

# **Justificación y excusación en tensión: sobre la extrema necesidad a propósito del caso de Jodie y Mary<sup>1</sup>**

*Justification and Excuse in Tension: On the Extreme Necessity Regarding the Case of Jodie and Mary*

Rodrigo Andrés Guerra Espinosa

ID <https://orcid.org/0000-0003-2540-8814>

Universidad de los Andes. Chile  
Correo electrónico: rguerra@uandes.cl

RECEPCIÓN: 15 de diciembre de 2022

ACEPTACIÓN: 20 de junio de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2024.18.17622>

**RESUMEN:** En este artículo se presenta un análisis filosófico jurídico-penal de la extrema necesidad, a propósito del caso de las siamesas Jodie y Mary. Así, en la primera sección realizaremos una descripción sobre el contenido del estado de necesidad en situaciones de peligro de muerte. En segundo lugar, con la finalidad de ilustrar acerca de las discusiones axiológicas que existen en relación con los criterios de proporcionalidad entre el mal que se pretende evitar y el causado, ofreceremos una solución que nos parece adecuada. En la tercera sección observaremos los presupuestos del caso de las siamesas y alguna de las líneas de argumentación que existen para justificar o excusar su separación, sosteniendo que existen buenas razones para acoger el doble efecto en estos supuestos.

**Palabras clave:** doble efecto, estado de necesidad, peligro de muerte, dilema moral, ética.

**ABSTRACT:** This paper presents a legal-criminal philosophical analyses on the extreme necessity regarding the conjoined twins Jodie and Mary. Thus, to begin with, we will describe the content of the state of necessity in life-threatening situations. Secondly, we will offer a solution which we consider to be adequate to illustrate the axiological debates on the criteria of proportionality between the evil to be avoided and the evil caused. At last, we will look at the presumptions of the case

<sup>1</sup> Trabajo redactado en el marco del proyecto de investigación Fondecyt Nún. 11190024, "Delimitación del miedo insuperable del estado de necesidad". Agradezco los valiosos aportes y comentarios del profesor Michael S. Moore y Michael Pawlik; estos, sin duda, ayudaron a la elaboración final de este artículo monográfico. Finalmente, quiero agradecer a Natalia Quiroga Alarcón y Valentina María Radovic Merino por sus comentarios y correcciones de forma al texto.

of the conjoined twins as well as some lines of argument that justify or excuse their separation, arguing that there are good reasons to adopt the principle of double effect in these scenarios.

**Keywords:** double effect, state of necessity, life-threatening, moral dilemma, ethics.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Presupuestos sobre el contenido de la necesidad. III. Problemática axiológica de la extrema necesidad. IV. Presupuestos fácticos del caso. V. Posiciones en favor de la legítima defensa. VI. Perspectivas en torno a la figura del estado de necesidad. VII. Argumentos en favor del estado de necesidad defensivo. VIII. Estado de necesidad agresivo y doble efecto. IX. Balance general y conclusiones. X. Referencias.

## I. INTRODUCCIÓN

Existen situaciones de extrema necesidad que nos llevan a decidir quién vive o muere en una situación de peligro. Estas a lo largo de la historia de la filosofía nos ponen ante un conflicto de intereses, males, efectos o deberes. Pues bien, el axioma de la imponderabilidad de la vida humana aparece en el escenario, siendo difícil entregar una única solución a la problemática. De este modo, el caso de las siamesas Jodie y Mary es una situación límite, que facilita presentar la discusión que existe en relación con el estado de necesidad, es decir, un conflicto de intereses o deberes ante una situación de peligro en el que debemos decidir sacrificar alguno de estos para que el resto no perezca. Por ello, nos parece que presentar reflexiones decisivas y propias de una tradición moral clásica permiten un análisis adecuado de estas situaciones.

En la acción de separar a las siamesas existe un control de la situación que no puede ser soslayado, con independencia de las diferencias que pueden existir en la valoración del hecho conforme a reglas (Hruschka, 1994, pp. 343-356).<sup>2</sup> Pues bien, no existe otro medio menos lesivo que terminar con la vida de una para salvar a la otra. Las siamesas, unidas por el bajo vientre y con las espinas dorsales fusionadas, morirían en un plazo de seis meses de no ser separadas, puesto que el corazón

<sup>2</sup> En ese sentido, es muy importante indicar que las reglas las podemos observar en el sistema jurídico y estas pueden ser prohibitivas, permisivas y prescriptivas. Reglas de conducta que se diferencian de las de imputación, esto es, aquellas que permiten atribuir responsabilidad ante un control de la situación y conocimiento de infracción de la norma. Respecto a la diferencia entre reglas de comportamiento e imputación.

de Jodie suministraba oxígeno al cuerpo de Mary. La separación salvaría a Jodie, aunque Mary moriría a consecuencia de esta intervención. Si bien los padres se negaron a autorizar la operación, los tribunales la aprobaron. Según lo esperado, Jodie vivió y Mary murió como consecuencia de la intervención (England and Wales Court of Appeal [Civil Division] Decisions, A [Children], Re [2000] EWCA Civ 254 [22 September 2000]; Corral, 2016).<sup>3</sup>

Considérese que por adhesión a la prohibición de que nunca es lícito matar a un inocente, se presenta una negativa a la intervención en el caso de las siamesas cuando, de haber actuado, podría haberse salvado a una de estas. A ese agente que practica la separación, ¿sería posible atribuirle los sucesos indeseados de la intervención? (Prieto, 2019).<sup>4</sup> Es evidente que aquí la problemática está situada en el mal menor (Baldo, 1994, p. 20).<sup>5</sup> Ahí está, por un lado, la capacidad que tiene el agente ante un peligro para evitarlo. Sin embargo, por otro, la obligación de reflexionar en la admisibilidad de la muerte de un inocente para lograr este propósito (Tomás de Aquino, Sth, II-II, q. 64 a. 6; Tomás de Aquino, St. II-II, q. 64; Bascuñan, 2004, p. 67, n. 42).<sup>6</sup> Asimismo, ¿se le podría atribuir al agente todo lo que en ese momento no evitó pero que podría haber evitado? En otras palabras, ¿cuáles serían las premisas axiológicas que harían el caso de las siamesas admisible en el estado de necesidad?

En el caso de las siamesas la autorización de la separación no es resultado de una mera comparación numérica, sino de la situación de peli-

<sup>3</sup> Para una revisión completa de los presupuestos fácticos del caso es necesario analizar en detalle el fallo de la Corte de Apelaciones, en Inglaterra, según la referencia en el cuerpo del trabajo. También podemos observar un análisis general de los presupuestos del caso en el blog del profesor Hernán Corral.

<sup>4</sup> En este contexto, debemos recordar que un padre senegalés, enfrentado al dilema de salvar a una de sus hijas siamesas o dejarlas morir a las dos, decidió no sepárlas el año 2017 en el hospital de niños Great Ormond Street de Londres. En este contexto, a modo de ejemplo, la acción del padre está inserta en un modelo moral absolutista, es decir, que en este modelo nunca sería lícito terminar con la vida de un inocente.

<sup>5</sup> Es importante recordar que, según Baldo, la “explicación más extendida acerca del fundamento material del estado de necesidad se basa en el principio de ponderación de intereses (aunque, junto a esta fundamentación, destaque asimismo dos tendencias doctrinales que postulan modelos basados, bien en criterios axiológicos utilitaristas de cuño social, o bien en criterios axiológicos de solidaridad intersubjetiva)”.

<sup>6</sup> En este orden de ideas, se puede reconocer de forma expresa la prohibición absoluta de matar a un inocente en Tomás de Aquino. El aquinato sostenía que “de ningún modo es lícito matar al inocente”. En ese sentido, también la prohibición queda erradicada en caso de ser consecuencia de una condena judicial, pues “cuando la muerte de los malos no entraña un peligro para los buenos, sino más bien seguridad y protección, se puede lícitamente quitar la vida de aquéllos”. Sin embargo, el reconocimiento de tal prohibición (nunca es lícito matar a un ser humano inocente) no implica rechazar en casos de extrema necesidad la posibilidad de justificar la occisión (muerte violenta) de un inocente por efecto colateral.

gro que las amenaza. En ese sentido, no se puede negar la disminución del riesgo que implica que una sobreviva a que ambas perezcan. Sin embargo, esto conlleva pronunciarse sobre la dignidad de la siamesa que morirá por consecuencia de la separación. Si bien es cierto que “varias vidas humanas no valen más que una; y una vida determinada no vale menos que la otra” (Goldschmidt, 1954, p. 78), ello no nos puede llevar a sostener de por sí la indisponibilidad de la vida de una de las siamesas (Wilenmann, 2016, p. 5).<sup>7</sup> Pero sin poner en juicio el valor la vida de un inocente (Pawlik, 2015, pp. 21-22),<sup>8</sup> no se puede negar que en ciertos supuestos es preferible salvar a una persona que aceptar la muerte de todas en nombre de la prohibición del homicidio (Bascuñán, 2004, pp. 67-67, n. 42).<sup>9</sup>

Ahora bien, ¿es lícito aceptar la muerte de un inocente? En general, la única forma de justificar la muerte de un inocente —fuera de un parámetro consecuencialista— sería aceptarla según la tradición del doble efecto (Bagaric, 2001, pp. 311-321).<sup>10</sup> Este principio filosófico moral (de origen tomista) sostiene que es posible justificar acciones lícitas, necesa-

<sup>7</sup> Así las cosas, según Wilenmann, es interesante reconocer que “la reconstrucción de los casos de comunidades de peligro vitales como casos extremos responde a los límites que el propio sistema se forma. En la comprensión normal del Derecho contemporáneo, las reglas que autorizan la realización de acciones lesivas, sean de aplicación exclusiva al Estado o de aplicación también a particulares, no pueden extenderse a la autorización del sacrificio de la vida de un inocente con el objeto de salvar a otros. Esto tiende a ser denominado ‘prohibición de ponderar vidas humanas’. Aquello que constituye en caso extremo al homicidio necesario para salvar a miles a partir de la muerte de uno es precisamente la inclusión de una regla de esta clase en el sistema”. En ese sentido, las vidas humanas parecieran ser ponderables, pues los efectos de una acción cuentan en este tipo de situaciones de peligro. De ahí que sea admisible un consecuencialismo moderado en el plano de la exculpación en situaciones de extrema necesidad.

