

El abatimiento de un avión secuestrado

Mario Sánchez Dafauce

Universidad Carlos III de Madrid

Abstract

El argumento de mayor peso en favor de la prohibición del abatimiento de un avión secuestrado es el que defiende que nunca puede quedar justificada penalmente la muerte de un tercero inocente. Tal cosa significaría tomar su vida como algo distinto de lo que es: un valor absoluto e irrepetible, no sujeto a posible juicio alguno de ponderación y jamás objeto de un uso instrumental por parte del Estado. Este principio es muy valioso, pero puede quedar en entredicho si, de hecho, ese avión, pese a la calificación de tal conducta como una conducta prohibida, es decir, típica y antijurídica, es derribado impunemente por el Estado en ejercicio, por ejemplo, de una causa de exclusión de la culpabilidad o la responsabilidad. El mejor modo de mantener vivo un principio de tal magnitud no es afirmándolo mientras se está incumpliendo, sino encontrando sus límites. En el presente trabajo se propone como excepción al principio general de imponderabilidad de la vida humana una causa de justificación basada en el principio de evitación de masacres y catástrofes masivas.

Das wichtigste Argument für das Verbot des Abschusses eines entführten Flugzeugs lautet, dass die Tötung eines unschuldigen Dritten niemals gerechtfertigt werden kann. Das würde bedeuten, sein Leben anders aufzufassen, als was es in Wirklichkeit ist: ein absoluter und einzigartiger Wert, der nie Gegenstand einer Abwägung und einer instrumentellen Behandlung durch den Staat werden darf. Der Wert dieses Grundsatzes ist unbestritten; er wird aber möglicherweise aufs Spiel gesetzt, wenn das Flugzeug trotz der Qualifikation der Tat als verbotenes, d.h. tatbestandsmäßiges und rechtswidriges Verhalten, durch staatliche Stellen trotzdem straflos - durch Annahme eines Schuldausschlussgrundes - abgeschossen wird. Der beste Weg, um ein Prinzip solchen Stellenwerts am Leben zu erhalten, kann nicht darin bestehen, auf seiner Bejahung zu bestehen, während man es gleichzeitig verletzt, sondern darin, seine Grenzen auszuloten. Die vorliegende Arbeit schlägt die Etablierung eines Rechtfertigungsgrundes - begründet auf einem Prinzip der Massaker- und Katastrophenvermeidung - als Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz der Unwägbarkeit des menschlichen Lebens vor.

The strongest argument in favour of the prohibition of shooting down a hijacked plane says that it can never be criminally justified the death of a third person who is not personally involved in the origin of the conflict itself. Such an argument would imply that human life is an absolute and unique value, not subject to any measuring and instrumental use of the State. This principle is very valuable but it can be questioned if the plane is finally shot down by the State with impunity, despite its unlawfulness. The best way to keep alive this principle is not affirming it as an absolute value, while the State is not complying with it, but finding its limits. In the present paper, we propose an exception to the general principle of the imponderability of human life as a ground of justification based on the principle of prevention of massacres and massive disasters.

Palabras clave: avión secuestrado, acción del Estado, justificación, exculpación, imponderabilidad de la vida humana, evitación de masacres y catástrofes masivas.

Schlüsselwörter: entführtes Flugzeug, Staatsaktion, Rechtfertigung, Entschuldigung, Unwägbarkeit des menschlichen Lebens, Vermeidung von Massakern und massiven Katastrophen.

Keywords: Hijacked plane, State action, justification, excuse, imponderability of human life, prevention of massacres and massive disasters.

Titel: Der Abschuss eines entführten Flugzeugs.

Title: The shooting down of a hijacked aircraft.

Sumario

1. Planteamiento

2. Alternativas

3. Desarrollo

3.1. El abatimiento es atípico si se considera que la acción de abatimiento no supone un homicidio de los pasajeros secuestrados

3.2. El abatimiento del avión está justificado

a. Eficacia del consentimiento

b. Estado de necesidad justificante

c. Especial referencia a la evitación de masacres o catástrofes masivas

d. Estado de necesidad defensivo

e. Comunidad de peligro

f. Cumplimiento de un deber

g. La alternativa de la justificación en Alemania y en España

(i) Alemania

(ii) España

3.3. El abatimiento del avión está prohibido

a. El abatimiento es punible

b. La ausencia de culpabilidad en sentido lato

(i) Alternativas

(ii) Problemas sistemáticos

(iii) Eficacia de una exculpación personal

(iv) La exclusión supralegal de la responsabilidad

(v) Participación

(vi) Ausencia de culpabilidad: resumen

4. Bibliografía

1. *Planteamiento*

Los presupuestos del caso objeto de este análisis son dos:

1. El avión secuestrado lleva a bordo pasajeros u otras personas que no participan en el secuestro. Esto significa que su abatimiento, respecto de estos pasajeros, no puede quedar justificado en legítima defensa, pues tales personas no han cometido ni van a cometer ninguna agresión ilegítima (presupuesto de aplicación de la legítima defensa: art. 20.4 CP).

2. Los secuestradores pretenden servirse del avión para provocar un número muy elevado de víctimas.

Esto puede buscarse principalmente por dos vías, cada una de las cuales necesita de un análisis diferenciado:

- a) Estrellando el avión contra un objetivo determinado (p.ej., un campo de fútbol repleto de gente o una central nuclear).
- b) Por cualquier otro medio distinto del impacto del avión (p.ej., lanzando una bomba sobre el centro de una ciudad).

Se trata de casos diferentes porque, en el segundo, los secuestradores pueden conseguir su objetivo sin inmolarse con el avión, de modo que la muerte de los pasajeros secuestrados no puede tomarse como un dato cierto. Sí lo es en el primer caso, pues los pasajeros mueren si el avión es abatido y también si los secuestradores consiguen estrellarlo; todo ello en el entendimiento de que el abatimiento es siempre un último recurso, cuando todos los demás fallan, para salvar a la gente de tierra que está en el objetivo de los secuestradores.

2. Alternativas

Las diferentes soluciones doctrinales que se van a estudiar en este trabajo son las siguientes:

1. El abatimiento es atípico. El abatimiento es atípico si se considera que la acción de abatimiento no supone un homicidio de los pasajeros secuestrados.
2. El abatimiento está justificado. El abatimiento está justificado si el homicidio de los pasajeros secuestrados está justificado. A su vez, el avión debe ser abatido si el homicidio de los pasajeros secuestrados está justificado y alguien tiene asignado el deber de abatir el avión.
3. El abatimiento está prohibido. El abatimiento está prohibido si el homicidio de los pasajeros secuestrados no está justificado. A su vez, la solución del conflicto entre vidas planteado en el caso puede provocar:
 - a) Que el abatimiento del avión sea una conducta antijurídica a la que no alcanza ninguna causa de exención de la responsabilidad criminal.
 - b) Que el abatimiento del avión sea una conducta antijurídica exenta de responsabilidad criminal si la realiza alguna persona determinada.
 - c) Que el abatimiento del avión sea una conducta antijurídica exenta de responsabilidad criminal si la realiza cualquier persona.

3. Desarrollo

3.1. El abatimiento es atípico si se considera que la acción de abatimiento no supone un homicidio de los pasajeros secuestrados

La negación del tipo objetivo (homicidio de los pasajeros) no tiene validez general. No se puede negar la relación de causalidad, pues “para la causalidad es suficiente cualquier modificación del resultado. Así, incluso quien mata a un moribundo ha causado su muerte (en su modo y forma

concretos), y, por cierto que también es así aunque ni siquiera acorte su vida”¹. No se puede negar la imputación objetiva por disminución de un riesgo ya existente, pues no se debilita un peligro sino que se sustituye por otro. En tales supuestos, como señala ROXIN, el autor realiza acciones típicas de un delito, que le son imputables como realización del tipo².

Se presume que si un caza de interceptación no mata a los pasajeros lo van a hacer los secuestradores, en breve y en cumplimiento de su amenaza (la hipótesis es precisamente el cumplimiento de la amenaza, expresa o tácita). Pero esto tampoco sirve para negar la imputación objetiva. Como señala ROXIN, hay todavía muchas cosas que aclarar en el campo de los cursos causales hipotéticos, pero al menos existe unanimidad sobre el caso más importante: la imputación no puede excluirse porque estuviera dispuesto un autor sustitutivo, que en caso de fallar el agente hubiera asumido el hecho (principio de asunción)³. “Ello se sigue de la idea, teleológicamente vinculante, de que el ordenamiento jurídico no puede retirar sus prohibiciones porque hubiera otro que también estuviera dispuesto a infringirlas”⁴. Es más, ni siquiera acepta este autor la exclusión de la imputación cuando se sustituye por una acción autónoma una mera causalidad natural, p.ej. matando de un disparo a una víctima en el momento de un choque mortal, pues “el ordenamiento jurídico debería aferrarse al principio de que los daños a bienes jurídicos son punibles si no los ampara una causa de justificación expresa. Si fuera posible y no tuviera sanción matar violentamente a un condenado a muerte en el momento de su muerte, se vulneraría sin necesidad el tabú de matar, y eso no lo debería tolerar el ordenamiento jurídico”⁵. Por otro lado, el hipotético recurso a la ausencia de imputación objetiva decae en el momento en el que el avión deja de ser un avión suicida, dado, por ejemplo, un nuevo procedimiento que permita a los secuestradores conseguir su objetivo sin inmolarse y, por lo tanto, sin matar en la consecución de dicho objetivo a los pasajeros secuestrados. En tal caso se hace manifiesto el problema de fondo: como señala ROXIN, “el resto de vida que les queda a los pasajeros va a ser acertado por un homicidio del Estado”⁶.

3.2. El abatimiento del avión está justificado

Las razones para esta posible justificación son diversas:

¹ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, 1997, 11/17, p. 352; *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4ª ed., 2006, 11/21, p. 359.

² ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 11/44, p. 366; *AT I*, 4ª, 2006, 11/54, 2006, p. 376.

³ ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 11/48, p. 368; *AT I*, 4ª, 2006, 11/58, p. 379.

⁴ ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 11/49, p. 368; *AT I*, 4ª, 2006, 11/59, p. 379.

⁵ ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 11/52, p. 370; *AT I*, 4ª, 2006, 11/62, p. 381.

⁶ ROXIN, «Der Abschuss gekapertter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben», *ZIS*, 6/2011, pp. 555 y s.

No obstante lo hasta aquí expuesto, sí es imaginable un caso en el que cabe la negación del tipo objetivo de homicidio. Si se plantea el supuesto de modo que la intervención estatal prolonga la vida de los pasajeros – postergando el impacto– y no sustituye el riesgo creado por los secuestradores por otro, sino que orienta la inevitable colisión hacia una zona despoblada, entonces cabe hablar de una ausencia de imputación objetiva. Pero los requisitos para esta alternativa son tan estrictos que no puede ser tomada como una solución general.

a) Eficacia del consentimiento⁷

El problema del consentimiento en estos casos ha sido planteado por GÓMEZ BENÍTEZ en el Libro Homenaje a Enrique GIMBERNAT⁸. Se pregunta el autor si la firma por los pasajeros, antes de subir al avión, y en el ejercicio de un deber de solidaridad, de un documento en el que se consienta el abatimiento del avión en casos similares al aquí planteado puede justificar esta acción⁹. Han de hacerse las siguientes consideraciones:

El homicidio consentido está prohibido en Derecho penal español (art. 143.3 CP). Por lo tanto, esa firma no es título suficiente para desmontar por sí sola la prohibición de abatir el avión. Han de encontrarse las razones que, en su caso, y sumadas al consentimiento, habilitan al Estado.

El argumento de GÓMEZ BENÍTEZ permite el siguiente desarrollo: el menor desvalor del homicidio consentido respecto del homicidio no consentido puede provocar que el juicio de ponderación en caso de estado de necesidad sea favorable a la acción de salvamento de las personas en tierra (objetivo de los secuestradores). No obstante, considero personalmente que el consentimiento en estos casos no desplaza la necesidad teórica de definir un estado de necesidad subyacente basado en criterios cuantitativos, pues han de definirse los riesgos que van a permitir la comisión de esos homicidios consentidos¹⁰. La desproporción cuantitativa -desfavorable a los pasajeros a los que se les pide su consentimiento- completaría con el consentimiento el juicio de ponderación. En tal caso, se podría entender que no es suficiente una manifiesta desproporción cuantitativa, sino que, además, ha de exigirse una desproporción cualitativa basada en el consentimiento en la propia muerte. Solo la acción conjunta de ambos elementos permitiría justificar el abatimiento del avión, pues solo la acción conjunta de ambos elementos ofrecería un saldo favorable a la acción de salvamento de la mayoría.

Dentro de este ámbito material, el planteamiento de GÓMEZ BENÍTEZ, tiene diversas consecuencias significativas. En primer lugar, limita la incidencia del factor cuantitativo en el juicio de ponderación a casos aceptados de antemano por los implicados, de modo que impide la justificación por estado de necesidad de muertes no consentidas. En segundo lugar, el consentimiento sirve en estos casos para un ejercicio de visualización pública como criterio fundamental en la definición de lo justo. Por ello, para que la obligación de firmar una cláusula

⁷ En este trabajo no se va a estudiar la naturaleza sistemática del consentimiento. Por lo tanto, y aunque su análisis se hace en la antijuridicidad, ello no supone la expresión de una opinión favorable al consentimiento como causa de justificación.

⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, «Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia tolerable», en GARCÍA VALDÉS (coord.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, 2008, pp. 949-973.

⁹ GÓMEZ BENÍTEZ, *LH-Enrique Gimbernat*, 2008, pp. 971 y s.

¹⁰ Con el consentimiento en el homicidio se crea una nueva situación de necesidad, con una nueva ponderación. Esta ponderación puede ser favorable al homicidio consentido, pero también puede no serlo. Si, p.ej., X prefiere morir a que Y sufra lesiones leves, ¿qué debe hacer Z? ¿Matar a X o lesionar levemente a Y? Debe lesionar levemente a Y. Es decir, el consentimiento de X en su propia muerte no ha cambiado el caso: la conducta correcta de Z sigue siendo una y la misma. Esto significa que si el consentimiento se considera título suficiente para abatir el avión, se está afirmando de forma implícita una ponderación favorable al nuevo estado de necesidad. A este nuevo estado de necesidad, con su correspondiente juicio de ponderación, es al que me refiero al mencionar un estado de necesidad subyacente.

de solidaridad en un formulario antes de subir al avión no sea un simple acto de autoridad, “debería ser el resultado de un proyecto moral de educación en la solidaridad”¹¹.

Para la eficacia práctica del consentimiento en el caso que nos ocupa, ha de tenerse en cuenta, no obstante, que el consentimiento, en tanto exige una concreta capacidad de comprensión y de juicio, dificulta el abatimiento de todo avión en el que viaje un menor sin capacidad natural de consentir, pues, como señala ROXIN, se debe aceptar por principio una exclusión de la representación en decisiones que impliquen un menoscabo de tipo existencial¹².

Por último, si, dados los medios materiales, y mantenida en el otorgante la capacidad de comprensión y de juicio, se estima que la firma es irrevocable una vez que el avión ya ha despegado, entonces nos acercamos a un consentimiento presunto deducido del documento firmado, pues lo que de hecho se acepta en el momento de la firma es un riesgo muy improbable¹³.

En cualquier caso, GÓMEZ BENÍTEZ concibe la firma del documento como una hipótesis para introducir una posible vía de positivación de una propuesta moral. Esta propuesta es una presunción de solidaridad como fundamento moral de la justificación del abatimiento. Se trata de encontrar una base personal -ética- que se comporte como principio de organización social y que permita justificar la acción del Estado.

b) Estado de necesidad justificante

El recurso al estado de necesidad justificante implica una ponderación de las vidas en conflicto. De hecho, como se acaba de ver, también el consentimiento necesita para su validez sistemática de un estado de necesidad subyacente que pondere el valor de las vidas enfrentadas.

