

Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad

Javier Wilenmann von Bernath

Universidad Adolfo Ibáñez

Abstract*

El artículo presenta una reconstrucción de las discusiones recientes sobre justificación de homicidios en situaciones trágicas de necesidad extrema, especialmente en comunidades de peligro con distribución unilateral o asimétrica de posibilidades de salvación. Para ello, una primera parte muestra las razones por las que los sistemas jurídicos contemporáneos excluyen, en general, la justificación de homicidios para salvar a otros (“imponderabilidad de la vida humana”). En una segunda parte se da cuenta de los argumentos con los que la dogmática penal y la filosofía moral han intentado justificar el homicidio en el caso particular de la comunidad de peligro asimétrica. El artículo intenta mostrar que, pese a que puede considerarse moralmente convincente limitar un sistema de reglas deontológicamente constituido por consideraciones consecuencialistas en casos en que las consecuencias del mantenimiento de la lógica deontológica resulta directamente absurda, la resistencia a la incorporación institucional positiva de una regla de esta clase, manifestada entre otros por el Tribunal Constitucional Alemán, puede interpretarse como una negativa a dejar que lo extremo o excepcional pase a caracterizar la normalidad.

Der vorliegende Beitrag stellt eine Rekonstruktion der Auseinandersetzung um die Rechtfertigung von Tötungen in tragischen Notfällen und vor allem bei Gefahrengemeinschaften mit einseitigen oder asymmetrischen Rettungschancen dar. Dafür versucht der Beitrag zunächst, die politische Entscheidung gegen die Anerkennung der Rechtfertigung von Tötungen, um andere zu retten („Unabwägbarkeit des Lebens“), zu erklären. Anschließend werden die Argumente thematisiert, die von der Strafrechtsdogmatik sowie von der Moralphilosophie formuliert worden sind, um eine Rechtfertigung in dem Ausnahmefall anzuerkennen, in dem es sich um asymmetrische Gefahrengemeinschaften handelt. Obwohl es moralisch überzeugend ist, deontologische Institutionen wie der Grundsatz der Unabwägbarkeit des Lebens dann einzuschränken, wenn die Folgen der Erhaltung der Institution sinnlos sind, wird hier gezeigt, dass der Widerstand gegen die positive Institutionalisierung solcher Regeln, die vor allem in der Entscheidung des BVerfGs zum Ausdruck gebracht werden, als eine Entscheidung dagegen interpretiert werden kann, dass die Extremfälle auf die Charakterisierung der rechtlichen Normalität Einfluss nehmen.

The paper discusses the question of whether killing in order to save others can be justified, if the victims of the homicidal act cannot be saved at all. For this purpose, the article attempts to show the reasons that modern legal systems have to exclude the general justification of killing in order to save others, including cases in which the latter are greater in number (the so called “unquantifiability of human life”). The paper then discusses the arguments which are given in the legal and philosophical literature regarding the exceptional justification of such an action when the victim is “already lost”. It is concluded that, although it is morally reasonable to recognize exceptions to deontological reasoning if upholding such reasoning leads to absurd consequences, the resistance to codify or institutionalize such a rule must be read as a sensitive decision not to let our normal institutions be framed after exceptional or extreme cases.

* Este artículo ha sido desarrollado como parte del proyecto Fondecyt 11140141 sobre Justificación en situaciones de necesidad, del que el autor es el investigador responsable. Una versión de este artículo fue discutida en el Seminario Internacional Filosofía del Derecho de Vaquerías el 5 de septiembre de 2015, beneficiándose enormemente de los comentarios expresados en éste. Agradezco, por ello, a los organizadores por la invitación y a los asistentes por sus comentarios.

Sobre el autor: Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile. LL.M. Universität Regensburg. Dr. Iur. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Correo electrónico: jwilenmann@yahoo.com.

Titel: Der Grundsatz der Unabwägbarkeit des Lebens und tragische Notstandsfällen.

Title: The prohibition of weighing lives and tragic cases of necessity.

Palabras clave: Necesidad, comunidades de peligro, ponderación de vidas, deontologismo, consecuencialismo.

Stichworte: Notstand, Gefahrengemeinschaften, Unabwägbarkeit des Lebens, Deontologismus, Konsequentialismus.

Keywords: Necessity, weighing lives, deontology, consequentialism.

Sumario

1. Introducción

2. Sobre la prohibición de ponderar vidas humanas

2.1 Introducción

2.2 La estructura del dogma de la imponderabilidad de la vida humana

2.3 Auto-percepción del origen del dogma

2.4 Fundamentos del dogma

a) Introducción

b) Fundamentación centrada en el derecho a la vida

c) Argumentaciones centradas en la estructura del estado de necesidad

d) Argumentación centrada en la idea de Estado de Derecho o en la dignidad política individual

2.5. La extensión de las reglas de limitación

3. El tratamiento de comunidades de peligro vitales

3.1 Introducción: la discusión dogmática de comunidades de peligro vitales

3.2 Acciones homicidas en comunidades de peligro vitales como homicidios justificados

a) Estado de necesidad como institución filosófica y teórica

b) El estado de necesidad defensivo

c) Colisión de deberes

3.3 Derecho y excepción

a) Introducción: comunidades de peligro con distribución unilateral de posibilidades de salvación como situación extrema

b) Derecho y excepción: ¿formulación de regla o elusión?

4. Conclusiones

5. Bibliografía

1. Introducción

La dogmática jurídica constituye un discurso de reconstrucción de una práctica institucional. Como tal, por definición se concentra en tratar lo que tiene lugar dentro de la práctica, esto es, lo que se deja comprender mediante el uso de su lenguaje. Más precisamente: la dogmática contribuye a conformar la práctica de reconstrucción del mundo a través del Derecho y, por ello, contribuye a la determinación de la extensión de la práctica de la que ella misma participa y a la que altera. Como toda práctica social, sin embargo, su construcción se encuentra sujeta a condiciones de sentido que hacen que la determinación de su extensión no pueda ser aleatoria;

hay supuestos de hecho cuya interpretación jurídica, por tanto, “cabe” dentro de la práctica y otros a cuyo respecto la calificación jurídica parece ininteligible.

Qué es lo que cabe en el interior de la reconstrucción jurídica del mundo no es algo que pueda definirse con completa claridad, ya que el único criterio sencillo que podría venir en consideración –a saber: la práctica se extiende sólo allí dónde sean aplicables las reglas– resulta evidentemente errado: el que ciertas reglas no sean aplicables a un supuesto de hecho no implica que ese supuesto de hecho escape al campo de interés del Derecho. Al mismo tiempo, con completa independencia de lo que uno pueda sostener sobre postulados regulativos tales como la completitud del ordenamiento jurídico, no es plausible sostener que el Derecho tiene una extensión universal, en el sentido de constituir una categoría sintética que pueda aplicarse con sentido a toda situación de hecho posible. La práctica general de reconstrucción del Derecho vigente, realizada ante todo por doctrina y jurisprudencia, determina en última instancia qué es lo que cabe dentro del tratamiento conforme a la práctica de la que ambas participan, pero la posibilidad de comprensión interpersonal que ello supone demuestra tácitamente que existen criterios que permiten distinguir lo que puede o no hacerse dentro de aquélla. La dogmática no se interesaría, por el contrario, por aquello que se encuentra fuera del mundo de lo relevante definido precisamente a partir de los criterios internos a la práctica.