<sup>8</sup> En ese sentido, la vida humana adquiere gran relevancia porque permite dar lugar al resto de las libertades que contempla el ordenamiento jurídico. Se puede observar un tratamiento dogmático de esta idea en Pawlik M., “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática”. De este modo, el sólo reconocer una situación dilemática (de vida o muerte), no es suficiente para eximir de responsabilidad al necesitado. Así pues, el estado de necesidad exige un pronunciamiento en torno a la dignidad humana del sacrificado.

<sup>9</sup> En ese orden de ideas, respecto del rechazo del reconocimiento de prohibiciones morales absolutas en el contexto del principio del doble efecto y las aportaciones de Aquino. En ese sentido, es importante advertir que el doble efecto no opera en casos de legítima defensa, pues en estos estamos ante un agresor y es admisible su occisión directa. De este modo, el doble efecto es un principio diseñado para operar en casos de extrema necesidad, es decir, casos en los cuales no existe otra alternativa que sacrificar a un inocente para evitar el peligro de muerte.

<sup>10</sup> En ese contexto, podemos observar que una perspectiva consecuencialista y no consecuencialista entran en conflicto en el caso como observamos en la literatura especializada. Así pues, podemos observar que existe un combate moral a la hora de definir la premisa (mayor) que nos permite resolver casos de extrema necesidad. Si bien la literatura jurídico-

rias y proporcionadas (Miranda, 2012, pp. 261-262).<sup>11</sup> Es decir, acciones que pretendan evitar un mal grave, aunque tengan por efecto colateral la muerte de inocentes. De este modo, quien mata directamente a una persona comete un homicidio. Sin embargo, quien lo hace indirectamente no lo comete, si la acción es el único medio para evitar un mal sustancialmente superior en la extrema necesidad.

Si bien no sería admisible terminar directamente con la vida de un inocente, pareciera ser que en situaciones excepcionales esta alternativa sería plausible desde el doble efecto. Aquí la justificación desde el doble efecto supondría confrontar un peligro de muerte, la inexistencia de otro medio menos lesivo y una proporción entre efecto directo y colateral de la acción. Tópico que nos lleva a interesarnos por definir si la muerte de una de las siamesas es admisible según una tradición no consecuencialista, esto es, aquella que rechaza la existencia de absolutos morales. La respuesta no es fácil de encontrar y existen perspectivas que entran en conflicto. De ahí que este artículo sólo se centrará en los argumentos que se expresan en el fallo de la Corte de Apelaciones de Londres (en adelante la Corte) en relación con el doble efecto y algunas secciones que presentan el razonamiento de los jueces Brooke, Ward y Walker en torno a la problemática del estado de necesidad y la legítima defensa.

Por tanto, en la primera sección de este artículo, analizaremos el contenido del estado de necesidad según los aportes de la literatura jurídico-penal. En la segunda sección, expondremos cuáles son los parámetros de esta eximente en casos de inevitabilidad absoluta: *occisión de un inocente como única alternativa para sortear la situación de peligro*. En la tercera sección, describiremos las diferentes soluciones que se han entregado en el caso de las siamesas. Finalmente, estudiaremos la posibilidad de justificar la muerte de Mary través del estado de necesidad según los parámetros del doble efecto.

## II. PRESUPUESTOS SOBRE EL CONTENIDO DE LA NECESIDAD

El estado de necesidad existe como eximente de responsabilidad en diversos sistemas jurídicos y se inserta dentro de un balance de intereses, males, daños, deberes o efectos en situaciones de peligro. Es decir, un su-

penal busca superar el combate moral entre universos éticos, todavía este está presente en una multiplicidad de trabajos sobre el estado de necesidad.

<sup>11</sup> Así pues, a modo de ejemplo, es fundamental en la aplicación de este principio escolástico considerar las exigencias de licitud, necesidad y proporcionalidad en casos de tratamiento paliativo.

puesto ante el cual no existe otra alternativa que infringir ciertos deberes, pues, de lo contrario, un mal de graves consecuencias tendría lugar afectando diferentes intereses. Ahora bien, la fuente del peligro puede originarse en la naturaleza, como en el caso de un desastre natural, terremoto, inundación, incendio, o un mal grave provocado por la acción u omisión del hombre en el plano social (Silva, 1982, p. 8).<sup>12</sup>

El estado de necesidad exige un peligro, ausencia de otro medio menos lesivo o perjudicial para enfrentar ese peligro, y que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se pretende evitar.<sup>13</sup> Además, que la persona necesitada no genere la situación de peligro o tenga el deber de tolerarla. Si bien en modelos comparados es posible observar matices en la regulación de los requisitos del estado de necesidad (Varona, 2010, pp. 59-94)<sup>14</sup>, nos centraremos en sus efectos siguiendo la perspectiva filosófica de la tolerancia de la indiferencia (Gur-Arye, 1992, p. 230; Greenawalt, 1986, p. 107).<sup>15</sup> Así, nos interesa analizar —en términos axiológicos— si la muerte de una de las siamesas es admisible en el estado de necesidad y no centrarnos en la positivización de sus efectos. En ese sentido, ¿es posible ponderar vidas humanas? Y ¿cuáles serían sus parámetros en el estado de necesidad?

<sup>12</sup> Así las cosas, según Silva, un concepto de mal configurado de forma amplia en el estado de necesidad “es muy útil, pues permite apreciar en la comparación de males todos los elementos de la situación conflictiva con relevancia suficiente para ser tomados en consideración por un Derecho penal, atento a la realidad social. Solo de este modo se supera el planteamiento causalnaturalístico, consistente en la comparación estricta de los bienes lesionados, procedimiento de más sencilla factura pero que profundiza mucho menos en la real esencia del problema”. Y, asimismo, nos parece que este exige un criterio axiológico en casos de extrema necesidad. De ahí que sea posible sostener la aplicación del principio del doble efecto en casos trágicos de necesidad. De lo contrario, solo sería admisible un criterio utilitarista o consecuencialista en la ponderación de males.

<sup>13</sup> Ponderación de males que requiere considerar el presupuesto concreto del caso y los criterios axiológicos de los cuales dispone el intérprete. En ese sentido, en el Código Penal chileno reconoce en su artículo 10, núm. 11, circunstancia tercera, que para evitar un mal grave actual o inminente se exige “que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita”. Por eso, es necesario un criterio axiológico para ponderar los males en juego.

<sup>14</sup> En ese sentido, el contenido de la necesidad nos puede ayudar en la búsqueda de patrones comunes de interpretación. Esto más allá de las particularidades positivas que pueden exhibir el modelo español o alemán.

<sup>15</sup> En este contexto, distinguir entre los efectos justificante y exculpantes del estado de necesidad desde un lineamiento positivo imponen un criterio moral unitario, que ha generado controversia en el estado de necesidad y en el campo de la filosofía del derecho, con especial crítica de su reconocimiento en el Código Penal alemán. En este contexto, sería admisible pensar que los efectos en la necesidad (sean justificantes o exculpantes) deben operar con posterioridad a la aplicación de la norma. De ahí que, más allá de los parámetros positivos del estado de necesidad, existiría un espacio de tolerancia de la imprecisión en favor del intérprete para determinar los efectos de esta eximente de responsabilidad.

En este contexto, el estado de necesidad debe ser resultado de una decisión razonable y fundada (Hörnle, 2010, p. 9).<sup>16</sup> De lo contrario, podríamos fomentar comportamientos que pongan en riesgo intereses jurídicos relevantes en búsqueda de erradicar el hambre, la falta de suministro de medicamentos o incluso la estabilidad democrática de un país (D'Ors, 1995, p. 125; Anders, 2008, p. 28).<sup>17</sup> Aceptar el estado de necesidad como regla general fomentaría la autotutela ante un conflicto de deberes. Por ello, los tribunales asumen con dificultad los desafíos dogmáticos que presenta (Chiesa, 2011, p. 104).<sup>18</sup> De este modo, si los indigentes tuvieran siempre la posibilidad por razones de humanidad de violar la morada ajena no existiría la propiedad privada, pues la necesidad se encontraría siempre abierta a cualquier tipo de intervención (STS 2-VII-1979 [A .2981]).<sup>19</sup> La necesidad podría estar cubierta de cierta anarquía y sería ajena a toda consideración axiológica. Así, graves atentados contra la vida podrían ser justificados en nombre de la necesidad, y la conexión entre

<sup>16</sup> Así pues, según Hörnle, resolver los supuestos de estado de necesidad siempre es una materia compleja. De ahí que estos casos se puedan “contemplar desde tres perspectivas distintas: una perspectiva neutral respecto a quien actúa y a la víctima, una perspectiva centrada en quien actúa y una perspectiva centrada en la víctima. Tal como se mostrará, la solución depende de cuál de estos puntos de partida adopte (con frecuencia, sin reflejarlo conscientemente) quien lleva a cabo la valoración”. Estas perspectivas (actor-victima-tercero imparcial) nos permiten tener una visión completa del estado de necesidad desde la perspectiva del juzgador y evitar decisiones apresuradas en la solución del caso.

<sup>17</sup> En este contexto, según D'Ors, en relación con el tiranicidio, como hipótesis de extrema necesidad, se observen dudas en su aplicación en la literatura más contemporánea. Así pues, se ha sostenido que esta materia ha perdido importancia en la literatura más contemporánea, pues “el abuso «tiránico» del poder, es decir, en propia ventaja y no en defensa del bien común, suele ser hoy, no de una persona, sino de un grupo, muchas veces anónimo, que no puede ser eliminado; por lo demás, esta doctrina nunca ha dejado de presentar dificultad de cómo se puede decir que se incurre en tiranía”. Con todo, en la filosofía se observa un reconocimiento la justificación del tiranicidio desde los parámetros escolásticos del estado de necesidad en Anders. Pues bien, si con medios pacíficos “no se pudo combatir a los Hitler del pasado ni se puede combatir a los de hoy... tampoco pueden aceptarse como «métodos de lucha» meras inactividades como, por ejemplo, los ayunos”.

<sup>18</sup> De ahí que la pregunta esté en si estamos dispuestos abrir una puerta que después no podamos cerrar. En ese sentido, según Chiesa, algunos han sostenido que abiertamente la ponderación de vidas podría “abrir una caja de Pandora que es preferible mantener cerrada” en el estado de necesidad.

