

AMBIVALENCIA EN EL PRINCIPIO DEL INTERÉS
PREPONDERANTE

[Ambivalence in the preponderant interest principle]

Rodrigo Andrés GUERRA ESPINOSA*

RESUMEN

En este trabajo se lleva a cabo un análisis del principio del interés preponderante a propósito del estado de necesidad. El artículo pretende exponer que las afirmaciones utilitaristas sobre el uso del principio no están en consonancia con la interpretación reconocida como auténtica por la tradición moral clásica.

PALABRAS CLAVE

Principio del interés preponderante, utilitarismo, modelos de justificación.

ABSTRACT

This paper conducts an analysis of the preponderant interest principle («choose the lesser of evils»). The paper attempts to show that purely utilitarian considerations are not in harmony with the classical interpretation of this principle, that is, the classical moral tradition.

KEY WORDS

Preponderant interest principle, utilitarianism, justification models.

RECIBIDO el 25 de septiembre y ACEPTADO el 1 dediciembre de 2017

* Abogado, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho penal de la Universidad de Los Andes, Chile. Dirección postal: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Monseñor Álvaro de Portillo 12.455, Las Condes, Santiago, Chile. Correo electrónico: rguerra@uandes.cl.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los criterios de justificación en el derecho penal es el principio del interés preponderante. Este principio establece que entre dos intereses jurídicos, en una situación de peligro actual o inminente propia del estado de necesidad, se ha de sacrificar o afectar el menos relevante. La tarea de determinar el sentido y alcance del principio del interés preponderante ha vuelto a presentarse hoy, en el contexto de la dogmática jurídico penal, con motivo de la cuestión que han generado las palabras de Javier Wilenmann en rechazo del uso del principio del interés preponderante en el estado de necesidad justificante. En el artículo “El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno...”, y respondiendo al resto de la dogmática nacional, Wilenmann afirmó que el principio del interés preponderante responde al utilitarismo clásico. En opinión de Wilenmann, la distinción relativa a la selección del mal menor no es relevante en la solución de casos de estado de necesidad, y debe, por tanto, ser excluida, para evitar adoptar una posición utilitarista y razonar, en cambio, desde el principio de solidaridad¹.

Wilenmann cuestiona la teoría de la ponderación total de intereses por ser vaga respecto del contenido del principio del interés preponderante. Para el autor, el interés preponderante devela una tautología, porque “la acción preferible debe ser preferida, lo que debe ser determinado por consideración de todo lo que debe ser considerado”. Asimismo, complementa su argumentación indicando que sus seguidores contemplan “esto como [una] aplicación de la idea del ‘mal menor’, lo que parece ser expresivo de una interpretación utilitarista”². La posición de Wilenmann también ha sido aceptada en la doctrina comparada. Así pues, Varona en la dogmática española, en su obra titulada *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de justicia*, enlazó el principio del interés preponderante a una doctrina utilitarista³. Relación entre el interés preponderante y el

¹ WILENMANN, Javier, *El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile*, en *Revista de Derecho* (Valdivia) XXVII (2014) 1, pp. 220-224 [<http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v27n1/art10.pdf>], visitado el 02.08.2014].

² WILENMANN, *El fundamento*, cit. (n. 1), p. 228, n. 36.

³ Presentan una lectura exclusivamente utilitarista del principio del mal menor en el caso de la eximente del miedo insuperable, VARONA GÓMEZ, Daniel, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de justicia. Estudios de Derecho penal dirigidos por Carlos María Romero Casabona* (Granada, Comares, 1999), pp. 17-20. Sin embargo, en la doctrina nacional se sostiene que “la lógica del □ mal menor’ [...] no es patrimonio del consecuencialismo, pues incluso los planteamientos más fuertemente deontológicos reconocen esta lógica del mal menor”. Véase VAN WEEZEL,

utilitarismo que, también, podemos contemplar en la tesis del estado de necesidad de Moriaud en 1889⁴.

El propósito de este trabajo es explorar el sentido del principio del interés preponderante para demostrar que es admisible una lectura acorde con la tradición moral clásica, esto es, aquella tradición que acepta la existencia de prohibiciones deónticas en la ponderación de intereses. Probaremos que el principio en cuestión también se inserta armónicamente en la enseñanza tradicional del principio del mal menor. Para esto procederemos del siguiente modo: en primer lugar, explicaremos cuál es el origen del conflicto de intereses en el estado de necesidad; en segundo lugar, explicaremos por qué se ponderan intereses en la aplicación del principio; finalmente, demostraremos, que el principio del interés preponderante responde a un modelo tradicionalista, por lo que no hay argumentos para considerar que se ha distanciado del reconocimiento de prohibiciones deónticas.

II. ORIGEN DEL CONFLICTO

El origen de esta concepción del estado de necesidad en materia penal se encuentra en la filosofía hegeliana⁵. Esta dará lugar a una serie de teorías que, en el campo del derecho penal, caracterizan al estado de necesidad como un *conflicto de derechos* donde la aprobación de la acción radica en la preponderancia del bien que se pretende resguardar. Esta forma de interpretación rechaza la idea de invocar a la *violencia moral o debilidad humana* como fundamento del estado de necesidad⁶. El estado de necesidad se caracteriza por un conflicto de bienes en el cual emerge un derecho preponderante. Para Hegel negar la posibilidad a un hombre de proteger su vida, en sacrificio de la propiedad, sería equivalente a negarle cada uno de sus derechos.

La idea aparece específicamente en el § 127 de la obra de Hegel *Filosofía del Derecho*. En esta el filósofo indicó que ante una situación de extremo

Alex, *Necesidad justificante y solidaridad*, en CÁRDENAS, Claudia - FERDMAN NIEDMANN, Jorge (coord.), *El Derecho Penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Eicheberry Ortubesteguy* (Santiago, Thomson Reuters - La Ley, 2016), p. 219.

⁴ MORIAUD, Paul, *De la justification du délit par l'Etat de nécessité* (Genève, R. Burkhardt, 1889), p. 243.

⁵ Así, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general* (9ª ed., Barcelona, Reppertor, 2011), p. 462; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal* (3ª ed., Buenos Aires, Losada, 1961) IV, p. 348; COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Derecho penal chileno. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979) II, p. 344; MORIAUD, *De la justification*, cit. (n. 4), pp. 197 y ss.

⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit. (n. 5), p. 348; MORIAUD, *De la justification*, cit. (n. 4), p. 197.

peligro para la vida, en conflicto con el derecho de propiedad, una persona puede reclamar por derecho y no piedad su vida, porque el tolerar el peligro no solo afectaría la existencia de una persona, sino también cada uno de sus derechos⁷. En cambio, afectar la propiedad ajena involucra la lesión de un ámbito restringido de libertad. De ahí que se sostenga que el principio de la ponderación de intereses se encontraría reconocido en la teoría del estado de necesidad de Hegel⁸. En el principio de ponderación de intereses la acción es legítima porque prevalecen los intereses protegidos respecto de los afectados. Pero Hegel nunca habló de estado de necesidad en el referido pasaje. Esta idea se genera porque suele sostenerse que el pasaje en cuestión hacía referencia a la institución⁹.

La descripción del estado de necesidad que realizaría Hegel —aceptando el presupuesto de que alude a esta figura— pertenece más bien a una ponderación de intereses en que se privilegia uno superior al sacrificado a costa del derecho de propiedad de un tercero. Es decir, que la ponderación va más allá de una comparación esquemática de bienes, porque la vida tiene un valor infinito que da lugar al resto de las libertades¹⁰. De ahí que

⁷ En este sentido, se muestra, en la doctrina nacional, en favor del reconocimiento de la importancia de la vida como “base de toda la existencia y [...] sustrato físico del conjunto de derechos de todo individuo”, CASTILLO, Juan Pablo, *El estado de necesidad del artículo 10 N° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa*, en *Política criminal* 11 (Diciembre 2016) 22, Art. 1, pp. 350 - 351 [http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A1.pdf], visitado el 24/01/2017].

⁸ Así pues, la doctrina alemana no tiene problemas para indicar que Hegel aplicó el principio del interés preponderante en el pasaje en cuestión. Principio que predomina en el § 34 del Código Penal, MOMSEN, Carsten, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten* (Baden-Baden, Nomos, 2006), p. 88.

⁹ En esta línea, se destaca que autores como Köstlin, Levita, Berner, entre otros, sostuvieron esta idea en BOCKELMANN, Paul, *Hegels Notstandslehre* (Berlín, W. de Gruyter & Co., 1935), pp. 57 y ss.; LENCKNER, Theodor, *Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches* (Tübingen, Mohr Siebeck, 1965), p. 51, n. 14. Especialmente en referencia a los hegelianos, véase MOMSEN, Carsten, *Die Zumutbarkeit*, cit. (n. 9), pp. 91-93. Sin embargo, debemos advertir que Hegel no habla directamente de intereses, sino de *momentos* en el § 127 de la *Filosofía del Derecho*. Momentos parciales de una idea compleja de la libertad jurídica que colisiona con la situación del estado de necesidad. Por ello, identificar estos requiere una lectura armónica u holística de la teoría de Hegel, véase PAWLIK, Michael, *Der rechtfertigende Notstand: zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten* (Berlín, De Gruyter, 2002), pp. 82-83.

¹⁰ BERNER, Albert Friedrich, *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes* (Leipzig, Tauchnitz, 1857); PAWLIK, Michael, *Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática*, en *InDret* 4 (2015), pp. 21-22 [<http://www.indret.com/pdf/1175.pdf>], visitado el 12.10.2015]. Sobre el particular véase, WILENMANN, Javier,

algunos, incluso, incorporen en esta concepción de estado de necesidad el caso de que alguien le dé a un caballo hambriento el pasto del territorio de un tercero¹¹. Esto lleva a afirmar a la dogmática penal que Hegel consideró, aparentemente, el estado de necesidad como una plataforma para la justificación y no para la exculpación¹².

Ahora bien, pese al reconocimiento jurídico-penal del conflicto de intereses en el estado de necesidad del modelo hegeliano, es Rudolf Merkel quien habla por primera vez del principio de los intereses preponderantes, en su escrito acerca de la colisión de intereses legítimos¹³. Merkel, partidario de la teoría de la diferenciación, sostenía que el interés que prevalece debe considerarse más valioso que el sacrificado, según las circunstancias, en atención al juicio de valor de la sociedad¹⁴. El estado

Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad, en *InDret* 1 (2016), pp. 5 y ss., [<http://www.indret.com/pdf/1201.pdf> , visitado el 15.04.16].