En caso de estado de necesidad, la comparación se hace entre males: el mal causado y el mal que se trata de evitar (art 20. 5 CP). Esto significa que puede haber supuestos en los que la protección del bien jurídico de mayor valor -o del mayor número de los mismos bienes jurídicos- habrá de ser considerada el mal mayor. Aquí se incluyen fundamentalmente los conflictos con procedimiento reglado. Un cirujano no puede extraer el riñón de una persona sana sin su consentimiento para salvar la vida de un moribundo. Se entiende que la creación de una solución ordenada en ámbitos de riesgo es un factor esencial de la ponderación. Así concibe JAKOBS la cláusula de adecuación del estado de necesidad justificante alemán contenido en el § 34 del StGB¹⁴. También ROXIN estima que no se puede justificar “la eliminación de un peligro si del conjunto del ordenamiento jurídico se desprende que ha de soportarse el daño. Así un condenado por una sentencia firme, aunque sea inocente no puede escapar de la prisión golpeando a los funcionarios encargados de su custodia invocando el § 34 [estado de necesidad

¹¹ GÓMEZ BENÍTEZ, *LH-Enrique Gimbernat*, 2008, p. 971.

¹² ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 13/62, p. 542; *ATI*, 4ª, 2006, 13/93, p. 579.

¹³ ROXIN se muestra muy crítico con el consentimiento presunto, al que califica como una ficción ajena a la vida real. En estos casos, estima el autor, no se trata en realidad de que los pasajeros encuentren comprensible su muerte ordenada por el Estado, sino de la decisión de un intérprete ajeno a los hechos que los condena a morir, *ZIS*, 6/2011, p. 557, en concordancia con la sentencia de 15 de febrero de 2006 del Bundesverfassungsgericht (BVerfG) -que se estudiará más adelante-, parágrafo 131.

¹⁴ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., 1997, pp. 514-519.

justificante], sino que tiene que acudir a los medios legales”¹⁵. Asimismo, SILVA SÁNCHEZ estima que cuando “hay procedimientos organizados por el Estado para resolver situaciones de colisión, hay que exigir al afectado que, en esas situaciones, soporte su peligro”¹⁶.

Para el caso de un avión de pasajeros secuestrado, hay en España un protocolo de actuación que, como se verá más adelante, incluye el abatimiento como último recurso. Esto hace necesario definir el fundamento de tal intervención. Si se dejan a un lado los supuestos de amenaza para la seguridad del Estado, ha de encontrarse el fundamento jurídico para los casos puros de estado de necesidad (no es cierta la muerte de los pasajeros si los secuestradores consiguen su objetivo) y para los casos de comunidad de peligro (es cierta la muerte de los pasajeros si los secuestradores consiguen su objetivo).

La propuesta ofrecida en este trabajo es la siguiente: el protocolo de actuación que, como último recurso, incluye el abatimiento del avión secuestrado, lo que persigue es la evitación de una masacre. Es expresión de lo que he llamado el principio de evitación de masacres y catástrofes masivas, principio limitador del principio general que impide la ponderación de vidas humanas.

c) Especial referencia a la evitación de masacres o catástrofes masivas

Los dos límites del debate pueden ser expuestos como sigue. En primer lugar, se puede entender que una vida humana siempre ha de tener mayor valor que el principio de autonomía o la perturbación lesiva de la conducta típica. Por ello, el mal menor siempre habrá de ser el que provoque menos víctimas, aunque sea una¹⁷. En el extremo opuesto, es evidente que si la muerte justificada en estado de necesidad de una persona no implicada en el conflicto se concibe como un tabú, la solución no admite grados: no se puede matar a un inocente ni para salvar la vida humana sobre la Tierra. Como señala ROXIN, “una consideración cuantitativa en los casos de aviones secuestrados podría estar basada en el hecho de que al Estado le compete tanto la protección de los pasajeros, como la de las personas en tierra, de modo que ante un colisión de deberes de la misma especie, dicha relación cuantitativa podría ser decisiva”¹⁸. No obstante,

¹⁵ ROXIN, PG, (tr. 2ª) 1997, 16/48, p. 696; AT I, 4ª, 2006, 16/54, p. 748.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación», en *Estudios de Derecho penal en memoria del Profesor Juan Bustos Ramírez*, HORMAZÁBAL MALARÉE (coord.), 2011, p. 233.

Todas estas afirmaciones son, sin duda, muy acertadas. Ahora bien, no se ha de desatender que, p.ej., respecto del moribundo necesitado de un riñón, se le está exigiendo que muera en beneficio del correcto funcionamiento del sistema de salud que habría de proteger su vida.

¹⁷ Véase, al respecto, ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Caso de los dos psiquiatras en el III Reich», en SÁNCHEZ-OSTIZ, (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2011, pp. 190-192. Para este autor, es precisamente el respeto de cada una de las dignidades individuales el que exige que se le otorgue un peso individualizado en la decisión. Negar esto es afirmar que cada vida “vale tanto como todas las demás juntas”, *op. cit.*, p. 191. No obstante, es importante señalar que el autor circunscribe expresamente sus conclusiones a los supuestos de comunidad de peligro, pues lo decisivo es desviar de algunos el peligro que acecha a todos. Por ello, quien “desvía un curso causal letal sobre otro sin que ninguno de ellos sea responsable de la creación de dicho curso causal no actúa de manera justificada: aunque el bien protegido y el bien salvado tengan el mismo valor, la conducta del sujeto que desvía supone también una intromisión en la esfera de derechos previamente existente que ha de ser considerada a la hora de computar el ‘mal’ de la situación”, ORTIZ DE URBINA GIMENO, *op. cit.*, p. 192.

¹⁸ ROXIN, ZIS, 6/2011, p. 554. HÖRNLE considera que “el piloto, como representante del Estado estaría obligado a conservar la vida de las personas del aeropuerto. En esta situación, con el recurso a pretensiones individuales en triángulo autor - víctima real - víctima potencial, no se logra aproximarse mucho más a una solución, porque los conflictos que se constatan en este nivel entre intereses incompatibles ya no se pueden resolver. En tales

según ROXIN, el homicidio de personas que no representan un peligro para otros está categóricamente prohibido. “El salvamento de personas sólo está requerido cuando es posible sin el homicidio de personas de las que no parte el peligro”, es decir, “en tanto es posible sin una lesión de la dignidad humana”¹⁹.

Ahora bien, si la muerte de un tercero no implicado en el conflicto pasa de ser un tabú a ser un principio, entonces se puede relativizar, y ello permite que entre en contacto –y en conflicto- con otros principios²⁰. El principio que puede entrar en conflicto con el principio de la no utilización de la vida de un inocente es el principio de la evitación por el Estado de masacres y catástrofes masivas. Ambos son precipitados históricos, no sólo el primero. Con esto se evita el recurso a la ponderación persona a persona y se protegen el principio de autonomía y el principio de la no utilización instrumental de la vida. Si bien, se atiende a un límite cualitativo, basado en una manifiesta desproporción, y fundado en el hecho de que la sociedad no puede ser obligada a aceptar una masacre o una catástrofe masiva. Esta acción podría incluso constituir un deber público, deducido del art. 97 de la CE, si corre peligro la defensa del Estado, y una facultad para el particular, derivada de la misma fuente, y en caso de imposible o improbable acción pública²¹. La definición de un umbral cuantitativo para la masacre o la catástrofe masiva es una tarea en verdad compleja, pero con este principio se le da al derribo de aviones secuestrados un fundamento teórico muy cercano al que en realidad ha propiciado el debate. Y, a su vez, se explica la entrada de terceros ajenos al conflicto, pues se trata de una causa de justificación con efecto *erga omnes* –que permite el estado de necesidad de tercero y justifica la participación-. El principio de evitación de masacres se sale, así, del hipotético círculo de personas privilegiado del estado de necesidad exculpante, de modo que el Estado puede intervenir en evitación del mal mayor. Para encontrar criterios de referencia normativos que permitan realizar una primera –y muy compleja- aproximación a la barrera de la desproporción, se puede acudir al propio Código penal, por ejemplo al sujeto pasivo en los delitos de riesgo catastrófico. *Mutatis mutandis*, los términos pluralidad o generalidad de personas pueden también servir como orientación normativa para perfilar la manifiesta desproporción entre vidas de la que se derivaría la justificación de una acción defensiva ejecutada en favor de la evitación de una masacre²².

circunstancias, se le puede permitir al autor, para resolver el dilema, centrarse en las relaciones numéricas (...). Por ello, estaría justificado un derribo”, «Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal», *InDret*, 2/2010, p. 21.

¹⁹ ROXIN, *ZIS*, 6/2011, p. 554. CERESO MIR considera también la dignidad humana un límite inmanente al Derecho positivo que no puede ser tomado como un interés más en el juicio de ponderación, «La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española», en ESER/GIMBERNAT/PERRON (eds.), *Justificación y exculpación en Derecho penal*, 1995, p. 19.

²⁰ HIRSCH, en relación con un ejemplo análogo, estima que si “se sostiene la opinión de que a causa de la gran dimensión de la catástrofe amenazada y de la extrema diferencia numérica del sacrificio del pequeño grupo de personas, el hecho no debería ser antijurídico, entonces debe manifestarse abiertamente por la justificación y someter a discusión los motivos considerados decisivos para ello”, «El Derecho penal y el ámbito libre de regulación jurídica», *Derecho penal. Obras completas*, t. I, 1999, p. 114.

²¹ HIRSCH estima, con acierto, que la existencia de una amenaza existencial de la comunidad jurídica, como base de un estado de necesidad del Estado, es difícilmente imaginable, y no está ni mucho menos en juego en todos los casos de aviones secuestrados respecto de los que se discute su abatimiento, «El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana», *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, 2008, pp. 1015 y 1027. No obstante, no hay que olvidar que, para los secuestradores, el mensaje normativo es muy importante, pues ellos no solo quieren morir o arriesgar su vida, sino morir o arriesgar su vida consiguiendo su objetivo, de modo que preferirán actuar en países en los que tengan un interés estratégico y en los que la prohibición dificulte la acción del Estado.

²² En Derecho penal internacional, el número de personas afectadas es asimismo un elemento clave para la integración de los tipos penales. El número de víctimas es un extremo que alcanza una extraordinaria

d) Estado de necesidad defensivo

En el estado de necesidad defensivo, el sujeto que obra en estado de necesidad se defiende frente a un peligro que tiene su origen en la víctima de la acción en estado de necesidad²³.

MIR PUIG considera que puede admitirse el estado de necesidad justificante “aunque el bien salvado *no sea mayor* que el lesionado cuando el peligro que da lugar a la situación de necesidad proceda de la persona o cosa a la que se lesiona defensivamente (el llamado ‘estado de necesidad defensivo’)”²⁴.

ROXIN estima que en un caso puede estar incluso justificado por estado de necesidad el hecho de matar dolosamente a una persona: en el estado de necesidad defensivo²⁵. Pero “no se trata de una diferente valoración de la vida humana en sí misma (según su duración o su valor), sino de factores adicionales, que inclinan la balanza en el lado de la justificación”²⁶. “Si en un estado de necesidad defensivo alguien ve amenazada su vida y su salud, no se le podrá exigir que asuma el riesgo de sufrir la muerte o lesiones graves; por tanto, la persona en peligro actúa justificadamente si lesiona gravemente o, en un caso extremo, incluso mata al causante del peligro. Es cierto que éste no es responsable del peligro que origina, pero ello no cambia para nada el hecho de que nadie que no tenga un deber especial de exponerse al peligro tiene que soportar graves daños corporales en consideración a otro”²⁷.

De lo anterior se deduce que la definición del umbral que permite la respuesta en estado de necesidad defensivo es esencial, y más aún si se asocian, como hace ROXIN, vida inocente y dignidad humana, pues, en tal caso, el título de imputación por el origen del peligro es la razón que expulsa la dignidad humana del reino de lo absoluto.

La delimitación de conceptos tan abiertos como “tener su origen” o “proceder” es difícil²⁸. No obstante, se puede entender que, si se admite la legítima defensa frente a conductas

importancia para dotar de contenido a la existencia de un «ataque generalizado» contra la población civil en la configuración típica de los crímenes de lesa humanidad. Ello ha sido expresamente reconocido por la jurisprudencia del TPIY/TPIR; vid. por ejemplo, entre muchas otras, *Gotovina*, Trial Chamber Judgment, de 15 de abril de 2011, para. 1703; *Kordić and Cerkez*, Appeal Judgment, 17 de diciembre de 2004, paras. 94, 666; *Blaskić*, Appeal Judgment, de 29 de julio de 2004, para. 101; *Kunarac et al.* Appeal Judgment, de 12 de junio de 2002, para. 94; *Tadić*, Trial Judgment, de 11 de noviembre de 1999, para. 648; TPIR, *Nahimana et al.* Appeal Judgment, de 28 de noviembre de 2007, para. 920. Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ha afirmado que el término «generalizado» conlleva un «ataque a gran escala, que debe ser masivo, y frecuentemente llevado a cabo de forma colectiva, adquiriendo una considerable seriedad y dirigido contra una multiplicidad de víctimas. Ello comporta un ataque ejecutado contra gran parte de un área geográfica o un ataque en un área geográfica pequeña dirigida contra un gran número de civiles», vid. Decisión de confirmación de cargos contra *Katanga*, de 26 de septiembre de 2008, paras. 395-398; Decisión de confirmación de cargos contra *Bemba Gombo*, de 15 de junio de 2009, para. 83.

²³ ROXIN, *PG* (tr. 2ª), 1997, 16/62, p. 705; *AT I*, 4ª, 2006, 16/72, p. 758.

²⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, 17/69, p. 476.

²⁵ ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 16/37, p. 690; *AT I*, 4ª, 2006, 16/42, p. 742.

²⁶ ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 16/37, p. 690; *AT I*, 4ª, 2006, 16/42, p. 742. Si bien, para no prevenir lo malo con lo peor, no se podrán permitir nunca los homicidios y las lesiones graves en legítima defensa preventiva, supuesto incluido por ROXIN en el estado de necesidad defensivo, ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 16/73, p. 710; *AT I*, 4ª, 2006, 16/85, p. 764.

²⁷ ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 16/68, p. 708; *AT I*, 4ª, 2006, 16/78, pp. 760 y s.

²⁸ BALDÓ LAVILLA considera que “las situaciones de necesidad en las que la fuente de peligro amenazante no sea cuando menos *reconducible a un comportamiento humano en términos de imputación objetiva*, seguirán (...) las reglas

imprudentes²⁹, el fundamento del estado de necesidad defensivo no puede quedar muy lejos de la mera relación de causalidad, al menos para quien estima, como hace ROXIN, que “un resultado que se imputa al tipo objetivo está causado imprudentemente, sin que se precise de ulteriores criterios”³⁰.

HIRSCH expone el problema del estado de necesidad defensivo con claridad cuando lo vincula con los casos de legítima defensa: “Cuando alguien se convierte en contra de su voluntad en parte del medio para cometer el hecho [la agresión ilegítima], se plantea la pregunta acerca de si también cabe la legítima defensa frente a él”. La respuesta es negativa. En tanto “el titular del bien jurídico afectado no comete agresión antijurídica alguna”, sólo “podría venir en consideración el estado de necesidad defensivo”. Ahora bien, esta última institución sí es aplicable, pues los titulares de los bienes jurídicos afectados “en la concreta situación están fatalmente unidos de modo inseparable con el medio para cometer el hecho. La circunstancia de que sólo estén indirectamente envueltos en el hecho no convierte el estado de necesidad que resulta frente a ellos en agresivo, dado que se trata de la defensa frente a una amenaza que parte de una fuente de peligro en la que están espacialmente englobados de modo inseparable”³¹. Los ocupantes del avión “están de todos modos *perdidos*”³². Si bien, no basta con que el sacrificado sea alguien perdido de todos modos, “pero que *no interviene*, esto es, alguien que no se encuentra en el lado de la fuente de peligro. Para la cuestión que nos interesa se trata exclusivamente de los límites del estado de necesidad *defensivo*, de modo que aquellos que de todos modos van a morir deben estar siempre implicados en la fuente de peligro”³³.