No todas las discusiones dogmáticas se refieren, sin embargo, a supuestos de hechos que se dejan tratar con relativa comodidad dentro de la práctica. En algo que resulta tal vez contra-intuitivo, la literatura tiene una especial fijación con el tratamiento de instituciones a cuyo respecto las reglas normales son conflictivas. Desde la segunda mitad del siglo XX, la literatura jurídica en general ha tendido a discutir de forma especialmente intensa, por ejemplo, sobre la calificación jurídica de situaciones en las que la salvación de cientos, miles o millones depende del sacrificio de un número muy inferior de vidas humanas. Se trata en general de discusiones relativas a casos de laboratorio: ¿puede la policía torturar para sacar la información necesaria para desactivar una bomba que de otro modo va a matar a millones de personas? ¿Puede ser derribado un avión secuestrado, con cientos de pasajeros a bordo, con el objeto de impedir que sea dirigido a estrellarse contra edificios u otros lugares con miles de moradores? ¿Puede desviarse un tranvía o un tren que circula con los frenos cortados a gran velocidad, con el objeto de evitar que mueran cientos de personas, aunque ello signifique la muerte de unos pocos trabajadores que se encuentran en los rieles?

Los casos que tienden a ser utilizados para llevar a cabo esta discusión no son, ciertamente, ajenos por completo a la realidad del mundo: el mundo también conoce de accidentes ferroviarios cuyas consecuencias podrían ser mitigadas por sacrificio de terceros; de tranvías que pierden la capacidad de frenar; o, ciertamente, de aviones secuestrados que pretenden ser utilizados como armas terroristas para estrellarse contra edificios densamente habitados. De hecho, la discusión ha tomado una extensión especialmente amplia en la literatura de filosofía moral, Derecho penal y constitucional a partir de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y de la declaración de inconstitucionalidad de una ley federal alemana que autorizaba el derribo de aviones secuestrados sujeto a ciertas condiciones. La enorme masa de literatura que ha surgido al respecto no debe ser vista, sin embargo, como la expresión del

descubrimiento de un problema nuevo: la discusión relativa a los casos de aviones secuestrados se corresponde, desde un punto de vista moral, por completo con la antigua pregunta por la justificación de acciones homicidas que solucionan “racionalmente” comunidades de peligro vitales con distribución asimétrica o, ante todo, unilateral de posibilidades de salvación¹. Esto es: casos en que dos o más personas se encuentran sujetas a un peligro común, del que no pueden escapar todas. Si bien uno puede sospechar verosímilmente que esta nueva popularidad de la discusión se explica al menos en parte por la apariencia de urgencia política provocada por el terrorismo, sigue siendo correcto afirmar que se trata de situaciones que no son especialmente frecuentes; la espectacularidad de los casos tiende a generar una apariencia de urgencia política que no es del todo real. Esto ha tenido, sin embargo, consecuencias pragmáticas –como veremos– en la forma de trato que parte de la literatura le ha dado a casos de esta especie: la apariencia de urgencia política ha generado presión por intentar acomodar reglas que podían ser vistas como de excepción con la comodidad de la normalidad propia de las reglas del sistema.

Desde un punto de vista teórico, el interés de estos casos se vincula en parte precisamente a las dificultades que el sistema exhibe frente a supuestos de hecho de esta especie. El nombre que tiende a ser utilizado para designar estos casos –casos extremos (de necesidad)– expresa no sólo el carácter especialmente grave que suponen los hechos en cuestión, sino también las dificultades del sistema jurídico para incorporarlos. Son casos que se encuentran fuera de las condiciones normales sobre cuya asunción se construyen las normas y, sin embargo, algunas reglas les resultan directamente aplicables a menos que uno pueda establecer una excepción que no se deja incorporar cómodamente al sistema. Así, por ejemplo, de no ser aplicable alguna regla que establezca excepciones, el derribo del avión secuestrado por terroristas tiene que ser considerado un homicidio en el que tanto quien da la orden como quien la ejecuta –por la evidente ilicitud del homicidio– deben ser castigados. Desde un punto de vista moral no es del todo evidente, sin embargo, que ello deba ser así: el derribo fue efectuado para salvar, después de todo, a miles de personas que todavía podían ser salvadas. Pero, al mismo tiempo, las instituciones normales del Derecho no parecen poder hacerse cargo de esta intuición moral. ¿Es esto algo propio, interno a la lógica de las instituciones o se trata de un defecto en el contenido de éstas?

En lo que sigue, se trata de tematizar uno de los casos que cumple con estas características, a saber, las comunidades de peligro vitales. Si bien precisamente a partir de la discusión sobre bombas, trenes y tranvías descontrolados² y, sobre todo, el derribo de aviones,³ su tratamiento ha

¹ Sobre la nomenclatura véase ZIMMERMANN, *Rettingstötungen*, 2008, pp. 27-28 y 304 ss. En español, véase MARTÍNEZ CANTÓN, «Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad», *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 416 ss.; y 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», *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 450 ss. El concepto de estado de necesidad trágico (WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, p. 448) expresa de mejor forma el carácter moral y patético de la discusión en cuestión.

² En Alemania la discusión sobre la “ponderación” de vidas ha estado gobernada por el denominado caso del guardaguasas presentado por WELZEL, «Zum Notstandsproblem», *ZStW*, (63), 1951, pp. 51 ss. Desde los casos Daschner y la declaración de inconstitucionalidad de la norma que autorizaba el derribo de aviones secuestrados, éstos probablemente han superado a la discusión del caso del guardaguasas en frecuencia de cita. En la literatura jurídica y filosófica anglosajona los casos que han dominado la discusión son el denominado caso del tranvía (básicamente equivalente en su estructura al caso del guardaguasas) y los “ticking bomb scenarios” –experimentos hipotéticos para determinar intuiciones (deontológicas) morales en que una norma tenida por absoluta, la prohibición de la tortura, es enfrentada a necesidad más o menos intensa (una bomba que va a explotar y que

sido intensamente discutido, el presente artículo pretende no tener sólo un valor descriptivo en la presentación de una buena exposición de una discusión actual, sino que intenta clarificar el sentido que tiene la discusión misma y la aparentemente injustificable negativa de parte de la literatura y del Tribunal Constitucional alemán de reconocer una regla positiva autorizando la realización de la acción homicida en cuestión, pese a aceptar al mismo tiempo su corrección (o incluso imperativo) moral.