<sup>19</sup> En ese contexto, en el ordenamiento jurídico penal chileno se establece que el delito la violación de morada “no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún auxilio a la humanidad o a la justicia” según lo dispuesto en el artículo 145 del Código Penal chileno. Así, la violación de morada por necesidad sería una excepción y no una regla general. Asimismo, el Tribunal supremo español ha indicado en la materia que “en tales casos el presupuesto necesario se halle al borde de la extenuación o de perecer por inanición...”.

un derecho penal liberal democrático y una moral intersubjetiva podría verse inmersa en un estado caótico de cosas (Miranda, 2014, p. 313).<sup>20</sup>

Con todo, el estado de necesidad no puede ser tan rígido para no justificar o exculpar comportamientos que afecten intereses o deberes jurídicos. De ahí que conducir a una persona gravemente enferma a un hospital —sin respetar las luces rojas— para salvarla de un desenlace fatal, no pueda ser considerada una acción de buenas a primeras moralmente justificada. Pues bien, existe cierta tensión en la exposición de terceros a un daño y salvar a un enfermo gravemente accidentado, con independencia de que alguien pueda ser premiado de resultar exitosa la acción.

A continuación, nos centraremos en la problemática axiológica que se presenta en el estado de necesidad en situaciones trágicas. Si bien existen diferentes posibilidades de por qué un agente decide un determinado curso de acción en el estado de necesidad, nos interesa centrarnos en sus efectos en el caso de las siamesas.

### III. PROBLEMÁTICA AXIOLÓGICA DE LA EXTREMA NECESIDAD

Uno podría indicar que existe una diferencia en llevar a una persona al hospital que sufre una rotura traumática de la aorta —con infracción de las leyes del tránsito— porque la ambulancia no llegará a tiempo, a realizar esta acción porque un pariente cercano se quebró un brazo. Si bien uno en el primer caso podría sostener que existe un peligro de muerte, ello no implica rechazar de por sí la idea de un estado de necesidad en el segundo. El estado de necesidad no exige en todos los casos un peligro de muerte. Sin embargo, demanda en los casos que se terminará con la vida de un inocente que sea el único medio practicable, con independencia del criterio axiológico que se utilice para definir los parámetros de justificación o exculpación (Guerra, 2018, pp. 67-108).<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, no cabe olvidar el caso de Dudley y Stephens de 1884 donde dos marineros resultaron culpables por matar a un grumete (Parker) para salvar sus vidas. En este caso sostener como justificación moral el deseo de los náufragos en sólo sacar los intestinos de Parker y aceptar como un efecto colateral no deseado la muerte del grumete Parker es problemático. En ese sentido, según Miranda, la acción de Dudley y Stephens “es injustificable incluso como único recurso para salvar sus vidas, ello ha de deberse a que hay un desorden intrínseco en el acto, lo que significa que lo que se intenta es matar a Parker”.

<sup>21</sup> En la literatura es posible observar que la esencia del estado de necesidad está en la inevitabilidad, es decir, en la selección del medio menos lesivo y perjudicial para enfrentar el peligro. De este modo, en situación trágicas de estado de necesidad, la cláusula de subsidiariedad (selección del medio menos lesivo o perjudicial) se transforma en la selección del único medio tratándose del sacrificio de inocentes.

Ahora bien, ¿cómo clasificar aquellas situaciones que permiten terminar con la vida de un inocente? Hasta donde podemos observar, una de las primeras formas de clasificación se observa en la obra de Suarez. Así, los peligros de muerte pueden presentarse en modo extrínseco e intrínseco (Suarez, 1967, p. 329).<sup>22</sup> Las modalidades intrínsecas provienen de la fragilidad humana por sed o hambre. Sin embargo, las extrínsecas proceden de causas externas como la guerra o la tempestad. En estas habitualmente la ley positiva no obliga al agente en situación de peligro. Si bien en las formas extrínsecas el temor “normalmente no excusa de la ley...” (Suarez, 1967, p. 329), uno puede sostener que “no existe regla tan general y segura que no puede fallar una vez, por tanto, para formar el juicio definitivo, siempre hay que atender a las circunstancias particulares de cada caso” (Suarez, 1967, p. 329).

Es precisamente el reconocimiento de peligros extrínsecos en la tradición moral clásica lo que permite relacionar la muerte de inocentes con la extrema *necessitas*. Si bien podríamos colocar el caso de la tabla de salvación en este grupo, también podríamos pensar, por ejemplo, en situaciones de peligro de muerte durante el embarazo. En estos casos el médico puede inducir el parto si tiene por propósito salvar la vida de la mujer según el doble efecto. Si bien en casos de embarazo ectópico, cervical, preclampsia, entre otros, se admite la posibilidad de terminar con la vida del que está por nacer, se busca evitar un peligro para la mujer. Posibilidad que es rechazada en caso de existir otro medio menos lesivo para salvarla (RGSt 63, 211; García, 2011, pp. 129-144).<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Así, uno puede observar en Suarez que, si bien el agente tiene control, volición y conocimiento de la comisión de un hecho antijurídico, no es posible (sea por factores endógenos o exógenos) en un peligro de muerte atribuirle responsabilidad.

<sup>23</sup> De esta forma, a modo de ejemplo, es importante considerar el caso del llamado aborto terapéutico, respecto de una mujer que presentaba una depresión reactiva, lo que dio lugar a un estado de necesidad supralegal para justificar un aborto en la sentencia del Reichsgericht de 11 de marzo de 1927. La mujer tuvo relaciones sexuales con un turista mientras se encontraba sometida a un tratamiento neurológico por trastornos nerviosos. Al mencionarle la probabilidad de que estuviera embarazada, corroborada por los resultados del examen ginecológico, se descontroló emocionalmente manifestando tendencias suicidas. El neurólogo determinó que existía en esta mujer un peligro real de suicidio como resultado de una depresión reactiva generada por el embarazo. Por ello, dicho profesional convenció al médico ginecólogo que le practicó el examen que provocara un aborto para terminar con el peligro de suicidio de la paciente. Descansado el ginecólogo en el diagnóstico del neurólogo, no especialista en psiquiatría, practicó el aborto. Sin embargo, en este caso resulta posible asumir el peligro de suicidio de la paciente, sometiéndola a un tratamiento psiquiátrico o a un control clínico permanente. La muerte del no nacido no parece ser la respuesta para evitar la realización del peligro. La dignidad humana conoce como límite que no permite matar a un ser humano inocente. El homicidio cometido en estado de necesidad no transforma en lícito lo ilícito. De lo contrario, según García, daríamos una extensión excesiva

Esta cuestión conceptual sobre el peligro de muerte también nos lleva a preguntarnos cuál es el criterio axiológico que define la justificación en estos casos. En otras palabras, qué permite calificar que la inducción al parto es meritoria según el doble efecto. Hemos de señalar que para el doble efecto la muerte de un inocente es únicamente conciliable con que a pesar y no por su muerte es posible evitar el peligro. Así, dinamitar a un inocente o cortarlo en pedazos con un hacha para sortear una situación de peligro está estrictamente prohibido, pues por la muerte de un inocente y no a pesar de esta se estaría superando el peligro. Sin embargo, no podemos negar que existen cuestionamientos sobre sólo justificar *occisiones indirectas* en el estado de necesidad. En ese sentido, pareciera ser dominante en la literatura jurídico-penal una perspectiva consecuencialista, pues una tradición moral clásica supondría el reconocimiento de prohibiciones morales que no serían virtualmente absolutas dependiendo de sus consecuencias. Esta última concepción restringiría en exceso la aplicación del estado de necesidad (Guerra y Madrid, 2020, pp. 247-283).<sup>24</sup>

Esta negación de las prohibiciones morales absolutas surge en la filosofía moderna gracias al consecuencialismo (Anscombe, 2005, pp. 95-122; Massini-Correas, 2014, p. 36).<sup>25</sup> De este modo, la aceptación del doble efecto resulta inadmisible para la doctrina dominante (Coninx, 2012, p. 219; Silva, 2017, pp. 1-19).<sup>26</sup> Pues bien, el doble efecto es un principio que reconoce la existencia de absolutos morales y acepta la muerte

a situaciones de necesidad para la admisión de abortos que serían punibles y que atentaría contra la dignidad humana, porque la fuente de peligro sería la enfermedad mental de la mujer y no la existencia del feto.

<sup>24</sup> En este contexto, Guerra y Madrid critican la visión psicológica del doble efecto que presentan autores como Miranda y otros en la literatura. Así, en oposición a la tesis de Miranda, Guerra y Madrid sostienen que el doble efecto es una metarregla que opera en casos de estado de necesidad y legítima defensa (en los que se termine por efecto colateral con la vida de un inocente) desde una psicología común o exotérica.

<sup>25</sup> En este contexto, son claros los aportes de Anscombe en la materia. Pues bien, esta autora sentencia que existen absolutos morales que son centrales en el desarrollo de la ética, es decir, prohibiciones de ciertas acciones que son inaceptables con independencia de sus consecuencias, como el homicidio de un inocente. Sin embargo, también deberán ponderarse las circunstancias en las que se encuentra el agente para definir el acto como injusto o propio de un asesinato en situaciones límites.

<sup>26</sup> Sin embargo, las críticas que sostiene el derecho penal son válidas en lo que concierne a las problemáticas que suscita en materia de dolo eventual en el sistema jurídico. Así pues, respecto a la problemática de compatibilizar el doble efecto con el dolo directo de primer y segundo grado en materia penal. También es importante destacar, según Silva, que “la doctrina del Derecho penal humanitario en materia de daños colaterales se ha construido sobre la base de la teoría escolástica del doble efecto y, con ello, excluyendo el dolo directo de segundo grado (llamado dolo indirecto) con respecto al efecto no pretendido”.

de inocentes sólo por efecto colateral. En ese sentido, si bien se puede justificar la occisión de un inocente, esta sólo sería admisible desde los parámetros de una muerte indirecta no-constitutiva de homicidio. De ahí la importancia del doble efecto en rechazo de una perspectiva meramente consecucionalista.