Queda claro que, para este autor, la implicación en la fuente de peligro es el criterio rector para la solución del caso. ¿En qué consiste este criterio? En que los ocupantes del avión “han pasado a formar parte indirecta, bien que de modo forzoso, del objeto del que emana el peligro para terceros”. Se convierten así “en intervinientes no separables de dicho objeto. No participan de una acción de agresión antijurídica, pero sí de la fuente de peligro”³⁴.

del estado de necesidad agresivo”; si bien, dada la imputación objetiva, la ausencia de imputación subjetiva típica no obsta para la apreciación de un estado de necesidad defensivo, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 135.

²⁹ “La antijuridicidad de la agresión coincide con el concepto de antijuridicidad de la teoría del delito”, ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 15/14, p. 615; *AT I*, 4ª, 2006, 15/14, p. 661.

³⁰ ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 24/10, p. 999; *AT I*, 4ª, 2006, 24/10, p. 1065. Además, “en la imprudencia inconsciente falta el tipo subjetivo, porque precisamente el sujeto no ha incluido en su representación los elementos y presupuestos del tipo objetivo”, ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 24/67, p. 1022; *AT I*, 4ª, 2006, 24/74, p. 1090. GIMBERNAT ORDEIG estima que “la imputación objetiva no absorbe la imprudencia, sino que fundamenta por qué conductas que sí son imprudentes, no obstante no son típicas al faltar dicha imputación”, *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, 2011, p. 112.

³¹ HIRSCH, *LH-Enrique Gimbernat*, 2008, p. 1012.

³² HIRSCH, *LH-Enrique Gimbernat*, 2008, p. 1019.

³³ HIRSCH, *LH-Enrique Gimbernat*, 2008, p. 1020.

³⁴ HIRSCH, *LH-Enrique Gimbernat*, 2008, p. 1020. ROGALL habla de una responsabilidad circunstancial que permite el derribo del avión en estado de necesidad defensivo justificante, pues los pasajeros son parte física del peligro, «Ist der Abschuss gekapertter Flugzeuge widerrechtlich?», *NStZ*, 2008, pp. 1-5. También opina SCHÜNEMANN que, aunque es obvio que los pasajeros no son responsables de ningún modo de la conducta de los terroristas, son parte de la causalidad del ataque, estando por ello sujetos a una defensa justificada en favor de los amenazados por el avión, «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung», en NEUMANN/HASSEMER/SCHROTH (eds.), *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, *ARSP*, (100), 2005, pp. 152 y s.

La solución del estado de necesidad defensivo no es, no obstante, convincente. Como señala con acierto ROBLES PLANAS, el hecho de que el afectado se encuentre en el lado de la fuente de peligro es un dato fáctico. Lo importante es saber “qué grado de vinculación con el peligro debe mantener aquel que resulta ser el afectado por la acción de necesidad”. Para ello elabora este autor una escala que permite un nivel intermedio entre el estado de necesidad defensivo y el agresivo. Se puede hablar de una organización débil (incremento del riesgo aún permitido o riesgos especiales), en la que “los deberes de tolerancia serán superiores a los derivados de las situaciones de necesidad agresivas, pero inferiores a los de las defensivas”. En todo caso, este autor rechaza el recurso al estado de necesidad defensivo para la solución de este problema, pues “resulta altamente cuestionable tratar como si hubiera creado el peligro a quien [el pasajero] está tan alejado de su origen como cualquier otro, pero ha tenido la mala suerte de estar junto a él”³⁵.

Las contundentes palabras de ROXIN pueden servir para rechazar tajantemente el recurso al estado de necesidad defensivo. Entiende este autor que la justificación del abatimiento del avión por esta vía es incorrecta. Los pasajeros no son una amenaza para nadie. El haber emprendido un vuelo no es la causa de ningún peligro y el que se hallen sentados en el avión no eleva el riesgo de muerte para las hipotéticas víctimas de tierra. Por ello, “la unión física con el avión, a la que HIRSCH se remite, no justifica en modo alguno el homicidio. Por el contrario, si los pasajeros son tomados como parte del avión atacante, lo que hay es la materialización de un atentado contra su dignidad humana”³⁶. En definitiva, “la apelación a un estado de necesidad defensivo no ofrece ningún camino transitable hacia la justificación del abatimiento”³⁷.

e) Comunidad de peligro

El abatimiento del avión puede también quedar justificado según las reglas de solución de la comunidad de peligro. Se entiende que, si los pasajeros van a morir en todo caso, el avión puede ser abatido para evitar la muerte de más personas, concentrando la tragedia en los ya marcados por el destino. Es muy probable que la comunidad de peligro asimétrica (en la que ya hay una víctima definida) sea la hipótesis teórica más sencilla. Resulta difícil imaginar un caso en el que los secuestradores puedan conseguir su objetivo sin provocar la muerte de los pasajeros secuestrados. Por ello, la elaboración de complejas relaciones cuantitativas de valor entre vidas enfrentadas puede parecer un ejercicio retórico e inconsecuente. No obstante, nadie está en posición de decir que algo nunca va a ocurrir, como la propia experiencia de los aviones secuestrados y suicidas demuestra. Quizá se haga necesario resolver un caso en el que los

³⁵ ROBLES PLANAS, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», en LUZÓN PEÑA (ed.), *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, 2010, pp. 498-500. Es así convincente su crítica -*op.cit.*, p. 499- a la opinión de KÖHLER, quien estima que el caso fortuito grava a quien en el ejercicio de su libertad lo padece, lo que fundamenta el deber de tolerancia de los pasajeros, KÖHLER, «Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand», en HOYER (ed.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, 2006, pp. 266 y ss. También HIRSCH es crítico con KÖHLER: “Él pretende recurrir al punto de vista de la responsabilidad por el peligro objetivamente imputable de forma inmediata y jurídicamente obligatoria. Sin embargo, ya la palabra ‘responsabilidad’ estorba. Quien es llevado de modo forzoso a una situación peligrosa para terceros, no es ‘responsable’ de la misma, sino que se trata sencillamente de una situación de hecho. Además, los criterios absolutamente indeterminados mencionados por Köhler arrojan más preguntas que las que responden. De la expresión ‘responsabilidad imputable por un peligro’ podría deducirse de modo incorrecto que habría un derecho de legítima defensa frente a los afectados”, HIRSCH, *LH-Enrique Gimbernat*, 2008, p. 1019.

³⁶ ROXIN, *ZIS*, 6/2011, p. 559.

³⁷ ROXIN, *ZIS*, 6/2011, p. 559.

secuestradores de un avión persigan provocar una masacre sin inmolarse ni matar a los pasajeros. Y la respuesta debe estar discutida por la doctrina penal –en este trabajo se propone el principio de evitación de masacres o catástrofes masivas-, que es la que anticipa los problemas del futuro, cosa que no compete a los aplicadores del Derecho.

En lo que hace a la comunidad de peligro, MARTÍNEZ CANTÓN defiende una comunidad de peligro asimétrica justificante –cuyo presupuesto es la comprensión de la vida como un bien jurídico ponderable, aunque no en virtud de su número-, pues en estos casos “no nos encontramos ante un homicidio corriente; ni siquiera un vulgar homicidio en masa. Se trata de un homicidio colectivo con el fin de sembrar el pánico, atacar pilares fundamentales del Estado y, sobre todo, el sentimiento de seguridad colectiva, que es contra el que habitualmente se dirigen los atentados terroristas. Esta perspectiva nos hace contemplar a las futuras víctimas en tierra como un mero medio de los objetivos terroristas y, por tanto, merecedoras de la consideración de su dignidad humana por parte del Estado”³⁸. Con ello, MARTÍNEZ CANTÓN desactiva el argumento que impide la justificación del derribo por la vulneración de la dignidad humana de los pasajeros, pues cuando no existe ninguna regulación de la actuación que excluya la aplicación del estado de necesidad, no queda más remedio que ponderar e incluir la dignidad en la operación ponderativa³⁹. Se puede decir que, para esta autora, el criterio que hace que sea elegida la dignidad de una de las partes es la comunidad de peligro asimétrica –y, por lo tanto, hay que entender, el menor valor de la vida a término-, así como la amenaza a la seguridad colectiva pretendida por los atentados terroristas.

Por su parte, ROBLES PLANAS estima que cuando (1) la acción de salvación de una parte sólo puede tener lugar a costa de la otra, (2) ambas partes son completamente ajenas al origen del peligro, y (3) si no se actúa se pierden las dos, entonces “debe poder afirmarse que el amenazado *no tiene, por su parte, que soportar* el sacrificio de sus bienes, esto es, que no existía para evitar la situación de conflicto una solución por una vía jurídicamente institucionalizada”⁴⁰. Ello es así porque “parece quedar un espacio para la no prohibición penal que no tendría que ver con la idea de exculpación y sí con la ausencia de desvalor requerido para todo injusto penal”⁴¹. La perspectiva que permite esto no es utilitarista, pues esta perspectiva aniquila el principio de la autonomía individual y desatiende que el ordenamiento jurídico no es un sistema de maximización de bienes⁴². Tampoco se basa en un estricto juicio de ponderación de bienes jurídicos, pues “la solidaridad no alcanza hasta el límite de exigir –en términos de *deber jurídico*– la renuncia a la configuración de los últimos minutos de la propia vida en beneficio de los demás”⁴³. Lo que concurre en los casos mencionados, y dado que ningún bien tiene mayor rango

³⁸ MARTÍNEZ CANTÓN, «Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad», en LUZÓN PEÑA (ed.), *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho, Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, pp. 475 y s.

³⁹ MARTÍNEZ CANTÓN, *LH-Santiago Mir Puig*, 2010, p. 477.

⁴⁰ ROBLES PLANAS, *LH-Santiago Mir Puig*, 2010, p. 507.

⁴¹ ROBLES PLANAS, *LH-Santiago Mir Puig*, 2010, pp. 505 y s.

⁴² ROBLES PLANAS, *LH-Santiago Mir Puig*, 2010, p. 490.

⁴³ ROBLES PLANAS, *LH-Santiago Mir Puig*, 2010, p. 495. Según HÖRNLE, nuestra “praxis moral conoce solamente deberes de solidaridad muy restringidos. No hay un deber de sacrificar la propia vida para la salvación de otros seres humanos, ni siquiera en las relaciones de cuidado más estrechas”. Además, los últimos cinco minutos anteriores a la muerte pueden ser muy importantes para un pasajero, ya sea para hablar con su mujer, o para

que el otro, es, para ROBLES PLANAS, una situación de colisión objetiva irresoluble, en la que el sistema de garantía jurídico-público no puede emitir una máxima de conducta individual referida a la situación que defina cómo ha de comportarse alguien que quiere seguir siendo “fiel al Derecho”⁴⁴.

Este autor, no obstante, estima que un tercero o el Estado pueden intervenir en “aquellos supuestos de colisión en los que ninguna de las dos partes puede empíricamente salvarse, sino que la única posibilidad de salvación (de una de ellas) pasa precisamente por la intervención del tercero o del Estado. En tales casos, la intervención sobre la parte no salvada no constituirá un injusto penal. Ello es lo que sucedería en el caso de que un agente de policía tuviera que cortar la cuerda para salvar al alpinista que va a ser arrastrado al vacío por el otro, adelantando la muerte de éste unos segundos”⁴⁵. Con esta afirmación, el autor contradice su punto de vista anterior, según el cual el conflicto se plantea entre bienes del mismo rango. Hay que observar que la razón por la que el Estado puede aquí intervenir es porque unos segundos de una vida *valen menos* que una vida. Una situación aparentemente irresoluble se resuelve precisamente así por este motivo. Si no se acepta lo anterior, el agente de policía también estaría facultado para matar al alpinista que se puede salvar –si está a punto de anticipar la muerte del otro en unos segundos- *en defensa precisamente de los segundos de vida que le quedan al señalado por el destino*.

El recurso a “unos segundos de vida” es un recurso intuitivo, como lo es la apelación hecha por mí a una masacre o a una catástrofe masiva. La entrada no prohibida en el conflicto de terceros ajenos a él viene dada por criterios intuitivos que, apoyados en la desproporción, permiten vislumbrar una diferencia cualitativa: unos segundos o minutos de una vida frente a otra vida sin término definido –para la comunidad de peligro-; una o varias vidas frente a miles o millones de vidas –para el estado de necesidad justificante estricto-⁴⁶.

orar, de modo que hay “que respetar el derecho a la autodeterminación de los afectados”, sin que su aprobación del derribo se pueda “tomar autoritariamente”, *InDret*, 2/2010, pp. 15 y 18.

⁴⁴ ROBLES PLANAS, *LH-Santiago Mir Puig*, 2010, pág. 508.

⁴⁵ ROBLES PLANAS, *LH-Santiago Mir Puig*, 2010, pp. 510 y s.

⁴⁶ Es aquí de gran interés el importante problema sugerido por SILVA SÁNCHEZ y referido a la definición de algún umbral de proporcionalidad en sede de inexigibilidad. Véase al respecto *Estudios de Derecho penal en memoria del Profesor Juan Bustos Ramírez*, 2011, p. 215. Si se niega que la circunstancial implicación de los pasajeros en el conflicto le otorgue al Estado un estado de necesidad defensivo, el derribo del avión –para la evitación de una masacre- se produce –según la solución aquí propuesta- en estado de necesidad agresivo. Entran entonces en colisión la inexigibilidad de otra conducta y el derecho de necesidad. Según SILVA SÁNCHEZ, este derecho, como derecho de libertad real, y dada su excepcionalidad, “prevalce sobre la libertad formal del sujeto afectado por la conducta necesaria. Tal prevalencia da lugar [...] al deber de tolerancia que, por tanto, es, en esta faceta un deber negativo”, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1019. El expediente más sencillo, a nuestros efectos, y para solucionar este problema, consiste en considerar que la conducta del Estado es antijurídica, de modo que ni se plantea la posibilidad de un deber de tolerancia para los pasajeros. No obstante, la sola duda acerca de un umbral negativo para la inexigibilidad permite también plantear una duda sobre un umbral positivo para la justificación. Así, si se acepta que la evitación de una masacre es una conducta justificada porque se encuentra dentro del umbral de la justificación, entonces hay que preguntarse si los pasajeros tienen o no un deber de tolerancia. Ese deber de tolerancia, de existir, sería un límite a la inexigibilidad basado en la proporcionalidad. Si bien, también se puede estimar que la imposición de la propia muerte como conducta debida atenta contra el núcleo, inatacable por el Estado, de la idea de persona manejada por la Constitución. Y aunque es cierto que con la mera negación de un deber de tolerancia poco se hace por la vida de los pasajeros del avión, desconocemos qué casos nos traerá el futuro. En extenso, SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, Tesis pendiente de publicación, Universidad Carlos III, 2012.

f) Cumplimiento de un deber

El cumplimiento de un deber no modifica las conclusiones precedentes. Sirve para convertir una conducta justificada en una conducta debida, pero no proporciona ningún nuevo punto de apoyo para evitar la ponderación de las vidas enfrentadas.