¹¹ En estos casos se aplicaría el estado de necesidad agresivo del § 904 del BGB, porque conforme a esta disposición sería posible resguardar un derecho cualitativamente más alto a costa de uno más débil o igual afectando a terceros. Consideraciones que LENCKNER, Theodor, *Der rechtfertigende*, cit. (n. 10), p. 51, nota 14, desprende del razonamiento y de los ejemplos que entrega Stammler en su obra *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstands* de 1848, respecto del § 904.

¹² La posición de Hegel es interesante porque establece una perspectiva objetiva del conflicto de bienes jurídicos, diferenciándose de otros autores que solo se sustentaron en aspectos meramente subjetivos propios del instinto de conservación, como von Pufendorf, Grocio, Thomasius, Janka, entre otros; véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit. (n. 5), pp. 344-348; MORIAUD, *De la justification*, cit. (n. 4), pp. 132-139 y 193-212. Por su parte, el art. 10 N° 7 también refleja esta naturaleza justificante del estado de necesidad, debido a que sigue con fidelidad el CP español de 1848 que permite el sacrificio solo de la propiedad en resguardo de cualquier otro derecho. No obstante, debemos indicar que nuestro modelo, con el art. 10 N° 11, rompe el esquema clásico de la formulación del art. 10 N° 7.

¹³ MERKEL, Rudolf, *Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen. Im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in zweiter Lesung* (Strassburg, K.J. Trübner, 1895), *passim*; LENCKNER, Theodor, *Der rechtfertigende*, cit. (n. 10), pp. 51-52; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, (2ª ed., traducción castellana de Diego Manuel Luzón Peña *et al.*, Madrid, Civitas, 1997) I, p. 521; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit. (n. 5), p. 349.

¹⁴ MERKEL, *Die Kollision*, cit. (n. 14), p. 78; LENCKNER, Theodor, *Der rechtfertigende*, cit. (n. 10), pp. 51-52. Posición que siguen otros autores en la dogmática incorporando modificaciones al planteamiento de Merkel, véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit. (n. 5), p. 426. Teoría de la diferenciación que en nuestra doctrina tiene reconocimiento con anterioridad y posterioridad a la introducción del art. 10 N° 11, véase COUSO SALAS, Jaime, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2006), p. 523; HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Comentario al art. 10 N° 11 del Código Penal*, en COUSO SALAS, Jaime - HERNÁNDEZ

de necesidad sería un caso especial de colisión de intereses legítimos apreciados desde una perspectiva objetiva¹⁵. Tal perspectiva social nos parece que se manifiesta en la formulación del art. 10 N° 7 e incluso en la del art. 145 del CP. Consideramos que en ambas disposiciones se podría observar este modelo hegeliano de protección a la vida, en una situación de peligro, ante el sacrificio del derecho de propiedad. Expresiones como el auxilio a la justicia y a la humanidad son suficientemente amplias para establecer una correlación con el razonamiento del idealismo hegeliano del § 127. Estas disposiciones no permiten causar daño a las personas, posiblemente, por el peligro que involucra una decisión de tales características¹⁶. Así, se llegó a estimar que el conflicto de intereses propio del estado de necesidad tiene una perspectiva social o institucional. Espacio en el cual corresponde la defensa del interés general, tomando en cuenta los preceptos éticos que se correlacionan con dichos intereses¹⁷. Con ello,

BASUALTO, Héctor (dirs.), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2011), p. 271; FONTECILLA RIQUELME, Rafael, *Los problemas jurídicos de las causas supraleales en materia penal*, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 3 (1963) 3, pp. 690 y 702 [http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/AC_JYS/article/view/10269/10325, visitado el 22/05/2014].

¹⁵ Comparten esta apreciación objetiva del estado de necesidad en la doctrina nacional NÁQUIRA, Jaime, *Derecho Penal. Teoría del Delito* (Santiago, McGrawHill, 1998) I, p. 258; LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal. Parte General* (9^a ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 278; CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, (7^a ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005), p. 380; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho Penal* (3^a ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998) I, p. 267; FUENTES, Dánae, *La ponderación de los males en el estado de necesidad* (Santiago, LegalPublishing, 2009), pp. 59-61, entre otros. En este contexto, con relación a la consideración de algún elemento subjetivo, desde el agente en la ponderación de males, existen diversas opiniones. Náquira se niega por completo a dar cabida a cualquier elemento subjetivo de tipo anímico o sentimental. Etcheberry, por su parte, estima que en principio el juicio es objetivo; sin embargo, la subjetividad es parte de un “sujeto ideal”; esto es, el “necesitado razonable puesto en la circunstancia del caso”. No obstante lo anterior, es importante rescatar que existía, antes de la introducción del art. 10 N.º 11, la idea de un criterio de ponderación objetivo que no pretendía introducir elementos psicológicos como base del estado de necesidad.

¹⁶ Se observa un razonamiento expreso de nuestro legislador en esta línea en el caso del art. 10 N.º 7, véase COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO, *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora, con un estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba* (Valparaíso, Edeval, 1974), pp. 464-465.

¹⁷ La ponderación de intereses en el estado de necesidad no es solo una balanza entre los bienes jurídicos en conflicto, sino que también requiere de la consideración de posiciones éticas por la posibilidad de vulnerar los intereses de terceros, LENCKNER, Theodor, *Der rechtfertigende*, cit. (n. 10), p. 52. Asimismo, si bien existen diversas tradiciones, un sector de la doctrina penal apunta a considerar un princi-

la tendencia dogmática se dirigió a tratar el estado de necesidad como una causal de justificación general¹⁸.

El principio de la ponderación de intereses ha soportado críticas dirigidas contra la idea de apreciar objetivamente el estado de necesidad. Para un sector de la dogmática, la dificultad se presenta en que el conflicto no es parte del mundo exterior, sino interior del agente¹⁹. Para este sector, la ponderación no se ajusta a una regla de comportamiento, sino más bien a un análisis de motivación individual. La aplicación del principio también resultó ser dificultosa en la dogmática porque no estaba claro si se destinaba al individuo o al colectivo. Además de otros puntos a considerar, como la imposibilidad de contar con una norma general que establezca cómo se deben valorar los diferentes intereses en conflicto para determinar cuál ha de primar²⁰.

Estas dificultades en la aplicación del principio podrían haber perjudicado el ejercicio de la fórmula; sin embargo, el principio subsiste, porque solo es una plataforma desde la cual se busca ponderar estos intereses²¹. En los escritos de von Beling, Dohna, Mezger, entre otros, podemos observar que este principio no solo funda el estado de necesidad, se recurre a él para el sistema de justificación completo²². Por otra parte, el principio

pio de moral interpersonal, social o intersubjetiva que respete los parámetros de un Derecho penal liberal, MERKEL, Reinhart, *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 DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel (dir.), *La insostenible situación del derecho penal* (traducción castellana de Pablo Sánchez-Ostiz, Granada, Comares, 2000), p. 205; NINO, Carlos Santiago, *La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos*, en: MAURINO, Gustavo (edit.), *Los escritos de Carlos S. Nino* (Buenos Aires, Gedisa, 2008), pp. 26 y 32-33.

¹⁸ Véase MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Estado de necesidad y justificación penal: ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?* (Colombia, Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez, 2009), pp. 18-41.

¹⁹ Así especialmente, LENCKNER, Theodor, *Der rechtfertigende*, cit. (n. 10), p. 52. Por su parte, en la dogmática nacional podemos observar una crítica directa a la teoría de ponderación de intereses como formulación tautológica en WILENMANN, *El fundamento*, cit. (n. 1), p. 228, nota 36, y p. 232. El carácter tautológico radica en que el interés es preponderante por el hecho de ser preponderante. Lo último, sin explicar los fundamentos del principio de solidaridad al que recurre el autor.

²⁰ LENCKNER, Theodor, *Der rechtfertigende*, cit. (n. 10), p. 53.

²¹ Ponderación en la cual no se deja de considerar el núcleo esencial de la dignidad humana, véase MOLINA FERNÁNDEZ, *Estado*, cit. (n. 21), pp. 30-31.

²² VON BELING, Ernst, *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito - tipo* (traducción castellana de Sebastián Soler, 11ª ed., Buenos Aires, Librería el Foro, 2002), pp. 47-48; DOHNA, Alexander Graf zu, *La estructura de la teoría del delito* (traducción

se recoge con pocos enfoques sistemáticos en la sentencia de la Corte Suprema del 15 de mayo de 1968. En esta sentencia la Corte sostuvo que “*el estado de necesidad no contemplado expresamente en la ley positiva, pero aceptado por la generalidad de la doctrina, como un caso de conflicto entre bienes o derechos exige la destrucción o menosprecio de alguno o algunos de ellos para la salvación de otro o de los otros*”²³.

Hegel solamente indica que en un caso en el cual esté en peligro la vida, pudiendo sacrificarse la propiedad, se debería dar prioridad a la primera porque permite dar lugar al resto de libertades en la persona. Esta consideración filosófica es válida para cualquier estado de necesidad y no solo el contemplado en el art. 10 N° 7. La nueva introducción en el art. 10 N° 11 del requisito: *que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita*, permitiría dentro de sus variantes identificar un mal que no sea superior al que se pretende evitar. Razonamiento filosófico que no puede ser descartado del art. 10 N° 11. 2. Las referencias a Hegel consideran el pasaje § 127 de la Filosofía del Derecho. En este trabajo se puede observar cómo Berner, entre otros hegelianos, trabajan en torno al estado de necesidad, según el parágrafo en cuestión. Asimismo, se destacan fuentes de la dogmática penal actual en la misma línea. Por su parte, la cita a Kant está dentro de un contexto muy específico: la ponderación de vidas humanas en el estado de necesidad y no es citada en relación al estado de necesidad justificante, en lo que concierne a la metafísica de las costumbres.

castellana de Carlos Fontán Balestra, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958), p. 50; MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*. t. I (traducción castellana de Conrado A. Finzi - Ricardo C. Núñez, 6ª ed., Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958), pp. 163-166; MOLINA FERNÁNDEZ, *Estado*, cit. (n. 21), p. 26; LENCKNER, Theodor, *Der rechtfertigende*, cit. (n. 10), p. 53. En esta línea, también se considera que el parágrafo 904 del Código Civil de Alemania, relativo al estado de necesidad agresivo, es un reflejo de las ideas de Rudolf Merkel. Punto que nos da cuenta de la importancia del principio del interés preponderante en la modalidad justificante del estado de necesidad en la regulación alemana, véase LENCKNER, Theodor, *Der rechtfertigende*, cit. (n. 10), p. 53; PAWLIK, *Der rechtfertigende*, cit. (n. 10), p. 36.