La estructura del artículo asume esta misión. En una primera parte, el artículo reconstruye las razones por las que el Derecho contemporáneo ha generado sus propios límites en relación con instituciones de esta clase, lo que puede ser analizado a la luz del denominado dogma de la "imponderabilidad de la vida humana" (2). Tras clarificar los fundamentos y extensión de esta institución, el artículo presenta la discusión sobre el tratamiento de comunidades de peligro vitales (3), exponiendo de modo breve las opiniones que buscan domesticar (erradamente) el supuesto de hecho, al mostrar la ruptura que deben hacer con las instituciones que invocan. Pese a ello, el artículo muestra cómo algunas herramientas de clarificación analítica permiten distinguir grupos de casos en los que la cuestión aparece con mayor intensidad. A partir de estas distinciones, el artículo finaliza dando cuenta del tratamiento institucionalmente adecuado de unos y otros casos (4).

2. Sobre la prohibición de ponderar vidas humanas

2.1 Introducción

La reconstrucción de los casos de comunidades de peligro vitales como casos extremos responde a los límites que el propio sistema se forma. En la comprensión normal del Derecho contemporáneo, las reglas que autorizan la realización de acciones lesivas, sean de aplicación exclusiva al Estado o de aplicación también a particulares, no pueden extenderse a la autorización del sacrificio de la vida de un inocente con el objeto de salvar a otros. Esto tiende a ser denominado "prohibición de ponderar vidas humanas".⁴ Aquello que constituye en caso extremo al homicidio necesario para salvar a miles a partir de la muerte de uno es precisamente la inclusión de una regla de esta clase en el sistema. Si el Derecho, en cambio, admitiera con relativa naturalidad la justificación de permisos o incluso de mandatos de homicidio con el objeto de salvar a un número mayor de personas, entonces los casos en cuestión no podrían ser vistos como extremos, como casos que desafíen consensos políticos relevantes, sino que constituirían casos normales. En algo que se ha convertido en un lugar común de la filosofía política, la aceptación de esta clase de límites es vista como la consecuencia de una comprensión deontológica del conjunto de instituciones de las que las reglas en cuestión participan sobre una

puede matar a decenas, cientos, miles o millones de personas, dependiendo del dramatismo que se le quiera dar al caso)-. Véase, por ejemplo, SANDEL, *Justice*, 2009, pp. 21 ss. y 38 ss.; LUBAN, «Torture, Liberalism and the Ticking Bomb», *Virginia Law Review*, (91 - 6), 2005, pp. 1440 ss.; RAKOWSKI, «Taking and Saving Lives», *Columbia Law Review*, (93 - 5), 1993, pp. 1063 ss.

³ Al respecto véase *Infra*. pp. 27 ss.

⁴ En español véase también ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 446 ss.

comprensión directamente consecuencialista de estas instituciones.⁵

Crucial en el tratamiento reflexivo de los casos que nos interesan es, por ello, la reconstrucción de las reglas que constituyen a éstos en situaciones extremas. El primer paso en la reconstrucción de la discusión sobre ciertas comunidades de peligro vitales como casos extremos es, de esta forma, la explicación del conjunto de reglas que le dan una solución jurídica a estos casos, en el sentido de disponer que las acciones homicidas de rescate de algunos que disuelven la comunidad de peligro deben ser consideradas constitutivas del delito de homicidio.

Contra lo que podría pensarse, es difícil encontrar en la literatura reconstrucciones precisas de los fundamentos y de la estructura de las reglas que conforman este dogma.⁶ Esto es ciertamente confuso desde un punto de vista analítico. El postulado de la imponderabilidad de la vida humana sólo parece constituir una regla analíticamente secundaria de acuerdo a la cual la norma de comportamiento que subyace a los delitos de homicidio (la prohibición de matar a otro) no puede ser limitada en su campo de aplicación haciendo uso de las reglas que determinen los límites del estado de necesidad (agresivo) justificante.⁷ Como evidentemente no hay regla que disponga explícitamente esto, el reconocimiento jurídico de esta regla debe ser demostrado argumentativamente dando cuenta del reconocimiento de particularidades de la prohibición del homicidio que justifiquen la imposibilidad de construir excepciones, por pura necesidad, a su respecto. Ni la literatura dogmática sobre el homicidio ni la literatura sobre el estado de necesidad justificante dan cuenta de forma exhaustiva de los fundamentos de una limitación de esta clase. En el primer caso, la relación entre estado de necesidad justificante y delito de homicidio sólo es a veces tematizada y, cuando lo es, ello sólo tiene lugar para responder a preguntas específicas relativas a la interpretación de ciertos supuestos típicos (homicidio a petición) o reglas relativas a la determinación de la pena.⁸ En el caso de la literatura sobre estado de necesidad, el punto es ciertamente en general tematizado: la doctrina da cuenta de la existencia de una prohibición de ponderar vidas humanas, pero sin que pueda encontrarse un análisis exhaustivo de sus fundamentos o de su estructura. Esto es apreciado también, por ejemplo, por SCHNEIDER: “Los principios penales de prohibición de cuantificar y calificar la vida humana así como la inconmensurabilidad del valor de ésta cuentan como una de las convicciones

⁵ *Loci* clásicos de estas ideas pueden encontrarse en RAWLS, *A Theory of Justice*, 1999, pp. 3 ss.; NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, 1974, pp. 28 ss.

⁶ Véase, sin embargo, DREIER, «Grenzen des Tötungsverbotes – Teil 1», *JZ*, 2007, pp. 261 ss.; o GROPP, «Der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes und die fragmentarische Natur des Strafrechts», *EG-Brauneck*, 1999, pp. 304 ss.

⁷ En el fondo así también KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979, pp. 39 ss. y 46 ss.; y EL MISMO, «Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision „Leben gegen Leben“», *JuS*, 1981, p. 786.

⁸ Ejemplar INGELFINGER, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, 2004, *passim*. En el tratamiento de “las zonas fronterizas de la prohibición de matar” INGELFINGER tematiza exhaustivamente las preguntas por el inicio de la vida (pp. 103 ss.), el término de la vida (pp. 137 ss.) así como la relación entre voluntad de morir y prohibición de matar (pp. 165 ss.). La imponderabilidad de la vida apenas es tematizada, en cambio, por INGELFINGER. WESSELS/HETTINGER, *BT I*, 36ª ed., 2012, § 1 nm. 1-2 y 185 describen, en cambio, el principio de imponderabilidad de la vida (nm. 1) y lo aplican en relación a preguntas relativas a la determinación de la pena (nm. 185 ss.) y a propósito de la inaplicabilidad del § 34 StGB en la justificación de homicidios, pero prácticamente no tematizan sus fundamentos ni estructura. MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *BT I*, 10ª ed., 2009, § 1 nm. 5-7, describen el principio en cuestión haciendo referencia a la vieja descripción de MAURACH como “principio de la protección absoluta de la vida”, dando simplemente cuenta de algunas de sus consecuencias.

básicas más subrayadas y menos revisadas en la literatura y práctica penal actual”.⁹

Si bien esta clase de afirmaciones pueden ser consideradas una prueba suficiente de la existencia de un sistema de reglas de limitación de la posibilidad de justificar homicidios por razones de pura necesidad, la ausencia de reflexión sobre sus fundamentos y extensión hace que ello sea insuficiente para explicar la percepción de extrañeza frente a los casos que nos interesan. Por ello, en lo que sigue nos interesa en primer lugar analizar la estructura que se le atribuye al dogma en cuestión (2.2), para luego analizar el origen (2.3) y los fundamentos (2.4) del reconocimiento de este sistema de reglas de limitación, de forma tal que se esté en posición de proporcionar una interpretación razonable de la sensación de extrañeza frente a los casos en cuestión.