Si no se da ningún factor específico que encierre una amenaza institucional, la hipotética obligación de derribar el avión solo se puede justificar si con ella se evita una masacre. Si además se dice que hay que evitar como sea que los secuestradores consigan su objetivo para evitar así un mediato ataque a la seguridad del Estado, tampoco se sale del laberinto de la cuantificación. En primer lugar, con ello no se puede estar diciendo que, dada una agresión ilegítima, decaen las reglas del estado de necesidad para terceros, pues tal conclusión los convierte *de facto* en agresores ilegítimos, lo que no puede ser el caso. Si se afirma que todo avión secuestrado supone una amenaza para la seguridad del Estado y, por lo tanto, debe ser derribado para evitar que los secuestradores consigan su objetivo, sea el que sea, entonces sí puede quedar definido el caso aquí tratado como una conducta debida ajena a criterios cuantitativos. Pero ello supone ampliar demasiado la respuesta justificada en perjuicio de terceros. Si los secuestradores solo quieren realizar una demostración de fuerza paseándose por el espacio aéreo español y después, tras hacer aterrizar el avión, liberar a los pasajeros, ese avión no puede -ni debe- ser derribado, pues, dejando a un lado los problemas de legítima defensa con los secuestradores, lo impiden las reglas del estado de necesidad respecto de los pasajeros. La conclusión es distinta si la muerte de los pasajeros es el mal menor, lo cual solamente debe ocurrir cuando dicha muerte sea el medio necesario para evitar una masacre o una catástrofe masiva. De lo contrario, los secuestradores sí que consiguen que el Estado aplique a los secuestrados la relativización del valor de la vida. Si no supone la muerte de personas, y sin entrar en casos específicos en los que la defensa institucional del Estado pueda ser la prioridad, el mal menor es que consigan su objetivo⁴⁷.

Con el cumplimiento de un deber, no obstante, se abre un nuevo problema de gran interés. Es obvio que la capacidad para abatir un avión secuestrado reposa en muy pocas manos, tanto por las dificultades para acceder a la información necesaria para actuar, como por evidentes razones técnicas. Si el abatimiento del avión es una conducta justificada pero no debida, la eficacia de todo el operativo de defensa es meramente informativa. En tal caso, se entiende que se trata de un estado de necesidad común en el que las complicaciones técnicas exigen un procedimiento preciso para la obtención de información, si bien, conseguida ésta, rigen las reglas generales facultativas. No se trata ahora de un problema de información insuficiente, que pueda demorar o impedir la decisión debida, sino de si hay o no hay una decisión debida. Si no la hay, la persona que ocupa el vértice de la pirámide puede decidir facultativamente si el avión se derriba o no.

Esto no es congruente con la atribución al Estado del control de la situación. El Estado ha de estar informado de lo que ocurre, esto es obvio e incluso compatible con una prohibición de abatir el avión, pues la información puede tener como único objetivo la búsqueda de una solución

⁴⁷ Leonardo SCIASCIA realiza un magistral relato de la escalofriante negativa del Estado italiano a iniciar siquiera una negociación con los secuestradores de Aldo Moro en su libro *El caso Moro*, 2010. (La primera edición original es de 1978. SCIASCIA formó parte de la comisión parlamentaria que investigó el caso. Su informe, de 1982, también está recogido en el volumen de Tusquets).

alternativa. No obstante, si el Estado se atribuye la facultad de derribar el avión, esa atribución convierte automáticamente esa facultad –dados sus presupuestos– en un deber. Se puede decir que el Estado tiene la obligación de no derribar el avión porque no se puede de forma justificada matar a un inocente. Se puede decir que el Estado tiene la obligación de abatir el avión porque no se debe permitir la producción de una masacre. Pero lo que no se puede decir es que el Estado puede abatir o no el avión según le parezca a quien tiene atribuida la capacidad de decidir.

En opinión de MARTÍNEZ CANTÓN, “desde la perspectiva que se puede adoptar con el Derecho penal español, la opción ante la que se encuentra el Estado a la hora de decidir si derriba o no el avión es idéntica a aquella en la que ha de decidir si reacciona conforme a los chantajes con toma de rehenes, es decir, tiene libertad política de reacción frente a la defensa de los intereses estatales, los intereses sociales y las demás vidas en juego. Esta libertad política no es controlable. En el caso de que estatalmente se optara por el derribo, éste debería considerarse justificado, pues desde el órgano competente para dar la última palabra se habrá hecho la ponderación que ha de considerarse adecuada y que, en todo caso, observando la asimetría de oportunidades de salvación y la existencia de más intereses –y la posibilidad de que se causen, por tanto, mayores males– en el lado de la salvación, estará suficientemente fundamentada”⁴⁸.

Esta solución, no obstante, plantea algún problema. En ella se confunden Gobierno y Estado. El Estado decide si el derribo del avión es una conducta legítima (o si no lo es) y el Poder Ejecutivo decide si se dan las circunstancias precisas para la ejecución concreta de tal conducta (presupuesta su legitimidad abstracta). Pero ninguna acción típica del Poder Ejecutivo puede escapar al escrutinio del Poder Judicial, ni derivar de otra fuente de fundamentación que la ley penal. No hay ninguna libertad política consistente en la realización de un tipo penal no controlable⁴⁹. Al respecto, es muy ilustrativo el estudio que de este problema hace GÓMEZ BENÍTEZ en su obra *El ejercicio legítimo del cargo*. En relación con las decisiones que encierran un pronóstico para el futuro, el reconocimiento de un margen de confianza no implica la renuncia a la búsqueda objetiva de la solución más adecuada. La inevitable proyección de futuro, con su carga cierta de demostración *a posteriori*, no impide la constatación técnica del sometimiento de la Administración a la ley. Cabe hablar, en todo caso, de un margen de confianza que otorgue una cierta libertad en decisiones que necesiten un pronóstico, pero en ningún caso pueden ser equiparadas a decisiones discrecionales⁵⁰. Este planteamiento, entendido como el reconocimiento de una dificultad de control, y no como una exención del mismo, desplaza el interés jurídico hacia la fundamentación o motivación de la decisión administrativa en los supuestos límites, hasta indicar lo objetivamente no constatable, y permite la afirmación de una sola decisión correcta en los conceptos jurídicos indeterminados⁵¹. Por lo tanto, y volviendo al caso estudiado, es correcta la afirmación de MARTÍNEZ CANTÓN de que el Estado decide, pero esa decisión la realiza el Poder Legislativo cuando define la norma. Después “el órgano competente” la cumple o la incumple; cumplimiento o incumplimiento para los que habrá que manejar el “margen de

⁴⁸ Martínez Cantón, *LH-Santiago Mir Puig*, 2010, pp. 483-484.

⁴⁹ Como dice CANETTI, “El secreto ocupa la misma médula del poder”, *Masa y poder*, 1995, p. 286. Por ello, “los tribunales tienen también una función política muy clara. Si sus resoluciones protegen los derechos democráticos en períodos de emergencia, sus señales inequívocas pueden fortalecer el apoyo político doméstico a la defensa de las libertades civiles”, IGNATIEFF, *El mal menor. Ética política en una era de terror*, 2005, p. 73.

⁵⁰ GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, 1980, pp. 111-115.

⁵¹ GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, 1980, p. 124.

confianza” estudiado por GÓMEZ BENÍTEZ. Otra cosa es que, en tanto no se declare una hipotética inconstitucionalidad de la norma habilitante, si *de facto* se ejecuta el abatimiento por el Estado dadas las condiciones legalmente prescritas, entonces es acertado considerar que ese derribo está justificado y no sólo exculpado o exento de pena.

g) La alternativa de la justificación en Alemania y en España

i) Alemania

Pese a lo hasta aquí expuesto, la vía para una solución justificada del derribo de aviones suicidas está cerrada en Alemania.

La Ley de Seguridad Aérea (*Luftverkehrsgesetz*), de 11 de enero de 2005, establecía en su artículo 14 lo siguiente:

“(1) Para evitar la producción de un siniestro especialmente grave, las fuerzas armadas podrán intervenir en el espacio aéreo desviando las aeronaves, obligándolas a aterrizar, amenazándolas con el uso de las armas o efectuando disparos de advertencia.

(2) De entre las posibles medidas, habrá que escoger aquella que previsiblemente cause menores perjuicios a los individuos y al común de las gentes. El alcance y la duración de la medida serán los estrictamente necesarios para alcanzar su fin. La medida no podrá acarrear un perjuicio desproporcionado en relación con el objetivo perseguido.

(3) El ataque armado sólo será lícito cuando las circunstancias permitan concluir que el avión va a atacar la vida de las personas y que es el único medio para ejercitar la defensa frente a ese peligro inminente.

(4) Las medidas a las que se refiere el apartado 3 sólo podrán ser ordenadas por el Ministro Federal de Defensa o, en su lugar, por el miembro del Gobierno Federal autorizado para ello. En lo demás, el Ministro Federal de Defensa podrá autorizar con carácter general al Jefe del Ejército del Aire la adopción de las medidas referidas en el apartado 1”.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania (BVerfG), en sentencia de 15 de febrero de 2006 (BVerfGE 1 BvR 357/05), ha declarado inconstitucional el apartado de la ley que permitía abatir aviones secuestrados por terroristas con personas inocentes. La autorización a las fuerzas armadas, al amparo del artículo 14, apartado 3 de la Ley de Seguridad Aérea, para abatir un avión mediante el uso directo de armas que ataquen la vida de seres humanos, es incompatible con el derecho a la vida amparado por el artículo 2, apartado 2, párrafo 1, en relación con el derecho a la dignidad humana del artículo 1, apartado 1 de la Constitución, siempre que en el avión se encuentren personas no intervinientes en el hecho. Entre los argumentos de fondo destacan dos: a) Está prohibido cualquier uso del hombre por el poder público que desconozca la consideración del valor que corresponde a toda persona por sí misma (párrafo 121); b) Los inocentes que viajan en el avión no pueden ser considerados parte del mismo. Esa concepción que convierte a las víctimas en cosas es incompatible con la imagen constitucional de la persona y con la idea de su autodeterminación en libertad (párrafo 134). Además, la certeza de una muerte segura no puede justificar el homicidio de inocentes, pues la protección constitucional de la vida humana y de la dignidad de la persona no depende de la duración de la existencia física del individuo (párrafo 132). No obstante, el Tribunal deja abierta la valoración jurídico-penal

del hecho. No juzga la eventual responsabilidad penal de quienes derriben la aeronave u ordenen su derribo (parágrafo 130)⁵².

Pese a la contundencia de estas afirmaciones, considero que de poco sirve decir que el abatimiento del avión es inconstitucional si después un avión es de hecho abatido y tal conducta queda impune. Se trata de un ejercicio institucional de buena conciencia⁵³. Si bien, no está nunca de más una manifestación explícita de los límites del poder público⁵⁴.

La reducción *de facto* de un mandato en una proposición descriptiva es, no obstante, una solución solo aparente. Como señala BOBBIO “Un mandato como: ‘No debes robar’ se resuelve en la alternativa ‘O tú no robas o el juez *deberá* castigarte”⁵⁵. Con una reserva para una solución en el ámbito estrictamente penal, el BVerfG está diciendo algo como “no debes tirar el avión, pero si lo tiras, no estamos seguros de que el juez penal *deba* castigarte”⁵⁶.

⁵² “Dabei ist hier nicht zu entscheiden, wie ein gleichwohl vorgenommener Abschuss und eine auf ihn bezogene Anordnung strafrechtlich zu beurteilen wären”. (No se decide aquí cómo serían juzgados penalmente un, con todo, efectivo abatimiento y una orden a él referida). La propia sentencia realiza, entre otras, una cita de autoridad al apartado que ROXIN dedica en su Tratado a la comunidad de peligro como causa de exclusión suprallegal de la responsabilidad. Entre las diversas declaraciones de la sentencia destaca la siguiente (§135): “Der Gedanke, der Einzelne sei im Interesse des Staatsganzen notfalls verpflichtet, sein Leben aufzuopfern (...) führt ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis”. [La idea de que el individuo debe sacrificar su vida en una situación de necesidad en favor de los intereses del Estado no conduce a otro resultado –es decir, no modifica la inconstitucionalidad del precepto-]. No hay que olvidar que esto, en el campo de la teoría jurídica del delito, pretende hacerse compatible con una hipotética antijuridicidad de toda inexigible conducta de autosalvamento, es decir, con la aceptación de un mero estado de necesidad exculpante en caso de conflicto existencial.

⁵³ ROXIN, defensor de la antijuridicidad del derribo del avión, estimaba, antes de la sentencia del BVerfG, que el § 14 III LuftSiG había de interpretarse como una causa de justificación, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., 2006, 22/152, pp. 1027.

⁵⁴ Aplauda la sentencia CAÑO PAÑOS, para quien “la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional alemán (...) supuso una inapelable, clara y convincente reprimenda a la actuación del Estado frente a la amenaza terrorista, señalándose en la misma que el respeto a la dignidad del ser humano, al derecho a la vida de cualquier persona y a la igualdad de todos frente a la ley no sólo deben erigirse en postulados inherentes a cualquier Estado democrático, sino al mismo tiempo servir de base a y dirigir la actuación de sus órganos”, «Caso de la Luftfahrtsicherheitsgesetz», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, (coord.), 2011, p. 934.

⁵⁵ BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, 1996, p. 66.

⁵⁶ Es innegable que en este caso se evidencia la afirmación de CARDOZO: En toda sentencia es inherente, justamente ahí donde la cuestión, por así decirlo, se juega el todo por el todo, una filosofía sobre el origen y el objeto del Derecho, una filosofía siempre oculta y que es en realidad el factor decisivo, *The Growth of the Law*, 1924, pp. 25 y ss. En la doctrina de lengua alemana hay opiniones favorables a la justificación. En favor de una comunidad de peligro asimétrica justificante, HILLGRUBER, quien opina que, desgraciadamente, la vida de los pasajeros no puede ser protegida porque solo les quedan unos pocos minutos de vida. Contando con esto, el Estado puede intervenir en el derecho a la vida de los pasajeros pero precisamente en cumplimiento de la obligación de protección de la vida, «Der Staat des Grundgesetzes - nur "bedingt abwehrbereit"?, *JZ*, 2007, pp. 216 y ss. ZIMMERMANN mantiene que cabe una aceptación del propio sacrificio si adelantando una muerte irremisible se consiguen salvar las otras vidas envueltas en la comunidad de peligro, *Rettungstötungen. Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand*, 2009, pp. 375 y ss. “El autosacrificio existencial, bajo las circunstancias de una comunidad de peligro con una distribución asimétrica de las posibilidades de salvamento, es exigible”, ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 387. Además, dicho autosacrificio reposa en los propios intereses (altruistas) del sacrificado, pues con él se obtiene el objetivo del salvamento ajeno, p. 388. También SINN, en un artículo anterior a la sentencia del BVerfG, estima que el parágrafo 14 III LuftSiG constituye un estado de necesidad especial incluido en el parágrafo 34 del StGB, pues el propio principio de igualdad (art. 3 GG) obliga al Estado a la defensa de las personas que se hallan en tierra, ya que la protección de las personas que se hallan en el avión, por la naturaleza de las cosas, es inviable, «Tötung Unschuldiger auf Grund §14 III Luftfahrtsicherheitsgesetz - rechtmässig?», *NStZ*, (11), 2004, pp. 592 y s. En opinión de JAKOBS, la opción de no jugar a ser destino, y, en consecuencia, la opción de dejar que el avión siga su curso, puede ser aceptable en los casos de catástrofes que no representan un desafío al Estado, pero en los demás casos no es el camino correcto