Todo lo cual nos lleva a pensar que es obvio que si un peligro amenaza a un sector de la sociedad esta puede seleccionar mecanismos de defensa según diferentes parámetros (Merkel, 2000; Pawlik, 2002, pp. 67-69; Coninx, 2012, pp. 148-165).<sup>27</sup> Sin embargo, ¿cuáles serían los límites de esta selección? Por ejemplo, podríamos esterilizar a enfermos mentales que podrían tener relaciones sexuales en un hospital psiquiátrico, si tienen la capacidad mental de niños de 5 años y el embarazo provocaría en ellos una tendencia suicida y el embarazo provocaría en ellos una tendencia suicida o si los anticonceptivos fueran imposibles de ser suministrados a estos pacientes o no tengan la posibilidad de consentir sobre su propia esterilización (Loveless J., Allen M. y Derry C., 2018).<sup>28</sup> Ciertamente, llegamos, pues, a la conclusión de que la decisión de enfrentar una situación de peligro a través de una intervención no resulta fácil de justificar y no está exenta de consideraciones axiológicas.

En principio una dogmática moderna no tendría problemas en el caso de pacientes críticos que no puedan consentir —en una intervención médica de alto riesgo— en dejar la decisión en sus familiares o subsidiariamente en un cuerpo calificado de doctores. Sin embargo, esta alternativa no deja de ser compleja porque está abierta a las consideraciones de aquellos que tomen la decisión. También podría suceder que la situación de peligro no sea una amenaza para estos pacientes y ejecutar algún medio de salvación constituiría un atentado a su autonomía. Por ejemplo, se podría presentar en el caso de que una mujer embarazada inconsciente que en la etapa final de su embarazo requiera de una cesárea. Ahora bien, supongamos que sus creencias religiosas definen la cesárea como un acto contrario a la doctrina que profesa y sus fami-

<sup>27</sup> En este contexto, es importante que la axiología de las ponderaciones de intereses, males o deberes en el estado de necesidad considera en su literatura el principio de solidaridad. De ahí que la problemática filosófica de los criterios de justicia que podemos observar en la solidaridad puedan estar dotadas de diferentes de modelos de justicia. Así pues, es legítimo preguntarse por el baremo de la ponderación desde un modelo liberal o incluso neokantiano.

<sup>28</sup> Se observa casos similares de necesidad en la doctrina comparada sobre consecuencias psiquiátricas desastrosas. En ese sentido, en diversos supuestos la extrema necesidad conlleva la ponderación o compensación de principios como la dignidad humana, pues tomar la decisión de esterilizar a un paciente no deja de ser una decisión compleja en casos de extrema necesidad.

liares decidan que muera junto a su hijo en el hospital. En ese contexto, ¿sería posible practicar la cesárea en el mejor interés de la mujer y la vida del que está por nacer?

No cabe duda alguna que una simple alusión a la autonomía de la mujer en el caso enunciado sería una respuesta fácil para aceptar el resultado fatal (Nozick, 1973, pp. 32-35).<sup>29</sup> Si el mal grave sólo recae sobre su cuerpo, no existirían vacilaciones para justificar desde parámetros consecuencialistas la disponibilidad de su propia vida (Cornacchia, 2004, pp. 107 y ss).<sup>30</sup> En efecto, la vida de la mujer se sacrificaría dentro de los parámetros de su autonomía y sus familiares ponderarían las consecuencias. Sin embargo, la situación cambia considerándose el interés de la vida del que esta por nacer. ¿Podría negarse que tales actos afectan a un inocente? ¿Hasta dónde estaríamos dispuestos a llegar en favor de la autonomía?

Ante este escenario hemos de concluir que el consecuencialismo —o una simple adhesión al principio de autonomía— no aporta razones convincentes para rechazar la tesis del doble efecto: cada inocente tiene una dignidad que le es inherente a su propia existencia. Así, el consecuencialismo presenta una arbitrariedad en el rechazo de absolutos morales en casos de estado de necesidad.

Finalmente, después de haber examinado los elementos diferenciadores de la extrema necesidad, nos toca centrarnos en cómo inciden en la filosofía del derecho a partir del caso de las siamesas. Aunque tenemos presente que la separación de estas podría ser criticada desde un inicio por no considerar la decisión de los padres (Rodgers, 2001, pp. 515-526),<sup>31</sup> en adelante estudiaremos los presupuestos del caso y las formas de solución que ha entregado la literatura.

<sup>29</sup> En este sentido, incluso ante una amenaza inocente, es decir, en una situación en la que nos es posible atribuir a una persona el peligro que genera para terceros, se ha sostenido la necesidad de encontrar un criterio normativo, contra lo dispuesto en el segundo imperativo categórica kantiano, que resuelva todos estos casos y no algunos de forma aislada. De ahí que el aludir sólo al menoscabo de la autonomía no sea suficiente.

<sup>30</sup> El principio del daño en materia penal sostiene que cada persona tiene derecho a realizar conductas según su propia conciencia. Sin embargo, estas no pueden afectar a terceros. Así pues, este principio se utiliza en el campo de la dogmática penal en algunos casos para justificar la eutanasia.

<sup>31</sup> Uno podría cuestionar desde una moral perfeccionista que Mary deba morir, pues sería mejor dos muertes a cometer un homicidio. Así, una posición moral absolutista (recalcitrante) nos podría llevar siempre a la conclusión de evitar todo tipo de acción o sacrificio de inocentes en la extrema necesidad.

#### IV. PRESUPUESTOS FÁCTICOS DEL CASO

Se comienza a trabajar en este artículo en atención a la decisión de apelar a la decisión de separar a las siamesas por parte de sus padres. Estas se encontraban unidas por el abdomen bajo y Mary sólo podía vivir por una arteria en común con su hermana. En ese contexto, los pulmones y el corazón de Mary eran muy deficientes para suministrar sangre a su cuerpo y la evidencia médica indicó que ambas morirían, salvo que la separación tuviera lugar antes de los seis meses de vida.

Los padres de las siamesas eran católicos y no podían consentir en matar a una de sus hijas, aunque esta acción permitiera salvar a una de ellas. La Corte en el caso en cuestión permitió que interviniieran varias partes interesadas, incluso la Iglesia católica, para tener diferentes perspectivas sobre la cuestión. Así, el caso conlleva la siguiente pregunta: ¿los doctores cometerían un homicidio en el caso en cuestión? Y de ser así, ¿existe alguna eximente de responsabilidad penal que pueda ser aplicada al caso? En ese contexto, incluso algunas voces sostuvieron que sería admisible la operación en el mejor interés de Jodie. Sin embargo, es claro que no es en el mejor interés de alguien ser sacrificado.

La Corte debió enfrentar uno de los dilemas más complejos de la medicina donde diferentes tradiciones morales son irreconciliables. Si bien algunos sostienen que la problemática del caso está en una mera justificación del homicidio, esta es más compleja y extensa. Pues bien, la omisión de separación conllevaría irremediablemente la muerte de ambas, y no sería posible de dejar tematizar el derecho de los padres a oponerse a la operación. Con todo, la Corte sostiene que el estado de necesidad puede justificar una intervención médica en el caso de las siamesas, pues el derecho de los padres a rehusar un tratamiento médico es subsidiario a los mejores intereses de un menor. Pero entiéndase bien: la problemática de este artículo está sólo centrada en si la separación de las siamesas puede ser justificada según la tradición del doble efecto. Pues bien, si la separación es en el mejor interés de Jodie, es ineludible que la vida de Mary tiene un valor indiscutible, aunque estuviese deteriorada y fuera del alcance de toda ayuda médica.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Aquí debemos advertir que disentimos del razonamiento del juez Ward parcialmente. Pues bien, este sostuvo en el caso de las siamesas que era en el mejor interés de Mary morir. Nos parece que los fundamentos no están en el mejor interés de Mary, sino más bien en la regla de oro, esto es, en una regla de empatía para con otro en casos de peligro de muerte en los que estamos condenados de forma inminente a morir y en los cuales prolongar nuestra vida sólo conllevaría que el resto de los involucrados fallezcan. Ello, en conocimiento que nuestra muerte por efecto colateral sería la única alternativa para que el resto de los afectados pueda salvarse de un peligro de muerte.

## V. POSICIONES EN FAVOR DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Los argumentos en favor de la legítima defensa están fundados en que Mary físicamente mata a Jodie. Según las pruebas periciales, Mary utiliza el corazón y los pulmones de Jodie para recibir sangre oxigenada. Esta situación tendrá por consecuencia que el corazón de Jodie falle y muera al modo que le sea suministrado un veneno progresivamente en su cuerpo. De esta forma, el juez Ward se preguntó cómo era justo que Jodie tuviera que tolerar esta situación. Si bien no era necesario etiquetar a Mary como una agresora injusta (*an unjust aggressor*) en la triste situación en la que se encontraba, no tenía dudas en la posibilidad de calificar el acto ajustado a los parámetros de la legítima defensa.<sup>33</sup>

Ahora bien, este razonamiento es difícilmente compatible con la legítima defensa en sentido estricto. Mary no controla la situación, no realiza una valoración negativa del ordenamiento jurídico y no cumple con las exigencias mínimas de *volición* que se requieren para estar en presencia de un hecho imputable a su persona. En ese sentido, el juez Brooke se muestra moderado en relación con esta posición en torno a una legítima defensa. Si bien consideró que Mary está matando a Jodie, porque utiliza los pulmones y el corazón de ésta para oxigenar la sangre de su cuerpo, optó por no derivar de ello una agresión injusta. En concreto, Brooke señaló:

There are also sound reasons for holding that the *threat which constitutes the harm to be avoided does not have to be equated with 'unjust aggression'*, as Professor Glanville Williams has made clear in Section 26.3 of the 1983 edition of his book. None of the formulations of the *doctrine of necessity* which I have noted in this judgment make any such requirement: in this respect it is different from the doctrine of private defence. (énfasis añadido)

Es decir, que la defensa en este caso persigue un fin: evitar la amenaza de un daño que no es equiparable a una agresión injusta y que es propia de la doctrina de la necesidad.

<sup>33</sup> Al respecto, el juez Ward sostuvo: "The reality here —harsh as it is to state it, and unnatural as it is that it should be happening—is that Mary is killing Jodie. That is the effect of the incontrovertible medical evidence and it is common ground in the case. Mary uses Jodie's heart and lungs to receive and use Jodie's oxygenated blood. This will cause Jodie's heart to fail and cause Jodie's death as surely as a slow drip of poison. How can it be just that Jodie should be required to tolerate that state of affairs? One does not need to label Mary with the American terminology which would paint her to be «*an unjust aggressor*», which I feel is wholly inappropriate language for the sad and helpless position in which Mary finds herself. I have no difficulty in agreeing that this unique happening cannot be said to be unlawful. But it does not have to be unlawful".