2.2 La estructura del dogma de la imponderabilidad de la vida humana

Las reglas que tienden a ser designadas con los conceptos de “imponderabilidad”¹⁰ de la vida o “no cuantificabilidad”¹¹ de su valor¹² pueden ser comprendidas, desde un punto de vista penal, como reglas que limitan el ámbito de aplicación del estado de necesidad (agresivo) justificante.¹³ De este modo, éstas son generalmente tratadas como limitaciones en los criterios de ponderación en la construcción de un interés preponderante que justifique una acción típica. Considerado analíticamente, pueden distinguirse dos niveles dentro del sistema de limitación del estado de necesidad justificante en relación con la vida. En el primer nivel pueden ubicarse aquellas reglas que determinan directamente los criterios que pueden o no ser utilizados al llevar a cabo una ponderación en estado de necesidad. En un segundo nivel uno puede distinguir reglas que determinan el ámbito de aplicación de las propias reglas de limitación de primer nivel. Esta segunda clase de reglas no determina qué criterios son aplicables, sino las condiciones bajo las cuales las propias reglas de limitación son aplicables y si (o cómo) pueden ser derrotadas o desplazadas por otra clase de reglas¹⁴.

Pese a que precisamente esta clase de reglas sea reconocida generalmente al hablar imprecisamente del dogma de la imponderabilidad de la vida, el contenido de las reglas de primer nivel no siempre es descrito con toda la precisión deseable. En general se reconoce que los procedimientos argumentativos de “valoración” de una vida así como la “suma” de vidas no pueden ser llevados a cabo al ponderar los intereses en la determinación de la existencia de un

⁹ SCHNEIDER, Vor §§ 211 ff., *MüKo*, 2ª ed., 2012, nm. 29.

¹⁰ El concepto de “imponderabilidad” (*Unabwägbarkeit*) de la vida humana es utilizado, por ejemplo, por VON HIRSCH, «Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen», *FS-Küper*, 2007, p. 159; ROXIN, «Die notstandsähnliche Lage - ein Strafunrechtsausschlussgrund?», *FS-Oehler*, 1985, p. 194; o LADIGES, «Erlaubte Tötungen», *JuS*, 2011, p. 881.

¹¹ El concepto de 1968incuantificabilidad (o inconmensurabilidad) de la vida puede ser encontrado, por ejemplo, en MAURACH/ZIPE, *AT I*, 8ª ed., 1992, p. 290 nm. 47b; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 2ª ed., 2012, §25 nm. 50; ROSENAU, § 34, *SSV-StGB*, 2009, nm. 20; VON HIRSCH, *FS-Küper*, 2007, p. 159; ZIESCHANG, «Der rechtfertigende und der entschuldigende Notstand», *JA*, 2007, p. 680; SCHNEIDER, Vor §§ 211 ff., *MüKo*, 2ª ed., 2012, nm. 29; LABER, *Der Schutz des Lebens im Strafrecht*, 1997, p. 152.

¹² En general, con ulteriores referencias, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 30 ss.; LADIGES, *Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum*, 2007, p. 411 nota 52.

¹³ Así también MERKEL, «§ 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?», *JZ*, 2007, p. 380; y JEROUSCHECK, «Nach dem 11. September 2001: Strafrechtliche Überlegungen zum Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeugs», *FS-Schreiber*, 2005, pp. 188 s.

¹⁴ La diferencia analítica también es reconocida implícitamente por JEROUSCHECK, *FS-Schreiber*, 2005, p. 188.

interés preponderante en el estado de necesidad agresivo justificante¹⁵. Uno puede, de esta forma, distinguir dos reglas dentro del primer nivel del sistema. La primera regla puede ser denominada “regla de limitación cualitativa” o “prohibición de valoración” –regla que, como veremos, tiende a ser descompuesta en dos aspectos–. La segunda regla puede ser designada como “regla de limitación cuantitativa” o “prohibición de suma”. Pese a que el concepto de prohibición sea plenamente comprensible en ambos casos, no se trata por cierto de verdaderas normas de comportamiento prohibitivas: no se trata de reglas que determinen directamente la calificación deóntica del comportamiento de los ciudadanos como destinatarios de las normas –en este caso de la norma de comportamiento subyacente al delito de homicidio–, sino que son reglas que contribuyen a la determinación de la valoración de comportamiento. Las reglas en cuestión pueden ser denominadas, sin embargo, “prohibiciones” (metodológicas) si uno asume la perspectiva del juez en la realización del proceso de ponderación propio del estado de necesidad justificante: éste no debe sumar o valorar vidas al construir un interés preponderante para determinar, en un paso lógico ulterior, si el comportamiento en juicio se deja calificar como prohibido o, en cambio, como permitido. Como, sin embargo, las normas de sanción (o valoración) siempre pueden ser convertidas en normas de comportamiento para los jueces –si se cumplen las condiciones definidas por éstas, el juez se encuentra obligado a aplicar la consecuencia jurídica de que se trate–, justamente las reglas de “comportamiento” de los jueces en la valoración del comportamiento de otro deben ser distinguidas de verdaderas normas de comportamiento. Por ello, se trata en realidad de normas de valoración restrictivas¹⁶.

El núcleo prácticamente indiscutible del sistema de limitación del razonamiento jurídico o moral de excepción se encuentra en la prohibición de valoración¹⁷. Este aspecto cualitativo del sistema de limitación de primer nivel puede ser descrito mediante la siguiente regla: una vida no puede ser valorada jurídicamente como superior a otra porque pueda considerarse individualmente que se trata de una vida mejor lograda o porque, desde el punto de vista de la sociedad, pueda ser

¹⁵ Similar MITSCH, «„Nantucket Sleighride“ – Der Tod des Matrosen Owen Coffin», *FS-Weber*, 2004, pp. 62-65. Véase también EL MISMO, «Flugzeugabschüsse und Weichenstellungen. Unlösbare Strafrechtsprobleme in ausweglosen Notstandsituationen», *GA*, 2006, p. 13; DREIER, *JZ*, 2007, pp. 263 s.; JEROUSCHECK, *FS-Schreiber*, 2005, p. 188; ENGLÄNDER, § 34, *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 27; FISCHER, § 34, *StGB*, 62ª ed., 2015, nm. 15; GÜNTHER, «Defensivnotstand und Tötungsrecht», *FS-Amelung*, 2009, p. 152; KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 8 nm. 114-115; KREY/ESSER, *AT*, 5ª ed., 2012, § 15 nm. 616 s.; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 16 nm. 33-34; ERB, § 34, *MiKo*, 2ª ed., 2012, nm. 114-116; EL MISMO, «Der rechtfertigende Notstand», *JuS*, 2010, p. 110; SCHNEIDER, Vor §§ 211 ff., *MiKo*, 2ª ed., 2012, nm. 28-29; NEUMANN, § 34, *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 74; EL MISMO, Vor § 211, *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 4; ESER, Vorbem. §§ 211 ff., *Schönke/Schröder*, 28ª ed., 2010, nm. 14; SAFFERLING, Vor §§ 211 ff., *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 1; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 363; WESSELS/HETTINGER, *BT I*, 36ª ed., 2012, § 1 nm. 2; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *BT I*, 10ª ed., 2009, § 1 nm. 5-7; LABER, *Der Schutz des Lebens im Strafrecht*, 1997, pp. 115 y 151 ss.; y LADIGES, «Die Notstandsbedingte Tötung von Unbeteiligten im Fall des § 14 Abs. 3 LuftSiG – ein Plädoyer für die Rechtfertigungslösung», *ZiS*, 2008, p. 130 nota 14, con ulteriores referencias. En la literatura sobre derechos fundamentales véase HARTLEB (2005), «Der neue § 14 III LuftSiG und das Grundrecht auf Leben», *NJW*, 2005, pp. 1397 s.