El sentido de la sentencia del BVerfG impone, sin embargo, la prohibición del abatimiento. No puede quedar penalmente justificada una conducta inconstitucional que vulnera nada menos que la dignidad humana. Hasta ahí no puede llegar la independencia de la antijuridicidad penal⁵⁷. Y si es difícil derivar una causa de justificación de un precepto declarado inconstitucional, tampoco es fácil compatibilizar la prohibición del abatimiento con la ejecución de tal conducta. Un importante trabajo que recoge, resume y analiza el estado de la cuestión es el artículo de ROXIN *El abatimiento de aviones secuestrados para salvar vidas*⁵⁸. En este artículo, ROXIN llega a la conclusión, tras rebatir todas las demás alternativas, de que sólo es posible apelar a una causa de exención de la responsabilidad criminal por ausencia de necesidad de pena. Reproduce su tesis sobre la tercera categoría del delito, que no debe quedar reducida a la culpabilidad, sino que ha de incluir la posibilidad y la necesidad de imponer una pena, y propone para los casos extremos de estado de necesidad existencial una causa suprallegal de exclusión de la responsabilidad penal⁵⁹. No obstante, hay que advertir que ROXIN considera “inadmisible habilitar al juez con carácter general para eximir de pena, sin base en la ley, con ayuda de una fórmula vacía como la de la inexigibilidad”⁶⁰. Si bien, lo dicho “no excluye la posibilidad de apreciar, en grupos de casos de

para alcanzar una equidad segura. Si bien, opina este autor, se ha de nombrar correctamente qué es lo que le permite actuar al Estado, y sólo a él, como garante del orden: el entendimiento de que la víctima queda extraída excepcionalmente del círculo de personas en el Derecho, «Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand», en AMELUNG et al. (eds.), *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag*, 2010, pp. 217. También PAWLIK entiende que cuando la propia esencia de la comunidad está en peligro, la expansión de la obligación de autosacrificio del ciudadano hasta la misma vida no representa por principio una opción ilegítima, «§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes - ein Tabubruch?», *JZ*, 2004, pp. 1053-1055. La precisión exacta del alcance de su excepción, expone JAKOBS, no es objeto del trabajo mencionado; si bien apunta el autor en él dos conclusiones importantes: no se trata de un problema de culpabilidad, y para los excluidos del círculo de personas en el Derecho quizás pueda quedar el recurso al § 35 StGB, *op. cit.*, p. 218 y nota 32. ROXIN considera la opinión de JAKOBS, además de una vulneración de la dignidad humana, que garantiza que cada persona sea tratada de forma inalienable como un sujeto de derecho, impracticable por la inexistencia de un criterio cierto que permita distinguir qué catástrofes implican un desafío al Estado y cuáles no, *ZIS*, 6/2011, p. 562. En cualquier caso, y volviendo a la opinión de JAKOBS, no parece congruente decir que los pasajeros están fuera del círculo de personas en Derecho y después otorgarles el amparo del parágrafo 35 del StGB, basado precisamente en una implicación personal en un conflicto existencial. Precisamente porque sí son “personas en Derecho” les es de aplicación una “regla jurídico-penal” como la contenida en ese parágrafo. Favorables a la aplicación de un estado de necesidad defensivo, véanse las ya citadas obras de HIRSCH, SCHÜNEMANN y KÖHLER.

⁵⁷ En opinión de GÓMEZ BENÍTEZ, una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma habilitante dificulta enormemente la fundamentación de la justicia del abatimiento, y ello porque la seguridad jurídica respecto del concepto de justicia ha de tomar como punto de referencia los derechos humanos y los derechos fundamentales normativizados. No obstante, este autor considera importante la escapatoria hacia la irrelevancia penal que la Sentencia deja abierta, pues permite acudir a las causas de justificación para completar la idea de hecho justo. Si bien, no deja de ser sorprendente que “pueda ser penalmente justo lo que es constitucionalmente injusto”, GÓMEZ BENÍTEZ, *LH-Enrique Gimbernat*, 2008, pp. 956 y s.; p. 960. En opinión de este autor, “hay una fractura moral insalvable, algo así como la convivencia con un derecho injusto, o, si se prefiere, con un derecho penal justo, pero inconstitucional” (comunicación personal).

⁵⁸ ROXIN, «Der Abschuss gekaperter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben», *ZIS*, 6/2011, pp. 552 ss. También alude ROXIN a la sentencia del BVerfG en «La teoría del fin de la pena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán», en MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (dirs.), *Constitución y Principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, 2010, pp. 231-249. ROXIN expone aquí el fundamento de la sentencia mencionada, que declara la nulidad de la ley que amparaba el derribo del avión secuestrado por la vulneración de la dignidad humana que supone el homicidio por el Estado de víctimas inocentes, y aunque con ello se produzca la salvación de un gran número de personas. La dignidad humana “impide convertir al ser humano en ‘objeto’, es decir, olvidar su cualidad de ‘sujeto de Derecho’. Tal ‘instrumentalización’, es decir, tratar al hombre como cosa y no como persona, se nos presenta, por ejemplo, en la tortura, en determinados tratamientos denigrantes y, claro está, con toda su crudeza con la muerte de inocentes. Este significado de la dignidad humana, que proviene del filósofo Kant, está en la base de la sentencia de la Ley de seguridad aérea”, pp. 232-234.

⁵⁹ ROXIN, *ZIS*, 6/2011, pp. 562 y s.

⁶⁰ ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 22/141, p. 961; *AT I*, 4ª, 2006, 22/145, p. 1024.

contornos precisos y en desarrollo cauteloso del Derecho escrito, una exclusión de la responsabilidad cuando los parámetros valorativos que han de extraerse de la ley vigente permiten reconocer con seguridad la falta de necesidad preventiva de pena⁶¹.

La conclusión de ROXIN es perfectamente congruente con la inconstitucionalidad del abatimiento del avión secuestrado –y con la referencia que hace el BVerfG a un juicio estrictamente penal de quienes derriben u ordenen el derribo de la aeronave-, pero con ella se entra ya en la tercera alternativa teórica para la solución del caso propuesto, y que es la prohibición de abatir el avión. De ello me ocuparé más adelante.

No obstante, y en relación con los valores absolutos, ya sea el valor de la dignidad, o la propia concepción de la inexigibilidad como valor absoluto, quizás sea ahora interesante recurrir a las palabras de HUME: “El (...) método científico según el cual se establece primero un principio general abstracto que es después ramificado en una variedad de inferencias y conclusiones puede que en sí mismo sea más perfecto [que el método experimental], pero se ajusta menos a la imperfección de la naturaleza humana y es una fuente común de ilusión y de error en éste [la determinación de los principios generales de la moral] y en otros asuntos⁶². Un problema moral no puede ser resuelto “como la proporción de líneas en un triángulo”, pues, “en las deliberaciones morales debemos tener de antemano un conocimiento de todos los objetos y de todas las relaciones que estos mantienen entre sí; y basándonos en una comparación del todo, determinamos nuestra elección o aprobación. No hay un hecho nuevo que certificar; no hay una nueva relación que descubrir. Se supone que todas las circunstancias del caso están ante nosotros antes de que podamos formular algún juicio de censura o aprobación. Y si alguna circunstancia material nos es todavía desconocida o dudosa, debemos primero emplear nuestra capacidad de investigación y nuestras facultades intelectuales en asegurarnos respecto a ella; y debemos, durante ese tiempo, suspender toda decisión o sentimiento moral (...). Pero después de que cada circunstancia y cada relación son conocidas, el entendimiento no tiene más espacio en el que operar, ni ningún objeto en el que emplearse. La aprobación o la censura que entonces tienen lugar no pueden ser obra del juicio, sino del corazón; y no consisten en una proposición o afirmación especulativa, sino en un sentimiento activo. En las disquisiciones del entendimiento, partiendo de circunstancias y relaciones conocidas, inferimos alguna nueva y desconocida. En las decisiones morales, todas las circunstancias y relaciones deben ser previamente conocidas; y la mente, tras contemplar el todo, siente alguna nueva impresión de afecto o disgusto, de estima o de desprecio, de aprobación o de censura⁶³.”

Volviendo a nuestro caso, quizás el derribo de un avión secuestrado que amenace con provocar una masacre sea el único punto de acuerdo entre todas las diversas impresiones manifestadas de aprobación o censura –y entre todas las conclusiones doctrinales referidas a las relaciones sistemáticas entre antijuridicidad y culpabilidad-. Hasta el propio Tribunal Constitucional Federal de Alemania reserva un ámbito para un juicio estrictamente penal de la conducta, pese a calificar como inconstitucional la ley que permitía el abatimiento. Si esto es así, y por lo tanto, si solo quedan fuera de esta afirmación quienes dejaran que el avión la primera vez -o la enésima-

⁶¹ ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 22/141, p. 961; *AT I*, 4ª, 2006, 22/145, p. 1024.

⁶² HUME, *Investigación sobre los principios de la moral*, 1993, p. 38.

⁶³ HUME, *Investigación sobre los principios de la moral*, 1993, pp. 176 y s.

consiguiese el objetivo perseguido por los secuestradores, *ello significa que hay un común e implícito acuerdo en que el mal menor, o al menos la impresión que genera una menor censura, es el abatimiento del avión*, y ello por encima del respeto nominal al valor absoluto de la dignidad humana.

ii) España

En España, el texto de referencia es la Ley Orgánica de Defensa Nacional (LO 5/2005, de 17 de noviembre). En su artículo 16 establece lo siguiente:

“Tipos de operaciones.

El cumplimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas y el desarrollo de su contribución complementaria o subsidiaria de interés público requieren realizar diferentes tipos de operaciones, tanto en territorio nacional como en el exterior, que pueden conducir a acciones de prevención de conflictos o disuasión, de mantenimiento de la paz, actuaciones en situaciones de crisis y, en su caso, de respuesta a la agresión. En particular, las operaciones pueden consistir en: (...)

d) La respuesta militar contra agresiones que se realicen utilizando aeronaves con fines terroristas que pongan en peligro la vida de la población y sus intereses. A estos efectos, el Gobierno designará la Autoridad nacional responsable y las Fuerzas Armadas establecerán los procedimientos operativos pertinentes”.

Antes de la Ley, por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Situaciones de Crisis de abril de 2004, se designó como Autoridad nacional al Secretario de Estado de Defensa. Después de la LODN se mantuvo esta competencia. En la actualidad, esta función ha pasado al Ministro de Defensa. El Jefe de Estado Mayor de la Defensa es la Autoridad suplementaria del Ministro de Defensa, y ello por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2007. Asimismo, cualquier decisión del Ministro de Defensa requiere, de ser posible, de una consulta previa con el Presidente del Gobierno.

Esta Autoridad nacional recibe el nombre de Autoridad *Renegade*, pues España forma parte del Proyecto *Renegade*. El Proyecto *Renegade* es competencia de la OTAN. Según el documento OTAN MC- 54- 1 sobre Concepto de Defensa Aérea Integrada, *Renegade* es una plataforma aérea civil sospechosa de ser usada como arma terrorista. El Proyecto incluye un procedimiento, parcialmente clasificado, y extraordinariamente complejo, que incluye, muy sucintamente, un control del recorrido del vuelo, la activación de un código de seguridad en caso de riesgo de secuestro, la salida inmediata de cazas de interceptación, la circulación concéntrica y, en último término, el derribo del avión⁶⁴. El derribo final del avión forma parte, dadas las condiciones exigidas, del procedimiento⁶⁵.

⁶⁴ La decisión ha de tomarse en un período de tiempo necesariamente breve. Y el tiempo de reacción en el aire es crítico. Es más, pueden imaginarse casos en los que ni siquiera haya capacidad de reacción (p.ej., objetivos muy cercanos al lugar del secuestro).

⁶⁵ Así quedó expuesto en las *Jornadas sobre implicaciones éticas y jurídicas de la toma de decisiones en situaciones excepcionales: El caso del derribo de aviones de pasajeros secuestrados por terroristas*, Madrid, 14 y 15 de octubre de 2009. Pese al carácter confidencial de todo el proceso, el que fuera Jefe del Ejército del Aire contestó con un sí a mi insistente pregunta sobre si el derribo final del avión formaba o no formaba parte del procedimiento reglado. Para una perspectiva general sobre la Defensa en España, véase *Estrategia de Seguridad Nacional. Un proyecto compartido*, Gobierno de España, Presidencia del Gobierno, mayo 2013, NIPO 002130347, www.lamoncloa.gob.es.

La OTAN no gestiona situaciones *Renegade*. La autoridad con responsabilidad para ordenar la neutralización de este tipo de amenaza es siempre nacional, perteneciente al país al que corresponde el espacio aéreo de soberanía donde se lleva a cabo la acción de derribo (MC-54-1)⁶⁶. Este procedimiento ya ha sido activado en España⁶⁷. También se han hecho diversos ejercicios de defensa aérea, con dispositivos que incluyen el despliegue de una batería de artillería antiaérea del Mando de Artillería Antiaérea del ejército de Tierra, para, en su caso, proceder al derribo de la aeronave⁶⁸.

⁶⁶ Se puede encontrar información muy pormenorizada en *La defensa aérea después del 11 de septiembre de 2001*, Centro de Guerra Aérea, Estado Mayor del Aire, Ministerio de Defensa, 2003.

⁶⁷ Véase *El País* de 2 de abril de 2007, "El falso secuestro de un avión marroquí activó la alerta diseñada tras el 11-S. Cazas franceses y españoles vigilaron a un Boeing 737 que volaba de Marraquech a Marsella. El aviso, finalmente infundado, del secuestro de un avión marroquí de pasajeros que cubría la línea Marraquech-Marsella activó, el pasado 28 de febrero, el Procedimiento Renegade, el sistema de alerta diseñado a raíz de los atentados del 11-S de 2001 y que contempla, como último recurso, la posibilidad de derribar aviones secuestrados que vayan a ser empleados como armas de destrucción masiva. El Boeing 737-400, perteneciente a la compañía marroquí de bajo coste Atlas Blue y con 168 pasajeros a bordo, fue vigilado por aviones de combate españoles y franceses hasta su destino. Según las fuentes consultadas, el Boeing 737-400 emitió, a través de su transpondedor automático, un aviso de secuestro mientras se encontraba sobrevolando España. El jefe del Mando Aéreo de Combate, el teniente general Manuel García Berrio, activó la alerta aérea -que incluye los aviones de combate en Scramble, preparados para despegar en pocos minutos desde las bases de Morón, Torrejón o Zaragoza- y se puso a las órdenes del secretario de Defensa, Francisco Pardo. Este último es, según el acuerdo adoptado en abril de 2004 por la Comisión Delegada del Gobierno para Situaciones de Crisis, la Autoridad Nacional Renegade (Renegado), única autorizada para ordenar en último extremo el derribo de un avión secuestrado por terroristas para utilizarlo como arma en un atentado, siguiendo el ejemplo del 11-S. Afortunadamente, esta hipótesis no llegó a plantearse en ningún momento el pasado día 28 ya que, aunque fue imposible verificar si la alerta de secuestro era real hasta que el avión aterrizó en Marsella, el vuelo se desarrolló conforme al plan previsto y no hubo ningún otro elemento de sospecha. Eso sí, cazas españoles y franceses lo vigilaron durante gran parte de su trayecto. En virtud de los acuerdos bilaterales entre España y Francia, un Mirage 2000 francés voló a Barcelona para escoltar al avión marroquí hasta su destino, donde el Boeing fue confinado en una zona apartada hasta que se comprobó que se trataba de una falsa alarma. A pesar de ello, el aeropuerto de Marsella permaneció cerrado durante más de media hora y varios vuelos tuvieron que ser desviados. El secretario de Estado de Defensa, según las fuentes consultadas, se puso en contacto con el ministro, José Antonio Alonso, al principio y al final del incidente, que se prolongó varias horas, hasta que las autoridades francesas tomaron el relevo. Según las fuentes consultadas, ésta ha sido la tercera vez que se activa el denominado Procedimiento Renegade. La primera vez fue en noviembre de 2005, cuando tres pasajeros de un avión de la compañía danesa Sterling, que cubría el trayecto entre Estocolmo (Suecia) y Málaga, comentaron que habían conseguido introducir una bomba. La segunda vez, el pasado 15 de febrero, un pirata aéreo secuestró un Boeing 737 de Air Mauritania, aunque otros pasajeros consiguieron reducirlo antes de que aterrizara en Las Palmas. Lo que convirtió el episodio del pasado 28 de febrero en diferente de los anteriores, según las fuentes consultadas, son las circunstancias que lo rodearon: se trataba de un avión marroquí -Atlas Blue es una filial de Royal Air Maroc- que sobrevoló toda la Península en un momento de máxima alerta antiterrorista, debido a la celebración en Madrid del juicio por los atentados del 11-M y a la cercanía del tercer aniversario de los ataques terroristas contra los trenes. El Procedimiento Renegade se instauró en España a demanda de la OTAN, cuyo Comité Militar instó en mayo de 2002 a todos sus países miembros a que lo aplicaran. Se da la circunstancia de que la OTAN cuenta con un sistema integrado de defensa aérea frente a ataques militares, pero todos los países se reservan la decisión de cómo actuar frente a aeronaves civiles. El PSOE enmendó la actual Ley Orgánica de Defensa Nacional para incluir, entre las misiones de las Fuerzas Armadas, "la respuesta militar contra agresiones que se realicen utilizando aeronaves con fines terroristas que pongan en peligro la vida de la población y sus intereses". Antes de llegar al derribo del avión, que es la última medida posible, el Procedimiento Renegade, que está clasificado como secreto, incluye una serie de pasos graduales para intentar disuadir al secuestrador y obligarle a aterrizar mediante órdenes por radio, señales luminosas e incluso disparos de advertencia. Está previsto que el actual secretario de Estado de Defensa deje su puesto a mediados de abril para presentarse a las elecciones autonómicas de Castilla-La Mancha y sea sustituido por Soledad López, actual subsecretaria de Defensa. López, quien ya fue subsecretaria en Interior, se convertirá así no sólo en la mujer que llega más alto en Defensa, sino también en la que ostenta una responsabilidad más grave: decidir en muy poco tiempo la vida o la muerte de cientos de personas".

