en su deliberación “pero no son razones *para* la acción –en vez de eso, son a veces condiciones *a pesar de las cuales* actuamos. No es por el bien de esas condiciones por las que uno elige esa opción; no son esos efectos por los cuales uno está comprometido para actuar.”³⁵

Los autores sostienen que los agentes tienen fundamentalmente una actitud diferente hacia lo que intentan en comparación de lo que solo prevén. El agente que realiza una acción con la intención de provocar cierto estado de eventos, convierte a este estado de eventos en su objetivo. El agente comprende que es

³⁵ BOYLE, *op cit* 535p.

valioso o instrumentalmente valioso comprometerse para realizarlo. Por ejemplo, en el caso del dentista indicado en la introducción, este no tiene un compromiso con causar dolor al paciente, y en caso que pudiera evitarlo probablemente lo haría. Así entonces “la actitud del agente hacia dichas consecuencias [previstas] es completamente diferente de su actitud hacia lo que intenta. Estas consecuencias no necesitan verse como buenas o deseables, no hay un compromiso con provocarlas, y en muchos casos el agente las evitaría si pudiera. No son parte de lo que uno elige provocar.”³⁶

Esta noción de agencia permitiría finalmente afirmar una concepción de la libertad humana. Las decisiones libres se realizan por aquellas razones que el agente estima pertinentes, e inclusive en contra de alguno de sus deseos más fuertes. Uno puede tener la intención de hacer algo que puede ser repugnante contra los deseos imperantes del agente. Elegir algo [*choice*] implica ponderar las distintas opciones, deliberar, y elegir aquel curso de acción que el agente estime más pertinente (nótese cómo en la contingencia la elección pueden superar un deseo presente). Si la elección no es diferenciada de los deseos dominantes, estaremos condenados a seguir este deseo; en cambio, podemos elegir contra nuestros deseos, y todo aquello que es elegido es a la vez intencional [*intentional*].

³⁶ BOYLE, *op cit* 536p.

Con este modelo de agencia los autores justifican la posibilidad de distinguir entre intención y previsión. Inclusive, si no pudiésemos distinguir uno del otro, podríamos caer en los resultados ridículos que indica Finnis:

“aquellos que utilizan zapatos no tienen la intención de desgastarlos. Aquellos que vuelan el Atlántico, previendo turbulencias, no intentan padecerlas; aquellos que toman muy fuerte raramente intentan la resaca que ellos saben que es cierta. (...) En efecto, bien podríamos llamar a los académicos de la noción extendida de la intención como la Teoría Pseudo-Masoquista de la Intención por cuanto sostiene que aquellos que prevén que sus acciones tendrán efectos dolorosos sobre si mismos *intentan* dichos efectos”³⁷

6.3. Cavanaugh y una teoría de la intención.

Para Cavanaugh, hablar de voluntariedad directa e indirecta es impreciso. Ello porque quienes utilizan el término voluntariedad directa o indirecta lo utilizan ambivalentemente para referirse tanto a la causalidad como a la intencionalidad: el término directo lo asocian a lo que es intentado, mientras que el indirecto a lo meramente previsto. Lo importante no sería un contraste entre lo que uno causa como agente y lo que uno causa simplemente, sino referirse específicamente a la agencia, distinguiendo entre lo que uno causa (o permite) con intención y lo que uno causa con previsión pero sin intención.

³⁷ FINNIS, John 1991a. Intention and Side Effects. En: FREY, R. G., y MORRIS, C. W. (edits.), Liability and Responsibility: Essays in Law and Morals (Cambridge, Cambridge University Press) 46p.

Cavanaugh parece recoger lo que Aristóteles entendía por voluntariedad, a saber, aquellas acciones cuyo principio motor está en el propio agente.³⁸ Si este es el caso, uno podría voluntariamente producir un efecto de manera no intentada. Los ejemplos que nos ofrece son los siguientes: una persona que silba puede causar placer a otros, ya sea con o sin conocimiento, sea bajo coerción o sin ella; si la persona sabe lo que hace y lo hace sin coerción, entonces uno voluntariamente causa el placer del otro: el disfrute es atribuible a la persona como agente, no solo como causa. Entonces quien camina por la calle y felizmente silba para pasar el rato, voluntariamente causa placer a los otros. Pero uno también puede intencionalmente causar placer a otro. Si un artista callejero silba diestramente para conseguir unas monedas, entonces el causar placer a los transeúntes es más que voluntario, es intencional. De hecho el transeúnte que pasea silbando para pasar el rato causa placer a otros de manera voluntaria, pero no intencional.

De esta forma concluye que la distinción entre intención y previsión contrasta de mejor manera aquello que es voluntario con lo que es voluntario e intencional; esta distinción sería más precisa y menos general que directo e indirecto. Indica

³⁸ De hecho Aristóteles no utiliza ninguna palabra que se pueda homologar a "intención" tal como lo hacemos en nuestros días. El término *proairesis* se ha traducido como "elección" (Julio Pallí) o "decisión deliberada" (Alejandro Vigo), pero la *proairesis* se refiere no solo a aquellas elecciones de acciones particulares, sino al tipo de elección que contempla un plan de vida deseado por el agente, es decir, qué tipo de persona quiero ser. Por ello el incontinente actúa voluntariamente pero contra su *proairesis*, dado que ha fallado sobre el tipo de acción que va en conformidad al plan de vida que desea el agente. Sobre esta versión de la teoría de la acción de Aristóteles véase: VIGO, Alejandro. Aristóteles, una introducción. IES.208p.

que “no sirve a ningún propósito en adelante caracterizar lo intentado como lo directo y lo previsto como lo indirecto.”³⁹ Cavanaugh se propone, entonces, elaborar una teoría estricta sobre la intención que permita superar el problema de la cercanía. En lo que sigue el autor se ha inspirado, como él lo señala expresamente, en el libro de Michael Bratman *Intention, Plans, and Practical Reason* (1987).

Para distinguir entre la intención de la previsión, existen cinco rasgos distintivos entre una y la otra que permiten diferenciarlas. En primer lugar, Cavanaugh establece que la intención es un compromiso volitivo por un plan de acción. Considérese el siguiente ejemplo:

“con la intención de ir a Venecia, el plan de ir a Venecia lo compromete a uno, y en concordancia, ahorra dinero, arregla tiempo de vacaciones, organiza la movilización, estudia italiano y realiza otros innumerables actos. Como plan, al que uno se ha comprometido, mis intenciones me constriñen (racionalmente) de tener otras intenciones incompatibles, y, por tanto, de actuar de manera incompatible con mi plan”⁴⁰.

La mera previsión de un efecto, en contraste, no involucra un compromiso volitivo por un plan de acción, y no es más que “conciencia [*awareness*] de las relaciones causales.”⁴¹

³⁹ CAVANAUGH *op cit* 77p.

⁴⁰ CAVANAUGH, *op cit* 93-94pp.

⁴¹ CAVANAUGH, *op cit* 95p.

En segundo lugar la intención del agente produce la deliberación sobre los medios adecuados para cumplirla, y a la vez, esta puede generar otras intenciones ulteriores. Así, si queremos ir a Venecia, debemos preguntarnos ¿cómo podremos lograr nuestro objetivo? Lo que hará que el agente sopesa los distintos medios para poder realizar su acción. Si solo previéramos que llegaremos a Venecia, como si esta fuera una simple parada del bus que me lleva a Milán (destino al que efectivamente deseo ir), no deliberaríamos sobre nuestra estadía en Venecia.

En tercer lugar es la intención la que resuelve la deliberación del agente. Al sopesar los distintos medios disponibles, es nuestra intención la que marcará el punto final de la deliberación; la mera previsión no. Si mi intención es ir a Venecia, puedo decidir sobre los medios adecuados para lograrlo y tener un juicio concluyente; en cambio si mi intención es ir a Milán, el solo saber que tengo que transitar por Venecia (estación de bus) no establece un parámetro que finalice mi deliberación.

Cuarto, la intención y la previsión difieren en la forma cómo dirigen y se acomodan a un razonamiento práctico; dado que es la intención la que nos provee un parámetro de éxito o fracaso de la acción. Si tengo la intención de ir a Venecia, y no lo logro, entonces mi acción ha fracasado. En cambio si mi

intención es ir a Milan, pero preveo que pasaré por Venecia, que lo último ocurra o no, no se presenta como éxito o fracaso para el agente.

Por último, “si uno careciera de una intención específica, el acto propio no podría ser nombrado por aquel intento, y la conducta diferiría típicamente de aquello que sería si la intención estuviera presente; no obstante, si solo se previera la consecuencia de uno de sus actos, el acto no tendría que ser redescrito ni el propio comportamiento tendría que ser distinto.”⁴² Cavanaugh quiere mostrar que es la intención del agente lo que identifica la acción; cuando uno cuenta un chiste que ofende a otro, si no tenía la intención de provocar este resultado entonces mi acción no podría ser descrita como una burla (esto ocurrió por accidente, involuntariamente, inintencionalmente, etc.). Si voy a Venecia con el objetivo de irritar a mis amigos por mi ausencia (supongamos que me han hecho pasar un mal rato, y me necesitan para la final de la liguilla de fútbol), entonces mi acción podría describirse como “molestar a mis amigos” pero no como vacacionar en Venecia. Si uno le preguntara a esta persona ¿qué haces en Venecia? este podría responder “les estoy gastando una broma a mis amigos, me necesitaban para un la liguilla de futbol” o “me estoy vengando de mis amigos”.

⁴² CAVANAUGH, *op cit* 107p.

Cavanaugh aplica su distinción para el par sedación terminal y eutanasia, bombardeo estratégico y bombardeo aterrorizador, e histerectomía y craneotomía. Para ver cómo opera utilizaremos tan solo el último caso, analizando las intenciones de dos médicos hipotéticos que realizan cada procedimiento.

Tanto en la histerectomía como en la craneotomía, ambos médicos buscan preservar la vida de la madre como algo bueno, como un bien racionalmente motivante. Al estar comprometido con este objetivo, el médico en el caso de la craneotomía delibera acerca de cómo preservar la vida de la mujer, dada la desproporción pélvico-cefálica que amenaza a la mujer. Decide realizar un corte en el cráneo del bebé, remover su cerebro, y desmembrar su cráneo en piezas. El médico intenta decapitar al feto para preservar la vida de la madre. Puede que no desee este resultado, o que lo sienta mucho una vez realizado, pero como hemos dicho con Finnis, la intención puede distinguirse de los deseos. La intención de decapitar al feto dirige su acción. Esta intención lo mueve a deliberar sobre los instrumentos quirúrgicos adecuados. La intención de destruir el cráneo del feto resuelve el problema de cómo preservar la vida de la madre. Esta intención, además, define su acto como un éxito o como fracaso: si él destruye el cráneo y preserva la vida de la mujer, entonces ha tenido éxito en lo que se propuso hacer. Inclusive, si fallara al realizar la craneotomía, pero la

mujer igualmente se salva, en último término hubiese tenido éxito en su propósito, pero habría fallado en realizarlo de la forma que él había planeado.

En contraste, el médico que realiza la histerectomía elige remover el útero cancerígeno para preservar la vida de la madre. Él prevé que el feto morirá por una necesidad causal, pero esta previsión no guía su acto, sin perjuicio de adoptar medidas para preservar su vida. La previsión no lo mueve a deliberar sobre cómo matar al feto. La destrucción del feto no resuelve el problema de cómo preservar la vida de la madre; no responde ninguna de las preguntas deliberativas e inclusive, si el médico no tuviera advertencia de la existencia del feto, aún podría realizar el mismo procedimiento que realiza: una histerectomía terapéutica. Su ignorancia del resultado previsible, la muerte del feto, no altera cómo describimos lo que hace; tampoco altera los movimientos corporales que está realizando.

Cavanaugh concluye “el médico en el caso de la craneotomía necesariamente intenta dañar al feto como un medio para preservar la vida de la madre. En el caso de la histerectomía, el médico no requiere intentar matar o dañar gravemente al feto. En suma, la distinción intención/previsión se aplica a la craneotomía/histerectomía tal como el [PDE] propone”.⁴³

⁴³ CAVANAUGH, *op cit* 114p.

6.4. Warren Quinn y los efectos de involucrar a la víctima.

La última solución que veremos al problema de la cercanía es elaborada por Warren Quinn en su ensayo "*Actions, Intentions and consequences: The Doctrine of Double Effect*". En dicho escrito el autor sostiene una defensa del PDE similar a la de Boyle y Finnis al ofrecer una versión de agencia directa e indirecta de daño, pero presenta ciertas diferencias que abren caminos no expuestos por los autores anteriores (sostener, por ejemplo, que tanto la craneotomía como la histerectomía son justificables). Además su propuesta sobre agencia haría defendible al PDE incluso si es que aceptamos la existencia del problema de la cercanía.

Dado que uno de los requisitos del PDE (en todas sus versiones) dice relación con la intención del agente, Quinn sostiene que se debe tener claro cuál es esta en cada caso. La dificultad se presenta en el análisis de la acción, dado que son susceptibles de ser descritas de varias maneras, y sólo bajo algunas de ellas la acción es intencional. Necesitamos, entonces, de un criterio que nos permita discernir qué es intencional para el individuo. Quinn utiliza el criterio de Anscombe, el cual consiste en preguntarle al agente ¿por qué hizo lo que hizo? Por ejemplo, si le preguntamos a alguien ¿por qué usas la podadora? y él nos respondiera "para cortar el pasto", ahí nos muestra su intención. El tipo de respuestas para, o porque, por las cuales el agente entiende la pregunta y la

asimila bajo lo que él cree que está haciendo, denotarían la intención o las futuras intenciones del agente.

Si bajo la pregunta la acción es descrita de determinada manera y el agente la acepta respondiendo con un “para...” entonces la acción es intencional bajo esa descripción. Pero si él rechaza la pregunta de una manera determinada entonces la acción es no intencional [*unintentional*]. Si le preguntamos por qué corta el pasto (y no por qué usa la podadora) nos respondiera “no me interesa eso, solo lo hago para molestar a los vecinos” o “no puede evitarse, viene de la mano con este increíble ejercicio” entonces el cortar el pasto no es para este sujeto una actividad intencional.

Si aplicamos el criterio de Anscombe a los casos justificados por el PDE, la respuesta de los agente nos indicaría su intención. Al piloto del bombardeo estratégico podríamos preguntar ¿Por qué destruiste la fábrica? Este podría responder “era necesario para ganar la guerra”; pero si continuáramos ¿y por qué mataste a los civiles? Puede que el piloto replicara “no pudo evitarse, era el efecto colateral de la explosión de la bomba”. En su segunda respuesta muestra rechazo a la pregunta, y mostraría que no tenía la intención de matar a los civiles, dado que no muestra ninguna disposición a este resultado y solo aceptación o conciencia de él. Ahora, si preguntamos al bombardeo aterrador, puede que la respuesta a la primera pregunta fuera “sus muertes

eran necesarias para ganar la guerra”. En este caso el piloto demuestra que la muerte de los civiles cumple con un propósito, lo que muestra su intención de liquidarlos (o de usarlos como un medio para sus propósitos).

El problema de utilizar este criterio viene al aplicar las observaciones de Bennett, y al preguntar al piloto del bombardeo aterrorizador por las muertes de los civiles, él podría responder “yo no quería matarlos, solo pretendía que parecieran muertos”. Un criterio como el de Anscombe falla para el PDE cuando el agente ofrece lo que Quinn llama “respuestas filosóficamente sofisticadas”⁴⁴.

Una solución para evitar la respuesta filosóficamente sofisticada (o lo que es sostener una visión estricta de la intención) sería establecer un criterio esencialista, en el sentido que la intención del agente no depende de la descripción de esta, ya sea por el mismo o por un tercero. Así el bombardero aterrorizador “sofisticado” no podría alegar que no tenía la intención de matar con aquellas acciones, dado que su acción era esencialmente matar a las personas. El problema aquí es el mismo advertido por Bennett, dado que bajo criterios de causalidad es difícil establecer una conexión necesaria entre ciertas acciones y resultado: por ejemplo, una craneotomía no se conecta “esencialmente” a dar muerte al feto dado que esta puede realizarse sobre fetos

⁴⁴ QUINN, Warren. 1989. Actions, Intentions and consequences: The Doctrine of Double Effect En: WOODWARD, P. A. (edit.).The Doctrine of Double Effect. Philosophers Debate a Controversial Moral Principle. Notre Dame, Indiana, EE.UU, University of Notre Dame Press. 23p.

muestran: ello indicaría que ya son dos cosas distintas. También, si existiera una noción esencialista de la intención ¿Cómo evitamos sostener que al realizar una histerectomía no se tuvo la intención de matar al feto, si existían otros procedimientos menos invasivos y accesibles para lograr el mismo resultado?