²³ Sentencia de la Corte Suprema, 15 de mayo de 1968, *RDJ*, t. LXV, mayo y junio, N.ºs 3 y 4, segunda parte, secc. cuarta, p. 102. La perspectiva de la Corte Suprema considera la ponderación de bienes o derechos concretos que converjan en la situación de necesidad. Así, la ponderación de intereses en conflicto no puede ser realizada en abstracto. Este análisis debe considerar las circunstancias del caso concreto para que no se transforme un ejercicio meramente esquemático, véase MEZGER, Edmund, *Derecho penal*, cit. (n. 22), p. 184; LENCKNER, Theodor, *Der rechtfertigende*, cit. (n. 10), p. 53; MOLINA FERNÁNDEZ, *Estado*, cit. (n. 21), p. 25; ROXIN, *Derecho*, cit. (n. 14), p. 674, entre otros.

III. ¿POR QUÉ UN CONFLICTO DE INTERESES?

El considerar solo bienes jurídicos en concreto, físicos o materiales, se transforma en una ponderación meramente esquemática, que deja fuera la multiplicidad de factores que envuelve una situación de necesidad²⁴. Por esta razón es que el conflicto de bienes o derechos, al cual se alude en sus orígenes en el modelo hegeliano, pasa a ser de intereses que comprenden no solo los bienes jurídicos inmediatos²⁵. En sentido estricto, todo bien resguardado por el ordenamiento penal es un interés para la sociedad o el individuo. Interés que no configura el derecho, porque este proviene de la propia motivación de los individuos²⁶.

Desde la perspectiva del interés, el derecho se concibe como algo práctico que apunta a un fin; sin embargo, no solo contiene este fin, sino también el medio para alcanzarlo. De tal manera, la forma que se emplee para alcanzarlo será tan relevante como el fin en sí mismo. Esta dualidad entre el fin y el medio es precisamente lo que el derecho pretende resolver²⁷. La protección de estos intereses adquiere el carácter de esencial cuando el ordenamiento los reconoce como una expectativa. Por ello, si bien la autodeterminación, la libertad de conciencia, la dignidad humana, entre otros, son intereses fundamentales para la sociedad, incluso antes de su consagración en la Constitución, ellos adquieren una protección concreta por medio del ordenamiento jurídico²⁸.

²⁴ En el modelo alemán podemos observar que este cambio de ponderación de bienes a intereses se provoca en 1975 con la incorporación del § 34 y el desarrollo dogmático-jurisprudencial de los supuestos de estado de necesidad defensivo (§ 228) y agresivo (§ 904) del StGB. Este desarrollo consideró no solo una comparación esquemática de bienes, sino también si el peligro procede de la esfera de organización de la víctima (§ 228) y de la necesidad de intervenir en la esfera de organización de una persona que no ha provocado la situación de peligro (§ 904), véase ROXIN, *Derecho*, cit. (n. 14), p. 673.

²⁵ Envuelve esta multiplicidad de factores al ser una regla superior de justificación que resuelve aquellos conflictos de interés en los cuales el legislador no ha previsto una solución expresa, MOLINA FERNÁNDEZ, *Estado*, cit. (n. 21), pp. 28-29.

²⁶ No existe solo la pretensión o interés (derecho protegido por el ordenamiento jurídico) del necesitado, sino también el de un tercero afectado que, responsable o no de la situación de peligro, sufre una intervención en su esfera de organización.

²⁷ VON IHERING, Rodolfo, *La lucha por el Derecho*, (traducción castellana de Adolfo Posada, Buenos, Aires, Araujo, 1939), p. 51.

²⁸ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal* (3ª ed., traducción castellana de Luis Jiménez De Asúa, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1916) II, pp. 7 y 351. Su inobservancia solo encamina la acción en la medida en que ingresa al ordenamiento positivo. De este modo, adquiere “forma la norma jurídica en el derecho positivo [sic] y asume la característica deontológica [...]”, GHIRARDI, Olsen A., *Lecciones de lógica del Derecho*

Estos intereses no han sido creados por el ordenamiento jurídico, porque existen antes de su incorporación en este. El sistema jurídico los contempla por medio de las categorías que deben ceñirse al campo cognoscitivo de su propio sistema. Todo precepto del derecho natural en la ciencia jurídica no “entra ‘en bruto’, como no entra en bruto ningún ente, ni ningún fenómeno físico a la ciencia física”²⁹. Estos intereses, objeto de protección del derecho, nacen de múltiples formas de interacción que se producen entre los individuos en el sistema social. De este modo, las acciones de los agentes con la naturaleza se entrelazan creando diversas situaciones de peligro, en las que el resguardo de sus intereses entra en conflicto o impone deberes a los agentes³⁰. En esta concepción de estado de necesidad suele darse la permisividad de la acción por la preponderancia de

(Córdoba, Universidad Nacional, Dirección General de Publicaciones, 1982), p. 144. Así, se evita caer en un positivismo jurídico que solo reconoce la primacía de disposiciones jurídicas. Por tanto, ciertas consideraciones o reglas del Derecho natural tienen fundamento en verdades relativas a los seres humanos, sus circunstancias o propósitos que son un contenido mínimo que permite esta interacción entre el derecho y la moral, HART, Herbert, *The concept of law* (Oxford, Clarendon Press, 1967), pp. 189-195; SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Derecho y moral. ¿Tenemos obligación moral de obedecer el derecho?* (2^a ed., Valparaíso, Edeval, 1999), p. 54. Asimismo, si bien el positivismo logra separar con claridad el derecho de la moral, es gracias a esta que el derecho se torna objeto de crítica desde la ética, KINDHÄUSER, Urs, *Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal*, en *Derecho y Humanidades* 1 (2010) 16, pp. 32 ss. [<http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/16003/16518> , visitado el 15.05.2014]. Sin embargo, no debemos dejar de considerar que el Derecho debe evitar introducirse en zonas intangibles propias del pensamiento o la libertad de conciencia en lo que concierne a los deberes internos. Deberes en los cuales recae, a propósito de la filosofía kantiana, el “peso de la calificación moral en la intencionalidad, en el obrar por estímulo del deber”, DÍAZ, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho* (Madrid, Taurus Humanidades, 1992), p. 18.

²⁹ GHIRARDI, *Lecciones*, cit. (n. 32), p. 144.

³⁰ En cuanto a la colisión de deberes (*Pflichtenkollision*) como un caso de estado de necesidad, debemos señalar que es una materia discutida en la dogmática alemana. Así, es dominante la idea de que solamente se da cuando existen dos deberes respecto de los cuales solo es posible satisfacer uno de ellos. Por esto, se la ha considerado como una especie de estado de necesidad, véase BAYÓN, Juan Carlos, *Los deberes positivos y la determinación de sus límites (Observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés)*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 3 (1986), pp. 35-54, *passim* [<http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-deberes-positivos-generales-y-la-determinacin-de-sus-lmites--observaciones-al-articulo-de-ernesto-garzn-valds-0/> , visitado el 03.03.2015]. En tal contexto, cabe agregar que en la colisión de deberes de igual entidad la teoría de la neutralización es minoritaria, porque el Derecho “invariablemente decide cuál es el deber que prevalece ante la situación de conflicto”, GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Cultura y delito* (Bogotá, Temis, 2010), p. 22.

los intereses salvados. La preponderancia del interés depende del análisis de la situación de peligro y del medio utilizado por el agente para resguardar sus propios intereses o incluso los de un tercero relacionado³¹.

En esta línea, el art. 10 N° 11 dispone en su encabezado: *el que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero*³². El acto en estado de necesidad está ajustado al ordenamiento si sirve para la protección de un interés preponderante. Esta consideración se puede desprender de la circunstancia tercera, de la disposición en comento, que dispone *que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita*, de donde la doctrina desprende la posibilidad de tres variantes³³. La primera variante es que el mal causado sea inferior al que se pretende evitar; la segunda es la equivalencia entre estos males, y la tercera, que el mal causado sea superior al que se pretende evitar, pero no *sustancialmente*. En la primera variante tiene lugar la consideración del principio del interés preponderante. Ahora

³¹ Esta idea es manifiesta en el art. 10 N° 11 del CP chileno. En el modelo alemán este auxilio se restringe en el caso de su estado de necesidad exculpante del § 35. Tal disposición solo permite el auxilio a un tercero relacionado con el agente. Si bien esta idea del auxilio de terceros no relacionados se reconoce en la filosofía moral, no está de forma expresa en el ordenamiento jurídico penal alemán. En el modelo suizo se destaca esta propiedad en el art. 34 del 21 de diciembre de 1937, modificado el 5 de octubre de 1950, relativa al estado de necesidad, recogida por el art. 10 N.° 11, véase CURY, *El estado*, cit. (n. 16), pp. 251-252; ACOSTA SÁNCHEZ, Juan Domingo, *Artículo 10 N.°s 7° y 11° del Código Penal. Algunos criterios de delimitación*, en VAN WEEZEL, Alex (ed.), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago, LegalPublishing, 2013), p. 696, entre otros. Así, nuestra disposición reconoce “la posibilidad de una exculpación por estado de necesidad en una situación de peligro para bienes fundamentales de personas no estrechamente vinculadas con el autor de la respectiva acción de salvaguarda”, a diferencia de lo previsto en el Código penal alemán, MAÑALICH, Juan Pablo, *El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal Chileno*, en VAN WEEZEL, Alex (ed.), cit (n. 31), p. 735.

³² Énfasis añadido.