⁶⁸ Revista de Aeronáutica y Astronáutica, Abril de 2003, pág. 284. También, Europa Press, 16 de abril de 2010: "El Ministerio de Defensa y el Ejército del Aire español comprobaron ayer la eficacia del sistema de defensa aérea del territorio nacional ante un supuesto en el que la amenaza de un ataque terrorista perpetrado con un avión de pasajeros secuestrado, como en los atentados terroristas del 11 de septiembre, se define como "probable", según

Un repaso a todo este dispositivo permite afirmar que, si el abatimiento del avión es una conducta prohibida, se han destinado quizás cientos de miles de euros de dinero público a la preparación de homicidios antijurídicos por el Ministerio de Defensa y el Ejército. Como es obvio, una conducta antijurídica no puede formar parte de las competencias del Ministerio de Defensa, de modo que no puede haber un uso de fondos públicos propio de la función pública que consista en la ejecución de un homicidio penalmente antijurídico⁶⁹. Por otro lado, si se pretende mantener que el operativo de defensa sirve sólo como amenaza, y como amenaza ha de hacer creer que el derribo es posible cuando en realidad no lo es, si una vez falla, falla para siempre. En cualquier caso, es difícil negar que, al menos por ahora, y a la espera de una hipotética declaración de inconstitucionalidad semejante a la emitida por el BVerfG, el abatimiento del avión secuestrado forma parte de un procedimiento reglado. Es decir, es una conducta justificada.

3.3. El abatimiento del avión está prohibido.

El abatimiento está prohibido si el homicidio de los pasajeros secuestrados no está justificado. A su vez, la solución del conflicto entre vidas planteado en el caso puede provocar:

- a) Que el abatimiento del avión sea una conducta antijurídica a la que no alcanza ninguna otra causa de exención de la responsabilidad criminal.
- b) Que el abatimiento del avión sea una conducta antijurídica exenta de responsabilidad criminal si la realiza alguna persona determinada.
- c) Que el abatimiento del avión sea una conducta antijurídica exenta de responsabilidad criminal si la realiza cualquier persona.

confirmaron a Europa Press fuentes militares. El ejercicio ante un supuesto 'Renegade' fue completado con éxito cuando un cazabombardero de élite de la Fuerza Aérea española estableció contacto visual con el piloto de la aeronave 'incomunicada' y 'descontrolada', que actuaba como si fuera un avión de pasajeros, y le comunicó que debía seguir su trayectoria para aterrizar cuanto antes en la Base Aérea de Los Llanos (Albacete), sede del Ala 14 del Ejército del Aire y dotada con aviones de combate Dassault Mirage F1. El simulacro de actuación comenzó a primera hora de la mañana y supuso la activación en cuestión de minutos de los sistemas de alerta temprana del Ejército del Aire, que se comunicó de inmediato con la Secretaría de Estado de Defensa para mantenerle al corriente desde entonces de toda la sucesión de acciones de la aeronave que no respondía a las indicaciones vía radio ni a las comunicaciones. En la sala de control encargada de dirigir todas las acciones de los pilotos de cazabombarderos, salvo una eventual decisión final de derribar el avión descontrolado, el jefe del Mando Aéreo de Combate (MACOM), el teniente general José Froilán Rodríguez Lorca, fue el responsable del seguimiento de todos los movimientos efectuados por la aviación de combate y de los preparativos necesarios para afrontar los desenlaces. El general mantuvo contacto permanente y directo con el piloto del avión de combate, quien se situó con su cazabombardero supersónico en la misma posición, altura y con velocidad idéntica a la que llevaba en ese momento la supuesta aeronave comercial, que despegó desde Santiago con destino a San Javier (Murcia) y quedó sin comunicaciones cuando sobrevolaba Zamora. De manera casi simultánea, el mando militar transmitió la evolución de la operación al secretario de Estado de Defensa, Constantino Méndez, la autoridad política que, desde hace dos años, tiene la responsabilidad de decidir si se derriba o no un avión comercial que no responde a las instrucciones de los cazas, tras haber informado personalmente al presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero. Las fuentes militares consultadas por Europa Press explicaron que este simulacro de 'Renegade' es el quinto ejercicio de este tipo que completan con éxito el Ejército del Aire y el Ministerio de Defensa. Todos los simulacros han llegado hasta la misma fase de amenaza, la catalogada como "probable", en la que el piloto militar establece contacto visual con el de la aeronave incomunicada y consigue que cumpla sus instrucciones. La siguiente fase de este simulacro nunca ha sido probada en España, según las fuentes militares consultadas por Europa Press, porque no es necesario hacer ningún ensayo sobre qué y cómo decidir en el caso en que un avión lleno de pasajeros e incomunicado con el exterior no cumpla las órdenes que le transmite un militar para aterrizar y dejar de ser una amenaza".

⁶⁹ Véase el art 103.1 CE.

En todo caso, en tanto se trata de una conducta prohibida, lo correcto es no abatir el avión. Como siempre debe existir una alternativa correcta de conducta⁷⁰, en el no abatimiento del avión consistirá el cumplimiento de la norma de determinación incluida en los arts. 138 y ss. del CP español. El deber de no abatir el avión es una manifestación específica del deber general de no infringir la ley penal. Esta afirmación –explícita o implícita– es el presupuesto de todas las soluciones que se estudian a continuación.

a) El abatimiento es punible

En primer lugar, se puede aceptar sin más que el abatimiento del avión es una conducta típica, antijurídica, culpable y punible. No es aplicable ninguna causa de exención de la responsabilidad criminal. No hay ninguna causa de justificación al efecto, ni siquiera el estado de necesidad, pues el enfrentamiento entre vidas no puede quedar sujeto a criterios cuantitativos ni cualitativos de ponderación. Y, en principio, tampoco es aplicable ninguna causa de exclusión de la culpabilidad, salvo una convergencia fortuita con una causa de inimputabilidad, como, por ejemplo, un trastorno mental transitorio colectivo de todos los implicados en la eficacia de la operación.

Esta solución –la punibilidad– es la más congruente con la idea, ya apuntada, que prohíbe someter la vida humana a todo cálculo ponderador. Es aceptado por buena parte de la doctrina que “la dignidad humana no se puede incluir en la ponderación (...) sea lo que sea lo que se le enfrente”⁷¹.

La punibilidad del abatimiento del avión podría ser también la idea acogida por ROXIN, una vez demostrado por la vía de los hechos que no es superfluo prevenir la imitación, pues la pena para las personas que derribaran un avión sería preventivo-generalmente necesaria para evitar conductas similares en el futuro: un aviso cristalino a todos los miembros del operativo de defensa preparado para estos casos. No obstante, ROXIN, como se verá en páginas posteriores, concibe que el caso aquí estudiado está amparado por una causa supralegal de exclusión de la responsabilidad por ausencia de necesidad de pena⁷².

Ahora bien, si se acepta que el abatimiento del avión es una conducta punible, debe entonces quedar claro que todo el procedimiento de defensa preparado para estos casos no lo está para derribar el avión. También ha de quedar claro que, si alguien derriba el avión, será penado. A su vez, se ha de aceptar que si los secuestradores dirigen el avión contra una central nuclear o un campo de fútbol repleto de gente, la orden vinculante es, aunque no haya otra forma de evitar el impacto que derribarlo, la de no abatir el avión.

⁷⁰ Incluso en los casos de colisión de deberes de acción equivalentes existe una alternativa correcta de conducta. “El ordenamiento jurídico sólo puede desaprobado jurídicamente y calificar como incorrecta una conducta, si puede decir qué es correcto y por tanto qué se hubiera ‘debido hacer’”, ROXIN, *PG*, (tr. 2ª), 1997, 16/104, p. 727; *AT I*, 4ª, 16/119, p. 780.

⁷¹ ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 16/84, p. 717; *AT I*, 4ª, 2006, 16/96, p. 770. CEREZO MIR estima que, aunque un sujeto actúe cumpliendo un deber de rango superior, su conducta será ilícita si implica un grave atentado a la dignidad de la persona humana, en ESER/GIMBERNAT/PERRON (eds.), *Justificación y exculpación en Derecho penal*, 1995, p. 19.

⁷² ROXIN, *ZIS*, 6/2011, pp. 562 y s.

En este supuesto, los secuestradores consiguen su objetivo, que no es ni morir ellos, ni matar a los pasajeros secuestrados, sino morir ellos y matar a los pasajeros secuestrados reventando una central nuclear o provocando una masacre en un campo de fútbol. Asimismo, y por mucho que se pretenda mantener, por razones de seguridad, una cierta imprecisión sobre la solución de estos casos, quienes tengan intenciones similares, atentos a lo hechos y no a las palabras, habrán aprendido la lección de que en España no se derriba un avión secuestrado ni siquiera cuando se dirige contra un objetivo con la intención de provocar una masacre⁷³.

b) La ausencia de culpabilidad en sentido lato

i) Alternativas

En segundo lugar, se puede aceptar que el abatimiento del avión es una conducta típica y antijurídica pero no culpable. A esta solución se puede llegar por diversos caminos:

- a) Se trata de un estado de necesidad exculpante –aceptada la teoría diferenciadora– porque el mal causado es igual que el evitado, p.ej., habida cuenta de la imponderabilidad cuantitativa de las vidas enfrentadas.
- b) Se trata de una comunidad de peligro exculpante, ya incluida en el estado de necesidad exculpante, o ya construida como causa supralegal de exculpación; o bien de otra causa supralegal de exención de la responsabilidad basada en la ausencia de necesidad de pena.
- c) Se trata de un estado de necesidad exculpante con un *ámbito personal de aplicación*, como el recogido en el párrafo 35 del StGB, y similar al miedo insuperable español.
- d) Se trata de un error de prohibición.
- e) No es necesario entrar en las causas de inimputabilidad, ni, por lo tanto, en un miedo insuperable concebido en términos estrictamente clínicos, pues, si tal fuera el caso, el fundamento de la exención de pena sería la inimputabilidad, no su causa, que, salvo para una hipotética *actio libera in causa*, le es indiferente al Derecho penal. Por otro lado, y dada la complejidad técnica de la operación, habría que pensar en una epidemia psíquica, al menos improbable.

ii) Problemas sistemáticos

Con las soluciones anteriores se evitan los efectos criminógenos apuntados cuando se abordó la posible punibilidad de la acción de abatimiento, pues el avión se puede derribar impunemente, si bien se crean unos importantes problemas dogmáticos:

A. No se debe perder de vista que se trata de una conducta antijurídica. Por lo tanto, puede ser repelida en legítima defensa. Esto significa, por ejemplo, que si un caza recibe la orden –manifiestamente antijurídica, al menos en Alemania, después de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal– de abatir un avión suicida y se dispone a ello, un segundo caza puede derribar el primer caza en legítima defensa de los pasajeros secuestrados.

⁷³ Para un estudio del abatimiento como un problema de exclusión de la punibilidad, SÁNCHEZ DAFUAUE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2012, pp. 378-386.

En el hipotético caso de que se considere que la orden no es manifiestamente antijurídica (dadas, p.ej., la confidencialidad del proceso y la dificultad doctrinal para definir una posición firme), se hablaría de una autoría mediata del superior jerárquico, que utiliza a su subordinado como instrumento. El segundo caza, respecto del primero, el instrumento, queda sujeto a las reglas de la defensa que recae sobre un tercero, y que, como señala MIR PUIG, debe resolverse con el “criterio de admitir únicamente repeler la agresión dentro de los límites del *estado de necesidad*, lo que supone que la defensa no puede causar un mal mayor que el que amenaza”⁷⁴. Esto, como es obvio, vuelve a complicar el caso. El caza 2 se enfrenta a un estado de necesidad entre la vida del caza 1 y la vida de los pasajeros secuestrados. La vida de las víctimas potenciales que están fuera del aparato ya no entra en cuestión, pues el conflicto se ha resuelto negando la justificación de la conducta que las protege. A su vez, si la desproporción cuantitativa no ha servido para justificar el abatimiento del avión por el caza 1, tampoco ha de servir para justificar el abatimiento del caza 1 por el caza 2. Por lo tanto, éste ha de permitir que el caza 1 derribe antijurídicamente el avión secuestrado. Esto, en principio, parece sencillo: un piloto recibe la orden de derribar un avión secuestrado y lo hace sin que otro piloto pueda derribarle a él. Ahora bien, no ha de olvidarse que la orden recibida es antijurídica. El superior, por lo tanto, realiza una conducta típica y antijurídica. La ley penal lo que pretende es que el avión secuestrado no sea derribado. Por lo tanto, lo único que impide que el caza 2 derribe el caza 1 son las reglas específicas del estado de necesidad. En otros términos, *la vida del piloto que conduce el caza 1*. Esto significa que el piloto del caza 2 puede evitar que el piloto del caza 1 derribe el avión secuestrado siempre y cuando no ponga en peligro su vida. Es decir, puede, por ejemplo, intentar desviar la trayectoria del caza 1 con ayuda de los pilotos de los cazas 3 o 4.

Como señala MIR PUIG, para decidir el carácter manifiesto de la antijuridicidad de la orden hay que seguir “el criterio general que se maneja a efectos de imputación objetiva en la teoría de la adecuación: debe decidir el punto de vista del hombre medio imaginado en el momento de la acción (*ex ante*) y con los conocimientos especiales que pueda tener el autor en dicha situación”⁷⁵. Esto significa, por ejemplo, que si los pilotos de los cazas 2, 3 o 4 poseen ese conocimiento especial, la situación antes expuesta es posible⁷⁶.