Para evitar soluciones esencialistas, la ruta que sigue Quinn no es identificar acciones con efectos malos intrínsecos (tal como la craneotomía a la intención de matar al feto), sino identificar elecciones que son intentadas bajo descripciones que son intrínsecamente negativas. La forma de seguir esto es destacar que todos los aspectos de una acción o una omisión que no contribuyen, en un sentido estricto, con los objetivos del agente serán desechados como no intencionales [*unintentional*].

Analizando el par de casos sobre el bombardeo señala: “en el [bombardeo aterrador], pero no en el bombardeo estratégico, quien bombardea innegablemente intenta en el sentido más estricto que los civiles se vean involucrados en cierta explosión, la que él produce precisamente porque su involucramiento sirve para sus propósitos.”⁴⁵ Su propósito requiere al menos que estas personas se vean violentamente impactadas por la explosión de sus bombas. Quinn indica que este efecto es innegable, y si bien podría decirse que el bombardeo aterrador podría no tener la intención de provocar la muerte

⁴⁵ QUINN, *op cit* 29p.

(efecto malo), “lo que importa es que el efecto sirve al propósito del agente, precisamente, porque se trata de un efecto sobre los civiles [*it is an effect on civilians*].”⁴⁶ El caso del bombardeo estratégico sería diferente, ya que el piloto intenta producir una explosión, pero no de una forma en que algún civil se vea afectado por ella. Aunque tenga la certeza que su acción provocará sus muertes, puede honestamente negar que el involucramiento en la explosión tenga que ver con sus propósitos.

Lo anterior lleva al autor a ver una diferencia en la racionalidad práctica de los agentes, distinguiendo entre agencia directa de daño y la agencia indirecta de daño. En la primera el daño es provocado a las víctimas, al menos en parte, por su involucramiento directo: la forma de lograr sus objetivos es, precisamente, involucrando a las víctimas. En la agencia indirecta de daño, en cambio, el daño no es intentado en las víctimas, y su involucramiento no sirve para sus propósitos. Bajo esta visión se requiere, en principio, razones más graves para justificar la agencia directa de daño que la agencia indirecta de daño. Así las cosas, la versión de agencia e “involucramiento” de Quinn permitiría presentar una diferencia genuina en las estructuras intencionales del agente inclusive si se defendiera una interpretación estricta de lo que es intentado como el caso del bombardeo aterrador sofisticado que presenta Bennett.

⁴⁶ *Ibid.*

Un elemento a destacar de la versión de Quinn es indicar que existen asimetrías en los distintos casos de justificación del PDE. Nuestras intuiciones parecen indicar que es menos conflictivo (o más fácil de justificar) el caso de la craneotomía que el del bombardeo terrorizador. Ello ocurre porque existiría una diferencia en las razones del agente, en la medida que ve a la víctima como una ventaja o como una dificultad para su acción. Así en la craneotomía el médico quiere remover al feto del canal de parto: su presencia es el problema. En cambio en el bombardeo terrorizador, las víctimas potenciales se ven como una oportunidad: a mayores involucrados, más sirven al agente. En este sentido el principio discrimina de manera más grave (es más difícil de justificar) la agencia que se beneficia de la presencia de la víctima, y discrimina de manera más débil la agencia que busca remover a la víctima cuando esta se presenta como un obstáculo.

El desarrollo de los argumentos llevan a Quinn sostener que su versión del PDE se apoya en un ideal kantiano, a saber: cada persona debe ser tratada, en la medida de lo posible, como un fin en sí mismo. En la mayoría de los casos conflictivos del PDE la víctima está siendo utilizada (o viéndose involucrada) como un medio para los objetivos del agente. Finalmente concluye: “El [PDE] otorga a cada persona algún poder de veto sobre ciertas tentativas de hacer de este mundo un lugar mejor a su costa (...). La doctrina encarna nuestra noción

de que ciertas formas de subordinación estratégicas forzadas son especialmente inapropiadas entre agentes libres e iguales.”⁴⁷

⁴⁷ QUINN, *op cit* 37p.

7. ¿ES LA DISTINCIÓN ENTRE PREVISIÓN E INTENCIÓN NORMATIVAMENTE RELEVANTE?

Anteriormente hemos expuesto tres teorías que tratan de resolver el problema de la cercanía, concluyendo que es posible distinguir entre lo que es intentado de lo que es meramente previsto. Uno puede aceptar o criticar el presunto éxito de estas posturas, pero aun asumiendo que efectivamente se puede realizar tal distinción, no queda claro cuál podría ser su relevancia ética. Porque una cosa es poder distinguir aquello que es intentado de aquello meramente previsto, pero otra es sostener que esta distinción presenta una diferencia fundamental para nuestros juicios morales. A continuación mostraremos algunas teorías que siguen esta línea.

7.1. Hart y la equivalencia jurídica de la intención y la previsión.

H. L. A. Hart en "*Intention and Punishment*", de 1967, se avoca a la tarea de investigar la relación entre el estado mental (*mens rea*) y el castigo al preguntarse ¿por qué el derecho define ciertos delitos en virtud de sus estados mentales como elementos necesarios de la responsabilidad? y ¿Por qué este tipo de comportamiento debería ser castigado de manera más severa si es acompañado por cierto estado mental y no otro? El objetivo que nos preocupa es el análisis que hace Hart sobre la intención, elemento que puede operar

antes y después de adjudicar culpa a un sujeto: a) determinando si un individuo puede ser castigado; y de ser el caso, b) cuán severo será su castigo.

Al analizar la diferencia entre intención y previsión, Hart recoge la distinción formulada por Bentham entre “intención directa” e “intención oblicua”. La primera se refiere a la acción que busca un efecto como fin o como medio; mientras que la intención oblicua se refiere a aquella acción que solo prevé un resultado, pero que no lo busca ni como fin ni como medio (estos términos serían equivalentes a lo que otros autores llaman voluntariedad directa y voluntariedad indirecta).

Para ilustrar cómo operaría la intención en el derecho penal, se refiere al caso victoriano R. v. Desmond, Barrett y Otros. En 1868 se encontraban encarcelados dos convictos irlandeses, y un miembro de la banda, Barrett, buscó la manera de liberarlos. Para lograr su cometido, Barrett dinamitó una de las paredes de la prisión creyendo erróneamente que por ahí podrían escapar sus aliados. El plan falló, y la explosión mató algunos guardias. Uno podría preguntarse ¿mató Barrett a esas personas intencionalmente?

Hart acepta que en el lenguaje cotidiano podría decirse con razón que Barrett no ha matado intencionalmente a los guardias, o que no tuvo la intención de hacerlo. No obstante la respuesta a la pregunta puede ofrecerse dentro del

derecho o fuera de él. Para el derecho la formulación correcta de la pregunta sería ¿mató el acusado a esas personas con la suficiente malicia premeditada tal como es requerida para constituir homicidio? En este sentido bastaría la previsión del resultado para adjudicar responsabilidad. En efecto

“[para] el derecho, aunque también podría contentarse con menos, le es suficiente juzgar a un hombre culpable si la consecuencia lesiva, i.e. la muerte, fue prevista por el acusado en el sentido de que él creyó que este se produciría como un resultado de una acción voluntaria de la que tuvo parte (...). Para el derecho, un resultado previsto es suficiente, aun si no fue deseado por el agente, aun si creyó que era una consecuencia indeseable de sus acción, y en el caso Desmond esto fue lo que significó aquellas muertes en la explosión.”⁴⁸

Concluye que en Derecho no se requiere que el acusado haya efectivamente intentado el resultado lesivo (puede que no haya sido su objetivo, ni el medio para lograrlo). Aunque se podría indicar que aquello que es meramente previsto no es intentado, utilizando el lenguaje cotidiano, lo importante es determinar qué estado mental es el suficiente para adjudicar responsabilidad [*liability*]. Para el derecho la intención se equipara a la capacidad para prever las posibles consecuencias (dañinas) de nuestros actos. Entonces, aun sin intención una persona podría ser responsable de ciertos resultados lesivos. Hart no llega a afirmar que en el derecho la mera previsión sea lo mismo que la intención, dado que podemos distinguir entre la intención directa y la oblicua. Pero aunque sean

⁴⁸ HART, H.L.A. 2008. Punishment and Responsibility. Essays in the philosophy of Law. 2nd edition, New York, Oxford University Press. 119p.

conceptualmente distintas, a la hora de adjudicar responsabilidad (merecimiento de castigo) son equivalentes. La única diferencia que podría haber (y el autor no está plenamente seguro de ello) ⁴⁹ sería al determinar la sentencia, respecto de la severidad del castigo.

Importa al derecho equiparar ambos tipos de intención, al adjudicar el merecimiento del castigo, por poseer ambas un rasgo común. Si en el caso Desmond el acusado en vez de explotar la cárcel, disparara directamente al guardia para robarle la llave, vemos que al igual que en el supuesto de la explosión “Barret tenía el control sobre la opción de la vida o muerte de las víctimas.”⁵⁰ El problema del control, o de la voluntariedad, como indicamos anteriormente, sería el elemento determinante.

En este punto, Hart se refiere expresamente al PDE. Los defensores del principio sostendrán que la intención oblicua en el caso de la sedación terminal versus eutanasia es suficiente para otorgar legitimidad a la sedación terminal, mientras que la intención directa en la eutanasia la haría ilegítima. Hart critica esta postura y nos presenta un ingenioso caso donde “un hombre se encuentra atrapado en la cabina de un camión en llamas de la que es imposible salir y un

⁴⁹ La duda de Hart se aprecia en el siguiente texto: “no obstante, cuando viene el problema de la sentencia y la determinación de la severidad del castigo puede ser (aunque no estoy del todo seguro de que este sea el caso) que tanto para la teoría retributiva y utilitarista del castigo, la distinción entre intención directa y oblicua sea relevante.” HART, *op. Cit.*, 121p.

⁵⁰ *Ibid.*

transeúnte, en respuesta a sus peticiones, le dispara y lo mata para salvarlo de la agonía de morir quemado lentamente.”⁵¹ Para el PDE esta acción es ilegítima; pero si cambiamos los hechos y, digamos, el transeúnte en vez de dispararle le dejara un litro de morfina para aliviar su dolor, lo que con certeza lo mataría, según el PDE esta acción sí sería legítima. El resultado es el mismo, pero paradójicamente el primer caso estaría prohibido.

Para Hart las diferencias que ve el PDE en los pares de casos

“(…) son diferencias de estructuras causales analizadas por la aplicación de distinciones verbales diferentes. No parece haber ninguna diferencia moral relevante entre ellas en cualquier teoría moral (...). Pero tampoco estas diferencias verbales o las diferencias en las estructuras causales tienen correlación con factores morales. En ciertos casos podrían haber algunas diferencias morales concomitantes, pero estas parecen estar solo contingentemente conectadas con la diferencia entre intención directa e indirecta.”⁵²

Concluye indicando que las distinciones verbales que hace el PDE, como doctrina de origen católico “solo pueden ser explicadas como el resultado de una concepción legalista de la moral como si esta se asentara en la forma de un derecho de forma rígida que prohíbe toda forma de matar intencionalmente, distinguiéndola de causar la muerte a sabiendas.”⁵³

⁵¹ HART, *op cit* 123p.

⁵² HART, *op cit* 124p.

⁵³ HART, *op cit* 125p.

7.2. Thomson. Perspectiva de los derechos de la víctima.

Judith Jarvis Thomson cuestiona la supuesta relevancia moral de ciertas distinciones que emergen en la discusión sobre el PDE. Si vemos el problema del tranvía, hay quienes creerían que matar (variante del hombre gordo) es siempre peor que dejar morir (dilema original). También, en los casos del bombardeo estratégico versus bombardeo aterrorizador, podría indicarse que directamente matar inocentes estaría siempre prohibido, mientras que matarlos indirectamente sería permitido en ciertos casos (bombardeo estratégico). En mayor o menor medida estas distinciones se relacionan con el par intención y previsión, y la tarea de sus defensores será establecer por qué existiría una diferencia moral relevante entre una y la otra.

Entonces ¿es matar peor que dejar morir? Pareciera que el caso del paciente a quien se mata para sustraer sus órganos afirmaría esta creencia. No obstante la distinción entre matar y dejar morir tiene varias dificultades, dado que estas se manifiestan en el análisis de los cursos causales donde tiene participación el agente. Generalmente se asocia a matar con una acción, mientras que dejar morir atiende a una omisión, pero ¿qué tan apropiada es esta asociación? Si comparamos el problema del tranvía original con la variante del hombre gordo, podría indicarse que en el primero a la persona se la deja morir, siendo ello una conducta lícita, mientras que en la segunda se la está matando, cuestión que

resulta ilícita. Pero no queda claro por qué podemos decir con plena seguridad que al trabajador del dilema original se lo está dejando morir. Quien jala la palanca está realizando una acción que tiene incidencia directa, es decir; se relaciona causalmente con la muerte del trabajador. Jalar la palanca es equiparable al empujón del hombre gordo, al menos si es que consideramos que ambas son acciones. También, donde existen posiciones de garante, como la persona que debe aplicar una medicina cada cierto tiempo, pareciera que pese a que omite una prestación, la enfermera que no cumple con su obligación como es debido, “mata” al paciente.

Entonces existe una dificultad técnica para diferenciar uno y otro caso, dado que asimilar matar como una acción y dejar morir con una omisión no es exacto. Pero inclusive en el caso que pudiéramos trazar tal distinción, tampoco puede afirmarse que una es peor que la otra.

Una variante que es utilizada por los defensores del PDE es afirmar que matar es realizar una acción u omisión, donde se tenga intención de producir la muerte en otro; al contrario dejar morir es permitir una muerte a sabiendas. Esta versión nos acercaría al reproche que haríamos de la persona que actúa bajo una mala intención. No obstante, es falso creer que matar es siempre peor que dejar morir, dado que existen varios casos donde el reproche sería el mismo. Por ejemplo, si un marido que desea matar a su esposa vierte veneno en su té,

y ella lo bebe y muere, diríamos que la ha matado. Pero si este mismo marido ve que su mujer ha bebido un té envenenado, no por él sino por cualquiera otra circunstancia, pero se abstiene de salvarla (tenía un antídoto a mano pero omite entregárselo), entonces en este caso ¿está matando a su esposa o la está dejando morir? Sea cual sea la afirmación que escojamos, ambas serían igualmente reprochables.

La hipótesis que sostiene la autora es que la diferencia moral de los distintos casos (en específico el problema del tranvía, del trasplante y del aborto), no tienen relación con la distinción entre intención y previsión, tampoco entre matar y dejar morir, sino con la forma como operan los derechos de quienes se ven afectados. La clave no es enfocarse en la eventual intención que tiene el agente que realizará una acción lesiva a la víctima, sino analizar si dicha acción es por sí misma una vulneración de algún derecho.

Ciertamente el problema del tranvía permite referirnos a escenarios donde ponemos a prueba nuestras intuiciones morales, pero ¿qué hace que la variante del hombre gordo esté prohibida? Según Thomson la única solución plausible al problema del tranvía es refiriéndose al concepto del derecho de la víctima, y la solución estará ahí donde la acción no infrinja algún derecho. En el dilema original la persona que jala la palanca no está vulnerando ningún derecho, y quien lo realiza, no infringe ningún tipo de deber para con el

trabajador que será impactado por el tren. Pero el caso del hombre gordo es distinto, dado que “este agente lo hace mediante medios que constituyen por sí mismos una vulneración al derecho de uno. Empujar una persona vulnera un derecho. También tumbar una persona por un puente.”⁵⁴

La diferencia entre uno y otro caso puede resumirse de la siguiente manera:

“Entonces los medios por los cuales el agente en el Hombre Gordo hace que el tranvía amenace uno en vez de 5 incluye empujar al hombre gordo del puente; y al hacerlo, eso es por sí mismo una vulneración de un derecho del hombre gordo. En contraste, los medios por los cuales el agente en [El Dilema Original] hace que el tranvía amenace a uno en vez de 5 incluye no más que redirigir al tranvía fuera de su curso original hacia la vía derecha [donde se encuentra el único trabajador]; y al hacerlo no es por sí mismo una vulneración del derecho de alguno”⁵⁵

La primera condición del PDE señala que no se debe intentar el efecto malo como fin ni como medio. Al analizar el dilema original el PDE permite cambiar el curso del tranvía aunque se produzca la muerte de una persona; ello porque este agente busca un fin bueno y la muerte sería tan solo un efecto previsto. En cambio, si su fin fuera matar al trabajador solitario ¿se permitiría tal acción? Si se niega tal posibilidad, atendiendo el fin perverso del sujeto, entonces no podría realizarse. Pero siguiendo los planteamientos de Thomson, pareciera que este requisito pierde relevancia. Si la permisibilidad de la acción se deriva

⁵⁴ THOMSON, *op cit* 1409p.