³³ Véase HERNÁNDEZ, *Comentario*, cit. (n. 15), p. 272; SANTIBÁÑEZ TORRES, M. Elena – VARGAS PINTO, Tatiana, *Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas*, en *Revista de Derecho* 38 (2011) 1, pp. 193 - 207 [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372011000100013&script=sci_arttext , visitado el 23.05.2014], pp. 200-201; OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *Aborto y justificación*, en *Revista Chilena de Derecho* 39 (2012) 2, p. 340. Situaciones en las cuales se debe ponderar entre el mal causado y el que se pretende evitar, véase ACOSTA, *Artículo 10 N.os 7°*, cit. (n. 35), p. 705; SEPÚLVEDA, *Algunas consideraciones*, cit. (n. 35), pp. 180-181; FUENTES, *La ponderación*, cit. (n. 16), p. 57; VARGAS PINTO, Tatiana, ¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante del artículo 10 N° 11, en: VAN WEEZEL, Alex (editor): *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago, LegalPublishing, 2013), p. 761.

bien, la regulación del art. 10 N° 11 se extiende no solo respecto de la protección de la vida o el cuerpo, sino también de cualquier otro derecho del agente o un tercero. La extensión ha generado una polémica en torno a la pregunta de si la disposición podría dar lugar a una vulneración de los derechos fundamentales. Metodológicamente, en la ponderación de intereses existen diferentes posiciones³⁴. Pero en la actualidad identificamos dos tesis importantes en el ejercicio de esta ponderación. La primera pretende construir un puente normativo con la postura contractualista de Rawls, para explicar la justificación desde el principio de solidaridad. Lo rescata en la doctrina nacional, criticando con fuerza el principio del interés preponderante, Wilenmann³⁵. Otro sector advierte la validez del principio del interés preponderante.

Wilenmann llega a sostener que “la discusión respecto del fundamento del estado de necesidad muestra que cualquier tratamiento del estado de necesidad justificante y en general del sistema de derechos de necesidad requiere claridad, ante todo, respecto del conflicto que este supone. El concepto de solidaridad constituye una forma de designación de este conflicto —esta es su función sistemática—, antes que una forma de solución. Considerado de cerca, la solución del conflicto es, en realidad, interna a este y no simplemente externa. Con ello, pese al valor del mantenimiento de la distinción entre dos funciones del concepto de solidaridad, se trata

³⁴ Campo en el cual se han propuesto diferentes criterios para la resolución del conflicto. Podemos destacar que en el modelo nacional se ha recogido la propuesta de Roxin en SEPÚLVEDA, *Algunas consideraciones*, cit. (n. 35), pp. 181 y ss. Por otra parte, también se considera el criterio de Zaffaroni en ACOSTA, *Artículo 10 N.os 7°*, cit. (n. 35), p. 705. Último criterio que considera en un conflicto propio del estado de necesidad: “a) la jerarquía del bien jurídico, b) la intensidad de la afectación, sea por daño o peligro, y, en el primer caso, si la destrucción del bien fue total o parcial, permanente o pasajera, c) el grado de proximidad del peligro del mal que se evite o se puede evitar [...]”, ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.*, *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002), p. 635. Otros consideran también el criterio de Soler: VARGAS, ¿Tiene la necesidad, cit. (n. 37), p. 761. Este sostiene que “la moderna teoría del estado de necesidad [se] [sostiene] sobre la base de la comparación estimativa de los bienes que caen en conflicto”, SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino* (5ª ed., Buenos Aires, Tea, 1992) II, p. 120. Ello permitiría, según el autor, distinguir el caso de coacción del estado de necesidad, véase GRISOLÍA, Francisco, *Código Penal Tipo para Latinoamérica. Parte General*, I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1973) II, p. 283.

³⁵ Véase WILENMANN *El fundamento*, cit. (n. 1), *passim*. Por su parte, se observa también una posición similar en MERKEL, *La filosofía*, cit. (n. 20), p. 196. Respecto de los aportes de esta última postura en la dogmática penal, véase PAWLIK, *Der rechtfertigende*, cit. (n. 10), pp. 67-69.

en realidad de un concepto unitario³⁶. Para Wilenmann, la solidaridad tendría una funcionalidad negativa y una de fundamentación en sentido estricto. La primera apuntaría a la “posición axiológica-sistemática de las instituciones determinadas por este (en materia penal ante todo estado de necesidad y omisión de socorro): son excepciones a la estructura general del derecho derivada de una comprensión individual de la autonomía³⁷. En cambio, la de fundamentación en sentido estricto, a “designar el conjunto de razones que fundamentan el reconocimiento de excepciones a la estructuración formal general del derecho en las condiciones fijadas por el estado de necesidad³⁸”.

El comportamiento del agente en el estado de necesidad, como lo establece el art. 10 N° 11, debe tener por objeto evitar un *mal grave*. Gravedad del mal que tiene por limitación que el mal causado no sea *sustancialmente* superior al que se pretenda evitar. Este elemento normativo representa una contraposición entre el mal causado y el mal evitado que presupone la existencia de un conflicto entre males. Pero por qué hablamos de un conflicto de interés si la disposición del art. 10 N° 11, a diferencia del § 34 del modelo alemán, utiliza la palabra *mal*. Posiblemente, podríamos quedarnos con la idea de que este problema es meramente terminológico, porque el concepto de mal tendría la pretensión de no caer en una mera comparación de bienes como en el modelo alemán³⁹. También es evidente que en caso de cualquier conflicto de interés se debe elegir el mal menor para justificar la conducta, considerando todas las circunstancias del caso que el derecho contemple. Pero la materia es más compleja, porque si la “lógica del mal menor [...] no se filtra adecuadamente, resulta perversa⁴⁰. Perversión que podría dar lugar a todo trato inhumano en resguardo de intereses jurídicamente reconocidos. Por ello, si la ponderación se centra solo en los bienes jurídicos, se enfoca en la “superficie del problema [sin considerar] *todo* lo que está en juego [...]”⁴¹.

³⁶ Véase WILENMANN *El fundamento*, cit. (n. 1), p. 239.

³⁷ WILENMANN *El fundamento*, cit. (n. 1), p. 235.

³⁸ WILENMANN *El fundamento*, cit. (n. 1), p. 235. Por su parte, se observa también una posición similar en MERKEL, *La filosofía*, cit. (n. 20), p. 196. Respecto de los aportes de esta última postura en la dogmática penal, véase PAWLIK, *Der rechtfertigende*, cit. (n. 10), pp. 67-69.

³⁹ CÓRDOBA RODA, Juan; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal* (Barcelona, Ariel, 1972) I, pp. 287 y ss.

⁴⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, *Estado*, cit. (n. 21), p. 126.

⁴¹ MOLINA FERNÁNDEZ, *Estado*, cit. (n. 21), p. 28, nota 31. En la doctrina nacional respecto de una ponderación de intereses que no sea meramente atingente a los bienes en conflicto, véase COUSO, *Código*, cit. (n. 15), pp. 260-261; CURY, Enrique, *Derecho*, cit. (n. 16), pp. 380-381; ETCHEBERRY, *Derecho*, cit. (n. 16), p. 29, entre otros.

En el conflicto de intereses que nos presenta el art. 10 N^o 11 no existe uno que tenga una superioridad incuestionable, aunque se exige la gravedad del que se busca evitar. Todos los intereses pueden ser objeto de ponderación o restricción en situaciones de peligro. Sin embargo, existirían principios que orientarían esta ponderación, reconociendo entre estos a la dignidad humana con un núcleo esencial que no puede ser vulnerado. El problema está en determinar cuál es ese núcleo. En este contexto, podría llamarnos la atención que todo interés puede ser ponderado e incluso llevarnos a pensar que habría prohibiciones morales virtualmente absolutas que existirían solo en atención a las consecuencias de nuestros actos. Posición que se sostiene por algunos consecuencialistas o proporcionalistas en el caso del bombardeo estratégico que tiene por objeto terminar la guerra teniendo por consecuencia la muerte de civiles inocentes⁴².

Sin embargo, si bien la dogmática reconoce que en situaciones de extrema necesidad sería posible matar a un tercero inocente, ello no implica transformar la ilicitud del homicidio en un acto lícito. Así pues, se ha sostenido en la escolástica el principio “*extrema necessitas non tollit malitiam actus homicidio* [...]”⁴³. Asimismo, en la filosofía alemana podemos observar

⁴² Véase McCORMICK, Richard, *El principio del doble efecto* (traducción castellana de de A. GOÑI, Navarra, Verbo Divino, 1976), p. 578; McCORMICK, Richard, *Ambiguity in Moral Choice*, en McCORMICK - RAMSEY (eds.), *Doing Evil to Achieve Good. Moral Choice in Conflicts Situations* (Chicago-Illinois, Loyola University Press, 1978), pp. 38, 41 y 45. En este contexto, es importante señalar que la teoría consecuencialista se diferencia del utilitarismo. Toda postura consecuencialista requiere de dos etapas. La primera es definir qué se entiende por bueno y la segunda consiste en determinar cómo maximizar lo bueno. Así pues, todo recae en cómo se defina lo bueno. Por ello, una posición consecuencialista se podría diferenciar del utilitarismo al adoptar premisas que difieran de la máxima utilitarista. Una postura consecuencialista podría considerar la importancia de la dignidad humana en una situación de peligro, con independencia del bienestar que implica para la mayoría o la sociedad la decisión de terminar con la vida de un menor número de inocentes en una situación de necesidad. En la actualidad, es dominante la idea de que la ponderación en el estado de necesidad no se restringe a la consideración meramente de los bienes en conflicto, sino de todos los factores involucrados, véase MOLINA FERNÁNDEZ, *Estado*, cit. (n. 21), p. 125; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, *Caso de los dos psiquiatras en el III Reich*, en SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal* (2.^a ed., Madrid, La Ley, 2011), pp. 187-188.

⁴³ COVARRUBIAS, Diego de, *Tandem in Reg. peccatum. de regu. iur. lib. 6.*, en *Omnium operum, tomus secundus* (Turín: Augustae Taurinorum, apud Ioan. Dominicum Taurinum, 1594), p. 480, en: <http://digibug.ugr.es/handle/10481/10272> [visitado el 22.08.2014]; VON WEBER, *Influencia de la literatura jurídica española en el Derecho penal común alemán*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 23 (1953), pp. 717 – 736, p. 732, en: <http://www.google.es/url?sa=t&rcrt=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCkQFjAB&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2F>

el mismo principio que, a propósito de la tabla de salvación, establece que no puede haber necesidad alguna que transforme en lícito lo que es injusto en la metafísica de las costumbres de Immanuel Kant⁴⁴. No obstante, para ciertos autores consecuencialistas estas prohibiciones deónticas no son relevantes, porque pueden ser vulneradas cuando las consecuencias reporten un mayor beneficio evitando un mal mayor⁴⁵. Por ello, para algunos consecuencialistas no existen principios deónticos o incluso un núcleo esencial propio de la dignidad humana. Los agentes pueden ser reducidos desde esta perspectiva a la condición de instrumentos. En cambio, la concepción clásica del derecho natural sostiene que toda acción que instrumentalice al hombre es en sí misma mala estando prohibida. Prohibiciones que constituyen una defensa de la dignidad humana⁴⁶.