¹⁶ Esto también es identificado, correctamente, por MERKEL, *JZ*, 2007, pp. 380 s., quien critica la idea de que pueda haber una prohibición de ponderar vidas: “¿Qué es lo que puede estar prohibido *ponderar*? ¡Lo que está prohibido es *matar!*” (p. 380).

¹⁷ En el fondo similar ENGLÄNDER, § 34, *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 27; NEUMANN, § 34, *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 74; EL MISMO, Vor § 211, *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 4; KREY/ESSER, *AT*, 5ª ed., 2012, § 15 nm. 616; FISCHER, § 34, *StGB*, 62ª ed., 2015, nm. 14; ERB, § 34, *MiKo*, 2ª ed., 2012, nm. 115. En la literatura constitucional véase sólo ISENSEE, «Leben gegen Leben. Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug», *FS-Jakobs*, 2007, pp. 222-224, con ulteriores referencias.

vista como más útil para el desarrollo social. A su vez, esta prohibición de valoración tiene al menos dos dimensiones que pueden resultar relevantes. En una primera dimensión, se trata de una prohibición de valoración de *características* del sujeto en cuestión. Si uno lo puede considerar un genio, un ciudadano responsable o un santo a partir de una caracterización de su historia de vida o si, al contrario, se trata de un asesino, es algo que no puede considerarse relevante en la construcción de un estado de necesidad justificante. Para mayor precisión, este aspecto puede denominarse “prohibición de caracterización”. En algo que es tal vez mucho más relevante, el discurso jurídico asume que tampoco puede considerarse un aspecto relevante en la ponderación el hecho de que alguno de los involucrados vaya a morir con seguridad dentro de poco o que, de ser salvado en el caso en cuestión, sea probable que tenga una larga vida. Todo acortamiento de la vida debe ser considerado, de acuerdo a esta lógica, como realización del delito de homicidio. Esta regla limitativa puede ser denominada “prohibición de valoración temporal”¹⁸.

La literatura contemporánea reconoce asimismo una –moralmente mucho más controvertida–, prohibición de suma. De acuerdo a esta regla, el número de vidas que pueden ser salvadas mediante el sacrificio de otros en una situación de necesidad no puede ser considerado relevante al construir un interés preponderante y, a partir de éste, un permiso de matar. Por cierto, una regla de esta clase no puede ser considerada autoevidente¹⁹ ni desde una perspectiva histórica ni bajo toda forma de teoría moral²⁰. Se trata, sin embargo, de una clase de consenso político-moral relativamente asentada después de la Segunda Guerra Mundial, aunque ciertamente de forma más intensa en aquellos países, como Alemania, en los que puede identificarse una historia política conflictiva. La falta de autoevidencia de las reglas en cuestión emerge a la luz, sin embargo, no sólo a partir de pretensiones conscientemente utilitaristas de ponerlas en duda, sino también en el hecho de que la literatura jurídica la tematice de forma mucho más intensa que la prohibición de valoración²¹. Pese a la intensidad con que la regla es, sin embargo, invocada, su análisis tiende a ser superficial: el principio de prohibición de suma tiende a ser nombrado y explicado brevemente en su contenido, sin que puedan encontrarse argumentaciones fundamentales al respecto. Visto desde un punto de vista dogmático, esto es ciertamente insuficiente. La constante repetición de la existencia de un principio de esta clase muestra que existe un consenso político al respecto, lo que puede ser considerado suficiente para no ponerlo en duda de modo radical en un trabajo dogmático. Pero esto esconde la pregunta por la extensión y por los márgenes del consenso. Este es precisamente el punto en que la discusión alcanza el segundo nivel: ¿pueden construirse excepciones a estos principios? La discusión reciente muestra que si bien existe consenso político en el reconocimiento general de prohibiciones de suma de vidas humanas en la construcción de un interés preponderante, no puede ya hablarse de consenso evidente en el reconocimiento de una prohibición absoluta –no sujeta a excepciones de

¹⁸ Al respecto fundamental KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979, pp. 58 ss. Similar ROXIN, *FS- Oehler*, 1985, pp. 193 s.; EL MISMO, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 16 nm. 33; ZIESCHANG, *JA*, 2007, p. 681; LABER, *Der Schutz des Lebens im Strafrecht*, 1997, pp. 154-156; ERB, § 34, *MüKo*, 2ª ed., 2012, nm. 115; SCHNEIDER, *Vor §§ 211 ff.*, *MüKo*, 2ª ed., 2012, nm. 28; NEUMANN, *Vor § 211, NK*, 4ª ed., 2013, nm. 4; ROSENAU, § 34, *SSW-StGB*, 2009, nm. 20.

¹⁹ Véase HÖRNLE, «Töten, um viele Leben zu retten. Schwierige Notstandsfälle aus moralischer und strafrechtlicher Sicht», *FS-Herzberg*, 2008, p. 558 con nota 12.

²⁰ Así ya WELZEL, «Anmerkung zu OGHSt 1, 321 ff.», *MDR*, 1949, p. 374.

²¹ Véase PAWLIK, «§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?», *JZ*, 2004, p. 1048, con ulteriores referencias.

ninguna clase- a este respecto. La demostración del poder de convicción de la confección en un segundo nivel de una prohibición de construir excepciones (de un sistema, en este sentido, “absoluto”) sólo puede tener lugar si uno se ocupa del contexto de surgimiento del consenso moral en cuestión y de los fundamentos que éste puede invocar.