⁵⁵ THOMSON, *op cit* 1411p.

de los deberes que tenemos con la víctima, entonces el lugar donde situamos la eventual permisibilidad de la acción, cambia: ya no es la intención del agente lo definitivo, sino el derecho de la eventual víctima.

Tal diferencia se puede ver de mejor modo en el caso donde se confronta la sedación terminal con la eutanasia. Si el paciente tiene derecho a aliviar su dolor, y el médico tiene el deber correlativo que le obliga a otorgar una prestación de tal o cual forma (conforme a la *lex artis*), entonces no será su intención lo que marque la diferencia. Es en definitiva el cumplimiento del deber médico lo que genera un patrón de conducta lícito. El médico que desee matar a su paciente, pero lo hace aliviándole el dolor al cumplir su obligación, tal como lo haría el médico de mejores intenciones, no pareciera realizar un acto ilícito.

7.3. Teoría de la irrelevancia de las intenciones de T. M. Scanlon.

Otra forma de atacar el PDE es negar la importancia de las intenciones para establecer la licitud de las acciones. T. M. Scanlon sostiene tal postura, y en "*Intention and Permissibility*" trata de establecer que aquello por lo que una acción es impermisible no está dado por las intenciones que tuvo el agente en los casos prohibidos por el PDE, sino porque las razones que tuvo el agente en tal caso no fueron conclusivas para servir como excepción a la prohibición general de matar a otro.

El autor nos introduce al problema refiriéndose al caso donde se compara la hipótesis de un bombardeo estratégico con la de uno aterrorizador:

“Inclusive si estas dos estrategias difieren en su permisibilidad moral, no parece plausible decir que la diferencia moral entre ellas es materia del resultado intentado por los agentes involucrados. Si el comandante fuera hacia ti, como Primer Ministro, te describiera un plan de ataque del que se esperaría destruir una fábrica y matar cierto número de civiles, y por tanto minar el apoyo público a la guerra, y te preguntara si tu creyeras que esto fuera moralmente permisible, tú no dirías 'Bueno, eso depende de las intenciones que tengas al realizarlo ¿intentarías matar civiles, o sus muertes serían meramente un resultado colateral, previsible pero inintencional (aunque beneficioso) de la destrucción de la fábrica?’”⁵⁶

Scanlon quiere mostrarnos que es implausible que la permisibilidad de una acción dependa de las intenciones que mantenga el agente al realizarla. Indica que uno de los problemas es no distinguir aquellos juicios que se dirigen a determinar la bondad o malicia de las personas, de aquellos que pretenden ver si una acción es permisible o no. Ciertamente el médico que no le agrada su paciente y receta un tratamiento de sedación terminal para que este muera, comete una falta moral pues sus motivos no eran los correctos. No obstante no se sigue que sea impermisible en su caso administrar el tratamiento si es que cae dentro de la esfera de su deber ¿o acaso el paciente debiese buscar a un médico con mejores intenciones para que realice el mismo tratamiento para la misma enfermedad?

⁵⁶ SCANLON, Thomas Michael. 2000. Intention and Permissibility. Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes, Vol 74. 304p.

Scanlon entiende la intención en un sentido estricto, como aquellas razones que mueven al agente. Que un agente haga intencionalmente algo es decir algo sobre su evaluación [*assessment*], sobre las razones que tiene para realizar una acción de determinada manera. La respuesta a la pregunta ¿por qué haces X? nos lleva a ofrecer este tipo de razones.

Las confusiones que genera el PDE se derivarían, en parte, por no distinguir entre la evaluación moral y los principios morales. La primera se presenta como una crítica, que viene a ser hipotéticamente retrospectiva, dado que se predicen de presunciones sobre cómo una persona se gobernó a sí misma en determinada circunstancia, analizando qué razones tuvo en cuenta o rechazó para hacer lo que hizo. Los principios morales, en cambio, se utilizan primeramente (pero no exclusivamente) de manera prospectiva, especificando los modos en que un agente puede decidir qué hacer. Una manera equivocada de entender los principios morales es verlos como directrices específicas de conducta, diciéndonos qué hacer y qué no; de esta forma, el principio “no matarás” no nos dice “no tomarás el cuchillo y se lo clavarás en la espalda”, sino que orienta nuestra conducta. En definitiva los principios morales establecen qué razones son moralmente conclusivas para ciertos cursos de acción.

El ejemplo que presenta Scanlon es el de la promesa. Prometer algo es por regla general una razón suficiente para cumplirla. No obstante, incluso principios morales tan importantes como cumplir lo prometido aceptan excepciones. Al respecto, indica que “[r]omper una promesa es en algunos casos hacer lo correcto; hay circunstancias (como la legítima defensa) en las cuales matar está justificado; y en otras (tales como las descritas en el problema del tranvía) en que es permisible hacer aquello que uno tiene todas las razones para creer que involucrará la muerte de una persona inocente.”⁵⁷ Si bien podrían haber muchos casos donde no sepamos si las circunstancias ameritan ser una excepción al principio, existen otras bien claras que lo son. Si utilizamos el ejemplo de Kant, donde un ladrón nos amenaza y nos exige decir dónde está la persona que busca matar, Scanlon diría que ese es un caso donde opera una excepción al principio: sería permitido mentir para salvar una vida. Atendida la racionalidad de nuestras acciones, principios como “mantendrás tu promesa sin importar qué” son razonablemente rechazables.

La idea central es que un principio moral no establece solamente requerimientos generales sino también incorpora excepciones a esos requerimientos; esto se apoya en que los principios reconocen las razones para la acción. Entonces: “una acción es impermisible, si, bajo las circunstancias, existen tales razones que cuentan decisivamente en contra; de otra forma, es

⁵⁷ SCANLON, *op cit* 308p.

permisible (...). Pero lo que hace a nuestra acción incorrecta no es la razón por la cual actuamos, sino, en cambio, las características de las acciones y sus circunstancias que el principio identifica como razones decisivas contra él.”⁵⁸ En el caso de la promesa, si romperla me reporta un beneficio económico, esto no cuenta como una razón suficiente para eludir su cumplimiento. Romper la promesa es incorrecto, y esto no tiene relación con las intenciones del agente, y no tendría sentido si el afectado denunciara mi intención diciendo “sería incorrecto, porque estarías buscando tu propio beneficio.” Scanlon dice: “lo que haría mi acción incorrecta es, más bien, el hecho que he prometido y que eso, bajo las circunstancias es un factor decisivo”⁵⁹. En otro ejemplo, vemos a quien se abstiene de ayudar a otro que se ahoga en un río porque desea eliminarlo como rival; él actuaría incorrectamente no por tener una intención equivocada, sino por el hecho de que existe una razón decisiva para salvarlo; y aunque en el hecho uno se beneficie, esta situación no es suficiente para romper la excepción.

Si aplicamos lo anterior al caso que enfrenta el bombardeo estratégico con el aterrorizador, concluiríamos: “el bombardeo aterrorizador no es permisible porque la justificación relevante falta, no por las intenciones de los pilotos que la llevarán a cabo o por la de los comandantes que la ordenan.”⁶⁰

⁵⁸ SCANLON, *op cit* 310p.

⁵⁹ SCANLON, *op cit* 311p.

⁶⁰ SCANLON, *op cit* 312p.

El contenido de un principio moral -aquel conjunto de consideraciones que le dice al agente qué cuenta a favor o en contra de una acción- se erige de la interacción entre las razones que aquellos que podrían verse afectados por aquel principio de varias formas, tienen para favorecerlo o rechazarlo. Que uno se beneficie económicamente al romper una promesa no es una razón para romperla; tampoco lo es aprovecharse de la muerte de otro absteniéndose de salvar a quien se ahoga.

En definitiva, Scanlon ofrece una versión que soluciona los problemas del PDE no atendiendo a las intenciones del agente. Las acciones son o no permisibles por las razones que sostiene un principio moral contrastada con las que tiene el agente para actuar en determinadas circunstancias. El mismo principio moral contempla excepciones a las prohibiciones, pero en el acto particular quien las rompe lo hace no por tener las intenciones equivocadas, sino por no tener las razones correctas atendiendo a las circunstancias del caso particular.

8. DIRECTRICES PARA UNA REFORMULACIÓN DEL PDE.

En las secciones anteriores hemos expuesto las dos principales críticas que se le pueden hacer a toda teoría del PDE, las que versan sobre la distinción entre efectos intentados y los meramente previstos. Todo defensor del principio debe enfrentar dichas críticas y ofrecer soluciones satisfactorias. Pero resolver el problema de la cercanía y afirmar la relevancia moral de la distinción anterior aún puede ofrecernos un principio oscuro, por ejemplo ¿Cuál es su ámbito de aplicación? ¿Es un principio general de la moralidad? ¿Debe entenderse como un principio jurídico? Por ello, ofrecemos a continuación una serie de directrices que pueden ser usadas para elaborar una formulación más robusta y actualizada del principio, o para esclarecer cuales son las dificultades que enfrenta.

8.1. Separando las aguas: Diferenciar moral y derecho.

Varios de los expositores del PDE califican a la acción de doble efecto como moralmente lícita, o en su defecto, moralmente reprochable. Dicho calificativo puede tomarse en un sentido general, marcando un reproche a la conducta del agente. Pero también tiene un sentido más restringido, donde se avoca al juicio propiamente moral. Creemos que si el PDE quiere tener un impacto práctico en la resolución de casos difíciles, entonces deberá defenderse como un principio jurídico. Por ello hay que distinguir entre moral y derecho.

La conexión entre moral y derecho ha sido extensamente debatida, y no es este el lugar para realizar un examen minucioso al respecto. No obstante, existe un acuerdo extendido al diferenciar la moral del derecho en un punto específico. Si bien ambos órdenes normativos regulan las conductas de las personas, indicando nuestros deberes con los demás, lo hacen de distinta forma. El deber moral es distinto del deber jurídico, dado que el primero no es obligatorio sino solamente en conciencia⁶¹. Por ello a la moralidad también le importa de manera especial ponderar el aspecto “interno” de las acciones.⁶² El derecho, en cambio evalúa solamente la conducta que se manifiesta externamente, e inclusive, los elementos interiores (*mens rea*, intención del agente, conocimiento, entre otros) se adscriben conforme a las conductas que percibimos externamente.

Si nos referimos al problema de la cercanía, creemos que el derecho, si se avoca a lo realizado por los agentes en los casos no legitimados por el PDE, no tendrá problema en adscribir la intencionalidad del agente: quien utiliza el efecto

⁶¹ Es a lo que se refiere Mill cuando establece que la sanción última del principio de utilidad es la sanción interna. Este es “un sentimiento en nuestro propio espíritu, un dolor más o menos intenso que acompaña a la violación del deber, que en las naturalezas morales adecuadamente cultivadas lleva, en los casos más graves, a que sea imposible eludir el deber” MILL, John Stuart. 2002. El utilitarismo. Madrid, Alianza. 83p.

⁶² Por ejemplo, Kant sostiene en su *Metafísica de las Costumbres* que el Derecho es el conjunto de leyes para las que es posible una legislación exterior. Por ello al derecho le basta que mi acción sea conforme al deber, mientras que la acción será moral solo si se hace por deber.

malo como medio no puede negar tener la intención de producir tal efecto, porque “quien quiere el fin quiere los medios”⁶³.

Esta diferencia entre moral y derecho, sobre la capacidad de analizar la interioridad de las motivaciones, debe verse a la luz de los requisitos que establece el PDE para que la acción de doble efecto sea lícita. Recordemos que la condición (i) del PDE prohíbe buscar el efecto malo como fin. Este requisito se encuentra tanto en las formulaciones tradicionales como en las modernas.

Restringir la persecución del mal nos mueve a preguntarnos: en los casos donde el agente tuviera efectivamente la intención de causar daño en los escenarios legitimados por el PDE ¿estaría igualmente habilitado para realizar la acción? Si en un caso de bombardeo estratégico el piloto tuviera la intención de matar a los civiles ¿podría lanzar la bomba? Si en un caso de sedación terminal, el médico tenía la intención de matar al paciente ¿podría dar la dosis? Y en el problema del tranvía original, si el hombre que mueve la palanca tenía efectivamente la intención de matarlo ¿sería ilegítimo que moviera la palanca

⁶³ Esta conexión es señalada por Kant cuando indica [F II, 417]: “el que quiere el fin, quiere también (en tanto que la razón tiene influjo decisivo sobre sus acciones) el medio indispensablemente necesario para alcanzarlo, si está en su poder. Esta proposición es, en lo que respecta al querer, analítica; pues en el querer un objeto como efecto mío está pensada ya mi causalidad como causa activa, es decir, el uso de los medios, y el imperativo saca ya el concepto de las acciones necesarias para tal fin del concepto de querer un fin” KANT, Immanuel. 2005. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Madrid, Editorial Tecnos. 101p.

para salvar a los 5 individuos? Luego, en el resto de los casos ¿qué ocurre si el agente tiene por intención producir el efecto malo?

Ciertamente estamos más inclinados a reprochar a quien busca tales efectos malos. De hecho, esta es una de las razones por las que Thomas Nagel cree que existe una diferencia moral entre los efectos intentados y los meramente previstos: es más perverso quien busca producir el efecto malo que él que sólo prevé su producción. En sus palabras:

¿Cuál es la relación entre el mal y la intención, o su búsqueda, que hace que choquen en una forma tan especial e intensa? La respuesta emerge si nos preguntamos cuál es la esencia de apuntar al mal [*aiming at evil*] que lo diferencia de solo producir un resultado con conocimiento (...). La diferencia es que una acción intencional que apunta a un fin está siendo *guiada* por tal fin ¿qué significa esto? Significa que apuntar al mal, inclusive como medio, es tener nuestra intención guiada por aquel mal. (...) Pero la *esencia* del mal es que este debería *repelernos*. Si algo es [moralmente] malo, nuestra acción debería estar guiada, si es que está guiada de alguna forma, hacia su eliminación en vez de perseguir su mantenimiento. Esto es lo que el mal [*evil*] significa”⁶⁴

Creemos, por tanto, que las personas que buscaron el efecto malo han actuado de forma reprochable en un sentido moral (tal como lo indicaría Scanlon o Nagel) pero de ello no se deduce su inhabilidad jurídica para realizar tales

⁶⁴ NAGEL, Thomas. 1980. The Limits of Objectivity. The Tanner Lectures on Human Values. En: WOODWARD, P. A. (edit). The Doctrine of Double Effect. Philosophers Debate a Controversial Moral Principle. Notre Dame, Indiana, EE.UU, University of Notre Dame Press. 46p. (cursivas originales).

acciones. Si el agente tiene la intención de dañar a otro, pero su conducta no vulnera los derechos de la otra persona, entonces no habría por qué castigar a quien ha realizado tal acción.

Lo curioso es que Alejandro Miranda, defensor del principio, reconoce esta distinción (entre moral y derecho), pero no logra ver que al hacerlo uno de las condiciones del PDE pierde relevancia. Miranda afirma: “el Derecho, en efecto, versa directamente sobre la justicia o injusticia de los actos externos, y por eso sólo atiende a la intención en cuanto se revela o incluye en los actos externos, y la supone buena o mala conforme a la naturaleza de las acciones.”⁶⁵ Para ilustrar la diferencia, presenta el ejemplo de una mujer embarazada que padece cáncer cervical, pero que en añadidura, desea matar al feto. En caso de realizarse la histerectomía

“[s]i la mujer realmente padecía cáncer y no era posible diferir la operación para después del parto, entonces, conforme al PDE, esta acción está justificada desde el punto de vista jurídico, pues objetivamente la muerte del feto es sólo un efecto colateral de un acto terapéutico en sí mismo lícito, necesario y proporcionado. Pero ¿qué pasa si el médico que practica la operación desea que muera el feto, porque está enamorado de la mujer y no quiere que tenga hijos de otro hombre? La respuesta es sencilla: aunque este médico tiene una voluntad desordenada, la acción no deja de estar jurídicamente justificada.”

⁶⁵ MIRANDA, Alejandro. 2011. Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa. Revista Médica de Chile. N° 140. 263p. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872012000200017&script=sci_arttext> [consulta: 26 de Agosto de 2014].

Miranda reconoce la diferencia pero parece no advertir que al hacerlo, la prohibición de buscar el mal como fin pierde importancia. Inclusive, en el mismo escrito, Miranda busca convencernos que el PDE permite distinguir entre eutanasia y sedación terminal, dado que en el primero el médico busca la muerte. Nosotros creemos que jurídicamente son casos indistinguibles si ambos médicos realizan el mismo procedimiento conforme a la *lex artis*. La única forma de distinguir, al menos verbalmente, entre un procedimiento y otro es atendiendo a la intención del médico; pero esta es inescrutable para el observador externo si su conducta ha sido conforme a derecho.