IV. PONDERACIÓN DE INTERESES: UNA MIRADA UTILITARISTA

El estado de necesidad, como conflicto de intereses, lleva a una ponderación para determinar cuál debe prevalecer. Este criterio reconoce la existencia de ciertas pretensiones que entran en pugna en casos de necesidad. Espacio en el cual se admite la preponderancia de un interés para evitar un mal mayor. Estos intereses entran en un espacio de interacción donde el ordenamiento jurídico considera su protección. Si bien todos esos intereses son válidos, uno debe subsistir en menoscabo del resto. El análisis de la resolución de este conflicto podría llevarnos a diversas conclusiones que, dependiendo de las premisas filosóficas adoptadas, podrían prescribir qué interés podemos afectar.

Toda ponderación de intereses se realiza desde un paradigma que exige considerar ciertos principios o mirada de la disciplina. Respecto de los paradigmas debemos indicar que en las ciencias sociales tienen correlación con aquella perspectiva que guía el análisis del derecho jurídico penal. Existen diferentes paradigmas que dominan el derecho penal. Así, los trabajos de Durkheim inciden en el funcionalismo norteamericano y simbólico que

titulo%2F2051402.pdf&ei=2Zho-VerqPIS0Ub6YgfgD&usg=AFQjCNF8A_eIO-e7j-YPOSCtCCpWgDXapQ& bvm=bv.94455598,d.d24 [visitado el 22.10.2014].

⁴⁴ Véase KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, en KÖNIGLICH PREUSSISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN (ed.), *Kants Werke. Akademie-Textausgabe* (Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1968) VI, p. 236.

⁴⁵ Véase MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, *Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa*, en *Revista Médica Chile* 140 (2012), p. 264 [http://www.scielo.cl/pdf/rmc/v140n2/art17.pdf, visitado el 15.06.2014].

⁴⁶ Véase DE AQUINO, Santo Tomás, *Suma de Teología III. Parte II-II (a)* (traducción castellana de Emilio García Estébanez, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2005), p. 608 II-II, q. 79, a. 2, c.

posteriormente asumen Luhmann y Habermas. Tradición de pensamiento que adquiere relevancia en la doctrina jurídico-penal alemana no solo en el debate de la teoría de la pena, sino también en la forma de comprender los problemas de nuestra disciplina⁴⁷. Por su parte, en la Sociología se ha planteado la idea de poder identificar tres paradigmas (el paradigma de los hechos sociales, de la definición social y de la conducta social)⁴⁸. Por ello, el hecho de afirmar que frente a un interés preponderante existe una justificación, evitando un mal mayor al que se pretende causar, requiere un estudio más acabado de la perspectiva que orienta dicha ponderación⁴⁹.

Wilenmann ha dirigido, en su artículo “El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno...”, una crítica general contra la dogmática nacional. Indica que semejante razonamiento para evaluar la justificación de las acciones en estado de necesidad responde al utilitarismo clásico. En particular, sostiene que la distinción que subyace a la selección de un mal menor –la distinción entre mal causado y evitado– carece de relevancia en la resolución de casos de estado de necesidad y debe, por tanto, ser excluida, para evitar adoptar una posición utilitarista y razonar, en cambio, desde el principio de solidaridad el estado de necesidad justificante⁵⁰. Wilenmann critica la teoría de la ponderación total de intereses –como anunciamos recientemente– por ser imprecisa respecto del contenido del principio del interés preponderante. Para este, la idea del interés preponderante manifiesta una tautología, porque “la acción preferible debe ser preferida, lo que debe ser determinado por consideración de todo lo que debe ser considerado”⁵¹. Asimismo, agrega que sus seguidores comprenden “esto como aplicación de la idea del ‘mal menor’, lo que parece ser expresivo de una interpretación utilitarista”⁵².

También se ha vinculado el principio del mal menor a una doctrina

⁴⁷ Véase FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Normativización del derecho penal y realidad social* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), 2007, p. 7. en

⁴⁸ Véase RITZER, George, *Teoría sociológica clásica* (3^a ed., Madrid, McGraw Hill, 2001), pp. 569-578.

⁴⁹ El juez debe enfrentar una tarea en la cual existe un espacio analógico a la moral por medio de la consideración intersubjetiva del principio de autonomía de la persona, el principio de inviolabilidad de la persona y el principio de la dignidad humana, NINO, Carlos S., cit. (n. 17), pp. 25-33. Como señala GADAMER, Hans Georg, *Verdad y Método* (11^a ed., Salamanca, Ediciones Sígueme, 2005) I, p. 392: “Aristóteles reconoce que también el profesor de ética – y en su opinión esto vale para todo hombre como tal – se encuentra siempre en una determinada vinculación moral y política desde la cual gana su imagen de las cosas”.

⁵⁰ WILENMANN, *El fundamento*, cit. (n. 1), pp. 220-224.

⁵¹ WILENMANN, *El fundamento*, cit. (n. 1), p. 228, n. 36.

⁵² WILENMANN, *El fundamento*, cit. (n. 1), p. 228, n. 36.

utilitarista en el trabajo de Varona titulado *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de justicia*. Interpretación utilitarista que desconoce otra mirada del principio, más allá de una sola comparación de males⁵³. La relación exclusiva del mal menor con una posición utilitarista no es algo reciente en la dogmática penal. Existe evidencia de ella en la obra sobre el estado de necesidad de Moriaud, quien en 1889 consideró que de la sola lectura del art. 8. 7 del CP español de 1870, alusivo al estado de necesidad presente en nuestro art. 10 N° 7, y del art. 8.10 del mismo Código, relativo al obrar impulsado por miedo insuperable *de un mal mayor*, reconocido en nuestro art. 10 N° 9, que no menciona al mal mayor, se podría inferir el enfoque utilitarista de Bentham.

Moriaud estableció que las disposiciones en comento son una reproducción exacta de las ideas de Bentham, porque aluden al concepto de mal menor, igual o superior⁵⁴. Para llegar a esta conclusión, Moriaud únicamente hace referencia al *Tratado de Legislación Civil y Penal* de Bentham, donde este indicó que “para que la repulsión de un mal mayor sea un medio de justificar el mal menor, es necesario acreditar tres puntos esenciales que son la certeza del mal que se quiere remediar; la falta absoluta de otro medio menos costoso; y la eficaz certeza del que se emplea [...]”⁵⁵. Se conecta también con la idea de que “para juzgar [...] una ley, no se debe examinar si viola la libertad, sino si el mal que hace por esta parte es mayor o menor que el bien que produce por otros caminos”⁵⁶. Sin embargo, esta conexión de las disposiciones con el pensamiento de Bentham requiere un análisis más acabado, porque se podría cometer un error material que omita considerar toda la situación y niegue preguntarse si la búsqueda del mal menor es únicamente atingente a una moral utilitarista⁵⁷.

⁵³ Presentan una lectura exclusivamente utilitarista del principio del mal menor en el caso de la eximente del miedo insuperable, VARONA, *El miedo insuperable*, cit. (n. 3), pp. 17-20. Sin embargo, en la doctrina nacional se sostiene que “la lógica del ‘mal menor’ [...] no es patrimonio del consecuencialismo, pues incluso los planteamientos más fuertemente deontológicos reconocen esta lógica del mal menor”, VAN WEEZEL, Alex, *Necesidad justificante*, cit. (n. 3), p. 219.

⁵⁴ MORIAUD, *De la justification*, cit. (n. 4), p. 243.

⁵⁵ BENTHAM, Jeremy, *Compendio de los tratados de legislación civil y penal* (2ª ed., traducción castellana de Joaquín Escriche, Madrid, Librería de la viuda de Calleja e hijos, 1893), p. 18.

⁵⁶ BENTHAM, Jeremy, *Compendio*, cit. (n. 52), p. 47.

⁵⁷ La omisión puede suponer una petición de principios. Pues bien, el inferir que el solo hecho de hablar de un mal menor o de la ponderación de males es equivalente al utilitarismo clásico parece apresurado, de no indagar en las interpretaciones que se han entregado al principio del mal menor en la filosofía moral, véase CORRAL TALCIANI, Hernán, *Cómo hacer una tesis en derecho. Curso de metodología de la investigación*

El principio del interés preponderante es un criterio de razonamiento “en situaciones de conflicto [donde] el Derecho debe racionalmente inclinarse por el mal menor [en] cualquier propuesta de justificación [...]”⁵⁸. Considerando esta premisa, nos parece que debemos indagar aún más acerca de los fundamentos filosóficos de la ponderación de intereses; es decir, en el razonamiento lógico del mal menor. Ello, con el objeto de demostrar que esta premisa es una guía razonable, no necesariamente vinculada al utilitarismo clásico.

Primero, se expondrá cuándo es posible considerar que la distinción entre un mal mayor o menor responde al utilitarismo clásico y bajo qué consideraciones no lo haría; segundo, se responderá al argumento de por qué es posible considerar la ponderación desde otra perspectiva no utilitarista que respete el núcleo de la dignidad humana, aceptando la existencia de un conflicto de intereses en el estado de necesidad. Para estos efectos consideraremos el sacrificio de la vida humana de inocentes. Estimamos que esta prohibición deóntica es uno de los conflictos en que se puede observar con mayor claridad diferencias entre ambas posturas, porque en el campo jurídico-penal es complejo diferenciar la teoría final de la acción de la teoría causal de la acción, pues con el paso del tiempo estas corrientes se han fusionado en exceso⁵⁹. Asimismo, en el campo de la filosofía moral podemos observar que no siempre es necesaria una aplicación o diferenciación de la intención del efecto de la acción en casos en los que se vulneren bienes como la propiedad. Existen diversas situaciones en que una razón proporcionada será suficiente para justificar la realización del acto⁶⁰

Respecto del primer punto, debemos señalar que en el principio del

jurídica (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), p. 53; ALONSO DE LA VERA CRUZ, Fray, *Libro de los elencos sofísticos* (traducción castellana de Mauricio Beuchot, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1989), pp. 27-29.

⁵⁸ MOLINA, *Estado*, cit. (n. 21), p. 125.

⁵⁹ Respecto a la complejidad de diferenciación conceptual entre la teoría final y causal de la acción, véase BACIGALUPO, Enrique, *Técnica de resolución de casos penales* (2^a ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1990), pp. 34-35. 4. Por su parte, en el entendido que la lógica deóntica resulta adecuada en el análisis de normas jurídicas y morales, en su semántica se observan, entre otros, tres tipos de operadores: (a) aléticos (necesidad, posibilidad e imposibilidad), (b) epistémicos (conocimiento y creencia) y (c) deónticos (prohibido, obligatorio y permitido). Por ello, la expresión *prohibición deóntica* pretende diferenciar el operador prohibido de lo permitido u obligatorio. Asimismo, se reconoce la prohibición y la permisón como un estatus deóntico en MAÑALICH, Juan Pablo, *Normas permisivas y deberes de tolerancia*, en *Revista Chilena de Derecho* 41 N.º 2 (2014), p. 474 [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000200005], visitado el 20.05.2015].