2.3 Auto-percepción del origen del dogma

Es tal vez una característica de la consciencia moral de una época que ésta tiende a ver con sospecha, a veces incluso de modo despectivo, la forma en que cuestiones que hoy aparecen como moral o políticamente difíciles eran tratadas en tiempos pasados. Esta actitud puede ser percibida con especial nitidez en la literatura jurídico-penal (de influencia alemana) en relación con el dogma de la imponderabilidad de la vida humana²²: en ella se tiende a asumir que el reconocimiento de este principio debe ser considerado un logro civilizador de la modernidad y, en particular, del mundo contemporáneo de postguerra. En parte, uno puede considerar que esta asunción es correcta. Si bien la literatura penal anterior a la Segunda Guerra Mundial no tenía una actitud completamente distinta a este respecto que la literatura actual, el reconocimiento general de un principio de esta clase se encontraba en evidente colisión con la práctica de sujeción de la vida humana a toda clase de ponderaciones. Esto es obvio si se aprecia la relevancia política del discurso nacionalista: si un Estado envía a sus ciudadanos a que mueran por millones en la guerra, la expresión de que ese mismo Estado se encuentra comprometido con el “respeto ilimitado a la vida humana” sólo puede sonar ingenua o hipócrita²³. Esto no quiere decir, sin embargo, que la literatura jurídica y moral, así como la propia práctica política y judicial, no reconociera un principio de esta clase. Esto es: es ciertamente incontestable que la construcción de un sistema absoluto de limitación de la justificación por medio de ponderación de toda forma de homicidio era desconocida –en el sentido de no-reconocida, no, por cierto, en el

²² JEROUSCHECK, *FS-Schreiber*, 2005, p. 190: “la prohibición devenida actualmente en dogma de la ponderación de vidas humanas le era, en la forma absoluta que ha adoptado, desconocida a la literatura más antigua”. Véase también KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenollision im Strafrecht*, 1979, p. 52 nota 109; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 30; y HARTLEB, *NJW*, 2005, p. 1397.

²³ Este es, sin embargo, precisamente el argumento de BINDING para justificar el homicidio de vidas sin valor de vida: “Uno se remece en lo más profundo por la enorme contradicción entre el sacrificio del bien más preciado de la humanidad en la más alta medida, por un lado, y el enorme cuidado que se pone para cuidar no sólo vidas sin valor, sino existencias que deben ser valorados negativamente, por el otro lado”. (BINDING/HOCHE, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, 2006, reimpresión 1920, p. 26). Radicalizado esto puede ser visto como la respuesta pragmática al trauma de la Primera Guerra Mundial: La guerra habría desvelado la mentira que se esconde detrás de la afirmación del valor absoluto de la vida; uno debiera seguir viviendo, sin embargo, con tan pocas mentiras como sea posible. El mucho más extenso reconocimiento del carácter absoluto de las reglas de limitación de obligaciones de sacrificio que tuvo lugar tras el nacionalsocialismo y la Segunda Guerra Mundial constituye, desde este punto de vista, una segunda posibilidad de tratar la ruptura producida entre discurso y práctica del sacrificio de la vida: se trata de la pretensión, no de adaptar el discurso a la realidad del mundo, sino de intentar influir en la praxis de modo tal que la designación de la vida como algo “sagrado” o “del valor más elevado” no constituya una mentira. Por supuesto, esto no era ninguna novedad. Así, por ejemplo, ya fines del siglo XIX y principios del siglo XX podían encontrarse escritos pacifistas tales como los de POPPER-LYNKEUS, *Das Recht zu Leben und die Pflicht zu Sterben*, 1972 (reimpresión 4ª ed. 1924), pp. 130 ss., criticando la práctica de la guerra o el servicio militar obligatorio precisamente por ser contradictorios con el reconocimiento de los derechos individuales que el Estado burgués proclamaba. Esta opinión no se impuso, sin embargo, políticamente. Lo que distingue a los tiempos no es por ello la novedad de las representaciones teóricas, sino la relevancia política de éstas.

sentido de no-conocida- por la literatura más antigua.²⁴ Esto afecta, sin embargo, al segundo nivel analítico de las reglas en cuestión. Sería, en cambio, errado concluir a partir de esto que las reglas mismas de limitación, en exactamente las mismas tres manifestaciones que en su estado actual (prohibición de caracterización, prohibición de valoración temporal y prohibición de suma), eran ajenas a la literatura de la época.

Este reconocimiento general puede ser visto pragmáticamente en el carácter polémico que tenían las argumentaciones favorables a la introducción de nuevas limitaciones a la prohibición de matar a otro en la literatura de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Así, por ejemplo, no era en ningún caso auto-evidente la calificación de la vida de determinados individuos –sujetos en coma terminal o con alguna enfermedad de diagnóstico letal próximo, con alto sufrimiento, por ejemplo- como “no digna de ser vivida” (*lebensunwertes Leben*)²⁵. Todavía en el año 1902, BINDING podía por ello describir el objeto de la acción del homicidio de la siguiente forma: “[...] se trata de otro ser humano vivo, con completa independencia de que se encuentre sano o en lecho de muerto, que sea monstruoso o incapaz de seguir viviendo. Ya no hay vida humana que no goce de protección penal”.²⁶ Incluso su famoso ensayo sobre la limitación del delito de homicidio en los casos de “vidas no dignas de ser vividas” del año 1920 comenzaba con el reconocimiento de que la pregunta que pretendía tematizar era “tímidamente eludida por la mayoría”.²⁷ En el contexto de la defensa del reconocimiento de un ámbito de justificación del homicidio en la solución de comunidades de peligro vitales, también August KÖHLER en el año 1926²⁸ y OETKER en el año 1930 tenían que asumir como punto de partida que la justificación de excepciones de esta clase a la prohibición de matar a otro requería de una fundamentación especial²⁹. Tampoco en el año 1935 era auto-evidente complementar el reconocimiento que todavía hacía la literatura de la época del principio del “mal menor” con argumentaciones relativas a la suma de vida en casos de comunidades de peligro³⁰. Formulado de forma general: que en la solución de situaciones de necesidad la perspectiva a adoptar era aquella de la sociedad y no, en cambio, la del individuo, era algo que ciertamente formaba parte del *esprit du temps* de fines del siglo XIX y principio del siglo XX. Este espíritu, sin embargo, no era plenamente consistente con la tradición; al contrario, la literatura con pretensiones de modernidad en este aspecto pretendía romper con la tradición³¹. Esto puede ser fácilmente demostrado si uno revisa

²⁴ Una plegaria hiperbólica a favor del reconocimiento de lo absoluto de la imponderabilidad de la vida puede encontrarse, por ejemplo, en el año 1910 en POPPER-LYNKEUS, *Das Individuum und die Bewertung menschlicher Existenzen*, 1910, pp. 46 ss.

²⁵ BINDING/HOCHE, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, 2006 (reimpresión 1920), pp. 26 ss.

²⁶ BINDING, *Lehrbuch des Strafrechts*, t. 1, 2ª ed., 1902, p. 25.

²⁷ BINDING/HOCHE, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, 2006 (reimpresión 1920), p. 5.

²⁸ August KÖHLER, *Der Notstand im künftigen Strafrecht*, 1926, p. 45 nota 1: “Cuando, por ejemplo, el hijo de un funcionario de ferrocarriles se ha lesionado con peligro vital y lo amenaza la muerte por desangramiento, el funcionario debe, sin embargo, poner los rieles en su lugar en el momento que corresponde, con el objeto de salvar a los pasajeros de un tren que se avecina, incluso si la salvación de la vida de los pasajeros tiene lugar al costo de la muerte de su hijo. El mayor número de vidas humanas que de otra forma se perderían tiene que ser considerado el mal mayor”. Similar en el año 1930 JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1977 (reimpresión 1930), p. 17 nota 28.