Perseguir el mal es reprochable, pero puede ser legítimo ante el derecho si se realiza conforme al patrón de conducta exigido. Una reformulación del PDE tendrá que revisar si la prohibición de perseguir el mal tiene puerto seguro. En orden de los planteamientos anteriores, creemos que en los escenarios legitimados por el PDE, el agente estaría igualmente habilitado para realizar la acción incluso si tuviese la intención de producir el efecto malo como fin (intentar la muerte). Los casos no justificados por el PDE están prohibidos porque al buscar el efecto bueno, ha sido el efecto malo el medio para poder alcanzarlo, y cuando esto ocurre, el agente no puede negar buscar el efecto malo. Nuestra propuesta para una mejor comprensión del principio dice relación con la prohibición de usar a la víctima como medio para alcanzar el fin bueno.

8.2. ¿Existen prohibiciones absolutas en el derecho chileno?

En la sección 4 –Justificación del PDE- expusimos que una de las principales razones para adoptar el principio es que este se presenta como un tipo de razonamiento práctico (siendo además una causal de justificación) conciliable con la existencia de prohibiciones morales absolutas. La reconstrucción del argumento es la que sigue: si creemos que tales prohibiciones nos impiden realizar cualquier tipo de acción que pueda causar un efecto malo, entonces no podríamos actuar siquiera; la forma de afirmar su existencia, sin caer en un rigorismo insalvable, es comprender que la prohibición se aplica aquellas acciones que busquen la conducta prohibida de forma directamente voluntaria. Pero si esta es la justificación del principio, lo que debiésemos preguntarnos es ¿existen tales prohibiciones absolutas? Y si existieran ¿de qué forma hemos de entenderlas? Por nuestra parte, sostendremos una prohibición absoluta es aquella que no contempla excepciones.

Aun en caso de no existir prohibiciones absolutas, parece analíticamente posible que el principio del doble efecto aún pueda ser usado como un tipo de razonamiento práctico general. Recordemos que en la introducción señalamos como un principio de la racionalidad práctica “buscar el bien y evitar el mal”, de cuyo precepto podríamos derivar uno más específico que dijera “se prohíbe producir el mal intencionalmente” o “dañar a otro intencionalmente”. Pero este

tipo de formulaciones tienen varios contraejemplos, que menoscaban su pretensión de generalidad. Si se nos prohíbe producir un daño a otro, sea como fin o como medio, podríamos padecer varios percances. Hemos referido el caso donde un teatro se está incendiando y una persona destruye el telón del mismo para apagar el fuego. Este ejemplo, que nuestro derecho calificaría como un caso de estado de necesidad justificante, el efecto malo (destrucción de la propiedad) ha sido el medio para conseguir el efecto bueno. No parece sensato prohibir tal acción. Una posible solución es comprender el PDE como un criterio aplicable a prohibiciones generales, las que contemplen excepciones. Tal solución contempla dos desafíos; tendría que buscar la forma de no mostrar al PDE como un tipo de razonamiento arbitrario y además competir con otros criterios más apropiados para resolver los casos que el PDE intenta abarcar.

El atractivo de toda forma del PDE se sostiene en la distinción entre lo que es intentado y lo meramente previsto, y dicha distinción parece tener un vínculo especial con la idea de que existe, aunque sean algunas pocas prohibiciones absolutas. Este vínculo es apuntado por Joseph Boyle quien dice que “existe una conexión vital entre el PDE y la forma de “absolutismo” a la que está asociada. Esta forma de absolutismo no depende en un set de prescripciones absolutas, intuitas u ordenadas, o en un set de absolutos basadas en la generalización de casos particulares, pero sí en reglas morales que dirigen a

respetar valores o bienes humanos básicos”⁶⁶ Conforme a lo anterior, el defensor del PDE deberá precisar a qué tipo de reglas, bienes o prohibiciones se aplica el PDE.

Ciertamente el origen religioso del PDE permite entender la existencia de tales prohibiciones absolutas. El mandato divino “no matarás” se vincula al valor de la vida humana como valor absoluto (don de gracia otorgado por Dios), lo que tiene como consecuencia prohibiciones que afectan la disposición de la propia vida, tales como el suicidio o la eutanasia consentida. Pero este tipo de justificaciones, pertenecientes al ámbito religioso, tienen poca cabida en un debate secular. Y más importante aún: si buscamos que el PDE escape de un criterio moral y se transforme en uno jurídico, debemos ver si es que el tipo de prohibiciones absolutas a las que apunta se encuentran en el derecho chileno.

Casi en todas las áreas del derecho se contemplan prohibiciones para ciertas conductas. Inclusive en el derecho privado, donde rigen los principios de autonomía de la voluntad y de la libre circulación de los bienes, encontramos varias restricciones. La nulidad de un contrato, entendida como una sanción, tal como lo hacía la doctrina tradicional del derecho civil, podría considerarse una reacción del derecho contra el acto jurídico que, por ejemplo, tenga un objeto prohibido por la legislación. En este sentido, algunas de las normas sobre

⁶⁶ BOYLE *op cit* 537p.

objeto ilícito, tal como la condonación de dolo futuro (artículo 1465 del Código Civil), podría entenderse como una prohibición absoluta. Pero aun si consideramos tales restricciones del derecho civil como “absolutas”, su regulación no tiene nada que ver con el PDE.

Los párrafos anteriores han tenido por objetivo mostrar ciertas dificultades que presenta el PDE respecto al tipo de prohibiciones sobre las que se sustenta. Por una parte es difícil establecer la existencia de prohibiciones absolutas (que no contemplen excepciones), y en caso de que existieran, estas además deben ser jurídicas.

8.3. Limitar la aplicación de PDE.

Determinar el tipo de prohibiciones sobre los que resulta operativo el PDE implica especificar cuál es su ámbito de aplicación. Las diversas áreas del derecho (derecho civil, derecho penal, derecho constitucional, etc.) contemplan cada una restricciones, prohibiciones y limitaciones para realizar cierto tipo de acciones, pero no parece acertado creer que el PDE se aplica a todas ellas.

En este sentido, creemos que una aplicación desacertada del PDE la utiliza el profesor Alejandro Miranda cuando sostiene que el PDE es un principio de aplicación general en el derecho. Miranda trata de aplicar el PDE en el derecho público, específicamente en el derecho constitucional, y sobre el cual nos dice:

En las modernas constituciones y declaraciones de derechos, los preceptos que establecen derechos humanos inviolables están formulados de un modo semejante al de las prohibiciones morales absolutas de la tradición clásica. Esto ha favorecido que, en tiempos más recientes, se haya hecho un uso importante del principio del doble efecto en la protección constitucional de los derechos fundamentales. Se trata aquí de una aplicación extensiva, en la que el principio se emplea como criterio para juzgar la conformidad de las leyes u otras disposiciones inferiores con los preceptos constitucionales. Esta aplicación tiene lugar porque puede suceder que una ley, al propender a la consecución de bienes legítimos, afecte, no obstante, el ejercicio de prácticas que *prima facie* pudieran considerarse amparadas por un derecho protegido, con lo que surge una situación de doble efecto.⁶⁷

Al carecer de sentencias o autores nacionales que afirmen lo mismo, el autor recurre a ejemplos del derecho comparado para ver su eventual aplicación. Nombra el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Employment Division Department of Human Resources of Oregon vs. Smith* (1990). Esta causa se origina cuando el estado de Oregon niega compensación por desempleo a dos personas despedidas por transgredir una disposición estatal que prohibía el uso del alucinógeno “peyote”. Los demandantes, que trabajaban como empleados en una clínica de rehabilitación para drogadictos, alegaron que el consumo de dicha droga formaba parte de los ritos propios de su religión, por lo que la ley, al impedírseles, violaba la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que prohíbe a la ley inhibir el libre ejercicio de la religión. La Corte sentenció que la disposición no era inconstitucional, pues “si prohibir el ejercicio de la religión (...) no es el objeto (...) sino

⁶⁷ MIRANDA. 2008. *Op cit* 513p.

meramente el efecto incidental de una disposición generalmente aplicable y, por lo demás, válida, la Primera Enmienda no ha sido infringida” (494 U. S. 878 [1990])⁶⁸.

El razonamiento de la Corte se basa, a juicio de Miranda, en la distinción entre leyes que tienen por objeto prohibir el libre ejercicio de la religión y leyes que pueden prohibir incidentalmente (como efecto colateral) ciertas prácticas que se consideran requeridas en el ejercicio de una determinada religión. Sólo las leyes del primer tipo caen bajo la prohibición constitucional. Las del segundo no son inconstitucionales cuando el Derecho persigue fines legítimos y suficientemente importantes.

Nosotros tenemos reparos tanto con en el fallo que hizo la Corte como con el uso que Miranda le ha dado para justificar el PDE. En un aspecto menor, nos parece extraña la forma en que Miranda trata de asimilar la agencia humana, en tanto individuo, a la voluntad del legislador (la una y la otra tienen estructuras muy disimiles: los deseos y voliciones de un individuo no parecen estar presente en una persona colectiva). Pero más importante, la solución de la Corte desatiende la forma como se protegen los derechos fundamentales.

⁶⁸ Citado en MIRANDA, *ibid.*

En este punto cabe destacar que la teoría de Robert Alexy⁶⁹ ha tenido gran aceptación en la doctrina constitucional. Para este autor, los derechos fundamentales se presentan como principios, no como reglas, y como tales son mandatos de optimización para el legislador: deben cumplirse en la mejor medida posible. Al momento de establecer reglas que afecten o restrinjan los derechos fundamentales, debe realizarse un juicio de proporcionalidad, que contempla tres máximas parciales –adecuación, necesidad y ponderación-. Si una ley limita la tala de ciertos árboles, digamos la araucaria, eventualmente se estarían vulnerando los derechos de propiedad de las forestales que antes los explotaban.

Con estos lineamientos, parece impropio sostener que existen prohibiciones absolutas para vulnerar derechos constitucionales, al menos si analizamos el derecho chileno. El artículo 19 de la Constitución Política de la República, consagra la lista de derechos fundamentales resguardados constitucionalmente, y dependiendo de su naturaleza (derechos civiles, políticos, sociales y económicos) tienen una protección diferente.

Si resolviéramos un caso como el *Employment Division Department of Human Resources of Oregon vs. Smith* en Chile, basta analizar lo indicado por nuestra Constitución Política de la República (en adelante Constitución o CPR) sobre

⁶⁹ ALEXY, Robert. 1993. Teoría de los derechos Fundamentales. Madrid, Centro de estudios Constitucionales.

libertad religiosa. En ella se expresa: “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 6º.- La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.” Por tanto una manifestación religiosa, como puede ser el uso del peyote, debe practicarse dentro de las mismas limitaciones que establece la Constitución, y podrían prohibirse mediante una ley aquellas contrarias al orden público (suponiendo que se integra el peyote dentro de la lista de drogas duras).

Además, la misma Constitución contempla la forma de resolver los problemas de vulneración constitucional en el numeral 26 del artículo 19: “La seguridad de que los preceptos legales por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.” Como vemos, el patrón que establece la Constitución dice relación con la vulneración del derecho en su esencia. Entonces bastaría preguntarse si la prohibición del consumo de peyote afecta en la esencia el derecho al ejercicio religioso. Dicho patrón de solución no menciona en ningún caso si el legislador tuvo alguna intención determinada. Sostenemos por tanto, que el uso del PDE es errado en materias constitucionales por no existir prohibiciones absolutas, y en caso de haberlas, porque el criterio de resolución del problema no es el propuesto por el

PDE, sino la ponderación de derechos y el numeral 26 del artículo 19 de la CPR.

Lo anterior nos mueve a delimitar su campo de aplicación, alejándonos de otras áreas del derecho y volviendo al derecho penal. Es en este ámbito donde el principio se originó, y donde los casos paradigmáticos se manejan. Si este es el caso, entonces habrá que definir si el PDE es un criterio de aplicación general del derecho penal, o tan solo un criterio específico para la superación de casos restringidos.

Uno podría preguntarse, si quisiera que el PDE tuviese una aplicación general ¿cada delito contemplado en el Código Penal sostiene una prohibición absoluta? Tómese el delito del artículo 396, sobre mutilaciones, y aplíquese a un caso médico: se recibe a un paciente cuya pierna está gangrenada y existe peligro que se extienda por el resto del cuerpo; la única solución viable es la amputación. Si este fuera un caso donde se pretendiera aplicar el PDE, y suponiendo que existiera una prohibición absoluta de cercenar miembros, entonces el médico no debe tener la intención de provocar la amputación ni como fin ni como medio. Ciertamente la amputación es el medio por el cual se trata de salvar la vida, y sería extraño que el médico se defendiera arguyendo que su intención era detener la gangrena y que el efecto previsto era el

cercenamiento de la pierna. Todo esto parece implausible, y no creemos que un defensor del principio tratara de afirmar tal cosa.

¿Qué ha ocurrido? En el caso del doctor que amputa un miembro gangrenado, parece no importar si se tuvo la intención en cortar el miembro para salvar la vida, en otras palabras; no importa aquí que el efecto malo se utilice como un medio para lograr el fin bueno, porque en este caso son otras razones las que habilitan (y obligan) al médico a realizar la acción. Utilizando la nomenclatura del PDE, es la cláusula de proporcionalidad la que permite la amputación del miembro, independiente de si se ha buscado como un fin, como un medio, o sólo fue un efecto previsto. Pretender que hay una prohibición absoluta de cercenar un miembro (mutilaciones) sería ridículo, dado que esta contempla excepciones como la ya indicada.

Los casos típicos donde se aplica el principio involucran la muerte de otras personas, por lo que el único ámbito donde parece tener cabida es el homicidio. No obstante la prohibición absoluta “no matarás” no tendría sentido en nuestro derecho, ya que uno puede matar en la legítima defensa. Contemplada en el artículo 10 N° 4 del Código Penal, es una causal de justificación, y como tal es una acción conforme al derecho (para el derecho no hay reproche en la conducta). Hoy en día no hay disenso al indicar que quien se defiende puede buscar la muerte del otro, sea como fin o medio, para su defensa. Lo dicho

sobre la aceptación general de la legítima defensa, ha redundado en que la mayoría de los textos modernos sobre el PDE la hayan eliminado dentro de su análisis. Pues no se niega la posibilidad de defensa a quien efectivamente tenga la intención de producir la muerte.

8.4. Aplicación exclusiva del PDE a la muerte de inocentes.

Hemos discurrido sobre las eventuales prohibiciones a las que podría referirse el PDE, y concluimos que este sólo puede aplicarse con éxito a casos donde es la muerte de un inocente el objeto de protección.

La prohibición de matar a otro es una regla bien general, pero como hemos dicho, conoce su excepción en la legítima defensa. Precisamente porque quien ataca no es inocente. La inocencia tiene dos significados⁷⁰, el primero hace referencia a la ausencia de culpabilidad (los infantes son inocentes debido a que no los podemos responsabilizar de sus acciones). Pero también la inocencia tiene otra acepción: inocente identifica aquel no-nocivo, o sea, quien no es un peligro o una amenaza. El agresor no es inocente porque nos está atacando, y el derecho nos permite defendernos. Por ello la prohibición más específica sobre la que tiene aplicación el PDE, es sobre la indisponibilidad de la vida de un inocente. Es en este caso, tal como se aprecia en los casos paradigmáticos, donde el PDE juega un rol importante. Ahí donde un agente

⁷⁰ THOMSON, Judith. 1973. Rights and Deaths. Philosophy and Public Affairs, Vol 2, N° 2 (winter), 154p.

busca un buen efecto, pero prevé que de su acción se generará uno malo (muerte del inocente), el PDE discriminaría entre la voluntariedad directa y la indirecta.

Siguiendo las directrices anteriores, algunas de las aproximaciones al principio erran sobre las razones por las que no estaría legitimado el bombardeo aterrador, la craneotomía, la eutanasia, etc. Hemos dicho que la defensa tradicional del PDE cifra una importancia sustantiva en la intención del agente al momento de realizar la acción, y pareciera que en su formulación tradicional quien tiene la intención de dañar a otro como fin actúa reprochablemente. No obstante, nosotros creemos que la distinción que realmente importa es aquella que no se fija en esta finalidad, sino en determinar si el agente utiliza la vida del inocente como un medio para lograr el fin bueno. En definitiva importará determinar si el daño causado por el agente es instrumental, es decir, si el daño es un medio para lograr el fin; o si el daño es incidental, es decir, cuando el daño es una consecuencia colateral de la acción.