B. El error de prohibición invencible sólo puede ser invocado una vez, no más. Y, dado que se trata de una conducta prohibida, es mejor que tal cosa no ocurra ni una sola vez. Por ello, si se entiende que el abatimiento del avión es una conducta típica y antijurídica, es imprescindible que ello se le haga saber con claridad a todas las personas de las que pueda depender dicha acción. De lo contrario, la imagen que se transmite es la de que, o bien no se puede saber si la conducta está prohibida, o bien da igual, como si no se tratase de un problema jurídico.

Por otro lado, si el superior jerárquico transmite la orden manifiestamente antijurídica de que el avión sea derribado, la persona que recibe dicha orden queda en una posición muy particular. Si no cumple la orden, actúa conforme a Derecho, pues rompe la cadena antijurídica. Ahora bien, si

⁷⁴ MIR PUIG, *PG*, 9^a, 2011, 18/82, p. 511.

⁷⁵ MIR PUIG, *PG*, 9^a, 2011, 18/69, p. 506.

⁷⁶ Pues “deberá tenerse muy en cuenta el *conocimiento de datos* que tenga el subordinado que para el hombre medio en su situación harían manifiesto el carácter delictivo de la orden”, MIR PUIG, *PG*, 9^a, 2011, 18/69, p. 511.

cumple la orden está exculpado, como su superior (en el entendimiento de que la exclusión de la culpabilidad o responsabilidad se basa aquí en criterios objetivos, y no en una implicación personal en el conflicto; de esto me ocuparé en el apartado siguiente). *El respeto de la ley depende, por lo tanto, de que alguien, a lo largo de toda la cadena de mando, resista la situación y no conciba la impunidad –ni la orden– como una connivente invitación a actuar. En caso contrario, el abatimiento del avión, dadas las exigencias técnicas, responderá a un ejercicio colectivo de antijuridicidad, con cargo al erario público.*

iii) Eficacia de una exculpación personal

Una hipotética aplicación de un estado de necesidad exculpante similar al recogido en el § 35 del StGB añade un problema particular. En Alemania, el estado de necesidad exculpante posee un ámbito personal de aplicación. Por lo tanto, solo los implicados en el conflicto pueden intervenir en él sin amenaza de pena, sometidos exclusivamente al peso de la prohibición de la conducta. Esto significa que solo se puede exculpar al piloto que derribe un avión secuestrado cuando exista un riesgo relevante de que un objetivo de ese avión sea algún pariente cercano o persona allegada. Lo mismo debe decirse respecto de quien da la orden. Esto es también aplicable a un miedo insuperable no estrictamente psicológico, pues la construcción normativa del carácter insuperable del miedo exige una implicación personal en el conflicto.

Se puede decir que la exculpación del piloto se debe *exclusivamente* a su relación con la orden recibida. Ahora bien, y con independencia de la responsabilidad plena del superior no incluido en el ámbito personal de aplicación de la eximente, la única razón que puede conducir en tal caso a que el piloto se acoja a un estado de necesidad exculpante es el hecho de que su propia vida, integridad física o libertad estén en peligro. Por lo tanto, quien da la orden, y carga con el sacrificio de la responsabilidad social –y penal– de la acción de salvamento, debe hacerlo acompañándola de, por ejemplo, una amenaza de muerte dirigida al piloto al que encomiende la misión si se niega a cumplirla.

Lo que para nuestro caso se sigue de esto es que tanto quien da la orden como el piloto que la ejecuta, así como todas las personas en su caso incluidas en los eslabones intermedios de la cadena de mando, deben quedar incluidas en el ámbito personal del estado de necesidad, pues, de lo contrario, su conducta no solo es antijurídica, sino punible. Esto significa que, por ejemplo sólo puede derribar el avión secuestrado un piloto que tenga su familia en Bremen –o en Santander– cuando los objetivos probables sean Bremen o Santander. Es obvio que el campo de objetivos probables puede ser muy abierto, pero nunca indeterminado, de modo que la selección de los pilotos que ejecuten la orden puede ser muy abierta pero no indeterminada. Si el avión secuestrado sobrevuela horizontalmente la cornisa cantábrica, realizando ya sucesivos giros en torno a un punto cualquiera, y si además se tiene información que permite concluir que su combustible se agota –todo ello por poner un ejemplo–, entonces no puede ser enviado allí un piloto de Jerez sin familiares en el área. El caso es más claro cuando el objetivo se conoce, ya sea por propia manifestación de los secuestradores, por la coincidencia temporal del secuestro con un evento social significativo o por informaciones obtenidas por los servicios de inteligencia.

iv) La exclusión supralegal de la responsabilidad

A. ROXIN concibe en su Tratado la comunidad de peligro como una causa de exclusión supralegal de la responsabilidad⁷⁷. Si bien, rechaza la elección del mal menor como causa de exclusión de la responsabilidad en la muerte de seres humanos⁷⁸. En su artículo de 2011 reproduce su crítica a la tesis de WELZEL, expuesta en el Tratado: “Si una conducta se juzga antijurídica [...], necesariamente ha de atentar contra lo debido. Pero entonces no está claro por qué a un sujeto que se ha decidido por el injusto no debe alcanzarse el reproche de culpabilidad”⁷⁹. Esto es correcto, pero deja abiertos varios problemas.

En primer lugar, ROXIN contradice –al aceptar la exención– su propia opinión sobre el fundamento de la exención supralegal de la responsabilidad, pues ahora –desde luego, después del 11-S– no es superfluo prevenir la imitación, ni se puede afirmar que es impensable bajo las condiciones propias de un Estado de Derecho la repetición de un caso, como el de los médicos en la época de Hitler, en el que se plantea la injerencia en una comunidad de peligro de personas no incluidas en ella ni amparadas por el § 35 StGB⁸⁰. En efecto, las personas con capacidad para derribar el avión no están incluidas en la comunidad de peligro y, por el propio recurso a la comunidad de peligro, ni siquiera se plantea que puedan hallarse incluidas en el campo de aplicación del § 35 StGB. Con esto se entra en el principal problema de este punto de vista.

Es evidente que para construir una exención supralegal hace falta un concepto de referencia respecto del que se pueda invocar una identidad de razón. El estado de necesidad exculpante del § 35 StGB queda fuera de consideración, pues incluye un ámbito personal de aplicación. Pero el estado de necesidad exculpante es el lugar elegido por ROXIN para resolver los problemas de ausencia de necesidad de pena una vez afirmada la culpabilidad. Se entiende que el ámbito personal de aplicación del estado de necesidad exculpante alemán contiene buena parte de las razones que convierten en innecesaria la pena. Si se extrae el ámbito personal de aplicación del conjunto de conductas no necesitadas supralegalmente de pena, ¿qué motivo queda para que la pena no sea necesaria?

En este sentido, HIRSCH –aunque admite la aplicación de un estado de necesidad defensivo justificante basado en el hecho de que la tripulación y los pasajeros secuestrados están espacialmente unidos de forma inseparable a la fuente de la que parte el peligro, y aunque admite que la delimitación entre justificación y exculpación implica una diferencia sustancial para el autor y para los demás– afirma que a “primera vista la cuestión de la licitud del derribo no parece estar en primer plano para el Derecho penal. Aun cuando se niegue la licitud, la pregunta sobre la punibilidad quedaría abierta, ya que podría existir una causa de exculpación (...). Según el punto de vista mayoritario se trataría objetivamente de un estado de necesidad exculpante. Este, sin embargo, sólo podría fundamentarse de modo *supralegal* según el Derecho penal alemán, porque el estado de necesidad exculpante regulado en el § 35 StGB tiene como presupuesto que quien actúa bajo estado de necesidad lleve a cabo la acción motivada por el mismo para sí o para

⁷⁷ ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 22/142-145, pp. 961 y s.; *ATI*, 4ª, 2006, 22/146-153, pp. 1025-1028.

⁷⁸ ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 22/152-156, pp. 965-968; *ATI*, 4ª, 2006, 22/161-165, pp. 1030-1033.

⁷⁹ ROXIN, *ZIS*, 6/2011, p. 562.

⁸⁰ ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 22/144, p. 962, y 22/154, p. 967; *ATI*, 4ª, 2006, 22/148, p. 1026, y 22/163, p. 1032.

una persona que le sea personalmente próxima. Por tanto, aquel que ordena el derribo no podría estar seguro de que le sea reconocida una exención de pena⁸¹.

Esto es muy pertinente. Ahora bien, que, por la razón de que hay otros expedientes para conseguir la impunidad, la licitud del derribo no sea un problema de primer orden para el Derecho penal –y que sí lo sea que quien lo ordena no pueda estar totalmente seguro de su impunidad–, y ello pese a la inconstitucionalidad declarada de la norma que lo habilitaba, es lo mismo que decir que basta con una declaración institucional de lo lícito o lo ilícito para que después alguien –se podría decir que por exigencias del principio de realidad– se ensucie las manos impunemente; eso sí, no en nombre del Estado, y pese a que sea el Estado el que proporcione toda la infraestructura para una hipotética conducta antijurídica. Por ello, y pese a que, por las razones expuestas en páginas precedentes, no se comparte su argumento, es correcta la conclusión de HIRSCH de que el abatimiento del avión es una conducta justificada. Como señala con claridad este autor, si la situación incluida en el ya inconstitucional § 14 III LuftSiG se da en la realidad, o bien los responsables de un hipotético derribo se sitúan por encima del BVerfG y abaten el avión, o bien dejan que el suceso siga su curso remitiéndose a la sentencia. Si hacen lo primero, la autoridad del Tribunal sufriría un daño permanente, y si hacen lo segundo, los responsables y los jueces constitucionales serían puestos en la picota por la opinión pública, y confrontados probablemente con la exigencia –por la omisión– de persecución penal por las autoridades competentes. Además, tras la abrogación del § 14 III de la LuftSiG, ya no se puede acudir al § 34 del StGB como *lex generalis*, pues la decisión del BVerfG vincula a órganos constitucionales, tribunales y autoridades en cuanto al tenor del fallo y a los fundamentos en los que se sustenta⁸².

Se debe observar, no obstante, que para que el derribo del avión secuestrado inflija un daño permanente a la autoridad del Tribunal Constitucional Federal, es imprescindible *aceptar implícitamente la impunidad* de los implicados en dicho abatimiento. Si son juzgados y condenados, la autoridad del Tribunal se *consolida*, pues se actúa contra los homicidas que han vulnerado la dignidad humana protegida por la sentencia que deroga el § 14 III de la LuftSiG. Por lo tanto, lo que cercena la autoridad del Tribunal es la certeza de que, pese a la contundencia de su afirmación, el derribo de un avión secuestrado que amenace con provocar una masacre quedará impune. En otros términos, *la construcción de un sistema ético de palabra y otro de obra*.

B. Llegados aquí, es preciso definir el fundamento preciso de una hipotética ausencia de necesidad de pena. ¿Por qué en este concreto caso la pena no es necesaria? Si no se puede hablar de una renuncia a la pena basada en la inexigibilidad que se deduce de una implicación personal en el conflicto, solo queda, por el momento, una comunidad de peligro manejada desde fuera por terceras personas. No se ha de pasar por alto el hecho ya mencionado de que ROXIN admite la comunidad de peligro como causa de exclusión supralegal de la responsabilidad, pero niega tal condición a la elección del mal menor en la muerte de seres humanos. En estos casos “se habrá de afirmar incluso la necesidad preventiva de pena”⁸³.

⁸¹ HIRSCH, *LH-Enrique Gimbernat*, 2008, p. 1014.

⁸² HIRSCH, *LH-Enrique Gimbernat*, 2008, pp. 1026 y s.

⁸³ ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 22/153, p. 966; *AT I*, 4ª, 2006, 22/162, pp. 1031 y s.

No obstante, nuestra comunidad de peligro *también es un caso de elección del mal menor*. En ella se acepta, al menos de forma implícita, que *el acortamiento de una vida no tiene el mismo peso en la ponderación que el homicidio de alguien cuya vida no tiene un término definido en el momento de realización del tipo*. De hecho, el propio ROXIN afirma que la razón de la distinción consiste en que “en casos de esta índole [casos de elección *estricta* del mal menor] no se restringe un peligro general que afecta a individuos que estarían de todos modos perdidos en caso de inactividad del que se ingiere, sino que el mismo se descarga sobre personas no implicadas”⁸⁴.

La comunidad de peligro es, por lo tanto, un problema estrictamente *objetivo*, con una solución general, y cuya *identidad de razón se da con el estado de necesidad justificante*. Hay una *ponderación implícita favorable al abatimiento del avión que solo niega la necesidad de pena –y no ya directamente la propia antijuridicidad– para mantener nominalmente la dignidad humana como un principio absoluto*. En sentido estricto, la razón por la que una comunidad de peligro de terceros no está necesitada de pena es que la comunidad de peligro –dados determinados requisitos– está incluida en el estado de necesidad justificante, *de modo que no es una conducta prohibida*⁸⁵.

C. El mismo ROXIN admite que su solución puede provocar la insatisfactoria consecuencia, en los casos de aviones secuestrados, de que el primer interceptor, dado que el abatimiento del avión secuestrado mantiene la antijuridicidad, pueda ser derribado por un tercero en evitación de tal resultado⁸⁶. No obstante, admite la solución de JÄGER, para quien un desarrollo de las restricciones ético-sociales a la legítima defensa contra el autor inculpable ha de conducir a la negación en estos caso del derecho de defensa, pues la ley no puede reconocer la posibilidad de resolver el conflicto de una determinada manera y, a la vez, llamar a un tercero para que haga lo contrario⁸⁷.

No obstante, esta solución no convence. La ley no reconoce la posibilidad de resolver el conflicto de una determinada manera. Si esta forma de solución está prohibida, lo que hace la ley es precisamente lo contrario: *reconocer que el conflicto no se puede resolver de esa determinada manera*. De nuevo: “si una conducta se juzga antijurídica, necesariamente ha de atentar contra lo debido”⁸⁸. *Es precisamente el tercero al que se le quiere negar el derecho de legítima defensa el que pretende hacer lo*

⁸⁴ ROXIN, PG, (tr. 2ª) 1997, 22/154, p. 967; AT I, 4ª, 2006, 22/163, p. 1032.

⁸⁵ Para la comunidad de peligro como causa supralegal de exculpación, véase SÁNCHEZ DAFUAUE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2012, pp. 406-415. En cualquier caso, si se admite la intervención disculpada de terceros ajenos al conflicto, queda desnuda una identidad de razón por completo ajena al § 35 StGB o al miedo insuperable: el elemento central del caso es el salvamento del mayor número de vidas. Esto es completamente incongruente con el pensamiento de la exculpación. En el fondo de esta disculpa supralegal late la apreciación de la ponderación cuantitativa como fundamento de la exención de responsabilidad criminal en casos de intervención de terceros en conflictos entre bienes personalísimos. Y esto es muy interesante, no tanto por la cercanía de los supuestos que se incardinan en la justificación o en la exculpación, sino por el hecho de que un estado de necesidad que tiene como criterio de solución la selección del mal menor no puede permitir una respuesta justificada basada en el mismo criterio, con lo que, o queda cerrada toda respuesta justificada de quienes van a ver anticipada su muerte unos minutos, conclusión extraña para una conducta antijurídica, o se permite una respuesta en legítima defensa de la “minoría sacrificada”, de modo que queda incomprendido el fundamento de la concesión previa de una dispensa supralegal objetiva, es decir, ejercitable por terceros ajenos al conflicto. Ambas soluciones son insuficientes.