A primera vista, omitir separar a Mary de Jodie traerá por consecuencia la muerte de esta. ¿Pero se puede afirmar que Mary es una agresora injusta? En este orden de ideas, Walker plantea la analogía de un menor de seis años que ingresa al patio de juego de un colegio y dispara de forma indiscriminada. Walker indicó que, si bien no es posible atribuir este comportamiento ilegal al menor de seis años, sería posible matarlo en legítima defensa de terceros.<sup>34</sup> Ciertamente, el acto del menor cumple con los requisitos de una imputación fáctica, porque existe un mínimo de libertad (volición) en el proceso de disparar el arma. El hecho que acomete el menor de 6 años podría ser subsumido en la regla prohibitiva del homicidio en la fase de valoración del hecho conforme a la norma. Sin embargo, en una imputación de segundo nivel (jurídica) no sería admisible sostener que el menor a sabiendas infringe el ordenamiento jurídico. Pues bien, en esta imputación jurídica falta de la capacidad psicobiológica para atribuir la acción por ausencia de discernimiento (Guerra, 2020, pp. 327-328, 335-336).<sup>35</sup>

En este orden de ideas, ante la imposibilidad de clasificar el acto de separación dentro de los parámetros de alguna defensa, Walker se preguntó: “¿Es este menor de seis años inocente en los términos de significación moral?”. En esa línea, Walker se manifestó incapaz de responder esta pregunta. Sin embargo, nos da a entender que en caso de adivinar se aventuraría a señalar que Mary no es moralmente inocente, al igual que el niño que ingresa a un colegio y dispara indiscriminadamente. Walker se declaró competente para indicar que matar a un niño de seis años en la defensa de otros estaría plenamente justificado, de la misma forma que remover a Jodie de la amenaza fatal del daño que constituye Mary. El juez Ward no ve ninguna diferencia esencial entre el recurso a la legítima defensa y el hecho de que los médicos acudieran en defensa de Jodie para eliminar la amenaza de daño mortal que suponía para ella el hecho de que Mary le drenara su sangre.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Así las cosas, Ward indicó: “The six-year-old boy indiscriminately shooting all and sundry in the school playground is not acting unlawfully for he is too young for his acts to be so classified. But is he ‘innocent’ within the moral meaning of that word [...]? I am not qualified to answer that moral question [...]. If I had to hazard a guess, I would venture the tentative view that the child is not morally innocent. What I am, however, competent to say is that in law killing that six-year-old boy in self-defence of others would be fully justified and the killing would not be unlawful”.

<sup>35</sup> Por ello, la imputación jurídica exige en el agente la capacidad de comprender la infracción del ordenamiento. De lo contrario, podríamos estar en un supuesto de imputabilidad por falta de discernimiento o trastorno del juicio de la realidad.

<sup>36</sup> De modo el juez Ward indicó lo siguiente: “I can see no difference in essence between that resort to legitimate self-defence and the doctors coming to Jodie’s defence and removing the threat of fatal harm to her presented by Mary’s draining her life-blood. The availability

## VI. PERSPECTIVAS EN TORNO A LA FIGURA DEL ESTADO DE NECESIDAD

Todas las situaciones de peligro contienen una multiplicidad de factores que son importantes de considerar en el estado de necesidad. Las diferentes posibilidades de interpretación nos sumergen en la incertidumbre. De ahí que algo tan sencillo como el hurto famélico no sea en absoluto simple, excepto en la medida que ciertos presupuestos dogmático nos hagan creer que lo sea. Además, el hecho que la necesidad pueda ser codificada en diferentes formas, que van desde algunas que sólo ponen énfasis en el peligro o la cláusula de subsidiariedad, hasta la más avanzada pureza en términos semánticos, hace que la compresión del estado de necesidad y su interrelación con otras disposiciones jurídicas resulte especialmente compleja.

Esta dificultad que presenta el estado de necesidad se incrementa por el hecho de que su regulación positiva tiene diferentes alcances espaciotemporales, pues puede estar dominada, a modo de ejemplo, por problemas particulares en torno a las situaciones de violencia que se genera en el ámbito de la familia, o consideraciones dogmáticas de amplio alcance en la sociedad (*Constitutio Criminalis Theresiana*, 1769, p. 22).<sup>37</sup> De ahí que el conocido caso de la tabla de salvación, el derribo de aeronaves agresoras que son conducidas por terroristas con pasajeros inocentes, o actos de tortura a terroristas que oculten armas de destrucción masiva, tengan un espacio común en el lenguaje de la dogmática penal.

De este modo, el estado de necesidad ¿es una eximente que permite el sacrificio de cualquier bien jurídico? ¿Es una eximente que solo opera respecto de bienes patrimoniales? ¿Es un instrumento para terminar con la vida de inocentes en situaciones de peligro de muerte? En las dos primeras preguntas, la necesidad adquiere una jerarquía de valores en las cuales es suficiente una razón proporcionada. En cambio, en la última existe una carga axiológica insoslayable en la ponderación de sus consecuencias. Así pues, ¿cómo se reduce la complejidad de la necesidad hasta convertirse en un tópico manejable considerando la multiplicidad de sus fuentes primarias? Si bien no se puede desconocer sus particularidades

ty of such a plea of quasi self-defence, modified to meet the quite exceptional circumstances nature has inflicted on the twins, makes intervention by the doctors lawful".

<sup>37</sup> Entender el estado de necesidad como una forma de miedo de muerte se puede observar en las Partidas. En estas se establece (L. 7, tit. 33, p. VII) que el concepto *metus* alude a un miedo a la muerte, a sufrir un tormento en el cuerpo o incluso ser privado de la libertad, entre otras hipótesis, véase Pacheco (1888, pp. 161 y 170). También esta expresión se puede observar en la *Constitutio Criminalis Theresiana* o primer Código Penal de Austria en su artículo 11, § 8. En este párrafo también se aludía a la necesidad y al miedo en relación con a la categoría de *vis metus* (art. 11, § 8).

en modelos comparados, es posible que, en alguna oportunidad, tengamos que llegar a un punto de encuentro.

Consideremos algunos de los ejemplos que en la literatura se proponen en extrema necesidad. En un naufragio a millas de tierra firma, podemos devorar a uno de los tripulantes para sobrevivir a un estado de inanición. En semejantes casos existe un reconocimiento del estado de necesidad (Goldschmidt, 1954, p. 81).<sup>38</sup> Si bien los hechos distan de ser parecidos a los que observamos en el caso de las siamesas, el suicidio voluntario de unos de los naufragos podría justificarse según una tradición moral clásica. De ahí que en casos de antropofagia exista la posibilidad de ponderar las consecuencias en términos no utilitaristas. Es decir, un sacrificio altruista que es resultado de una selección aleatoria que no tiene por fin el suicidio (efecto colateral) sino salvar un mayor número de vidas (efecto directo). En ese sentido, la muerte sería un resultado *per accidens* del efecto buscado: salvar a un mayor número de personas.

El rechazo a identificar la necesidad con casos de homicidio, nos parece que es resultado de una doctrina no-utilitarista. Así, la muerte de un inocente es sólo admisible en casos de extrema necesidad por efecto colateral. Esta aceptación del doble efecto también viene reforzada por otros supuestos. De esta forma, se nos plantea en el caso de aquel alpinista que, colgando en un precipicio junto a su compañero, se ve en la obligación de cortar la cuerda para sobrevivir y no caer al precipicio. Si bien no sería un acto heroico cortar la cuerda, ¿podría calificarse como antijurídico? No sería deseable salvar una vida que perder dos en esta situación. Asimismo, qué sucedería si nos encontramos en un avión y el motor estrepitosamente falla, no sería mejor aterrizar en una calle donde hay un menor número de personas que en un estadio donde se celebra un concierto masivo.

En concreto, parece razonable exponer en estos casos ciertas precisiones que favorecen la aplicación del doble efecto. Así, en el caso de los alpinistas la muerte se provoca de forma colateral y busca liberarse de la otra persona que lo arrastra a una muerte segura. Por tanto, es a pesar de la muerte de un inocente que el otro alpinista se salva. En efecto, uno podría preguntarse si cortaría la cuerda en el caso que no estuviera otro alpinista en el otro extremo y en su lugar estuviera una mochila llena

<sup>38</sup> Observamos un reconocimiento del estado de necesidad en el caso de 1640 de la isla Saint Christophe. En este caso siete marineros ingleses son afectados por una tempestad. Los marineros quedaron a la deriva por diecisiete días en el Océano Índico. Uno de estos propuso sortear quien debía ser sacrificado y perdió. El resto de los tripulantes de la embarcación lo estrangularon y se alimentaron de su carne. En este caso fueron absueltos por necesidad.

de instrumentos de alpinismo. Si la respuesta es afirmativa, podríamos indicar que no es el simple hecho de matar a un inocente lo que nos salva, más bien el hecho de cortar la cuerda.

En el caso del avión que sufre un desperfecto se busca minimizar el desenlace fatal que presentará el aterrizaje. Para que pueda operar el doble efecto se requiere que a pesar de la muerte de los inocentes logremos salvarnos y no por su muerte. Por ello, en este escenario deberíamos ponderar el efecto directo de salvación versus el efecto colateral de matar un mayor o menor número de inocentes. Por su parte, en el caso de las siamesas la pregunta es si podemos deliberadamente matar a una persona ponderando los efectos la acción. El efecto buscado sería salvar a una de las siamesas y el colateral la muerte de una de estas. No es el hecho de la separación lo que mata a Mary, sino la imposibilidad de poder subsistir unida a su hermana.

Ahora bien, según el juez Brooke, existen dos objeciones insuperables para que la necesidad pueda operar en favor de los acusados en casos de antropofagia como el de Dudley y Stephens.<sup>39</sup> La primera objeción se centraría en determinar ¿quién sería el juez de este tipo de necesidad? Además, ello nos conduciría a identificar ¿cuál es la medida que deberíamos aplicar para ponderar las vidas en juego? La segunda objeción es que aceptar una línea de defensa desde la necesidad en estos casos nos llevaría a un divorcio entre ley y moral. Sin embargo, nada de lo expuesto es aplicable en el caso de las siamesas. Mary está condenada a una muerte temprana, ninguna persona o medio tecnológico puede extender su vida porque su corazón, pulmones y cerebro son inútiles. Mary vive gracias a la extracción de sangre del sistema circulatorio de su hermana.<sup>40</sup> Aun así, vale la pena señalar que en el caso de Dudley y Stephens el náu-

<sup>39</sup> Tres supervivientes del yate Mignonette fueron desembarcados de una barcaza de vela alemana en Falmouth en septiembre de 1884. El día que desembarcaron, los tres describieron las circunstancias en las que el cuarto miembro de la tripulación, el grumete Parker, había sido asesinado por Dudley y Stephens y devorado en su vigésimo día de supervivencia por ellos y Brooks en alta mar debido a la falta de agua y comida.