Lo anterior ya es advertido con Alison McIntyre al establecer que

“si el PDE es presentado como una prohibición general para el daño intencional, ya sea como fin o como medio, entonces el Doble Efecto aprobará y condenará el mismo tipo de acciones, ya sea que las acciones que el PDE generalmente aprueba, aquellas que produzcan daños incidentales, se realicen con intenciones maliciosas y secretas (...). En cambio, porque el PDE se establece para agentes bien intencionados que persiguen

la realización de fines buenos, la prohibición que expresa es más específica: descarta en particular el daño instrumental y lo contrasta solamente con el daño incidental. El Doble Efecto por sí mismo no provee las bases para condenar a alguien que actúa con fines maliciosos”⁷¹

La veta deontológica que justifica el PDE, y por la que reprocha los casos que involucran la muerte de los inocentes, se explica porque en los casos no legitimados se han vulnerado los derechos de las víctimas, y esto se aprecia porque han sido utilizadas como medios para los fines del agente. En cambio, los casos legitimados, las víctimas no sirven como medio para los propósitos del agente y son más bien efectos a pesar de los cuales actuamos (tal como dice Boyle); efectos colaterales de nuestra acción; o inclusive obstáculos para nuestros propósitos.

Michael Moore y Larry Alexander⁷² distinguen entre dos familias de teorías deontológicas: teorías deontológicas centradas en el agente [*agent-centered deontological theory*] y las teorías deontológicas centradas en el paciente [*patient-centered deontological theory*]. En las primeras, el conjunto de obligaciones o prohibiciones que tenemos con el resto nos otorgan razones relativas a la agencia para la acción [*agent-relative reasons for action*]. Este tipo de razones son objetivas y se aplican a cada agente en particular dependiendo

⁷¹ McINTYRE, Alison. 2001. Doing away with Double Effect. *Ethics*, Vol 111, N° 2 (January), 228p.

⁷² MOORE, *op cit.*

de su relación con los otros. Como son relativas al agente, pueden no aplicarse a otra persona, tal como 'mi' promesa a Juan me obliga a cumplirla; o 'mi' amistad con Patricia me da razones para tratarla de una forma especial. Este tipo de razones no hay que confundirlas con razones subjetivas de índole psicológica que explican la acción humana. La agencia obtiene un papel fundamental, y dado que esta se constituye por elementos volitivos y cognitivos, existe una preocupación fundamental por las intenciones que puede tener un agente al realizar una acción. Si es la intención lo que forma, en parte, nuestra forma de identificar acciones, entonces para este tipo de teorías la distinción entre hacer y permitir (matar versus dejar morir) tiene una relevancia ética. En definitiva, bajo este acercamiento deontológico, el agente no puede perseguir la muerte en sus acciones.

En cambio las éticas deontológicas centradas en el paciente (o en la víctima, para el caso del PDE) tienen otra estructura:

“todas las teorías deontológicas centradas en el paciente son adecuadamente caracterizadas como teorías apoyadas sobre los derechos de las personas. Una versión ilustrativa establece, como su derecho nuclear, el derecho en contra a ser utilizado como un medio para producir una consecuencia buena sin el consentimiento del paciente. Dicho derecho nuclear no debe ser confundido con otros derechos más específicos, tales como el derecho a no ser asesinado, o a no ser muerto de forma intencional. Es un derecho para no ser utilizado para el provecho de otro o de otros. Más específicamente, esta versión de teoría deontológica centrada en el paciente, proscribire el uso del talento, del trabajo o del cuerpo de otro sin su consentimiento.”⁷³

⁷³ MOORE, *op cit.* Sección 2.2

Si el PDE se comprendiera como una teoría jurídica, creemos que se inclinará a ser más una teoría deontológica centrada en el paciente más que en el agente. Ello porque el rol específico que puede tener la intención del agente, como finalidad o motivo, viene a ser irrelevante si se rescata lo que ya hemos indicado sobre la preocupación del derecho sobre las conductas externas. El PDE discriminará aquellas acciones que vulneren derechos de las víctimas porque estas han sido utilizadas como medios, y de esta forma puede distinguir los casos legitimados de los no legitimados.

Pero si se toma esta postura, pues creemos que es la más adecuada, ciertos presupuestos del PDE deben ser reconsiderados. Si el derecho básico es a no ser utilizado como un medio, lo que se infringe cuando no hay consentimiento de la víctima, entonces el consentimiento viene a jugar un rol importante en la protección de los derechos.

“*Volenti non fit iniura*” es un principio jurídico que nos muestra que ahí donde hay consentimiento no puede haber perjuicio, o en términos jurídicos “no realiza injusto penal alguno quien altera (negativamente) un bien jurídico individual con la aprobación previa de su titular”⁷⁴. Es por esta razón que autores como

⁷⁴ KINDHÄUSER, Urs. 2008. Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el derecho penal. En del mismo: Teoría de las normas y sistemática del delito. Ara, Lima, 2008, 13p.

Warren Quinn excluyen de su análisis el par compuesto por la sedación terminal y la eutanasia, pues en el último puede mediar el consentimiento del paciente⁷⁵.

Concluimos que el PDE debe restringirse a casos donde una acción que persigue un fin bueno produce la muerte de un inocente. Entonces el PDE discriminará aquellas acciones donde la muerte del inocente se ha utilizado como un medio para conseguir el fin bueno. Si este es el caso, varios de los casos paradigmáticos del PDE deben repensarse, porque así planteado, existen otras consideraciones que juegan un rol primordial: el consentimiento de la posible víctima, la vulneración de derechos, y (por supuesto) la cláusula de proporcionalidad.

⁷⁵ Esta sugerencia tiene como presupuesto que la vida es un bien disponible para la propia persona; ya que en caso de no serlo, entendida como una prohibición absoluta, tal acción no podría realizarse.

9. POSIBLE APORTE DEL PDE AL ANÁLISIS DEL DOLO EVENTUAL

Una de las orientaciones que propusimos en la sección anterior fue que el PDE fuese una herramienta para analizar y atribuir responsabilidad en el ámbito jurídico penal, en situaciones donde se haya transgredido una prohibición absoluta. Ocurre que el PDE no ha sido incorporado en la discusión doctrinaria penal chilena y generalmente su mención se restringe al caso del aborto (el cual trataremos en la sección siguiente). No obstante la autora argentina María Manríquez cree que la diferencia normativa que hace PDE entre la agencia directa de daño y la agencia indirecta de daño puede ser incorporada al Derecho Penal para establecer un reproche diferenciado a los delitos cometidos con dolo directo de los cometidos con dolo eventual.

Manríquez plantea que los delitos cometidos con dolo directo serían más graves que los realizados con dolo eventual, por lo que los segundos merecerían una determinación de la pena inferior a los primeros. Para poder realizar un examen suficiente sobre el papel que juega el dolo en materias penales, previamente expondremos un recorrido sobre la teoría del delito en el Derecho chileno.

9.1. Teoría del delito y dolo en Chile.

Nuestro Código Penal (en adelante CP) enuncia en su artículo primero: “es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.” No obstante, esta definición se ha entendido incompleta tanto por la doctrina como por la

jurisprudencia, quienes consideran que delito es aquella “acción u omisión típicamente antijurídica y culpable.”⁷⁶ A partir de esta última definición, quedan en evidencia los sistemas que articulan la teoría del delito: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. El análisis de estos sistemas ha originado teorías donde aún no hay total acuerdo acerca de su configuración y alcance.

Antes de castigar a una persona por la comisión de un delito, debe analizarse la concurrencia de todos los elementos que menciona su definición en el orden esbozado por la misma. Ello importa porque al determinarse la inexistencia de uno de estos elementos, no se seguirá la calificación de los que le siguen. Si no hay acción, no cabe apreciar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; si hay acción, pero no es típica, entonces no amerita el análisis de antijuridicidad y culpabilidad; y así consiguientemente.

La comprensión doctrinaria de estos cuatro elementos puede resumirse en los siguientes puntos. Sobre el análisis de la acción, para la teoría del delito importa que la acción sea voluntaria (y precisamente el artículo 1º CP, inciso segundo, establece una presunción de voluntariedad: “las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”). Generalmente a la jurisprudencia y a la doctrina le importan aquellas circunstancias donde hay ausencia de acción, como se verifica cuando media la

⁷⁶ CURY. Enrique. 2005. Derecho penal: parte general. Ediciones Universidad Católica de Chile, 243p.

fuerza física o en el sueño sonambólico. No obstante, existen teorías sobre la acción penal que tienen una comprensión distinta de los diversos elementos del delito; donde las más importantes son la teoría causalista de la acción y la teoría de la acción final.

Por su parte, la tipicidad se entiende como el conjunto de características objetivas y subjetivas que constituyen la materia de la prohibición para cada delito específico; en este caso el tipo comprende la descripción de un hecho que está prohibido desde una descripción normativa y a la cual le corresponde una sanción asignada por la ley. La antijuridicidad analiza la acción típica valorándola objetivamente como contraria o no al derecho, realizando un juicio de disconformidad a las normas de deber contenidas en el sistema jurídico: será antijurídica toda acción típica contraria al derecho. Finalmente, la acción típica y antijurídica amerita ser valorada subjetivamente mediante la culpabilidad, elemento del delito que formula un juicio de reproche a un individuo particular.

La importancia que atribuye el PDE a la intención puede ser vinculada al tratamiento penal del dolo⁷⁷. Nuestro CP no ha sido del todo explícito al

⁷⁷ Advertimos que el estudio de dicho elemento se circunscribe en la doctrina penal al compromiso que tenga el autor con una determinada teoría de la acción penal. Así, los defensores de la corriente finalista de la acción (Cury, Cousiño y Garrido Montt) analizan el dolo a propósito de la tipicidad, “dolo como saber y querer el tipo”; mientras que seguidores de la vertiente causalista (Novoa, Labatut y Zenteno, Etcheverry y Politoff) estudian el dolo en sede

mostrarnos qué entiende por tal elemento. La doctrina nacional ha elaborado definiciones de dolo a partir de los distintos preceptos del CP que se refieren a éste, para ello han considerado la mención que se hace del dolo en el artículo 2° CP⁷⁸, donde se le nombra en conjunción con malicia, para distinguir los delitos de los cuasidelitos; la definición que hace de delito en su artículo 1°, y la presunción de voluntariedad de las acciones que realiza en el inciso 2° del mismo artículo. En una perspectiva doctrinaria, Mario Garrido define dolo como “la conciencia (o conocimiento) y voluntad de realizar el tipo”⁷⁹, mientras que Enrique Cury elabora una definición en el mismo sentido, un tanto más extensa pero más clarificadora diciendo que “dolo es el conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado por la voluntad de realizarlo o, al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación.”⁸⁰

Siguiendo estas definiciones podemos distinguir en el dolo dos elementos: uno intelectual, vinculado al conocimiento del hecho que la ley tipifica; y otro volitivo, identificado con la voluntad de realizar dicho hecho o la aceptación de aquel resultado. El elemento volitivo del dolo abarca la decisión de concretar el tipo objetivo del delito, la elección de los medios adecuados o necesarios para

de culpabilidad, “reproche subjetivo al sujeto”. No obstante, existe un consenso extendido en la doctrina al momento de identificar los distintos tipos de dolo.

⁷⁸ “Artículo 2°. Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete.”

⁷⁹ GARRIDO, Mario. 2003. Derecho Penal, Parte General, Tomo II. Santiago. Ed. Jurídica de Chile 75p.

⁸⁰ CURY, *op cit* 303p.

llevarlo a cabo y la intención de realizarlo en todas sus etapas de la forma prevista. Pero aquí emerge una complicación⁸¹ ¿basta la mera representación del resultado típico para que la conducta sea dolosa? O bajo los términos del PDE ¿es doloso realizar una acción sólo previendo que causará un resultado típico? Por lo anterior las acciones con resultados previsibles pueden ser separadas en dos grandes grupos: el primero conformado por aquellas en que el agente quería el resultado que finalmente se produjo -delitos dolosos- y el segundo por las acciones que culminan produciendo un resultado que aunque previsible, no fue querido por el actor –delitos culposos.

El dolo conoce tres clasificaciones primordiales:

- Dolo directo: existe cuando la realización del hecho típico es precisamente el objetivo que el agente quiere lograr. Si María quiere matar a su enemigo Juan, entonces quiere la realización del tipo penal que configura el homicidio “el que mate a otro...” del artículo 391 CP.
- Dolo de consecuencias seguras o necesarias: este tipo de dolo, también llamado dolo indirecto, se presenta cuando el autor se representa la producción de un resultado típico, ya como un medio o como una consecuencia necesaria de su actuar, pero que no las “desea” (incluso le pueden causar una repulsión

⁸¹ GARRIDO. *Op.cit.* 77p.

ánimica). El ejemplo clásico supone a un terrorista que quiere matar al Presidente con una bomba en el auto, sabiendo que matará al conductor. Lo importante del dolo indirecto es que el individuo prevé el resultado típico que no desea, pero dentro de su plan lo considera necesario o inevitable para conseguir su objetivo.

- Dolo eventual: obra con dolo eventual quien realiza una acción representándose la posibilidad de la producción de un hecho típico, y ante tal representación, igualmente la lleva a cabo sin tomar las medidas pertinentes para evitarlo. Un ejemplo es el del dueño de un bar abandonado que prende fuego a su negocio para cobrar el seguro, pero sabe que regularmente juegan niños en el lugar; si al incendiarlo muere un niño ¿es culpable de homicidio? La diferencia entre dolo eventual y una especie de culpa consciente, es decir, del actuar poco diligente que se representa la posibilidad de la producción del hecho típico, genera un gran problema ¿cómo distinguir entre dolo eventual y culpa consciente? Distinguir entre dolo y culpa tiene una relevancia práctica ya que los delitos culposos suelen tener una pena sensiblemente inferior a la de los delitos dolosos, como puede apreciarse de la comparación de los artículos 391 y 490 CP.⁸²

⁸² Artículo 391. El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, **será penado:**
1° **Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo**, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes:
Primera. Con alevosía.
Segunda. Por premio o promesa remuneratoria.
Tercera. Por medio de veneno.

Las distintas clasificaciones que admite el dolo en nuestro sistema penal, importan una igual penalización de las conductas perpetradas con una u otra hipótesis de éste. Así es como un delito efectuado con dolo eventual, donde el actor no deseaba el resultado ilícito sino que sólo se lo representó como posible, recibe la misma sanción que aquel que actuó con la intención de obtener aquel resultado ilícito.

9.2. Análisis del dolo a la luz del PDE.

Como hemos revisado, el PDE tradicionalmente distingue entre la intención de producir un determinado resultado (sea como fin o como medio) y la mera previsión de las consecuencias del actuar. En este sentido, la estructura de análisis de conductas que utiliza el PDE es muy similar a la del dolo eventual, pero sus consecuencias sancionadoras son diversas: una acción en la que se prevén ciertas consecuencias ilícitas que no se intentan, puede ser considerada como lícita a la luz del PDE, mientras que en el estado actual de la dogmática penal, será evaluada como ilícita por tratarse de dolo eventual.

Cuarta. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido.

Quinta. Con premeditación conocida.

2° **Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio** en cualquier otro caso.

Artículo 490. El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, **será penado:**

1° **Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios**, cuando el hecho importare crimen.

2° Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito." (El destacado es nuestro).

Pero el mencionado deslinde entre dolo eventual y culpa consciente no ha sido zanjado en doctrina “pues ambos tienen las siguientes características comunes: a) tanto el dolo eventual como en la culpa consciente no se persigue el resultado típico, y b) en sendos casos el resultado ha sido previsto como posible.”⁸³ La gran diferencia entre dolo eventual y culpa consciente radica en que mientras en el dolo eventual el actor acepta el resultado ilícito, en la culpa jamás ocurre dicha aceptación.

Independiente de la doctrina a la que se adscriba en cuanto a la naturaleza o forma de perfeccionamiento del dolo eventual (tendencia de la voluntariedad o de la representación)⁸⁴, resulta particularmente complicado el determinar de forma concreta cuando una persona acciona configurando una hipótesis de dolo eventual o una de culpa consciente.

Podemos concluir que las doctrinas del dolo eventual se basan en dos ideas claves; por una parte, que no se puede reprochar el dolo y la imprudencia de igual manera y, que el dolo eventual y el dolo directo merecen el mismo reproche, por otra. Entonces para María Manrique una teoría del dolo eventual

⁸³ GARRIDO. *Op.cit.* 81p.