⁶⁰ Véase FINNIS, John, *Intention in Tort Law*, en: OWEN, David G. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, (Oxford, Clarendon Press, 1995), pp. 229-247; MIRANDA

mal menor existen dos posiciones interpretativas⁶¹. La primera considera la existencia de prohibiciones deónticas en el ejercicio de la selección del mal menor; es decir, la existencia de un núcleo esencial en la dignidad humana que no puede ser vulnerado. Elemento imprescindible en la resolución de casos de estado de necesidad⁶². La segunda posición considera que el comportamiento del agente no está moralmente sometido a obligaciones ni a sus propias decisiones, con independencia de la responsabilidad de su

MONTECINOS, Alejandro, *El principio del doble efecto*, (Hildesheim, Georg Olms Verlag, 2014), p. 181, nota 501.

⁶¹ CUERVO, Fernando, *Principios morales de uso más frecuente. Con las enseñanzas de la Encíclica «Veritatis splendor»* (3ª ed., Madrid, Rialp, 1995), pp. 17-18. En este contexto, podría objetarse a nuestro análisis el utilizar la Encíclica *Veritatis splendor* como fuente de la dogmática penal, porque es ajena a una moral intersubjetiva, propia de un Derecho penal liberal o democrático, véase NINO, Carlos S., cit. (n. 17), pp. 26 y 32-33. Sin embargo, esta referencia solo pretende explicar el dualismo que existe en el origen del principio del mal menor, en atención a los parámetros de una tradicional moral clásica. Es decir, en lo que concierne a una mirada no utilitarista del principio. Asimismo, nuestra línea de interpretación analítica no dista de la propuesta de Hruschka u otros autores en la dogmática. El solo hecho de citar un autor que un tratamiento del principio del mal menor, en consonancia a una Encíclica, no vuelve impertinente el trabajo. De ahí que debamos recordar que, con ocasión de la publicación de la Encíclica *Humanae Vitae*, de Pablo VI, Finnis coincidió con Goodhart, predecesor de Hart, en la cátedra de *Jurisprudence* y editor de la *Law Quarterly Review*. Goodhart le solicitó a Finnis una nota explicativa sobre la Encíclica. Este aceptó y la obra fue publicada en dicha revista. También debemos indicar que la obra *Ley Natural y Derechos Naturales* de Finnis fue escrita para Hart, es decir, un positivista. Finnis en esta obra trata los estudios de la moral, el derecho y la política. El año 1977 Hart recibió el capítulo relativo a Dios que le impactó —al ser ateo—, y sugirió fuese parte de un apéndice. Finalmente, este apéndice ocupó el Capítulo XIII de la obra. Este trabajo es publicado en 1980, trece años después de haber sido encargado por Hart, véase el estudio preliminar de la obra de Finnis, realizado por Cristóbal Orrego, en FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000), pp. 10-13.

⁶² En este contexto, entendemos por prohibición deóntica una prohibición ligada al deber. Manifiesta la idea de que el agente debe tomar en cuenta esta prohibición ante cualquier circunstancia o consideración. La formulación es contraria al razonamiento del utilitarismo, que niega la existencia de tales prescripciones, véase GÓMEZ-LOBO, Alfonso, *Los bienes humanos. Ética de la ley natural* (Santiago, Mediterráneo, 2006), pp. 138 y 141; VARONA, *El miedo insuperable*, cit. (n. 3), p. 17. Asimismo, en materia penal aceptamos la idea de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Normas y acciones en Derecho penal* (Buenos Aires, Hammurabi, 2003), p. 20, en el sentido que renunciar “a una interpretación deóntica del Derecho penal conlleva, asimismo, una renuncia al análisis de la racionalidad valorativa de los enunciados jurídico-penales concretos: el Derecho penal —el Derecho en su conjunto— se convierte en un puro fenómeno de poder”.

conducta y consecuencias. En esta postura teleológica, la justificación de la acción proviene solo de la ponderación de bienes concretos⁶³. Esta teoría teleológica, proporcionalista o utilitarista, no aceptaría una prohibición deóntica atingente al núcleo esencial de la dignidad humana.

El problema que presenta esta posición utilitarista no proviene de la selección del mal menor o del principio de ponderación de intereses, sino de un análisis meramente técnico de las situaciones de estado de necesidad, en el cual se contemple únicamente la ponderación de bienes físicos como la propiedad, la salud, la vida, entre otros, sin considerar prohibición deóntica alguna⁶⁴. El utilitarismo distingue entre bienes de orden moral y premoral, físicos u ónticos⁶⁵. En los bienes de orden moral encontramos la prohibición absoluta de matar a un ser humano inocente, la justicia, la prudencia, entre otros principios. En cambio, en los bienes premorales están bienes físicos inmediatos, como la salud, la propiedad, la integridad

⁶³ En la actualidad, es dominante la idea de que la ponderación en el estado de necesidad no se restringe a la consideración meramente de los bienes en conflicto, sino de todos los factores involucrados, véase MOLINA FERNÁNDEZ, *Estado*, cit. (n. 21), p. 125.

⁶⁴ Prohibiciones deónticas que se desprenden en la dogmática jurídico-penal desde una mirada analítica conceptual del idealismo alemán kantiano. Podemos observar que se sostiene esta idea a propósito del aborto en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae*, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-01 (2007), pp. 1 - 18, pp. 01: 15 y 01: 16 [<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf> , visitado el 22.08.2014]. En la dogmática penal se declara también la validez de esta postura en atención a los razonamientos del caso de la Mignonette, el idealismo kantiano y la posición dominante en las jurisdicciones continentales, junto con el fundamento del Tribunal Constitucional alemán en el caso de la Ley de Seguridad Aérea en CHIESA, Luis E., *Caso La Mignonette*, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal* (2a ed., Madrid, La Ley, 2011), pp. 100-101.

⁶⁵ PINCKAERS, S., *Consecuencialismo y proporcionalismo*, en BRUGUÈS, Jean-Louis (coord.), *Enséñame tus caminos para que siga en tu verdad: comentarios y texto de la encíclica "Veritatis splendor" de Juan Pablo II* (Valencia, EDICEP, 1993), pp. 210-211; CUERVO, *Principios*, cit. (n. 57), p. 18; JUAN PABLO II, *Veritatis splendor*, (1993), n. 75 [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_06081993_veritatis-splendor.html , visitado el 22.05.2012]. En el plano jurídico-penal existiría una línea consecuencialista reconocida en el CP modelo norteamericano aprobado por el American Law Institute. Posición que ha recibido una acogida importante en el mundo anglosajón, CHIESA, *Caso*, cit. (n. 61), pp. 101-102; LAFAVE, Wayne R., *Criminal Law* (4.^a ed., St. Paul - MN, Thomson West, 2003), pp. 524-525. Por su parte, en la dogmática alemana ha recibido reconocimiento esta posición consecuencialista en HÖRNLE, Tatjana, *Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal*, en *InDret* 2 (2010), pp. 9 y ss. [http://www.indret.com/pdf/744_es.pdf , visitado el 14.10.2013].

física, etc.⁶⁶ Esta corriente posiciona el análisis del comportamiento del agente únicamente en el ámbito premoral; esto es, en el plano de los bienes físicos, desconociendo la existencia de prohibición deónticas. Plano en el cual se determina si la conducta se encuentra ajustada a las reglas de comportamiento. El peligro de esta posición está en insertar la ponderación solo en el campo de los bienes físicos en el estado de necesidad. Por ello, consideramos que esta postura entrega una lectura parcial del fenómeno en atención a las consecuencias del acto.

Respecto del segundo punto, en cuanto a la dignidad humana, en una guerra podríamos pensar —a modo de ejemplo— que la autoridad puede disponer libremente de la vida de un soldado; sin embargo, no ocurre así, porque el soldado tolera un peligro que no es equivalente a una misión suicida. Si abandonamos toda prohibición deóntica, centrándonos únicamente en los bienes físicos, podemos llegar a soluciones de estas características, que afecten el núcleo esencial de la dignidad humana. El centrarse solo en los bienes físicos llevó a Berner, en el caso de la guerra posiblemente, a cuestionar la idea de que la vida de un inocente sea un derecho sobre los otros derechos. Pues bien, reflexionó que si la autoridad puede enviar a la guerra a un soldado, su vida no podría ser considera-

⁶⁶ En este contexto, en la filosofía política contemporánea se denominan a estas posiciones como “dos universos éticos”, BOBBIO, Norberto, *Teoría General de la Política* (traducción castellana de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Editorial Trotta, 2003), p. 253. En la literatura, usualmente se da la confrontación de estas dos tradiciones en la ponderación de vidas humanas en casos de estado de necesidad, véase CHIESA, Caso, cit. (n. 61), pp. 99-103. Por su parte, en la dogmática penal es posible observar este contraste entre el principio *neccitas legem non habet* y el consecuencialismo formalista en WILENMANN, *El fundamento*, cit. (n. 1), pp. 224-226. Sin embargo, existiría una posición intermedia entre la moral de orden kantiano y consecuencialismo que permitiría ponderar entre vidas humanas que sería el principio del doble efecto: *un tercer universo ético*. Principio que si bien acepta la prohibición de que nunca es lícito matar a seres humanos inocentes permite la ponderación de vidas, siempre que la muerte de los inocentes sea un efecto colateral de la acción del agente que tiene la intención de realizar un acto intrínsecamente bueno, véase GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín - MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, *Sobre la licitud de la destrucción de una aeronave*, en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte* 20 (2013) 2, pp. 351-371, *passim* [<http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v20n2/art13.pdf>, visitado el 03.05.2014]. No obstante, HÖRNLE, *Matar*, cit. (n. 62), p. 11, no observa grandes diferencias entre el principio del doble efecto y el consecuencialismo porque llegan a los mismos resultados, “puesto que en caso de homicidio no intencional, el marco es [...] el [...] consecuencialista [...] sin que [el principio] añada nada nuevo”. Sin embargo, la autora reconoce que en el caso de algunos de sus representantes, como Kamm, Quinn, Foot, entre otros, su planteamiento no puede ser reconducido a un utilitarismo *tosco* de ponderación entre vidas humanas, véase HÖRNLE, *Matar*, cit. (n. 62), p. 7, nota 12, y p. 8, nota 16.

da un derecho absoluto (*ius absolutum*)⁶⁷. Razonamiento que lo indujo a abandonar el idealismo hegeliano que aceptó en el estado de necesidad, en su primer manual de derecho penal⁶⁸. En cambio, Kant dispuso que si bien las plantas y los animales son obras de los hombres que se pueden consumir, utilizar e incluso “destruir (hacer que los maten), parece que también pueda decirse del poder supremo del Estado, del soberano, que tiene el derecho de mandar a la guerra a sus súbditos, que en muy buena medida son producto suyo, como a una cacería [...]”⁶⁹. Luego, agregó que este fundamento jurídico aplicable a los animales “no puede aplicarse en modo alguno al hombre, sobre todo como ciudadano, que [...] ha de dar su libre aprobación [...] a cada declaración de guerra [...]”⁷⁰. Por ello, consideró que únicamente “bajo esta condición restrictiva puede el Estado disponer de él para un servicio peligroso”⁷¹.