<sup>40</sup> Sobre este punto, Brooke sostuvo: "I have considered very carefully the policy reasons for the decision in *R v Dudley and Stephens*, supported as it was by the House of Lords in *R v Howe*. These are, in short, that there were two insuperable objections to the proposition that necessity might be available as a defence for the Mignonette sailors. The first objection was evident in the court's questions: Who is to be the judge of this sort of necessity? By what measure is the comparative value of lives to be measured? The second objection was that to permit such a defence would mark an absolute divorce of law from morality. *In my judgment, neither of these objections are dispositive of the present case. Mary is, sadly, self-designated for a very early death.* Nobody can extend her life beyond a very short span. Because her heart, brain and lungs are for all practical purposes useless, nobody would have even tried to extend her life artificially if she had not, fortuitously, been deriving oxygenated blood from her sister's bloodstream" (énfasis añadido).

frago sacrificado (el grumete Parker) se resistió a ser devorado como alternativa (Goldschmidt, 1954, p. 84).<sup>41</sup> También no está claro si la *ley del mar* puede justificar la necesidad<sup>42</sup>, como tampoco los límites del doble efecto en estos casos.

Por otra parte, no podemos desconocer que algunos sostuvieron que sería inmoral e inadmisible salvar a Jodie, si salvándola se debía terminar con la vida de Mary de forma anticipada. Esto, aunque la vida de Mary sea muy breve y estuviese condenada a morir. Si bien pareciera ser que ninguna Corte estaría capacitada para diferenciar las filosofías que entran en conflicto.<sup>43</sup> Una Corte sólo podría sostener con alguna certeza en este caso que la respuesta no es obvia y sería difícil sostener un divorcio tajante entre derecho y moral. Finalmente, la Corte enfatizó en el caso de las siamesas que era un caso único y no podía ser considerado un precedente. Pues bien, podríamos pensar que esta decisión podría ser aplicada para justificar en el caso que un paciente no puede sobrevivir la posibilidad de matarlo. Por ello, es importante considerar las circunstancias únicas del caso de las siamesas.

Al analizar los presupuestos conceptuales de la extrema necesidad realizamos una exposición de sus aspectos fundamentales. Ahora podemos centrarnos en un análisis crítico de estos, para definir si esta eximente puede ser aplicada en el caso de las siamesas desde el plano de la inexigibilidad. Antes de iniciar esta sección del artículo debemos indicar que el

<sup>41</sup> En este contexto, según Goldschmidt, es razonable pensar que “de ninguna manera se excusa la omisión de no haber echado la cuestión [de ser sacrificado a la] suerte de modo que cada uno de ellos, aunque no se contaba con el consentimiento del grumete, [tuviere] la misma posibilidad de ser sacrificado o de lograr el alejamiento del peligro”.

<sup>42</sup> Con el término “ley del mar” hacemos alusión a la costumbre de practicar el *canibalismo* con la finalidad de supervivir a un naufragio. Costumbre en la que los participantes deciden quién debe ser sacrificado a través de un sorteo. Como parte de los antecedentes históricos en la obra “Las costumbres del mar” de Samuel Plimsoll se observa un gran número de casos similares en el siglo XIX de naufragios que practicaron el canibalismo en condiciones extremas.

<sup>43</sup> Así las cosas, es interesante destacar que el juez Brooke sostiene lo siguiente en el fallo: “It is true that there are those who believe most sincerely—and the Archbishop of Westminster is among them—that it would be an immoral act to save Jodie, if by saving Jodie one must end Mary's life before its brief allotted span is complete. For those who share this philosophy, the law, recently approved by Parliament, which permits abortion at any time up to the time of birth if the conditions set out in Section 1(1)(d) of the Abortion Act 1967 (as substituted) are satisfied, is equally repugnant. But there are also those who believe with equal sincerity that it would be immoral not to assist Jodie if there is a good prospect that she might live a happy and fulfilled life if this operation is performed. The court is not equipped to choose between these competing philosophies. All that a court can say is that it is not at all obvious that this is the sort of clear-cut case, marking an absolute divorce from law and morality, which was of such concern to Lord Coleridge and his fellow judges” (énfasis añadido).

caso de las siamesas generó una serie de argumentos en contraposición. De ahí que, incluso en los campos de la Medicina, Derecho y Teología, no sea pacífica la forma de resolver la materia. Así, algunos en la dogmática penal continental resuelven el caso desde el estado de necesidad exculpante, el estado de necesidad defensivo y en la doctrina comparada a través de las defensas de duress (Chiesa, 2011, p. 107; Fleming, 1998, p. 107; García-Ripoll, 2006, p. 194)<sup>44</sup> o *necessity* (Varona, 2010, p. 62).<sup>45</sup>

Ahora bien, las referencias a la figura del estado de necesidad exculpante reflejan la problemática de eximir de responsabilidad frente a un acto demeritorio. Así, esta tesis queda más clara cuando se observa el tratamiento que Silva Sánchez hace del caso de las siamesas y en consideración de la indisponibilidad de la vida humana. Por ello, el análisis de este autor nos permite caracterizar la problemática y realizar un análisis detallado de la comprensión dogmática de esta eximente. Silva Sánchez (2009) afirma que el criterio para sostener la presencia de un estado de necesidad exculpante se observa en la filosofía kantiana. Este indica que

Kant entendía que, en casos como el de la tabla de Carnéades, la sostenida ilicitud del hecho no debía, sin embargo, conducir a sancionar penalmente a quien, por instinto de autoconservación, realiza tal conducta antijurídica; concretamente, hablaba de que el hecho, siendo injusto, debía reputarse *imponible*. Ésa es la solución que, en general, se acepta hoy en día para estos casos. Se habla de un estado de necesidad que, aunque en absoluto justifica la conducta del sujeto, permite disculpar lo que ha hecho, atendiendo a la situación crítica en que él obra. (Silva, 2009, p. 116)

Esta síntesis de la argumentación kantiana resulta atractiva, pues explica cómo excusar una conducta homicida y por qué puede la separación de las siamesas no ser sancionable dentro de los parámetros de la inexigibilidad. Sin embargo, dos puntos de contraste se pueden formular contra la idea de un estado de necesidad exculpante en el caso de las siamesas

<sup>44</sup> En este contexto, se observa una vinculación entre el concepto de estado de necesidad exculpante y *duress* en la doctrina comparada.

<sup>45</sup> En este orden de ideas, según Varona, “dependiendo del ordenamiento penal las eximentes de este tipo reciben denominaciones diferentes, aunque las figuras básicas son las de estado de necesidad y miedo insuperable (*coacción*, *Duress*). Lo fundamental, insistió, es que, sea cual sea su denominación exacta, estamos ante facultades de auto-protección que conllevan la lesión de bienes jurídicos protegidos por el Derecho en un caso en el que las personas implicadas son merecedoras de idéntica protección por parte del derecho, ya que ninguna de ellas (como en el típico ejemplo de los dos náufragos que nadan en pos de la tabla salvadora) tiene responsabilidad alguna en la creación del peligro, y por ello no han de tolerar la pérdida de sus bienes jurídicos”.

(Goldschmidt, 1954, pp. 79, 80, n. 26).<sup>46</sup> El primer punto radica en que la separación de las siamesas contempla dos procesos causales que son dependientes uno del otro: la separación de las siamesas mediante la cirugía y la muerte de una de estas. La separación tiene como resultado y consecuencia segura la muerte de la otra siamesa. La salvación de una es consecuencia cierta de la acción de separación. El segundo punto de contraste proviene del doble efecto, y consiste en que el efecto no deseado sea colateral, esto es, que no sea un medio para alcanzar el efecto ulterior. El efecto colateral de la separación es la muerte de una de las siamesas y no es un medio para conseguir el efecto inmediato. De esta forma, no es por (*per se*) la muerte de Mary que Jodie se salva, sino es a pesar (*per accidens*) de la muerte de la segunda que la primera se salva.

Es posible que los dos puntos presentados no sean admisibles en el razonamiento del derecho penal contemporáneo, ya que la comprensión de las causales de justificación y excusión proviene de una tradición kantiana que reconoce la imponerabilidad de la vida en los parámetros de justificación. En cualquier caso, la axiología de la imponerabilidad permite observar el problema que existe en el caso de las siamesas: el hecho de justificar la muerte de un inocente en el estado de necesidad.

Para que lo dicho sea una alternativa, la dogmática requiere indagar en la búsqueda de criterios axiológicos que permitan identificar cuáles serían los parámetros normativos de tales conclusiones. De esta forma, nos parece que una comprensión en términos meramente consecucionalista no sería el camino adecuado para llegar a estas. Es más, sería importante determinar cuáles son las premisas axiológicas que guían el razonamiento jurídico en estas operaciones y no sencillamente invocar la imponerabilidad de la vida humana como suerte de baremo en el campo de la excusión. Nos parece que esta respuesta es insatisfactoria como fundamento de la inexigibilidad.