⁸⁴ La tendencia de la voluntariedad señala que habrá dolo cuando el individuo se encuentra ante la posibilidad del resultado injusto y consiente en él. En cambio, la tendencia de la representación, observa la postura en la que se encuentra el actor en relación a la representación que se éste se hace del resultado injusto; en este sentido habrá dolo cuando a pesar de saber probable dicho resultado, realice la acción indiferentemente del peligro de cometer un acto ilícito.

tiene que explicar dos cosas: (i) la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente, y (ii) la naturaleza genuinamente dolosa del dolo eventual.

Al analizar las diferencias entre dolo eventual y culpa consciente, la autora sugiere que un enfoque provechoso del problema puede hacerse desde el PDE dado que “el atractivo principal de la doctrina es que insiste en la posibilidad y relevancia de la distinción entre los resultados que el agente intenta conseguir (intención directa) y las consecuencias previstas de esa acción (intención oblicua)”⁸⁵. Esta distinción también estaría presente en nuestro sistema penal al diferenciar entre dolo e imprudencia, ya que resulta una intuición moral ampliamente compartida el valorar distinto a quien actúa dolosamente que de manera imprudente. Así, es peor la madre que deliberadamente ahoga a su hijo en la bañera, de aquella que por un descuido lo deja morir ahogado.

María Manrique ha planteado que de aceptarse los planteamientos del PDE en la evaluación de conductas típicas, habría que establecer una diferencia en el reproche a las conductas perpetradas con dolo directo frente a las realizadas tan sólo con dolo eventual; es decir, al momento de determinar la pena, el juez debe disminuir el reproche a quienes actuaron sin la intención directa de cometer el ilícito y sólo se representaron o aceptaron un resultado previsible

⁸⁵ MANRIQUE, María Laura. 2007. Responsabilidad, Dolo Eventual y Doble Efecto. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 30. 427p.

pero no buscado, en comparación con aquellas donde el autor buscó deliberadamente el resultado ilícito.

9.3. Análisis crítico de lo sugerido por Manrique.

La sugerencia de Manrique nos parece débil en sus planteamientos. Aunque resulta acertado contrastar teóricamente la similitud entre intención y previsión que funda al PDE y la que recoge el Derecho Penal al distinguir entre dolo directo y eventual; finalmente nos parece impracticable dicha distinción en sede penal del Derecho chileno.

En la sección 6 revisamos latamente los planteamientos que se han vertido sobre la posibilidad de distinguir entre intención y previsión, ellos se han enfocado en el espectro moral, por lo que no resultan del todo aplicables al jurídico. Estos planteamientos recurren al agente para diferenciar entre lo intentado y lo previsto ¿Qué ocurre entonces cuando no puede preguntársele al agente lo que ha intentado? Y más aún, cuando éste tiene derecho a guardar silencio.

En el campo jurídico, el juez como tercero imparcial examina los antecedentes y califica qué ocurrió analizando los hechos. La distinción que puede hacer este tercero entre daños intentados y previstos en términos prácticos, salvo contadas excepciones, resulta compleja. Esta es una posible razón para que la

legislación, aun conociendo la diferencia entre daños intentados y previstos, asigne igual reproche a los delitos cometidos con dolo directo y eventual.

La complejidad política de la función judicial, sobre todo de la penal, es muy alta y demanda extrema precisión para no caer en arbitrariedades. De acogerse la sugerencia de Manrique y de no modificarse el reproche de los delitos culposos, inevitablemente habrían delitos que forma equivocada recibirían una pena muy inferior a la que se les habría asignado si hubiesen sido calificados de dolosos y otros que sencillamente no recibirían sanción pues no todos los delitos se sancionan cuando en ellos opera sólo la imprudencia. Un cambio legislativo que se hiciera cargo de esto, de todos modos, no altera lo artificioso que puede resultar en la mayoría de los casos que juzgan los tribunales penales, el distinguir entre daños intentados y previstos.

Otro flanco razonable de crítica que abre lo planteado por Manrique está dado porque por uno de los fundamentos del PDE exige que se produzca el daño con ocasión de la persecución del fin bueno. Los casos de daño que caben dentro del análisis del principio son aquellos donde se buscaba algo bueno y de forma prevista pero inintencionada se produjo un efecto malo. ¿Qué pasa si es que sólo se buscaba un objetivo malo y se previó otro más o menos malo que el intentado?

Si se busca aplicar el PDE al campo penal, este estaría acotado a los escasos casos donde la intención del agente debe ser neutra o debe haber estado buscando un fin bueno. Tenemos la impresión de que son escasas las hipótesis en que la perpetración de delitos con dolo eventual corresponde a casos donde el actor buscaba un efecto bueno y aun así delinquiró. Podría ocurrir que se tiene una voluntad delictiva diversa al delito verificado, vg. se intenta un hurto y se perpetra un robo, se intentan lesiones y se perpetra homicidio (el llamado concurso aparente de delitos).

De considerarse razonable la crítica esbozada en el párrafo anterior, queda en duda la aplicación de los planteamientos de Manrique acerca de aminorar el reproche de los delitos perpetrados con dolo eventual. Podría ser que de estar completamente inspirada en el PDE, se restringiera sólo a los que calzan con los presupuestos del principio, o bien podría ser que ella estuviera pensando en utilizar la intuición que funda al PDE para hacer una diferenciación del reproche en términos generales independiente de la naturaleza buena o mala de lo intentado por el agente. Si se tratara de esto último creemos que no es necesario referirse al PDE sino que basta aplicar lo que la doctrina nacional ya ha identificado como dolo directo y eventual entendiendo que ambos tienen igual reproche.

10. EL ABORTO EN CHILE Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DEL DOBLE EFECTO

Al comienzo de este trabajo (sección 3ª) expusimos los casos paradigmáticos donde se aplica el PDE, uno de ellos es el paralelo entre histerectomía y craneotomía, cuestión que nos remonta al aborto. La confrontación de los procedimientos médicos antes enunciados resulta un lugar común en los diversos textos que se refieren al PDE para justificar la pertinencia del principio. Es así como distintos autores⁸⁶ consideran a la histerectomía una práctica médica legítima -no reñida con la moral ni con el derecho- mientras que la craneotomía se reputa ilegítima. Recordemos que en los dos casos, histerectomía y craneotomía, se salva la vida de la madre y se acaba con la vida del feto a sabiendas; la diferencia está en que solo en el primero se considera la muerte como un resultado previsto pero no intentado, mientras que en la craneotomía, dicho efecto sería intentado por ser el medio para salvar la vida de la madre.

La teorización que se ha hecho a partir de la comparación de este par de procedimientos médicos conducentes a aborto –donde uno está permitido y el otro prohibido-, nos lleva a preguntarnos cuán aplicable serán las reflexiones del PDE en esta materia en nuestro país. A continuación revisaremos el actual estado de cosas en cuanto al aborto en Chile y la vinculación que tiene con el PDE. Dado que la práctica de la histerectomía no es cuestionada, ni por los

⁸⁶ Boyle, Anscombe, y Cavanaugh entre otros autores internacionales. En nuestro país, Miranda también lo desarrolla.

defensores del PDE ni por la doctrina nacional, la pregunta central será si es posible que en Chile se pueda realizar lícitamente una craneotomía para salvar la vida de la madre.

10.1. Breve historia del delito de aborto en Chile.

El artículo 342 del Código Penal señala que

“El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

1° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.

2° Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.

3° Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.”

Actualmente en Chile, el aborto es un delito que sanciona a la mujer que consiente en él y al tercero que lo realiza -con o sin consentimiento de la mujer- cuando el aborto sea ejecutado por él, o éste haya colaborado en su ejecución. No existe por el momento ninguna excepción a esta prohibición, salvo los casos en que se interrumpe el embarazo como efecto secundario de un tratamiento médico (casos como la histerectomía). De este modo ni siquiera el aborto inducido justificado por razones médicas, para preservar la salud de la madre o su propia vida, constituye una interrupción legal del embarazo. Es por ello que en Chile no se admite el llamado aborto terapéutico.

El delito de aborto es de antigua data en nuestro ordenamiento, pues estaba contenido en el Código Penal de 1874, inspirado en su símil español. Desde la fecha de su publicación, el CP no ha tenido modificaciones en esta materia, lo que muestra la falta de consideración de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y la poca incidencia que en este sentido han tenido las perspectivas de género⁸⁷. Que el delito figure en nuestra ley desde antaño no significa que siempre se haya prohibido todo tipo de aborto. La prohibición del aborto en toda circunstancia, incluyendo el terapéutico, es una restricción actual legada por la dictadura de Augusto Pinochet.

Hace unas décadas atrás, existía un consenso entre médicos y juristas en cuanto a estimar permitido el aborto cuando éste se practicaba esgrimiendo razones terapéuticas. Este acuerdo fue reconocido explícitamente en 1931 por el Código Sanitario, el que al momento de su dictación, contempló la figura de aborto terapéutico en el artículo 226 indicando “Solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer. Para proceder a estas intervenciones se requiere la opinión documentada de tres facultativos”. El aborto terapéutico tuvo reconocimiento legal desde 1931, año de la dictación del Código Sanitario, hasta 1989, cuando

⁸⁷ GALLARDO, Gloria y SALAZAR, Andrea. 2012. Aborto voluntario: un derecho prohibido. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Escuela de Derecho. 29p.

se dictó la Ley 18.826. Dicha ley derogó la figura de aborto terapéutico incluyendo el siguiente artículo 119⁸⁸ ⁸⁹ al Código Sanitario:

“Artículo 119. No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto.”

Si bien el CP nunca se modificó para dar cabida a alguna hipótesis de aborto, fue “desde el ámbito sanitario donde se construyó la legislación que permitió la existencia de aborto terapéutico”⁹⁰, cuestión que adquiere importancia para analizar la normativa respecto a la interrupción del embarazo pues la única apertura a la restricción penal subsiste en la normativa sanitaria cuando regula el ejercicio médico.

La Ley 18.826 fue originada por la moción del Almirante y Comandante en Jefe de la Armada, José Toribio Merino, además miembro de la Junta de Gobierno. Esta ley introdujo las modificaciones necesarias para prohibir el aborto directo y solo permitir la interrupción del embarazo cuando se produjese como un efecto indirecto de un tratamiento terapéutico. Antonio Bascuñán sostiene que finalmente “la distinción entre aborto directo y aborto indirecto se efectuaba conforme a la doctrina del doble efecto, sustentada por el magisterio

⁸⁸ OSSANDÓN, María Magdalena. 2011. La intención de dar muerte al feto y su relevancia para la imputación objetiva y subjetiva del delito de aborto. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. (18 - N°2): 115p.

⁸⁹ BASCUÑÁN, Antonio. 2004. La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno. *Revista Derecho y Humanidades* (10): 143p.

⁹⁰ GALLARDO, G. y SALAZAR, A. *op cit.* 50p.

eclesiástico de la Iglesia Católica”⁹¹. En efecto, bajo este nuevo precepto, se prohíbe toda acción cuyo fin sea producir un aborto, y dicha formulación típica se acomoda a las condiciones que la tradición del PDE ha formulado (favoreciendo procedimientos como la histerectomía y rechazando la craneotomía).

Como se aprecia, la modificación del Código Sanitario fue en sentido contrario a la cultura jurídica y médica chilena, que siempre reconoció al aborto terapéutico como una práctica legítima e instauró una regulación afín a la moralidad católica sólo compatible con el PDE.

Cabe añadir una advertencia en el análisis sobre el aborto terapéutico. Existen corrientes jurídicas y sectores políticos conservadores que afirman que en Chile no es necesaria una ley que lo permita, ya que este se encontraría consagrado en Chile. Lo anterior sólo puede afirmarse si por aborto terapéutico se entiende, como expresa Alex Van Weezel, "realizar un procedimiento donde la muerte de la criatura no es el medio para curar, pero puede sobrevenir como consecuencia no deseada"⁹² por lo que legitimaría solo casos como el de la histerectomía, tal como distinguen los defensores del PDE. Pero creemos que el correcto entendimiento de este concepto también comprende “matar a la

⁹¹ BASCUÑÁN. *Op cit* 153p.

⁹² VAN WEEZEL, Alex y HERMOSILLA, Juan. 2009. Contrapunto: El aborto terapéutico. Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N°1. 206p.

criatura como medio para lograr un buen fin (curativo).”⁹³ Este último elemento es omitido por dichas corrientes, y es la razón por la que se indica que en Chile no se permite el aborto terapéutico; porque prohíbe procedimientos como el de la craneotomía.

10.2. Delito de aborto: análisis del tipo.

No existe una definición legal de aborto pero la doctrina nacional ha dado definiciones⁹⁴ que no tienen gran diferencia entre sí; por su completitud, hemos elegido la elaborada por Mario Garrido, quien señala que el aborto “es la interrupción del embarazo con destrucción o muerte del producto de la concepción dentro o fuera del cuerpo de la mujer.”⁹⁵

El delito de aborto está tipificado por los artículos 342 a 345 del Código Penal, pero para poder analizar correctamente estas figuras es necesario también tener a la vista la normativa extrapenal que alude directa o indirectamente al aborto. En orden de lo anterior, revisaremos el marco constitucional y la normativa sanitaria. La revisión de la normativa penal estará acotada a la figura

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ LABATUT lo define como “la destrucción del producto de la concepción en cualquier etapa de la vida intrauterina, ya sea por la expulsión violenta del embrión o feto o por su destrucción en el vientre de la mujer” (1983. Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial. 7ma ed. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 126p.), BUSTOS señala que el aborto consiste en “dar muerte al producto de la concepción” (1986. Manual de Derecho Penal. Parte especial. Berceña. Ed. Ariel S.A. 45p.) y ETCHEBERRY dice que “debe entenderse por aborto la muerte inferida al producto del embarazo que aún no es persona” (1998. Derecho Penal. Parte Especial Tomo III, Parte Especial. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 88p.)

⁹⁵ GARRIDO, Mario. 2005. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 103p.

del artículo 345 CP que alude al facultativo que cause un aborto o coopere en él, pues es el caso que precisamente interesa analizar en consideración a los planteamientos del PDE.

10.2.1. Constitución Política.

Los incisos 1° y 2° del N°1 del artículo 19 de la Constitución Política, señalan:

“La Constitución asegura a todas las personas:

1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.”

El inciso segundo ha dado origen a distintas interpretaciones; la mayoritaria⁹⁶ señala que el no nacido (*nasciturus*) es persona, y que por ello tendría los mismos derechos de una persona nacida incluyendo, por supuesto, el derecho constitucional a la vida asegurado en el primer inciso del numeral 1 del artículo en comento. Otra interpretación del texto constitucional es de quienes⁹⁷ consideran que de una adecuada lectura de la norma, se advierte que el feto no es persona, pues si lo fuera, la precisión del inciso 2° sería innecesaria, de modo que la función dicho inciso es garantizar la protección legal de su vida

⁹⁶ Véase la cita de OSSANDÓN 2011, *op cit* 105p. La autora hace una exhaustiva y breve numeración de los juristas chilenos que plantean al *nasciturus* como persona.

⁹⁷ Véase la cita de OSSANDÓN 2011, *op cit.* 106p. La autora hace una exhaustiva y breve numeración de los juristas chilenos que sostienen que el *nasciturus* solamente es un objeto de protección legal.

considerándolo sólo un objeto que merece especial protección, como los cadáveres humanos y los animales.

Zanjar entre una lectura de la Constitución que ve al *nasciturus* como una persona o aquella que lo mira como un objeto de protección legal no es labor de este trabajo. Es evidente que adoptar una u otra postura puede ser decisivo al momento de asignar los derechos del que está por nacer, ya que si el *nasciturus* es persona entonces obtendrá un tipo de protección más fuerte; no obstante, para efectos jurídicos, lo que de esta discusión nos interesa es el acuerdo que existe en torno a la protección de la vida del no nacido⁹⁸, pues la tipificación del aborto en la codificación penal vendría a ser una manifestación de este mandato constitucional y por tanto, para interpretar sistemáticamente la legislación, debemos considerar lo prescrito por el texto constitucional.

10.2.2. Delito de aborto en el Código Penal.

Como mencionamos, el tipo penal al que pondremos atención es el del artículo 345 CP, que señala lo siguiente: el facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342 CP, aumentadas en un grado.

El único agente posible de este delito es el facultativo que abusa de su oficio, por tanto es necesario precisar qué entiende la ley por ambas expresiones.

⁹⁸ No hay que confundir esta protección de la vida del no nacido con una prohibición absoluta de darle muerte. La CPR consagra sólo lo primero.