Si la preponderancia del interés parte de la premisa de que el agente puede realizar cualquier acción, con el propósito de evitar un mal mayor, podría afectar la dignidad humana⁷². De este modo, sería posible *justificar* matar directamente a un inocente que, cargado con un cinturón de dinamita por la acción de un terrorista, se dirige hacia un grupo de civiles, sin intentar mediación alguna con el terrorista que lo utiliza, con el propósito de la liberación de un prisionero miembro de su banda. De esta forma, la aceptación de la occisión directa de un inocente podría constituirse en un modelo de razonamiento dominante. Esa rigidez podría llevar a comprender la resolución de casos de necesidad en términos puramente numéricos; y así, si bien lo que se pretende es salvar un mayor número de personas, no es menos cierto que la decisión representa un paradigma

⁶⁷ BERNER, Albert Friedrich, *De impunitate propter summam necessitatem proposita* (Beronini, Schade, 1861), p. 9 [http://books.google.cl/books?id=bAZEAAAAcAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false], visitado el 22.08.2014].

⁶⁸ BERNER, *Lehrbuch*, cit. (n. 11), p. 127.

⁶⁹ KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres* (traducción castellana de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho (4.^a ed., Madrid, Tecnos, 2005), p. 184.

⁷⁰ KANT, *La metafísica*, cit. (n. 67), p. 184.

⁷¹ KANT, *La metafísica*, cit. (n. 67), p. 184. La argumentación kantiana ha recibido soporte entre penalistas de la tradición continental. Por ello, no podría instrumentalizarse la vida de las personas, porque afectaría su dignidad. Comparten esta tendencia ZAFFARONI, *Derecho*, cit. (n. 38), p. 631; OSSANDÓN WIDOW, *Aborto*, cit. (n. 33), p. 357; SEPÚLVEDA, *Algunas consideraciones*, cit. (n. 35), pp. 181-182; ACOSTA, *Artículo 10 N.os 7º*, cit. (n. 35), pp. 706-707.

⁷² MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, *El sentido de la regla ciceroniana minima de malis eligenda y el problema del uso profiláctico del condón*, en *Teología y Vida* LIV (2013), pp. 157 - 170, p. 158, [<http://www.scielo.cl/pdf/tv/v54n1/art06.pdf>], visitado el 22/02/2015].

consecuencialista que merma el ejercicio de una acción subsidiaria. Por otra parte, en aquellos supuestos de necesidad en que no se den estandarizados los factores de decisión habrá que estar, frente a una inasible demarcación rígida de los eventos, a la concreta forma de control que adopte el agente: en la medida que consiga un grado de intervención acorde a la regla de comportamiento.

En la ponderación de intereses, desde una perspectiva utilitarista, no se requiere de prohibiciones deónticas, porque son virtuales en atención a las consecuencias de la acción. Esta debe procurar evitar el quebrantamiento solo de una máxima: evitar un mal mayor por medio de cualquier acción. Así, se justifica la acción si se sigue de ella un incremento del bienestar social⁷³. En suma, cuando la ponderación de intereses se restringe exclusivamente a una ponderación de bienes físicos, se corre el riesgo de reducir la aplicación del estado de necesidad a una declaración de buenas intenciones en la cual podría, prácticamente, justificarse cualquier conducta.

V. CONCLUSIONES Y BALANCES

El principio del interés preponderante, en lo relativo a la distinción entre un mal mayor o menor, puede responder tanto a una perspectiva utilitarista como moral tradicionalista. Si el principio del interés preponderante considera solo bienes jurídicos en concreto, físicos o materiales, responde a una mirada utilitarista que genera por consecuencia una ponderación meramente esquemática. Esta ponderación dejaría fuera una multiplicidad de factores, necesarios de sopesar, en el estado de necesidad.

Por esta razón es que el conflicto de bienes o derechos, al cual se alude en los orígenes del principio del interés preponderante, no comprende únicamente bienes jurídicos inmediatos. Así, inferir del solo hecho de la ponderación de males un equivalente al utilitarismo, constituye una petición de principios en lo que concierne al principio del interés preponderante. La interpretación utilitarista del principio no proviene de la selección del mal menor, sino de una mera ponderación de bienes físicos como la propiedad, la salud, la vida, entre otros, sin considerar la existencia

⁷³ RENZIKOWSKI, Joachim, *Notwehr und Notstand* (Berlin, Duncker Humblot, 1994), pp. 42 y 202 y ss.; FRISCH, Wolfgang, *Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien*, en PAEFFGEN et al. (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe* (Berlin, Duncker Humblot, 2011), p. 438; MEISSNER, Andreas, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)* (Berlin, Duncker & Humblot, 1990), pp. 107-112; WILENMANN, *Fundamentos*, cit. (n. 1), p. 227.

de prohibiciones deónticas. Prohibiciones que adquieren importancia en casos en que no sea suficiente una razón proporcionada.

Si la preponderancia del interés parte de la premisa de que el agente puede realizar cualquier acción, con el propósito de evitar un mal mayor, podría afectar el núcleo esencial de la dignidad humana. De este modo, sería posible justificar matar directamente a un inocente, dependiendo la valoración de la acción solo desde sus consecuencias. En esta línea, las prohibiciones deónticas, desde una perspectiva utilitarista, son virtuales absolutas dependiendo de las consecuencias de la acción. Por último, la perspectiva utilitarista debe procurar evitar el quebrantamiento solo de una máxima: evitar un mal mayor por medio de cualquier acción. La acción se justifica si de ella se sigue un incremento del bienestar social. Por ello, si el principio del interés preponderante se restringe únicamente a una ponderación de bienes físicos, se corre el riesgo de reducir la aplicación del principio a una declaración de buenas intenciones, en la cual podría, prácticamente, justificarse cualquier conducta en el estado de necesidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA SÁNCHEZ, Juan Domingo, *Artículo 10 N.os 7º y 11º del Código Penal. Algunos criterios de delimitación*, en VAN WEEZEL, Alex (ed.), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago, LegalPublishing, 2013).
- ALONSO DE LA VERA CRUZ, Fray, *Libro de los elencos sofísticos* (traducción de Mauricio Beuchot, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1989).
- BACIGALUPO, Enrique, *Técnica de resolución de casos penales* (2.^a ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1990).
- BAYÓN, Juan Carlos, *Los deberes positivos y la determinación de sus límites (Observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés)*, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 3 (1986), pp. 35-54 [<http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-deberes-positivos-generales-y-la-determinacin-de-sus-lmites--observaciones-al-articulo-de-ernesto-garzn-valds-0/>], visitado el 03.03.2015].
- BENTHAM, Jeremy, *Compendio de los tratados de legislación civil y penal* (2.^a ed., traducción castellana de Joaquín Escriche, Madrid, Librería de la viuda de Calleja e hijos, 1893).
- BERNER, Albert Friedrich, *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes* (Leipzig, Tauchnitz, 1857).
- BERNER, Albert Friedrich, *De impunitate propter summam necessitatem proposita* (Berolini, Schade, 1861) [http://books.google.cl/books?id=bAZEAAAACAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false], visitado el 22.08.2014].
- BOBBIO, Norberto, *Teoría General de la Política* (traducción castellana de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Editorial Trotta, 2003).
- BOCKELMANN, Paul, *Hegels Notstandslehre* (Berlín, De Gruyter & Co., 1935).
- CASTILLO, Juan Pablo, *El estado de necesidad del artículo 10 N° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa*, en *Política criminal* 11 (Diciembre 2016) 22, Art. 1, pp. 350 - 351 [http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A1.pdf], visitado el 24/01/2017].

- CHIESA, Luis E., *Caso La Mignonette*, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, (2.ª ed., Madrid, La Ley, 2011).
- COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO, *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora, con un estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, (Valparaíso, Edeval, 1974).
- CÓRDOBA RODA, Juan – RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, (Barcelona, Editorial Ariel, 1972), I.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Cómo hacer una tesis en Derecho. Curso de metodología de la investigación jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008).
- COUSINO MAC IVER, Luis, *Derecho penal chileno. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979), II.
- COUSO SALAS, Jaime, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2006).
- COUSO SALAS, Jaime, *Comentario al art. 10 N° 10 del Código Penal*, en COUSO, Jaime – HERNÁNDEZ, Héctor (dirs.), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, LegalPublishing, 2011).
- COVARRUBIAS, Diego de, *Tandem in Reg. peccatum. de regu. iur. lib. 6.*, en *Omnium operum, tomus secundus*, (Turín, Augustae Taurinorum, apud Ioan. Dominicum Tarinum, 1594) [<http://digibug.ugr.es/handle/10481/10272> , visitado el 22.08.2014].
- CUERVO, Fernando, *Principios morales de uso más frecuente. Con las enseñanzas de la Encíclica «Veritatis splendor»* (3ª ed., Madrid, Rialp, 1995).
- CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte General* (7ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005).
- CURY, Enrique, *Estado de necesidad exculpante. Seminario del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Talca*, 2011 [<http://www.ustream.tv/recorded/18539392> , visitado el 02.03.2011]
- CURY, Enrique, *El estado de necesidad en el Código Penal Chileno*, en AA.VV., *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (Santiago, Universidad de Chile, 2013).
- DE AQUINO, Santo Tomás, *Suma de Teología III. Parte II-II (a)*, (traducción castellana de Emilio García Estébanez, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2005).
- DÍAZ, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho* (Madrid, Taurus Humanidades, 1992).
- DOHNA, Alexander Graf zu, *La estructura de la teoría del delito*, (4ª ed., traducción castellana de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958).
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho Penal*, (3.ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), I.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Normativización del derecho penal y realidad social* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007).
- FINNIS, John, *Intention in Tort Law*, en OWEN, David G. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law* (Oxford, Clarendon Press, 1995).
- FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000).
- FONTECILLA RIQUELME, Rafael, Los problemas jurídicos de las causas supraleales en materia penal, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 3 (1963) 3 [http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/AC_JYS/article/view/10269/10325 , visitado el 22/05/2014].
- FRISCH, Wolfgang, *Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien*, en, PAEFFGEN