## VII. ARGUMENTOS EN FAVOR DEL ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO

Otra respuesta que la doctrina penal ha explorado en el caso de las siamesas es el estado de necesidad defensivo. Este criterio, que tiene recepción

<sup>46</sup> Si bien parece ser de toda lógica, según Goldschmidt, que “los jueces no pueden autorizar la realización de conductas ilícitas, aunque éstas, vistas *a posteriori* en su contexto concreto, resulten disculpables... al autorizar la realización de un hecho antijurídico... de modo contrario a Derecho”, según Silva (2009, p. 116), nos interesa centrarnos en el análisis del hecho de la separación. También es posible observar esta línea de razonamiento en consideración a la teoría de la diferenciación y algunos de los postulados de Pufendorf y Matthaeus.

en el ordenamiento jurídico civil alemán y aplicación analógica en materia penal, se sostiene en el reconocimiento de la fuente de peligro que constituye Mary para Jodie (Koch, 2011, pp. 129-144).<sup>47</sup> En este sentido, quien daña o destruye una persona ajena para evitar, a sí mismo o a otro, un peligro representado por esta no actúa de manera antijurídica. Esto, si dicho daño o destrucción es necesario para evitar el peligro, y si el daño no es desproporcionado en relación con el peligro. Así, el reconocer la fuente de peligro en un inocente presenta diferentes nudos problemáticos: el primero consiste en imputar a Mary la fuente del peligro; el segundo, en que la *indeterminación semántica* del concepto *peligro* puede introducir consideraciones utilitaristas o consecuencialistas en la ponderación de vidas humanas (Wilenmann, 2016, p. 40);<sup>48</sup> el tercero, en que no sería admisible un criterio axiológico que permita la diferenciación entre un efecto directo y uno colateral en los parámetros de la justificación.

En el estado de necesidad defensivo el agente que practica la separación realiza una acción que recae sobre la siamesa que representa el peligro. Para enfrentar la situación, el médico debe practicar la cirugía con el propósito de salvar a la siamesa que tiene la posibilidad de sobrevivir. Ahora bien, la separación conllevará la muerte de la siamesa en peores condiciones, pues esta no puede sobrevivir sin su hermana. El médico conoce de la situación de riesgo y llega a la determinación (autorizado por el poder judicial) que la muerte de la siamesa que se encuentra más débil es una consecuencia compensada por los beneficios de la cirugía. En ese contexto, se puede sostener que el hecho de separar a las siamesas reúne todos los requisitos de un estado de necesidad defensivo: existe una situación de peligro de muerte inminente, y se realiza una acción con el objetivo de salvar a una de las siamesas de la fuente de peligro que cons-

<sup>47</sup> Se puede observar un tratamiento de la problemática en la dogmática alemana dando un especial énfasis a la figura del estado de necesidad defensivo. En ese sentido, Mary sería una fuente de peligro para Jodie. Por eso, se podría justificar su muerte a través de la atribución de ese peligro a su esfera de competencia. Sin embargo, esta idea es sumamente forzada y cuestionable, pues Mary no crea el peligro y es más bien víctima de la situación junto su hermana.

<sup>48</sup> En ese sentido, según Wilenmann, “no es, de esta forma, el origen del peligro, ni mucho menos la atribución de responsabilidad por éste, lo que explica la voluntad de aplicar (elusivamente) el estado de necesidad defensivo —o el consentimiento presunto— en estos casos, sino el hecho de que los casos en cuestión impliquen la presencia de una comunidad de peligro con distribución unilateral o al menos asimétrica de posibilidades de salvación. Ello quiere decir, sin embargo, que precisamente por ello la concesión de una facultad de actuar *no puede ser justificada por consideraciones relativas a la responsabilidad de los afectados*. Al contrario, si uno intenta justificar directamente la concesión de una facultad de actuar a partir de categorías de responsabilidad, muy probablemente llegue a la conclusión de que ésta no puede justificarse” (énfasis añadido).

tituye para esta su hermana. El estado de necesidad defensivo justifica la muerte de una de las siamesas porque es fuente de peligro de la otra. Sin embargo, este no justificaría el hecho de matar a un inocente que no constituya fuente de peligro. En otras palabras, la solidaridad es mínima, pues la acción recae sobre la fuente o persona que genera el peligro.

Pero dar muerte a una de las siamesas también nos posiciona en la discusión de los medios y fines en la teoría de la acción. Este problema se presenta con relación a cómo daremos muerte a una estas. De ahí que aceptar sólo el estado de necesidad defensivo —a modo de justificación— sea insuficiente. El médico debería sólo considerar qué tipo de instrumental utilizará para terminar con la vida del inocente, y su acción estaría centrada únicamente en terminar con la vida de un inocente para salvar la de otro. Resulta, pues, que, de seguir el razonamiento expuesto, el estado de necesidad defensivo no podríamos contar con los aportes del doble efecto. En primer lugar, cómo identificar si la muerte del inocente es un efecto colateral. Ninguna consideración que sólo se base en la noción de imputación de un peligro a un inocente puede dar respuesta coherente a la problemática. En segundo lugar, la muerte de inocentes no se puede limitar a una teoría que sólo adquiere sentido desde los parámetros positivos de una disposición del ordenamiento civil alemán. En tercer lugar, la acción del médico solo se centra en salvar a una de las siamesas y omitiría un pronunciamiento en torno a la dignidad de la parte afectada. Esto requiere especial atención porque hemos aplicado las consideraciones del doble efecto en la siguiente sección.

### VIII. ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO Y DOBLE EFECTO

Si bien el razonamiento de la Corte se califica de utilitarista (Loveless J., Allen M. y Derry C., 2018, p. 418),<sup>49</sup> es una mirada que puede presentar algunos matices. En ese sentido, si la Corte sólo hubiera ponderado la satisfacción de los intereses de una de las siamesas involucradas, podríamos afirmar dicho resultado en la decisión. Sin embargo, la Corte advierte

<sup>49</sup> Se califica el razonamiento de la Corte como utilitarista, con independencia del reconocimiento del juez Ward y Brooke, que la operación no era en el mejor interés de Mary. Sin embargo, nos parece que esta idea es una aproximación injusta a los razonamientos de la sentencia. Pues bien, en el fallo se analiza la doctrina del doble efecto y los jueces llegan a la conclusión que sólo es admisible en casos de aborto y eutanasia indirectos. De este modo, tenemos dudas de que el fallo sea un simple reflejo del utilitarismo (tosco), pues se considera la posibilidad de aplicar la distinción entre un efecto directo y colateral en el caso de las siamesas. Sin embargo, nos parece que el tribunal es prudente sobre este punto en el caso debido al concepto de intención oblicua.

que la intervención médica practicada no es un precedente general por las consecuencias que podría tener en pacientes que irremediablemente están condenados a morir en un breve período de tiempo. Además, la Corte, también hace alusión especialmente a la problemática del doble efecto en el caso, aunque no existe un reconocimiento expreso de sus postulados en su solución.

Por eso la perspectiva del juez Walker nos resulta particularmente interesante. Él mismo expone algunas de las virtudes del doble efecto en casos de necesidad. Por ejemplo, se muestra partidario de destacar la doctrina del doble efecto en el uso de tratamientos paliativos, que ha sido debatido por filósofos morales y juristas durante milenios. En este tipo de casos, el efecto directo y el colateral no deseado —denominado intención oblicua (*oblique intention*) por Bentham— se puede ilustrar en el suministro de drogas paliativas a un paciente terminal.<sup>50</sup> Así, paliar un dolor intenso en un paciente por medio del uso de morfina puede acelerar su muerte. Si bien Walker sustenta que el doble efecto puede tener aplicación en estos casos, indicó que no puede ser relevante para justificar la conducta dirigida en contra de Mary. Ello, salvo en caso de aceptar que el mero hecho de restablecer la integridad corporal de Mary a través de la separación —incluso en el momento de la muerte— es un fin en sí mismo lícito en interés de ambas siamesas.<sup>51</sup> Si bien esta vía interpretativa conduce a una aceptación parcial del doble efecto, nos permite incorporar su discusión en la necesidad.

Pero ¿con base en qué criterios hemos de incorporar el doble efecto? Al fin y al cabo, al aceptar su incorporación identificamos la admisibilidad de un criterio axiológico en la justificación de la necesidad. Por eso,

<sup>50</sup> Así las cosas, Walker sostuvo: "This is the doctrine (or dilemma) of double effect which has been debated by moral philosophers (as well as lawyers) for millennia rather than centuries. In one class of cases the good purpose and the foreseen but undesired consequence (what Bentham called 'oblique intention') are both directed at the same individual. That can be illustrated by a doctor's duty to his patient. The doctor may in the course of proper treatment have to cause pain to the patient in order to heal him. Conversely, he may in order to palliate severe pain, administer large doses of analgesics even though he knows that the likely consequence will be to shorten the patient's life. That was recognised by Lord Donaldson MR in the passage of his judgment in *Re J* which I have already cited (note its references to primary purpose and side effects; similar language was used by Ognall J in his summing-up to the jury in *R v Cox* (1992), the case of the doctor who administered potassium chloride to a dying patient)".

<sup>51</sup> Walker sostiene sobre este punto: "In these cases the doctrine of double effect prevents the doctor's foresight of accelerated death from counting as a guilty intention. This type of double effect cannot be relevant to conduct directed towards Mary unless the mere fact of restoring her separate bodily integrity, even at the moment of death, can be seen as a good end in itself and as something which ought to be achieved in the best interests of Mary as well as Jodie".

¿cuáles son sus requisitos específicos para que pueda operar en el caso de las siamesas? Primero, se requiere identificar que estamos frente a una situación de peligro actual o inminente. Segundo, que no exista otro medio menos lesivo para sortear la situación terminando colateralmente con la vida de un inocente. Finalmente, que exista proporcionalidad entre el efecto directo y el colateral. En ese contexto, a primera vista, las siamesas son parte de una comunidad de peligro perfecta y asimétrica, pues la situación de peligro que experimentan evidentemente no es circunstancial y sólo una tiene la posibilidad de sobrevivir. Este peligro sólo puede ser conjurado a través de una acción que tendrá por efecto colateral la muerte de una de las siamesas. Así, no es la acción de la separación lo que mata a Mary, sino la incapacidad de sobrevivir por su cuenta.

Las consecuencias de este razonamiento son relevantes: cualquier decisión sobre la separación requiere la verificación de los elementos del doble efecto. Este adopta así la función de una ponderación que va más allá de los efectos de la acción de separación. En consecuencia, nos presenta una barrera de contención frente a la irremediable occisión directa de un inocente. Esta perspectiva introduce una distinción entre occisiones directas e indirectas más precisa en términos de volición y voluntariedad, pero también en cuanto a la valoración del hecho de la separación conforme a la regla del estado de necesidad. De ahí que la mera representación del peligro sea un criterio insuficiente cuando está en juego la vida de un inocente.