Etcheberry y Labatut señalan que facultativos son todos los profesionales universitarios titulados, por cierto, vinculados al área de la salud y que por su oficio estén en posición de causar o colaborar en un aborto⁹⁹. Politoff, Bustos y Grisolí acusan a la interpretación dada por Etcheberry y Labatut, y compartida por la mayoría de la doctrina nacional, por ser extremadamente amplia.¹⁰⁰ Forma parte del acuerdo doctrinal también, el excluir como agentes del delito del artículo 345 CP, a aquellos facultativos que no actúan en calidad de tal.¹⁰¹

“[P]ara excluir aquellas situaciones en las que la conducta del agente se encuentra exenta de pena, el legislador ha recurrido a la expresión “abusivamente” que, en todo caso, viene a ser condicionante para la punición del facultativo,”¹⁰² razón por la que resulta imperioso determinar el alcance de dicha expresión. Etcheberry y Garrido “entienden que el facultativo *abusa* siempre que sobrepase los límites que le fija la *lex artis médica*, pues de lo contrario su conducta estaría justificada”¹⁰³. Una interpretación más restringida hace Politoff, Bustos y Grisolí al considerar que “existiría abuso solo cuando el facultativo hubiere actuado motivado por fines diversos a los propósitos estrictamente terapéuticos que le son exigibles”¹⁰⁴.

⁹⁹ ETCHEBERRY. 1998. *Op cit* 104p. y LABATUT. 1983. *Op cit* 140p.

¹⁰⁰ POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan. 2006. Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 2da ed., Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 237p.

¹⁰¹ ETCHEBERRY 1998. *Op cit* 104p.

¹⁰² DEL VILLAR, Waldo. 2009. Manual de derecho penal, parte especial Tomo I. Ed. EDEVAL. 98p.

¹⁰³ OSSANDON. 2011. *Op cit* 114p.

¹⁰⁴ *Ibid.*

Para el análisis que nos convoca, es decir, distinguir la aplicación del PDE en el delito de aborto, es necesario revisar el cariz subjetivo del tipo descrito en el artículo 345 CP. En este sentido, creemos que la exigencia de una conducta de naturaleza abusiva, excluye la comisión de este delito con dolo eventual¹⁰⁵ ya que “el aprovechamiento de una determinada situación -aquí, de los conocimientos y habilidades propios de la profesión- implica una intencionalidad incompatible con el dolo eventual.”¹⁰⁶ Y siguiendo el razonamiento propuesto por Ossandón, la remisión que se hace al artículo 342 CP, refuerza aún más la teoría de que la conducta debe ser realizada con dolo directo, tal como el delito del artículo referido.

10.2.3. Regulación del aborto en el Código Sanitario.

Para hacer un análisis sistemático de los aspectos subjetivos del tipo en comento, es necesario recurrir a la normativa sanitaria, la que en su artículo 119 señala que “no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. De este modo, el artículo en comento asume una doble función, pues “por una parte excluye la justificación del aborto directamente provocado, aun en una situación de necesidad para la mujer embarazada [y] por otra parte,

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ OSSANDON. 2011. *Op.cit.* 115p.

autoriza la práctica de un aborto indirectamente provocado, realizada con fines legítimos.”¹⁰⁷

La configuración del artículo 119 del Código Sanitario agrega un requisito de finalidad particular al delito del artículo 345 CP, en ese sentido, las actas de la comisión conjunta encargada de la redacción del proyecto de ley señalan que “el empleo de la palabra ‘fin’, entendida en su aceptación de ‘objetivo o motivo con que se ejecuta una cosa’, permite una mayor objetividad a la norma”¹⁰⁸. Y es precisamente la mención a la finalidad de las acciones lo que ha llevado a pensar esta norma como el único ejemplo de recepción del PDE en nuestra legislación.¹⁰⁹

Al prohibirse a los profesionales de la salud ejecutar cualquier acción cuyo fin sea provocar un aborto aun bajo circunstancias terapéuticas, se deja la estrecha posibilidad de una interrupción del embarazo sólo cuando se produzca como un efecto secundario de la realización de un procedimiento médico que posea otra finalidad; finalidad que en la histerectomía sería la extracción del útero.

En este sentido, el artículo 119 del Código Sanitario se ajusta a la formulación tradicional del PDE en cuanto exige que el efecto malo (la muerte del feto), no

¹⁰⁷ BASCUÑÁN. *Op cit* 156p.

¹⁰⁸ Citado en BASCUÑÁN. *Op cit* 145p.

¹⁰⁹ OSSANDÓN. 2011. *Op cit* 117p. y BASCUÑÁN. *Op cit* 167p.

sea buscado como fin ni como medio. Por otro lado, vemos que no se refiere explícitamente al requisito de proporcionalidad, y entonces ¿podría realizarse una intervención médica con fines estéticos que tuviera como efecto colateral la interrupción del embarazo? Es el caso ya mencionado de la mujer embarazada que se somete a una intervención quirúrgica que sabe que matará al feto (efecto que no intenta ni como fin ni como medio). Señala Ossandón que esto no estaría permitido, ya que por estar enmarcado en un contexto de tratamiento terapéutico, sujeto a prácticas médicas, el artículo comentado sí contemplaría el requisito de proporcionalidad.¹¹⁰

10.3. Aborto terapéutico y causales de justificación. Interés en el estado de necesidad.

Otra línea de discusión en el contexto de análisis del aborto está dada por las causales de justificación que posibilitaría la comisión de un aborto sin que haya una sanción aparejada a dicha conducta. Como se dijo anteriormente (sección 5), la concurrencia de una causal de justificación pone al agente frente a una autorización para actuar de manera generalmente prohibida por la ley atendiendo las circunstancias del caso concreto. De forma que una conducta que en un caso determinado sería criminal, atendidas particulares circunstancias, se estima autorizada y conforme a Derecho. En el caso del

¹¹⁰ OSSANDÓN. 2011. *Op cit* 123p.

aborto se ha discutido cuáles son las posibles causales de justificación¹¹¹ que pudiesen tener las mujeres para realizar una conducta de aborto sin que de ello resulte un delito.

Existe acuerdo en doctrina para descartar el consentimiento de la mujer como justificante (*volenti non fit iniuria*) por dos razones: la primera, no puede considerarse la vida del feto como un bien disponible, y la segunda, porque el sujeto que se vería afectado por el aborto, el *nasciturus*, no puede prestar su consentimiento.

Otra posible causal de justificación que se ha esgrimido para permitir un aborto terapéutico es la legítima defensa de la madre (Art. 10 N° 4 CP)¹¹². Obra en legítima defensa quien ejecuta una acción típica, racionalmente necesaria para repeler o impedir una acción ilegítima, no suficientemente provocada por él y dirigida en contra de su persona y derechos, o los de un tercero. Bajo esta idea el *nasciturus* sería el agente agresivo que pone en peligro la vida de la madre. No obstante la doctrina nacional ha excluido la posibilidad de la legítima defensa al considerarse que la agresión es ante todo una actividad, una

¹¹¹ Para un detallado estado de la cuestión, véase OSSANDON, María Magdalena. 2012. Aborto y Justificación. Revista Chilena de Derecho, vol 39 (2): 330-337pp.

¹¹² “Artículo 10. Están exentos de responsabilidad criminal: 4. El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes: *Primera*. Agresión ilegítima. *Segunda*. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. *Tercera*. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.”

conducta de un ser humano. Y en este sentido el *nasciturus* no puede ejercer el tipo de acciones comprendidas bajo el rótulo de agresión ilegítima.

Respecto de la causal de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (Art. 10 N° 10 CP)¹¹³ la doctrina ha estimado que tampoco es procedente pues como ya revisamos, desde la aparición de la ley 18.826, no justifica al médico que intenta salvar la vida de una mujer mediante la realización de un aborto; esta norma ha limitado toda posible habilitación al médico para realizar tal procedimiento.

No obstante, la reciente dictación de la ley 20.480, de 18 de diciembre de 2010, incorporó una nueva causal de eximición de responsabilidad al CP que no ha sido extendidamente analizada en materias de aborto. Esta eximente de responsabilidad es el llamado “estado de necesidad”. Su texto es el que sigue:

Artículo 10. Están exentos de responsabilidad criminal:

11. El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.

2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

¹¹³ “Artículo 10. Están exentos de responsabilidad criminal: 10. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”

3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.

En términos generales, el estado de necesidad se configura cuando en una situación de peligro se sacrifica un bien jurídico para salvar otro. Pero este conoce 4 principales clasificaciones. El estado de necesidad puede distinguirse entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante. En su variante justificante, el estado de necesidad podrá eliminar la antijuridicidad de la conducta cuando se evita un mal de mayor entidad al causado, y en tal caso es una acción amparada y conforme a derecho. En su vertiente exculpante, se entiende que la persona ha producido un daño equivalente o mayor al que protege, cometido una conducta típica y antijurídica (contrario a derecho) pero que en el juicio de culpabilidad, no se le podía exigir que obrara de manera distinta en tal circunstancia (el clásico ejemplo es el del naufrago a la deriva en mar abierto quien empuja a otro de una tabla para poder salvarse a sí mismo). También podemos distinguir entre el estado de necesidad agresivo y defensivo. En el primero, el sujeto que se ampara ante la causal ataca el bien jurídico de otra persona "no implicada" para salvarse o salvar a otro de un peligro. Es decir, el sujeto afectado no es quien origina la fuente del

peligro y tolera la agresión por el deber de solidaridad mínimo que el ordenamiento jurídico impone a todas las personas. En el estado de necesidad defensivo, el sujeto se defiende frente a un peligro que es originado por el titular del bien jurídico afectado.

La distinción antes anotada resulta capital para construir una justificación al aborto pues, a juicio de Ossandón, “la prohibición de matar a otro, que en el estado de necesidad agresivo es absoluta, habría de matizarse en el estado de necesidad defensivo. Se podría permitir, aunque bajo los más estrictos presupuestos y en términos absolutamente excepcionales, hasta matar para defenderse de un peligro generado por la propia víctima, aunque a ella no se le pueda imputar una agresión ilegítima.”¹¹⁴ El aporte que realiza el análisis del estado de necesidad en materias de aborto, es que permite la defensa aun de fuentes que no importen una agresión ilegítima. Ya que si esto último ocurriese, estaríamos frente a una hipótesis de legítima defensa.

La eximente de responsabilidad del nuevo N°11 del artículo 10 CP¹¹⁵ podría justificar el aborto consentido. Al ser incluido dentro de los preceptos que eximen la responsabilidad penal, tal precepto no es explícito para señalar si ha de comprenderse como causal de justificación, o como una circunstancia de

¹¹⁴ OSSANDÓN. 2012. *Op cit* 338p.

¹¹⁵ Antes de la ley 20.480, de 18 de diciembre de 2010, que incorporó esta eximente sólo se podía afectar la propiedad mediante el N°7 del artículo 10 CP.

exculpación. El precepto legal señala que estarán exentos de responsabilidad criminal quienes obren para evitar un mal grave para su persona, siempre que el mal sea actual o inminente, que el medio utilizado sea necesario, que haya cierta proporcionalidad entre el mal causado y el evitado, y que el sacrificio del bien amenazado no pueda ser razonablemente exigido. Cumpliendo estos requisitos el mal causado puede ser cualquiera, y no tiene más límite que no ser “sustancialmente” superior al que se evita. Estos elementos deben verse para el caso del aborto por craneotomía donde existe “un conflicto de intereses en que la lesión de uno de ellos aparece como el medio necesario para salvar el otro”¹¹⁶ a saber, disponer la vida del feto como un medio para salvar la vida de la madre. Por ello, la eventual aplicación del estado de necesidad en casos de aborto terapéutico se circunscribiría al estado de necesidad defensivo.

En favor del estado de necesidad defensivo en casos de aborto consentido, Antonio Bascuñán realiza una justificación constitucional señalando

“nadie tiene por qué tolerar el sacrificio de sus intereses si puede evitarlo atacando la fuente del peligro, aunque ello implique la afectación de intereses de un inocente, con tal que esos intereses tengan un peso específico menor o equivalente al peso específico de los intereses que se protege. Denegar a la mujer embarazada respecto del feto el derecho que tiene cualquier persona respecto de otra implicaría una discriminación arbitraria.”¹¹⁷

¹¹⁶ OSSANDÓN. 2012. *Op cit* 341p.

¹¹⁷ BASCUÑAN. *Op cit* 173p.

Esta perspectiva aporta tanto argumentos constitucionales como elementos sustantivos, conforme a lineamientos de justicia material, para amparar este procedimiento.

Una opinión diversa tiene María Ossandón quien recurre a tres razones para considerar improcedente el estado de necesidad defensivo en el delito de aborto; en primer lugar señala que no hay claridad a que sea el feto quien genere la situación de peligro y podría bien ser la mujer, al tener un canal de parto estrecho, por ejemplo, la que crea una amenaza contra el feto. En segundo lugar analiza la vinculación que debe tener el afectado con la acción defensiva y el peligro. Frente a este cuestionamiento señala que “que el peligro proceda físicamente de la esfera de un determinado sujeto, como dato meramente naturalístico, no debería ser considerado relevante para fundamentar responsabilidad alguna ni justifica un deber de tolerancia.”¹¹⁸ Por último, al considerar al *nasciturus* como persona, la autora cree que no cabe la ponderación de la vida de este con la de la madre: “Si el por nacer es un ser humano y, en consecuencia, debe ser reconocido como persona y tiene derecho a la vida, entonces es aplicable la máxima sobre la inviolabilidad de su vida, la que no puede ser objeto de *balance* o comparación con derechos o incluso con la vida de otro ser humano”¹¹⁹.

¹¹⁸ OSSANDÓN. 2012. *Op cit* 343p.

¹¹⁹ OSSANDON. 2012. *Op cit* 357p.

Ahora bien, el rechazo del estado de necesidad defensivo como causal de justificación no implica que no exista una última alternativa para no castigar a quien practique el aborto terapéutico. Si bien Ossandón no cree que la eximente en comento se configure como una causal de justificación, considera la existencia de hipótesis donde se actúa bajo condiciones de estado de necesidad exculpante, particularmente en casos donde el médico también enfrenta un conflicto de intereses que puede hacer inexigible su conducta conforme a Derecho.¹²⁰ De hecho, por la vía de la exculpación, la madre también podría no ser castigada del delito si en ella concurre la eximente del miedo insuperable del artículo 10 N°9 del CP.¹²¹ Pero cabe recalcar que esta opción mantiene la práctica de aborto terapéutico como un delito.

Del análisis de las distintas causales de legitimación creemos que es el estado de necesidad la causal más prometedora para lograr la aceptación del aborto terapéutico en Chile. Por su reciente incorporación no ha sido objeto de una discusión académica extendida, pero creemos que tres principales conclusiones pueden derivarse de su estudio:

- 1) Rechazo de toda hipótesis de estado de necesidad. En definitiva el aborto terapéutico no podría practicarse en Chile al primar la norma del artículo 119 del Código Sanitario por sobre el artículo 10 N° 11 del

¹²⁰ OSSANDÓN. 2012. *Op cit* 360p.

¹²¹ "Artículo 10. Están exentos de responsabilidad criminal:

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

CP. Su redacción expresamente descarta toda acción que tenga por fin la interrupción del embarazo, la que incluso contempla el estado de necesidad. Así entendido, realizar una craneotomía para salvar a la madre estaría prohibido.

- 2) Estado de necesidad como causal de justificación. Bajo esta perspectiva, el estado de necesidad en el que se encuentra la madre permitiría al médico realizar el aborto terapéutico, pudiendo lícitamente terminar la vida del que está por nacer. En tanto causal de justificación, dicho procedimiento sería conforme a Derecho.
- 3) Exculpación por estado de necesidad. Si no se acepta la hipótesis del estado de necesidad defensivo como causal de justificación, entonces el aborto terapéutico se mantendrá prohibido en Chile. No obstante, en casos particulares, el estado de necesidad puede servir para exculpar a quien se lo practica, o quien realiza dicho procedimiento. Lo anterior significa que el aborto terapéutico permanecería como una práctica ilegal, pero que a determinadas personas y en determinadas circunstancias el Derecho no les pudo exigir otro tipo de conducta.

10.4. Consideraciones sobre la justicia de la prohibición al aborto terapéutico.

Creemos que la legislación penal sobre el aborto, tal como está formulada hoy en día, impide la realización de un aborto terapéutico (lo que no obsta a una

eventual incorporación del estado de necesidad como eximente de culpabilidad). Discutir sobre la conveniencia de despenalizar el aborto, en sus hipótesis más generalizadas, no ha sido nuestro objetivo; tal debate está sujeto a más consideraciones de las que un análisis sobre el PDE puede abarcar. No obstante, consideramos una necesidad la incorporación de una legislación que apruebe el aborto terapéutico. La injusticia de su prohibición se deriva por imponer una carga demasiado onerosa a la mujer cuyo embarazo le causa perjuicio. Creemos que existen razones ya contenidas en nuestro sistema jurídico que favorecen la hipótesis del aborto terapéutico.