²⁹ OETKER, «Notwehr und Notstand», *FG-Frank*, 1969 (reimpresión 1930), p. 373.

³⁰ MAURACH, *Kritik der Notstandslehre*, 1935, pp. 95 s. Véase también, con ulteriores referencias, JEROUSCHECK, *FS-Schreiber*, 2005, p. 191 nota 91.

³¹ En el fondo similar LADIGES, *Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum*, 2007, p. 408 con nota 35. Cuán autoevidente ha sido en la tradición jurídica el reconocimiento de reglas de limitación en el tratamiento de

la literatura todavía más antigua (esto es, de buena parte del siglo XIX) sobre la extensión del homicidio punible. La representación de que cada vida debe ser protegida de igual puede encontrarse con frecuencia³².

De esta forma, es incorrecto asumir que el reconocimiento de un sistema de reglas de limitación del ámbito de aplicación de la norma de comportamiento que subyace al delito de homicidio constituya un *nuevo* dogma. El cambio que sí puede apreciarse después de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial y de los crímenes nacional-socialistas no se refiere, de esta forma, directamente al contenido de las reglas en cuestión. El cambio se radicó, más bien, en el segundo nivel del sistema. Incluso aquellos ordenamiento jurídicos que sujetaban las construcciones de permisos de matar entre privados a requisitos mucho más estrictos que los que pueden identificarse hoy, tendían a construir excepciones que en general se justificaban asumiendo la perspectiva de la sociedad. La obligación del soldado de sacrificar su vida tendía a ser justificada haciendo referencia a la figura de la patria o al bienestar general de sus compatriotas. Incluso ABEGG, el gran defensor entre los hegelianos de la fuerza normativa especial de la vida en el Derecho y, por ello, el gran crítico de la “teoría de los homicidios supuestamente no punibles”, no tenía problemas en reconocer que objetivos comunitarios o estatales podían justificar la imposición de una obligación de morir: “Del principio desarrollado más arriba puede deducirse que el Estado controla, a través de su Derecho (y esto es equivalente a su existencia), el Derecho privado y los derechos de los privados; que puede hacer uso de la vida y del patrimonio de sus ciudadanos (a quienes protege, sin que pueda por eso ser considerado un medio para los fines de éstos) en caso de necesidad, al ser éste el fin al que éstos sirven”.³³

Esta forma de comprensión se materializó posteriormente de forma radical: la influencia del utilitarismo, en distintas vertientes, fue más allá de la construcción de excepciones a partir del valor abstracto del Estado y permitió la construcción directa de excepciones a partir de la suma

acciones homicidas de necesidad es algo que puede ser ilustrado fácilmente por el hecho de que incluso las acciones homicidas en legítima defensa han tendido a estar limitadas en las codificaciones. Al respecto KÜHL, «Die Notwehr: Ein Kampf ums Recht oder Streit, der mißfällt? Schlaglichter der Notwehrdiskussion der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland und Österreich», *FS-Triffterer*, 1996, p. 158.

³² ABEGG, *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, 1836, § 227, p. 318, remarca, por ejemplo, la equivalencia de todas las vidas humanas en relación a la prohibición del homicidio: “Cada ser vivo es como tal posible objeto del crimen del homicidio. Más allá de las muy limitadas excepciones revisadas en § 226, ninguna clase de relación personal, natural o civil puede fundar un apartamiento de las disposiciones penales generales. (...) Un enfermo terminal, el autor de un delito graves, un ser humano vivo pero que no tiene capacidad de seguir viviendo, en general también quien en cualquier caso moriría en corto plazo, aun si no tiene lugar la acción homicidio, es objeto del homicidio. (...) Edad, casta, religión, nación, constitución física, etc., ya no tienen ninguna influencia en la fundamentación del reconocimiento de excepciones”. Notable en la exposición de ABEGG es el hecho de que la explicación del principio de protección absoluta de la vida se vincula directamente a las condiciones de justificación de limitaciones (“excepciones”) a la prohibición de matar a otro. Similar HÄLSCHNER, *Das preußische Strafrecht. Teil 3: Besonderer Teil.*, 1975 (reimpresión 1868), pp. 70 s. Considerado de forma general puede afirmarse que desde el momento en que el Derecho es vinculado a la concesión formalmente igual de derechos subjetivos, el reconocimiento de un sistema de limitaciones a la construcción de excepciones a la limitación del homicidio ha pasado a ser un tema en las ciencias penales. Esto ciertamente no fue un proceso automático o instantáneo. Todavía GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 2ª ed., 1805, § 259, p. 370, reconocía la existencia de diferencias: “De esta forma no puede ser considerado criminal el que mate a un sujeto sin derechos [*Rechtlose*] (a (...). Nota. (a): “Aquí pertenecen los sujetos puestos al margen del Derecho [*Vogelfreyen*]”, entre los que se cuentan los gitanos”. Crítico TITTMANN, *Grundlinien der Strafrechtswissenschaft*, 1997 (reimpresión 1800), § 120. pp. 90 s., y exhaustivamente ABEGG, *Untersuchungen zum Strafrecht*, 1997 (reimpresión 1830), pp. 82 ss.

³³ ABEGG, *Untersuchungen zum Strafrecht*, 1997 (reimpresión 1830), p. 110.

de intereses individuales por consideraciones sociales. Esto ciertamente no fue sólo radicalizado, sino categóricamente alterado por el nacionalsocialismo. Ello no debiera esconder, sin embargo, que las reglas que constituyen el dogma de la imponderabilidad de la vida eran reconocidas antes del nazismo. En especial en Alemania, pero en algo que ha tenido influencia general, la experiencia nazi eliminó la voluntad política de construir excepciones a esta regla, especialmente asumiendo un punto de vista colectivo. Este es el cambio: no se trata de que la literatura haya descubierto una nueva forma de valoración de la vida, sino que se tabuizaron excepciones reconocidas anteriormente.

Uno puede, de esta forma, afirmar que la concesión de un carácter absoluto a reglas antiguas, como generación de un límite interno al sistema, constituye un consenso político de post-guerra: “En una época en que después de experiencias amargas con razón se vuelven a acentuar los fundamentos éticos del Derecho penal, uno debe negar esto [la procedencia de la ponderación de número de vidas humanas en juego -JW-]”.³⁴ Como hemos visto, este consenso constituye parte de la identidad normativa del sistema: el sistema no permite ponderaciones para efectos de construir permisos de matar a otro. Las discusiones que se han vuelto a activar ante todo a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001 muestran, sin embargo, que el consenso político no parece ser reconocido unánimemente en la configuración absoluta en el segundo nivel. Sin poder reconocerse un consenso político positivo, la determinación del poder de convicción de una u otra postura depende, en lo esencial, de la fundamentación del sistema de limitación del estado de necesidad en relación con la prohibición del homicidio. Esto será analizado en el próximo apartado.