- et al.* (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe* (Berlín, Duncker & Humblot, 2011).
- FUENTES, Dánae, *La ponderación de los males en el estado de necesidad* (Santiago, LegalPublishing, 2009).
- GADAMER, Hans Georg, *Verdad y Método* (11^a ed., Salamanca, Ediciones Sígueme, 2005) I.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín – MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, *Sobre la licitud de la destrucción de una aeronave*, en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte* 20 (2013) 2, pp. 351-371 [<http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v20n2/art13.pdf>], visitado el 03.05.2014].
- GHIRARDI, Olsen A., *Lecciones de lógica del Derecho* (Córdoba, Universidad Nacional – Dirección General de Publicaciones, 1982).
- GÓMEZ-LOBO, Alfonso, *Los bienes humanos. Ética de la ley natural* (Santiago, Mediterráneo, 2006).
- GRISOLÍA, Francisco, *Código Penal Tipo para Latinoamérica. Parte General II* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1973) I.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Cultura y delito* (Bogotá, Editorial Temis, 2010).
- HART, Herbert, *The concept of law* (Oxford, Clarendon Press, 1967).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Comentario al art. 10 N° 11 del Código Penal*, en COUSO SALAS, Jaime – HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dirs.), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2011).
- HÖRNLE, Tatjana, *Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal*, en *Indret*, 2 (2010) [http://www.indret.com/pdf/744_es.pdf], visitado el 14.10.2013].
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal* (3.^a ed., Buenos Aires, Editorial Losada, 1961), IV.
- JUAN PABLO II, *Veritatis splendor* (1993) [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_06081993_veritatis-splendor.html], visitado el 22.05.2012].
- KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, en KÖNIGLICH PREUSSISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN (ed.), *Kants Werke. Akademie-Textausgabe* (Berlín: Walter de Gruyter & Co., 1968) VI.
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres* (4.^a ed., traducción castellana de Adela Cortina – Jesús Cornill Sancho, Madrid, Tecnos, 2005).
- KINDHÄUSER, Urs, *Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal*, en *Derecho y Humanidades* 1 (2010) 16 [<http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/16003/16518>], visitado el 15.05.2014].
- LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal. Parte General* (9^a ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- LAFAVE, Wayne R., *Criminal Law*, (4.^a ed., St. Paul - MN, Thomson West, 2003).
- LENCKNER, Theodor, *Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches* (Tübingen, Mohr Siebeck, 1965).
- MAÑALICH, Juan Pablo, *El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal Chileno*, en: VAN WEEZEL, Alex (ed.), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago, LegalPublishing, 2013).
- MAÑALICH, Juan Pablo, *Normas permisivas y deberes de tolerancia*, en *Revista Chilena de*

- Derecho*, 41 (2014) 2 [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000200005], visitado el 20.05.2015].
- MCCORMICK, Richard, *El principio del doble efecto* (traducción castellana de A. Goñi, Navarra, Verbo Divino, 1976).
- MCCORMICK, Richard, *Ambiguity in Moral Choice*, en MCCORMICK – RAMSEY (eds.), *Doing Evil to Achieve Good. Moral Choice in Conflicts Situations* (Chicago-Illinois, Loyola University Press, 1978).
- MEISSNER, Andreas, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)* (Berlin, Duncker & Humblot, 1990).
- MERKEL, Reinhart, *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: DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel (dir.), *La insostenible situación del derecho penal*, (traducción castellana de Pablo Sánchez-Ostiz, Granada, Comares, 2000).
- MERKEL, Rudolf, *Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen. Im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in zweiter Lesung* (Strassburg, K.J. Trübner, 1895).
- MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte general* (6.^a ed., traducción castellana de A. Conrado Finzi –, Ricardo C. Núñez, Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina, 1955).
- MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal I* (6.^a ed., traducción castellana de A. Conrado Finzi –, Ricardo C. Núñez Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958).
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general* (9.^a ed., Barcelona, Reppertor, 2011).
- MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, *Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa*, *Revista Médica Chile* 140 (2012), pp. 261-265 [<http://www.scielo.cl/pdf/rmc/v140n2/art17.pdf>], visitado el 15.06.2014]
- MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, *El sentido de la regla ciceroniana minima de malis eligenda y el problema del uso profiláctico del condón*, *Teología y Vida* LIV (2013), pp. 157 - 170 [<http://www.scielo.cl/pdf/tv/v54n1/art06.pdf>], visitado el 22/02/2015].
- MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, *El principio del doble efecto* (Hildesheim, Georg Olms Verlag, 2014).
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Estado de necesidad y justificación penal: ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?* (Colombia, Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez, 2009).
- MOMSEN, Carsten, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten* (Baden-Baden, Nomos, 2006).
- MORIAUD, Paul, *De la justification du délit par l'Etat de nécessité* (Genève, R. Burkhardt, 1889).
- NÁQUIRA, Jaime, *Derecho Penal. Teoría del Delito* (Santiago, Editorial McGrawHill, 1998) I.
- NINO, Carlos Santiago, *La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos*, en: MAURINO, Gustavo (edit.), *Los escritos de Carlos S. Nino* (Buenos Aires, Gedisa, 2008).
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, *Caso de los dos psiquiatras en el III Reich*, en SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal* (2.^a ed., Madrid, La Ley, 2011).
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *Aborto y justificación*, en *Revista Chilena de Derecho* 39, (2012) 2, pp. 325 - 369, [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372012000200006&script=sci_arttext], visitado el 22/08/2013].

- PAWLIK, Michael, *Der rechtfertigende Notstand: zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten* (Berlín, Gruyter, 2002).
- PAWLIK, Michael, *Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática*, en *Indret* 4 (2015), pp. 1 - 33 [<http://www.indret.com/pdf/1175.pdf>], visitado el 12.10.2015].
- PINCKAERS, S., *Consecuencialismo y proporcionalismo*, en BRUGUÉS, Jean-Louis (coord.), *Enséñame tus caminos para que siga en tu verdad: comentarios y texto de la encíclica Veritatis splendor de Juan Pablo II* (Valencia, EDICEP, 1993).
- RENZIKOWSKI, Joachim, *Notwehr und Notstand* (Berlín, Duncker & Humblot, 1994).
- RITZER, George, *Teoría sociológica clásica* (3.^a ed., Madrid, McGraw Hill, 2001).
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito* (2.^a ed., traducción castellana de Diego Luzón Peña *et al.*, Madrid, Civitas, 1997) I.
- SANTIBÁÑEZ TORRES, M. Elena – VARGAS PINTO, Tatiana, *Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas*, en *Revista de Derecho* 38 (2011) 1, pp. 193 - 207 [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372011000100013&script=sci_arttext], visitado el 23.05.2014].
- SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, Ivonne, *Algunas consideraciones sobre el estado de necesidad contemplado en el artículo 10 N° 11 del Código Penal y su reconocimiento por la jurisprudencia*, en *Revista Jurídica del Ministerio Público* 53 (2012), pp. 175 - 197.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Normas y acciones en Derecho penal* (Buenos Aires, Hammurabi, 2003).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae*, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 09-01 (2007), pp. 1 - 18 [<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>], visitado el 22.08.2014].
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino* (5.^aed., Buenos Aires, Tea, 1992), II.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Derecho y moral. ¿Tenemos obligación moral de obedecer el derecho?* (2.^a ed., Valparaíso, Edeval, 1999).
- VAN WEEZEL, Alex, *Necesidad justificante y solidaridad*, en CÁRDENAS, Claudia – FERDMAN NIEDMANN, Jorge (coord.), *El Derecho Penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (Santiago, Thomson Reuters-La Ley, 2016).
- VARGAS PINTO, Tatiana, *¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante del artículo 10 N° 11*, en: VAN WEEZEL, Alex (editor): *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago Legal Publishing, 2013).
- VARONA GÓMEZ, Daniel, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de justicia. Estudios de Derecho penal dirigidos por Carlos María Romero Casabona* (Granada, Comares, 1999).
- VON BELING, Ernst, *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito - tipo* (11.^a ed., traducción castellana de Sebastián Soler, Buenos Aires, Librería el Foro, 2002).
- VON IHERING, Rodolfo, *La lucha por el Derecho* (traducción castellana de Adolfo Posada, Buenos Aires, Araujo, 1939).
- VON LISZT, Franz, *Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. 1892 bis 1904* (Berlín, Walter De Gruyter, 1893) 2.
- VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal* (3.^a ed., traducción castellana de Luis Jiménez de Asúa Madrid, Instituto Editorial Reus, 1916) II.
- VON WEBER, *Influencia de la literatura jurídica española en el Derecho penal común alemán*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 23 (1953), pp. 717 - 736 [<http://>]

www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCkQFjAB&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2051402.pdf&ei=2Zho-VerqPIS0Ub6YfgD&usg=AFQjCNF8A_eIO-e7j-YPOSCtCCpWgDXapQ&bvm=bv.94455598,d.d24, visitado el 22.10.2014].

WILENMANN, Javier, *El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile*, en *Revista de Derecho* (Valdivia) XXVII (2014) 1, pp. 213 – 244 [<http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v27n1/art10.pdf>], visitado el 02.08.2014].

WILENMANN, Javier, *Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad*, en *InDret* 1 (2016), pp. 5 y ss. [<http://www.indret.com/pdf/1201.pdf>], visitado el 15.04.16].

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.*, *Derecho Penal. Parte General* (2.^a ed., Buenos Aires, Ediar, 2002).

Normas citadas

CÓDIGO PENAL CHILENO, arts. 10 N° 7, N° 11, 145.

CÓDIGO PENAL ALEMÁN (STGB) § 34, § 35.

Código Civil alemán (BGB) §228, § 904

Índice de sentencias

CORTE SUPREMA, 15 de mayo de 1968, *RDJ*, t. LXV, mayo y junio, N.ºs 3 y 4, segunda parte, secc. cuarta, p. 102.