Al igual que algunos autores, creemos que el estado de necesidad defensivo presenta indeterminación semántica en el concepto de peligro. Esta dificultad es crucial, pues el estado de necesidad agresivo justifica la afectación de una persona que no es fuente de peligro y sobre la cual recae los efectos de la acción. Esta modalidad permite sostener que el afectado no está facultado para prohibir la interferencia en su esfera de organización, si esta es necesaria para evitar un peligro actual y el daño que amenaza es desproporcionadamente grande en comparación con el causado por el necesitado. De ahí que no sea admisible para la doctrina dominante aceptar la muerte de un inocente en estos casos, pues el peligro no es imputable a la persona afectada (solidaridad de máximos).

Ahora bien, desde el punto de vista del estado de necesidad agresivo, ¿sería posible llegar a considerar admisible la muerte de un inocente? Así, a modo de ejemplo, aunque en el caso de las siamesas no sea imputable el peligro a Mary, ¿sería admisible justificar la separación? Aquí nos parece que el doble efecto se regiría por una regla de oro (a modo de empatía) que permitiría aceptar la muerte de un inocente por efecto colateral. En otras palabras, no deberíamos someter a otro a una muerte

segura, si irremediablemente estamos condenados a morir y las probabilidades de sobrevida están previamente distribuidas en favor de uno de los agentes involucrados.

Esto nos lleva al punto fundamental de este trabajo en torno a la doctrina del doble efecto. Son las distinciones propias de un efecto directo e indirecto —en el proceso de ponderación— las que permiten razonar fuera de parámetros consecuencialistas, esto es, en un marco ético en el cual “siempre habrá seres humanos desecharables que deberán ser sacrificados en aras de un bien mayor” (George y Tollefson, 2012, p. 95). El desafortunado consecuencialismo escapa a la distinción de una occisión directa (*per se*) o colateral (*per accidens*). Por ello, si bien al doble efecto le ha sido concedido un espacio en la filosofía (Anscombe, 2001a, pp. 247-260; 2001b, pp. 50-66), es importante reconocer sus aportes en materia penal (Moore, 2009, p. 43).<sup>52</sup> De lo contrario, la carga argumentativa necesaria en relación con la dignidad humana es excluida en la extrema necesidad.

## IX. BALANCE GENERAL Y CONCLUSIONES

Lo que hemos sostenido en este artículo nos lleva a una propuesta radical. Sin embargo, nos parece que hemos demostrado por qué puede ser acogida en el caso de las siamesas y ser dogmática válida. Esta propuesta consiste en aceptar el doble efecto en casos de estado de necesidad. El doble efecto es un criterio que nos permite, desde parámetros no consecuencialistas, enfrentar situaciones de extrema necesidad en las cuales es posible una disminución del daño ante la situación de peligro. De este modo, si bien es admisible la muerte de un inocente por efecto colateral, esta admisibilidad debe serlo desde los parámetros de la inevitabilidad en casos de extrema necesidad. En segundo lugar, el doble efecto presenta similitudes con los parámetros del estado de necesidad defensivo, pero este se extiende más allá de sus requerimientos, pues nos permite tematizar con mayor coherencia el estado de necesidad agresivo sin recurrir

<sup>52</sup> Respecto de esta problemática de introducción del doble efecto en materia penal, el eminente trabajo del penalista Michael S. Moore nos hace preguntarnos cómo es posible distinguir entre una voluntad directa e indirecta y, asimismo, cómo es posible justificar por efecto colateral la muerte de un inocentes si es que la voluntad no se dirige hacia el efecto deseado. En ese sentido, no sería posible justificar una acción bajo los parámetros del doble efecto si la voluntad no se dirige hacia el efecto deseado, aunque las condiciones se presenten como necesarias (único medio disponible para soslayar la situación de peligro) y proporcionadas (salvar a un mayor número de personas, a una persona en una situación de peligro de muerte, entre otras hipótesis).

a consideraciones artificiosas en términos de imputación. En tercer lugar, en el caso de las siamesas la separación es, por tanto, justificable y supone una respuesta moralmente admisible fuera del campo de la exculpación.

## X. REFERENCIAS

- Anders, G. (2008). *Estado de necesidad y legítima defensa (violencia sí, o no)*. Centro de Documentación Crítica.
- Anscombe, G. E. M. (2001a). War and Murder. En P. Woodward (Ed.), *The Doctrine of Double Effect; Philosophers Debate a Controversial Moral Principle* (pp. 247-260). University of Notre Dame Press.
- Anscombe, G. E. M. (2001b). Medalist's Address: Action, Intention, and 'Double Effect'. En P. Woodward (Ed.), *The Doctrine of Double Effect. Philosophers Debate a Controversial Moral Principle* (pp. 50-66). University of Notre Dame Press.
- Anscombe, G. E. M. (2005). *La filosofía analítica y la espiritualidad del hombre*. EUNSA.
- Bagaric, M. (2001). The Jodie and Mary (Siamese Twins). *Journal of Law and Medicine*, (8), 311-321.
- Baldo, F. (1994). *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda* (2a. ed.). Bosch.
- Bascuñán A. (2004). La píldora del día después ante la jurisprudencia. *Revista de Estudios Públicos*, 95, 43-89.
- Chiesa L. (2011). Caso La Mignonnête. En P. Sánchez Ostiz (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal* (pp. 95-109). La Ley.
- Coninx, A. (2012). *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand. Zufall, rationale Entscheidung und Verteilungsgerechtigkeit*. Nomos.
- Constitutio Criminalis Theresiana (Law for the Austrian Empire except Hungary from Maria Theresa of Austria with facsimile and text) (1769). Johann Thomas von Trattner. <https://archive.org/details/ConstitutioCriminalisTheresiana-1768>
- Cornacchia, L. (2004). Algunas reflexiones en torno al suicidio y la eutanasia. *Cuadernos de Política Criminal*, 83, 91-116.
- Corral, H. (2016). Separación de siameses. Blog de Hernán Corral. <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/separacion-de-siameses/>
- D'Ors, A. (1995). *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*. Civitas.
- De Aquino, T. *Suma de Teología*, II-II, q. 64 a. 6

- England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions, A (Children), Re [2000] EWCA Civ 254 (22 September 2000). <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2000/254.html#sectionII-8>
- Fleming, J. (1998). *The law of Torts* (9a. ed.). LBC information Services.
- García, P. (2011). Caso de la depresión reactiva. En P. Sánchez Ostiz (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal* (pp. 129-142). La Ley.
- Garcia-Ripoll, M. (2006). *Illicitud, culpa y estado de necesidad. Un estudio de responsabilidad extrancontractual en los Código Penal y Civil*. Dykinson.
- George, R. y Tollefsen, C. (2012). *Embrión. Una defensa de la vida humana*. Rialp.
- Goldschmidt, W. (1954). El estado de necesidad ante el derecho natural. *Revista de Estudios Políticos*, 78, 37-84.
- Greenawalt, K. (1986). Distinguishing Justifications from Excuses. *Law & Contemporary Problems*, 49(3), 89-108. <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3860&context=lcp>
- Guerra, R. (2018). Sentido y límites de la inevitabilidad en el estado de necesidad. *Ius et Praxis*, 24 (3), 67-108.
- Guerra, R. y Madrid, R. (2020). Universos éticos y la metarregla del doble efecto en el estado de necesidad. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (14), 247-283. <https://doi.org/10.22201/IJ.24487937E.2020.14.14911>
- Guerra, R. (2020). Dolo y conciencia de antijuricididad: ¿Una relación funcional en la imputación? En Andrea Perin (Ed.), *Imputación penal y culpabilidad* (pp. 323-340). Universidad Andrés Bello.
- Gur-Arye, M. (1992). Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12(2), 215-235. <https://doi.org/10.1017/S0841820900001399>
- Hörnle, T. (2010). Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal. *Indret*, (2), 1-31. [http://www.indret.com/pdf/744\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/744_es.pdf)
- Hruschka, J. (1994). Reglas de comportamiento y reglas de imputación (F. Baldo, Trad.). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 47(3), 343-356. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46461>
- Koch, A. (2011). Strafbarkeit der Trennung siamesischer Zwillinge? *R. V. Decker*, (158), 129-144.
- Loveless J., Allen M. y Derry C. (2018). *Complete Criminal Law: text, cases and materials*. Oxford University Press.
- Massini-Correas, C. (2014). Sobre ética y filosofía analítica Elizabeth Anscombe y la filosofía moral moderna. *Opúsculo Filosófico*, 2(21), 1-41.

- Merkel, R. (2000). La filosofía, ¿“convidado de piedra” en el debate del derecho penal? Sobre la desatención de la dogmática penal a los argumentos filosóficos (y algunos equívocos generalizados a propósito de la cláusula de ponderación de intereses en el estado de necesidad: primer inciso del §34 StGB). En C. M. Romeo Casabona (Dir.). *La insostenible situación del derecho penal* (pp. 181-212; P. Sánchez Ostiz, Trad.). Comares.
- Miranda, A. (2012). Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto; réplica al profesor Rodolfo Figueroa. *Revista Médica de Chile*, 140(2), 261-265.
- Miranda, A. (2014). *El principio del doble efecto*. Olms.
- Moore, M. (2009). *Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals and Metaphysics*. Oxford University Press.
- Nozick, R. (1973). *Anarchy, State and Utopia*. Basic Books.
- Pacheco, J. (1888). *El Código Penal concordado y comentado*. Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía.
- Pawlak, M. (2002). *Der rechtfertigende Notstand: zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*. Gruyter.
- Pawlak, M. (2015). Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática. *Indret*, (4), 1-33.
- Prieto, M. F. (2019, 7 de agosto). Padre senegalés finalmente tomó una decisión sobre sus hijas siamesas: no las separará. *Diario El Mercurio*. <https://www.emol.com/noticias/Tendencias/2019/08/07/957197/Padre-senegales-finalmente-tomo-una-decision-sobre-sus-hijas-siamesas-no-las-separara.html>
- Rodgers J. (2001). Necessity, Private Defence and the killing of Mary. *Criminal Law Review*, (2001), 515-526.
- Silva, J. (2009). *Tiempos de Derecho penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía*. Editorial B de F.
- Silva, J. (1982). Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 35(3), 663-691.
- Silva, J. (2017). Asesinatos selectivos en la “guerra punitiva” contra el terrorismo. *Indret*, (1), 1-19.
- Suárez, F. (1967). *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, vol. 2 (J. Eguiillor, Trad.). Instituto de Estudios Políticos.
- Varona, D. (2010). El miedo insuperable y la “ética del hormiguero”: reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta. *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 59-94.
- Wilensmann, J. (2016). Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad. *Indret*, (1), 1-54.