⁸⁶ ROXIN, AT I, 4ª ed., 2006, 22/150-151, pp. 1026 y s.

⁸⁷ JÄGER, «Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie», ZStW, (115), 2004, pp. 787-789.

⁸⁸ ROXIN, PG, (tr. 2ª) 1997, 22/146, p. 963; AT I, 4ª, 2006, 22/154, p. 1028.

debido, evitando que se realice lo indebido. No hay dos soluciones legales enfrentadas, sino una ilegal –la comunidad de peligro- y otra legal –la legítima defensa-. No hay razón para restringir la segunda en beneficio de la primera. Salvo que la primera no sea ilegal.

En todas estas opiniones va implícita una orientación hacia la justificación de la conducta. La identidad de razón en estos casos de impunidad supralegal no se da con el estado de necesidad exculpante, sino con el estado de necesidad justificante. Es la selección del mal menor. Además, *resulta inconcebible una exculpación para el Estado*. No se puede pretender extraoficialmente lo que oficialmente está prohibido y es inconstitucional. Es evidente que, en sentido estricto, *la exculpación no es una forma de solución de conflictos*⁸⁹.

D. En su artículo de 2011, ROXIN estima que la solución correcta para el abatimiento del avión es una exclusión supralegal de la responsabilidad basada en la ausencia de necesidad de pena. Pese a que quien derriba el avión mantiene su culpabilidad por el homicidio antijurídico de los pasajeros, se puede renunciar a la pena porque no ha actuado por motivos criminales, sino para proteger la vida, y porque la libertad de conciencia puede, dadas determinadas condiciones, proporcionar un valor relativo que haga innecesaria la pena para quien actúa movido por una decisión en conciencia, en este caso, la del salvamento de las personas en tierra mediante el abatimiento del avión⁹⁰.

Se vuelve aquí al problema anterior. Si se trata de un asunto personal, el reconocimiento de un hipotético derecho de objeción de conciencia le sirve al piloto para no subirse al cazabombardero, como al médico le sirve para no entrar en el quirófano. Pero si se sube al avión renuncia a su derecho, como el médico cuando entra en el quirófano, y queda sujeto sin excepciones a las reglas del procedimiento, como el médico a la *lex artis*⁹¹. Si una institución quiere actuar *en conciencia* –y provocar el abatimiento del avión para salvar la vida de las personas que se hallan en su objetivo-, tiene –dada como presupuesto la antijuridicidad de la conducta- un único camino expedito: promover el cambio de la norma (o de su interpretación). Entretanto, *el Estado tiene la obligación de garantizar el correspondiente servicio público*, y en nuestro caso, y para ROXIN –o para cualquiera que defienda que el abatimiento es una conducta prohibida-, *ese servicio consiste en que el avión, en último término, no sea abatido*. Para ello, es necesaria una selección previa del personal encargado de esta función pública, es decir, *una cuidadosa selección de toda la cadena de mando que garantice que*

⁸⁹ Como señala SILVA SÁNCHEZ en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, “los órganos del Estado no tienen el deber de tolerar conductas sólo disculpadas”, p. 1008, n. 4. Lo dicho hasta aquí vale también para el estado de necesidad exculpante por equivalencia de males. Si el Estado quiere que algo ocurra, debe promoverlo, y si no quiere que ocurra, debe intentar evitarlo. Por lo tanto, si la decisión es que el avión no sea abatido, se ha de hacer lo posible para que nadie la entorpezca. *El Estado debe controlar el peligro de que alguien, en estado de necesidad exculpante o en miedo insuperable, actúe y derribe el avión, pues esta acción es una agresión ilegítima que debe ser repelida*, y más aún cuando el peligro procede del propio aparato del Estado, pues pocos particulares –o ninguno- poseen la capacidad de abatir un avión suicida.

⁹⁰ ROXIN, *ZIS*, 6/2011, p. 563. También en «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania», *InDret*, 4/2012, p. 12.

⁹¹ La apreciación de motivos de conciencia no ha de exonerar “cuando el sujeto tuviera abierta una alternativa no punible para la puesta en práctica de su conciencia, pues en tal caso su conciencia no le puede haber coaccionado a infringir la ley”, ROXIN, *PG*, (tr. 2ª) 1997, 22/111, p. 945; *AT I*, 4ª, 2006, 22/111, p. 1010.

*no va a haber nadie que, por razones de conciencia, intente derribar el aparato aunque sea el único medio para evitar cualquier resultado pretendido por los secuestradores*⁹².

v) Participación

Si se acepta la hipótesis de que al abatimiento del avión le alcanza solamente una causa de inculpabilidad o de ausencia de responsabilidad, basada en circunstancias objetivas, y sin un ámbito personal de aplicación –dado un ámbito personal de aplicación, la exención depende exclusivamente de la correspondiente implicación personal en el conflicto–, entonces es necesario llegar a una de estas dos conclusiones: o bien se siguen las reglas generales de la participación en conductas justificadas y la participación queda también exenta de pena; o bien se siguen las reglas generales de la participación en conductas prohibidas y la participación es típica, antijurídica, culpable y punible⁹³.

En el primer caso, la única razón –dado que se trata de una exención basada en criterios objetivos y sin un ámbito personal de aplicación– para que el partícipe quede exento de pena – y en atención al principio de accesoriedad limitada de la participación– es que la conducta del autor está, en realidad, justificada⁹⁴. En el segundo caso, la conclusión es que lo que se puede hacer

⁹² El autor por motivos de conciencia “puede comportarse conforme a Derecho (si bien en condiciones más dificultosas), pues el dictado de la conciencia produce una fuerte presión en la motivación, pero no determina excluyendo otras alternativas de acción, como lo hace una enfermedad o una neurosis obsesiva”, ROXIN, PG, (tr. 2^a) 1997, 22/122, p. 950; AT I, 4^a, 2006, 22/122, p. 1014. Para un estudio de la actuación por motivos de conciencia, SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2012, pp. 398-406. En mi opinión, la actuación por motivos de conciencia es un estado de necesidad más. La particularidad que ha llevado a que sea tratado de forma independiente es que el daño para el bien jurídico –la conciencia– se realiza íntegramente en la esfera interna de la persona; *el aparente control del daño por la propia voluntad y la falta de visibilidad han propiciado que se coja un camino particular una vez comprendida la necesidad de su protección*, SÁNCHEZ DAFAUCE, *op.cit.*, 2012, p. 404.

⁹³ CUERDA ARNAU estima posible una solución distinta para la participación en la conducta exculpada. No es teóricamente ineludible que quede exento de pena el autor (incluido el auxiliador necesario) y sea castigado el partícipe. Para esta autora, se trata de una conclusión “fácilmente refutable con sólo echar mano del argumento *a fortiori*, cuya virtualidad en la interpretación de los textos legales no me consta que sea discutida, sin perjuicio del cauteloso uso que de éste y otros argumentos lógicos debe hacerse en materia penal”, *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, 1997, pp. 205 y s. En este caso, parece que el argumento de CUERDA ARNAU consiste en afirmar que si quien hace lo más, el autor, queda exento de pena, quien hace lo menos, el partícipe, también ha de ser exonerado. Esta solución, no obstante, plantea alguna dificultad. Respecto del argumento *a fortiori*, bueno es advertir que “se refiere a la apreciación *cuantitativa* de semejanzas o diferencias entre los términos, que pone en juego la razón discursiva, y que por tanto, si se llega a olvidar el *cuale* o a prescindir de lo específico latente en la cantidad, degenera el razonamiento en una causa ocasional de errores sin cuento”, *Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano*, Tomo I, MONTANER y SIMÓN editores, 1887, pp. 534 y s. Así, si no se atiende a la *cuantidad* por la que se pretende la inducción analógica, el argumento *a fortiori* predicado del partícipe destruye sin más el principio de accesoriedad limitada de la participación, pues, por definición, *el partícipe hace siempre algo menos que el autor*. Este argumento no sirve para ningún otro caso de inculpabilidad, ¿por qué aquí sí se aplica? Porque se atiende tácitamente a una cualidad específica “latente en la cantidad”: el hecho de que el problema en el que se participa es un problema objetivo. La irradiación valorativa de autor a partícipe depende de la solución de un problema valorativo objetivo. *Ese enjuiciamiento objetivo –y la consiguiente justificación de la conducta del autor– es la fuerza previa de la que nace la evidencia a fortiori que alcanza al partícipe*. Sin esto, la exención del partícipe deviene incomprensible, como es incomprensible que el imputable que le da la pistola al inimputable para que mate a un tercero quede exento de pena porque su aportación al hecho es menor que la del autor. En otros términos, la evidencia *a fortiori* proporciona el núcleo del principio de accesoriedad limitada de la participación, y no un límite a él. Para la participación en la conducta exculpada –aceptada la antijuridicidad de la conducta principal sobre la que se proyecta el juicio de exculpación–, véase también MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, 2009, pp. 393-395.

⁹⁴ Como señala GIMBERNAT ORDEIG, “el legislador no puede proceder jurídicopenalmente contra quien no hace otra cosa que aquello que el mismo legislador se permite hacer: apoyar el hecho cometido en estado de necesidad. Y el legislador apoya el hecho cometido en estado de necesidad porque, a pesar de que podía, no ha querido

como autor no se puede hacer como partícipe, sin otra diferencia entre uno y otro que el solo hecho de ser autor o partícipe, pues se trata de una exención sin ámbito personal de aplicación. El ámbito de personas llamadas a actuar queda restringido por la complejidad técnica de la operación, pero esta complejidad puede afectar por igual a autores y a partícipes, sin que de ella se pueda extraer una regla general que permita una distinción cualitativa entre autoría y participación, y que, a su vez, tenga como resultado la exculpación del autor y la responsabilidad –o la culpabilidad- del partícipe. En su caso, la complejidad técnica puede provocar un reparto de funciones, con la asignación a uno de los interesados de una conducta de autoría y a otro de participación. Pero carece de sentido que a uno se le exculpe y al otro no. Por lo tanto, esta alternativa queda cerrada.

vi) Ausencia de culpabilidad: resumen

En el caso aquí estudiado, se siguen las reglas generales de la participación en conductas justificadas, la conducta no puede ser repelida en legítima defensa, puede realizar impunemente el hecho hipotéticamente injusto una persona no incluida en la comunidad de peligro o no implicada en el estado de necesidad, y la orden puede ser emitida por un superior en una estructura administrativa. Todo esto significa que el abatimiento del avión está justificado.

Así, o se prohíbe y se pena la participación de terceros, y ello pese a que el autor también es estrictamente un tercero, pues interviene en un conflicto que no encierra un peligro para él o para alguien cercano, o se siguen las reglas de la participación en conductas justificadas. Asimismo, o se admite que el caza 1 –que pretende abatir el avión secuestrado- puede ser derribado –o, al menos, desviado- por el caza 2 en legítima defensa de los pasajeros secuestrados, o se siguen las reglas generales que impiden la respuesta en legítima defensa frente a conductas justificadas. A su vez, o se admite que puede existir una estructura administrativa financiada con fondos públicos que puede emitir impunemente órdenes de homicidio antijurídicas y provocar un ejercicio colectivo de antijuridicidad realizado por el Estado, o se entiende que esos homicidios están justificados.

4. Bibliografía

BALDÓ LAVILLA (1994), *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona.

CANETTI (1995), *Masa y poder*, Muchnik -Alianza Ed., Barcelona-Madrid.

CANO PAÑOS (2011), «Caso de la Luftsicherheitsgesetz», en SÁNCHEZ-OSTIZ (ed.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, pp. 911-934.

CARDOZO (1924), *The Growth of the Law*, Yale University Press, New Haven.

CEREZO MIR (1995), «La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española», en ESER/GIMBERNAT/PERRON (eds.), *Justificación y exculpación en*

inhibir su comisión”, «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, p. 226.

Derecho penal, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, pp. 17-32.

CUERDA ARNAU (1997), *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

GIMBERNAT ORDEIG (2011), *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo.

- EL MISMO (1990), «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 218-230.

GÓMEZ BENÍTEZ (2008), «Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia tolerable», en GARCÍA VALDÉS (ed.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, Edisofer, Madrid, pp. 949-973.

- EL MISMO (1980), *El ejercicio legítimo del cargo*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid.

HILLGRUBER (2007), «Der Staat des Grundgesetzes - nur "bedingt abwehrbereit"?, *Juristenzeitung*, pp. 209-218.

HIRSCH (2008), «El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana», (traducción de DEMETRIO CRESPO), en GARCÍA VALDÉS (ed.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, pp. 1005-1031.

- EL MISMO (1999) «El Derecho penal y el ámbito libre de regulación jurídica», (traducción de ZIFFER), *Derecho penal. Obras completas. Tomo I*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires-Santa Fe, pp. 89-119.

HÖRNLE (2010), «Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal», (traducción de PASTOR MUÑOZ), *InDret*, (2), pp. 1 y ss.

HUME (1993), *Investigación sobre los principios de la moral*, Alianza Ed., Madrid.

IGNATIEFF (2005), *El mal menor. Ética política en una era de terror*, Taurus, Madrid.

JÄGER (2004), «Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (115), pp. 765-790.

JAKOBS (2010), «Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand», en AMELUNG et al. (eds.), *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag*, Kohlhammer, Stuttgart, pp. 207-220.

- EL MISMO (1997), *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., corregida, traducción de la 2ª edición alemana (1991) por CUELLO CONTRERAS y SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid.

KÖHLER (2006), «Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand», en HOYER (ed.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, Heidelberg, Müller, pp. 257-270.

MARTÍN LORENZO (2009), *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

MARTÍNEZ CANTÓN (2010), «Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad», en LUZÓN PEÑA (ed.), *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho, Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, pp. 445-484.

MIR PUIG (2011), *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona.

ORTIZ DE URBINA GIMENO (2011), «Caso de los dos psiquiatras en el III Reich», en SÁNCHEZ-OSTIZ (ed.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, pp. 177-192.

PAWLIK (2004), «§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes - ein Tabubruch?», *Juristenzeitung*, pp. 1045-1055.

ROBLES PLANAS (2010), «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», en LUZÓN PEÑA (ed.), *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho, Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, pp. 485-513.

ROGALL (2008), «Ist der Abschuss gekappter Flugzeuge widerrechtlich?», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 1-5.

ROXIN (2012), *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*, (traducción de ROBLES PLANAS y COCA-VILA), *InDret*, (4), pp. 1 y ss.

- EL MISMO (2011), «Der Abschuss gekappter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (6), pp. 552-563.

- EL MISMO (2010), «La teoría del fin de la pena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán» (traducción de QUERALT JIMÉNEZ), en MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (eds.), *Constitución y Principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 231-249.

- EL MISMO (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., C.H. Beck, München.

- EL MISMO (1997), *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª edición alemana (1994) por LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid.

SÁNCHEZ DAFUAUCE (2012), *Sobre el estado de necesidad existencial*, Tesis pendiente de publicación, Universidad Carlos III, Madrid.

SCIASCIA (2010), *El caso Moro*, Tusquets, Barcelona.

SCHÜNEMANN (2005), «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung», en NEUMANN/HASSEMER/SCHRITH (dirs.), *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, (100), pp. 145-156.

SILVA SÁNCHEZ (2011), «Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación», en HORMAZÁBAL MALARÉE, *Estudios de Derecho penal en memoria del Profesor Juan Bustos Ramírez*, Ubijus, México DF, pp. 215-234.

- EL MISMO (2005), «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, pp. 1007-1028.

SINN (2004), «Tötung Unschuldiger auf Grund §14 III Luftsicherheitsgesetz - rechtmässig?», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (11), pp. 585-593.

ZIMMERMANN (2009), *Rettungstötungen. Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand*, Nomos, Dike, Baden-Baden, Zürich.