Como vimos más arriba (sección 8.3), no existe la prohibición absoluta de matar a otro, pues quien mata en defensa propia -al amparo de los cánones de la legítima defensa- realiza una acción lícita, de ahí que “[e]n todos los casos en que un ser humano genere un peligro letal para otro, éste no tiene por qué soportarlo. Del hecho que ese peligro no provenga de una ‘agresión ilegítima’, en el sentido de la legítima defensa, no se deduce un deber de tolerarlo.”¹²² Obligar soportar un peligro letal, con posibilidad fáctica de repelerlo, resulta del todo injusto.

La prohibición del aborto en Chile obliga a algunas mujeres a sobrellevar un ilegítimo deber de tolerancia cuando el feto resulta nocivo para su salud. Al

¹²² BASCUÑÁN. *Op cit* 158p.

respecto, hay quienes podrían decir que estas proposiciones son resultado de minusvalorar la vida del feto con respecto a la de un nacido (como es la mujer embarazada), pero ello no es cierto toda vez que aun siendo ambas vidas equivalentes, igualmente sería lícito dar muerte al feto cuando esta sea la única alternativa para salvar la vida de la mujer embarazada,¹²³ dado que es el *nasciturus* quien amenaza la vida de la madre.

Bascuñán se refiere a la prohibición del aborto consentido destacando la grave implicancia que significa para la mujer el “deber de tolerar la afectación de intereses propios en beneficio de otro [pues] no sólo le impone una restricción de su libertad de acción, sino que le exige una contribución al bienestar del feto que desde el punto de vista de la justicia política es propia de un deber de solidaridad,”¹²⁴ el que no se compara –por su intensidad y exigencia- a ninguno que exista en nuestro ordenamiento. La regulación penal no impone ningún deber general de solidaridad que obligue a tolerar la afectación de bienes jurídicos personalísimos.

El deber de socorro, que es una figura que consagra un deber de solidaridad básico en nuestra legislación, está limitado por la afectación del agente, pues cuando el auxilio requiere el detrimento o sacrificio de éste, le es totalmente lícito no cumplir con este deber, pues el Derecho no exige conductas propias de

¹²³ BASCUÑÁN. *Op cit.* 159p.

¹²⁴ BASCUÑÁN. *Op cit.* 167p.

un héroe. La razonabilidad de no incorporar un deber general de solidaridad que obligue a tolerar la afectación de bienes jurídicos personalísimos y de limitar el deber de socorro a acciones que no exijan el sacrificio de la persona, se esfuma cuando estamos frente a la prohibición del aborto, la que impone a la mujer embarazada el “deber de tolerar la presencia de otro ser humano en su cuerpo y el aprovechamiento de sus funciones vitales por ese otro ser,”¹²⁵ deber que nadie más que la mujer tiene con respecto al feto.

Bascuñán, al buscar un límite en la Constitución al sacrificio exigible a una mujer embarazada, señala que la CPR no impone una prohibición absoluta a dar muerte al feto, sino que sólo mandata la protección de éste. Sobre esta premisa, plantea dos asuntos de interés; el primero señala que la CPR debe proporcionar al legislador un parámetro para sancionar cuáles autorizaciones legales de aborto consentido son legítimas y cuáles no. El segundo se refiere a la situación donde el *nasciturus* afecta intereses de la mujer que están protegidos constitucionalmente –como el derecho a la vida-, y para resolver estas hipótesis habría que proceder según lo que la propia CPR manda, mediante una ponderación de intereses,¹²⁶ pues según el artículo 19 N° 26, los preceptos legales que regulan, complementan o limitan las garantías

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ BASCUÑÁN. *Op cit* 168p.

constitucionales, no pueden afectar los derechos en su esencia ni impedir su libre ejercicio.¹²⁷

Al momento de escribirse esta memoria, se están tramitando Proyectos de Ley que buscan la incorporación explícita del aborto terapéutico en nuestro sistema jurídico. Un ejemplo de ellos es el Boletín N° 9.418-11, ingresado el 30 de junio de 2014, el que además de contemplar el aborto terapéutico (indicación terapéutica) contempla tres otros abortos justificados¹²⁸. Habilita el aborto cuando existen presunciones fundadas de que el feto desarrollará malformaciones incompatibles con la vida (indicación eugenésica), cuando el aborto ha sido fruto de la comisión del delito de violación (indicación criminogénica), o bien cuando la condición económica de la madre no permitiría que esta pueda sostenerlo en la sociedad (indicación socio-económica). Las cuatro indicaciones contemplan planos argumentativos distintos. Por ejemplo, en casos de aborto por violación no puede argüirse la protección de la vida de la madre cuando el embarazo no aparezca ningún riesgo a su salud: son otro tipo

¹²⁷ Para una opinión contrapuesta, véase a OSSANDÓN. 2012. *Op cit*, página 344 y siguientes.

¹²⁸ Reemplázase el art. 119 del Código Sanitario como sigue:

"Artículo 119°. Sólo con los fines terapéuticos, eugenésicos o ético-sociales que a continuación se expresan se podrá interrumpir un embarazo.

En caso en que esté en riesgo la vida de la madre y no existan otros medios para evitar dicho riesgo.

Cuando el feto presente o se establezca clínicamente su inviabilidad vital absoluta.

Cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación.

En este último caso, la interrupción del embarazo sólo podrá practicarse dentro de las primeras 12 semanas de gestación.

En cualquier caso, se requerirá de la evaluación clínica y opinión conforme de 2 médicos cirujanos."

de consideraciones las que deben esgrimirse.¹²⁹ Por las razones ya expuestas creemos que la justicia del aborto terapéutico debiese ser ya indubitado, lo que hace de su incorporación una urgencia. Esto no merma la justicia del aborto en las otras indicaciones, pero, como acabamos de decir, requieren de razones distintas a las del aborto terapéutico.

¹²⁹ Judith Thomson en "Una defensa del aborto" establece el famoso ejemplo de la persona que es secuestrada contra su voluntad y se le exige permanecer conectada, mediante transfusiones de sangre, a un famoso violinista por 9 meses. Este caso sirve de símil para homologar los casos de aborto por violación. La tesis del texto sugiere que al no prestarse consentimiento a dicha circunstancia, no estamos obligados a mantener con vida a otro ser humano, inclusive si es inocente.

11. CONCLUSIONES.

El Principio del Doble Efecto ha sido objeto de un extenso debate en la filosofía de habla inglesa, pero no ha tenido la misma recepción en el mundo hispanohablante. El objetivo de esta memoria ha sido, precisamente, presentar el principio a través de sus formulaciones tradicionales y modernas. El atractivo del PDE reside en su capacidad para recoger una intuición moral general: aunque se quiera buscar un buen fin no se debe utilizar un medio malo para alcanzarlo. Plasma dicha intuición prohibiendo aquellas acciones que producen dos efectos, uno bueno y otro malo, en la medida que el efecto malo se busque como fin o como medio; mientras que permitiría la generación del efecto malo solo cuando este sea una consecuencia meramente prevista, o en otros términos, un efecto colateral.

El núcleo teórico de la memoria se ha centrado en problematizar las dos grandes críticas que se le pueden hacer al principio. En primer lugar sus defensores tendrán que resolver el llamado problema de la cercanía, a saber, la crítica que apunta a la dificultad de distinguir entre los efectos intentados de los previstos. En segundo lugar, tendrán que afirmar por qué es importante distinguir entre intención y previsión, indicando cuál es su relevancia ética.

Al final del debate, uno podría afirmar el éxito o fracaso del PDE como teoría moral. Pero si el principio busca ser un criterio aplicable para asignar responsabilidad en los casos que estudia, entonces lo que se debe resolver es si el PDE puede ser aplicado como un principio jurídico aplicable al Derecho chileno. El eventual éxito del PDE como un razonamiento aplicable a una doctrina ética específica, no puede ser una razón suficiente para que pueda ser incorporado como un criterio jurídico.

En nuestro esfuerzo por ver su aplicación al espectro jurídico, nos enfocamos en uno de sus fundamentos: ser un principio conciliable con la existencia de prohibiciones absolutas. Por ello es necesario identificar si en nuestro ordenamiento existen y saber cuáles son estas. Hemos concluido que cualquier intento por realizar una aplicación extendida del PDE a otras áreas del Derecho, diferentes a la que le dio origen, fracasa. Por ello el principio resulta operativo sólo en el Derecho Penal.

De ser aplicado el PDE en nuestro Derecho, este tendría finalmente una aplicación estrechísima: solo a casos donde la muerte de un inocente se utiliza como un medio para lograr un fin bueno. Además el principio enfrenta otras dificultades dado que sus defensores, más cercanos a teorías deontológicas que afirman absolutos morales, no logran ver que otros valores pueden entrar a regir en los casos difíciles para otorgar excepciones a estas normas. Así el

consentimiento del paciente terminal puede mostrarnos por qué sería legítimo facilitarle la muerte (y entonces la distinción verbal entre sedación terminal y eutanasia pierde relevancia).

Sin perjuicio de la anterior, existe en Chile tan solo una institución jurídica que adopta el PDE en toda su plenitud: la prohibición del aborto terapéutico. La legislación que vio nacer dicha prohibición recogió explícitamente los presupuestos del PDE, y hasta el día de hoy es ilegal todo tipo de aborto, inclusive aquellos necesarios para salvar la vida de la madre. No queremos dejar de notar que el único lugar donde el principio es recogido, es en una materia abiertamente injusta.

BIBLIOGRAFÍA.

- AQUINO, Tomás de. 1990. Suma de Teología Parte II-II (a). Madrid, España, Biblioteca de Autores Cristianos (BAC).
- AQUINO, Tomás de. 1993. Suma de Teología Parte I-II. 2ª edición. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos (BAC).
- ALEXY, Robert. 1993. Teoría de los derechos Fundamentales. Madrid, Centro de estudios Constitucionales.
- ARISTOTELES. 1985. Ética Nicomáquea. (traducción de Julio Pallí). Madrid, Gredos.
- AUSTIN, John L. 2008. Alegato en pro de las excusas. En: Olga Grau y Patricia Bonzi (editoras), Grafías filosóficas. “Problemas actuales de la filosofía y su enseñanza”. Cátedra UNESCO de Filosofía/CPEIP.
- BASCUÑÁN, Antonio. 2004. La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno. Derecho y humanidades, Universidad de Chile, N°10: pp. 143-181.
- BENNET, Jonathan. 1981. Morality and Consequences. The Tanner Lecture on Human Values II. Salt Lake City. University of Utah Press.
- BENNETT, Jonathan. 1995. Foreseen Side Effects versus Intended Consequences, En: WOODWARD, P. A. (editor). 2001. The Doctrine of Double Effect. Philosophers Debate a Controversial Moral Principle. Notre Dame, Indiana, EE.UU, University of Notre Dame Press.

- BOYLE, Joseph. 1980. Toward understanding the principle of double effect. University of Chicago Press. Ethics, Vol 90, N° 7.
- BUSTOS, Juan. 1986. Manual de Derecho Penal. Parte especial. Barcelona. Ed. Ariel S.A.
- BYRNE, Peter. El Principio del Doble Efecto. En: CANTO-SPERBER, Monique. 2001. Diccionario de Ética y Moral. Fondo de Cultura Económica.
- CAVANAUGH, T. A. 2006. Double Effect Reasoning: Doing good and avoiding evil. Oxford Studies in Theological Ethics.
- CURY, Enrique. 2005. Derecho penal: parte general. 7ª edición, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- DAVIDSON, Donald. 1995. Ensayos Sobre Acciones y Sucesos. México, UNAM.
- DEL VILLAR, Waldo. 2009. Manual de derecho penal, parte especial Tomo I. Ed. EDEVAL.
- ETCHEBERRY, Alfredo. 1998. Derecho Penal Tomo III Parte Especial. 3ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica. Volumen 2.
- FINNIS, John 1991a. Intention and Side Effects. En: FREY, R. G., y MORRIS, C. W. (edits.), Liability and Responsibility: Essays in Law and Morals (Cambridge, Cambridge University Press).
- FOOT, Philippa. 1978. The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect, En: WOODWARD, P. A. (edit.) 2001. The Doctrine of

Double Effect. Philosophers Debate a Controversial Moral Principle. Notre Dame, Indiana, EE.UU, University of Notre Dame Press.

- GALLARDO, Gloria y SALAZAR, Andrea. 2012. Aborto voluntario: un derecho prohibido. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Escuela de Derecho.
- GALVAO, Pedro. 2003. Duplo Efeito: O problema da proximidade. En: Palavras e pensamentos: uma perspectiva analítica. 2003. Edición a cargo de FALGUERA, José. *Et.al.* Universidad de Santiago de Compostela: pp. 419-440.
- GARRIDO, Mario. 2003. Derecho Penal, Parte General, Tomo II. Santiago. Ed. Jurídica de Chile.
- GARRIDO, Mario. 2005. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Santiago. Ed. Jurídica de Chile.
- HART, H.L.A. 2008. Punishment and Responsibility. Essays in the philosophy of Law. 2nd edition, New York, Oxford University Press.
- KANT, Immanuel. 2005. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Madrid, Editorial Tecnos.
- KINDHÄUSER, Urs. 2008. Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el derecho penal. En del mismo: Teoría de las normas y sistemática del delito. Ara, Lima, 2008.

- LABATUT, Gustavo. 1983. Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial. 7ma ed. Santiago. Ed. Jurídica de Chile.
- MANRIQUE, María Laura. 2007. Responsabilidad, Dolo Eventual y Doble Efecto. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 30.
- McINTYRE, Alison. 2001. Doing away with Double Effect. Ethics, Vol 111, N° 2 (January), 219-255pp.
- MILL, John Stuart. 2002. El utilitarismo. Madrid, Alianza Editorial.
- MIRANDA, Alejandro. 2008. El Principio del Doble Efecto y su Relevancia en el Razonamiento Jurídico. Revista Chilena de Derecho, Vol. 35 N°3.
- MIRANDA, Alejandro. 2011. Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa. Revista Médica de Chile. N° 140. [en línea]
<http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872012000200017&script=sci_arttext> [consulta: 26 de Agosto de 2014]
- MOORE, Michael y ALEXANDER, Larry. 2012. Deontological Ethics. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/ethics-deontological/>> [Consultado: el 17 de junio de 2014].
- MOYA, Carlos. 1990. The Philosophy of Action. An Introduction. Oxford Polity Press.

- NAGEL, Thomas. 1980. The Limits of Objectivity. The Tanne Lectures on Human Values. En: WOODWARD, P. A. (edit.).The Doctrine of Double Effect. Philosophers Debate a Controversial Moral Principle. Notre Dame, Indiana, EE.UU, University of Notre Dame Press.
- NINO, Carlos. 1987. Introducción a la filosofía de la acción humana. Buenos Aires. EUDEBA.
- NOVOA, Eduardo. 2005. Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General. 3ª edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica. Volumen 1.
- ODERSBERG, David. 2010. The Doctrine of Double Effect. En: A Companion to the Philosophy of Action. 2010. Ed by Timothy O`Connor & Constantine Sandis. Wiley-Blacwell.
- OSSANDÓN, María. 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, Año 18 – N°2: pp. 103-136
- OSSANDÓN, María. 2012. Aborto y Justificación. Revista Chilena de Derecho, vol.39 N°2: pp. 325-369.
- POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan. 2006. Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 2da ed., Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- QUINN, Warren. 1989. Actions, Intentions and consequences: The Doctrine of Double Effect. En: WOODWARD, P. A. (edit.).The Doctrine of

Double Effect. Philosophers Debate a Controversial Moral Principle.
Notre Dame, Indiana, EE.UU, University of Notre Dame Press.

- RALWS, John. 1954. Dos Conceptos de Reglas. En: FOOT, Philippa. 1974. Teorías sobre la Ética. Fondo de Cultura Económica
- SCANLON, Thomas Michael. 2000. Intention and Permissibility. Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes, Vol 74.
- THOMSON, Judith. 1971. A Defense of Abortion. Philosophy and Public Affairs, Vol 1, N° 1, Princeton University Press. 47-66pp.
- THOMSON, Judith. 1973. Rights and Deaths. Philosophy and Public Affairs, Vol 2, N° 2 (Winter), Princeton University Press, 146-159pp.
- THOMSON, Judith. 1985. The Trolley Problem, 94 Yale Law Journal 1395-1415pp.
- VAN WEEZEL, Alex y HERMOSILLA, Juan. 2009. Contrapunto: El aborto terapéutico. Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N°1: pp. 205-208.
- VIGO, Alejandro. 2007. Aristóteles: una introducción. Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad (IES).