2.4 Fundamentos del dogma

a) Introducción

Al menos tres estrategias argumentativas pueden ser diferenciadas en relación a la explicación del fundamento de reglas de limitación constitutivas del dogma de imponderabilidad de la vida humana, las que pueden tener diferencias en la determinación de la extensión, en el segundo nivel, que resulta convincente reconocer.

Una primera forma de legitimación parece adoptar una estructura ontológica. En general, ello tiene lugar por medio de la pretensión de demostración de que el objeto respecto al cual se construyen las limitaciones, la vida, tiene particularidades que hacen necesario el reconocimiento de excepciones a la construcción de permisos de realización de acciones típicas. Si uno pretende fundamentar el reconocimiento de las reglas de limitación de esta forma, entonces las reglas sólo son aplicables allí donde se juega la vida como bien jurídico –esto es, cuando la acción puede ser vista como homicidio–; en principio, el sistema sólo se refiere a limitaciones en la justificación de estos tipos penales y no, en cambio, de otros. En lo que sigue, esta estrategia argumentativa será designada como “fundamentación centrada en el derecho a la vida”.

³⁴ LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 30. En relación a la influencia de la experiencia del nacionalsocialismo en el origen del artículo 2 II de la Ley Fundamental alemana véase sólo LABER, *Der Schutz des Lebens im Strafrecht*, 1997, pp. 14 ss.

Una segunda estrategia de argumentación puede ser designada como lógico-dogmática. No se trata de que el objeto con correlato ontológico “vida” justifique las limitaciones, sino de que la estructura de las reglas que constituyen a la institución sin correlato ontológico material que se ve limitada, esto es, al estado de necesidad justificante, permitiría justificar esta limitación. Esta estrategia será designada como “fundamentación centrada en el estado de necesidad”.

Una última estrategia de argumentación no asume ni una estructura ontológica ni una estructura dogmática, sino que pretende derivarse de premisas filosófico-políticas. El sistema de limitación no debiera ser así visto como la expresión de la normativización de la estructura de la vida o de la lógica de los derechos de necesidad, sino que se trataría de una consecuencia de las condiciones bajo las cuales el actuar estatal es legítimo. Esta tercera estrategia argumentativa puede ser designada “fundamentación centrada en la idea de Estado de Derecho”.

b) Fundamentación centrada en el derecho a la vida

Como hemos visto, las reglas que nos interesan tienden a ser tematizadas en relación con la protección de la vida humana y la prohibición del homicidio. De hecho, el nombre que suele utilizarse para describirlas de modo apelativo es “imponderabilidad de la vida humana”. Por ello, parece razonable considerar que una filosofía de la vida o de la experiencia de la vida se encuentra en el origen del reconocimiento de las reglas que limitan la posibilidad de limitar la norma de comportamiento subyacente al homicidio. Esta forma de argumentación tiene distintas variantes.

En primer lugar, la vida puede ser vista como condición de posibilidad del ejercicio de cualquier clase de interés o, en general, de posiciones jurídicas³⁵; esta particularidad de la idea de vida permite que la argumentación en relación al fundamento de la imponderabilidad adopte una estructura que puede ser designada como ontológica³⁶.

El argumento es relativamente obvio: la privación de la vida implica lógicamente la privación de la creación de cualquier clase de interés posterior y del ejercicio de toda posición jurídica del afectado. Esto no quiere decir, ciertamente, que un sujeto no pueda tener un interés en morir. Visto desde antes de su muerte, no hay nada que impida considerar que quien sufre de modo insoportable no sólo tiene la voluntad, sino también un interés en morir. Del mismo modo, el sujeto que sacrifica heroicamente su vida ciertamente tiene un interés en permitir aquello que su sacrificio posibilita. En una dimensión temporal, sin embargo, la muerte significa el fin de la posibilidad de desarrollar intereses o de ejercer posiciones jurídicas; para el sujeto mismo, el valor de la vida puede ser visto como literalmente irrepresentable. Expresado de otro modo: las

³⁵ En palabras de NEUMANN, § 34, NK, 4ª ed., 2013, nm. 73, la vida humana es “la base vital de todos los bienes jurídicos individuales”. En el contexto de la dogmática de los derechos fundamentales tiende a hablarse, por ello, de la vida como “bien supremo”. Ejemplar HARTLEB, NJW, 2005, p. 1397.

³⁶ La caracterización de la vida como “incomensurable” (así, por ejemplo, MAURACH/ZIPF, AT I, 8ª ed., 1992, p. 290 nm. 47) o como “infinita”, que ya puede encontrarse en el § 127 de los Principios de la Filosofía del Derecho (Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986, pp. 239 s. [N. del Ed.: las páginas de los trabajos de Hegel se corresponden a la recopilación de MOLDENHAUER/MICHEL (eds.), *Werke Band*; para más información véase el apartado de bibliografía]) (y todavía, por ejemplo, en LADIGES, *ZiS*, 2008, p. 130), parece ser dependiente de una argumentación de este tipo.

pretensiones de autonomía ejercidas por un sujeto son, con excepción de su pretensión de mantenerse con vida, graduables. La autonomía jurídica puede siempre verse afectada en mayor o menor medida por una acción determinada. Todas las pretensiones de autonomía presuponen, sin embargo, la existencia de un sujeto respecto al cual pueda predicarse la tenencia y el ejercicio de una posición de libertad; la vida puede, por ello, ser considerada una pretensión de autonomía absoluta en tanto condición objetiva de posibilidad de la autoconciencia y, con ello, de autonomía y, en general, de cualquier experiencia. Esto es precisamente lo que permite que se afirme con relativa naturalidad que la vida es una “totalidad” o “un objeto interminable” (*Unendlichkeit*)³⁷. HEGEL podía de este modo designar a la vida como “la corporalización completa de libertad y derecho” (“*umfassende Dasein von Freiheit und Recht*”).³⁸ Sin existencia real no hay posibilidad de autoconciencia ni posibilidad de libertad; la muerte significa en ese sentido la negación total de la libertad (de otro, en el caso del homicidio).

Este tipo de reconstrucción del bien jurídico vida es ciertamente unilateral, ya que se trata sólo de una condición de posibilidad especial de la subjetividad pero no, en cambio, de la generalidad del Derecho³⁹. Sin embargo, la generalidad de la voluntad expresada en el Derecho sólo puede tener realidad en lo particular; esto es, sólo en lo particular puede tener existencia⁴⁰. Considerada sistemáticamente, la vida no pertenece de este modo sólo al Derecho abstracto –como condición de sentido de éste–, sino también a la moralidad. Precisamente por ello no se trata de un simple derecho: “Si uno quiere designar (a la vida) como un derecho, entonces se trata como tal de su existencia inmediata, pero no de un derecho que alguien pueda tener junto a otros y junto a existencia”.⁴¹ Como esta condición subjetiva admite ser reconstruida como condición mínima de la realidad de la libertad (es decir, del Derecho), la vida “como conjunto de todos los fines, tiene un derecho en contra del Derecho abstracto”.⁴²

La fundamentación de las reglas que constituyen al dogma de imponderabilidad de la vida puede también ser estructurada en relación a la filosofía política. Esto puede ser visto como la herencia de HOBBS y, en general, de construcciones fundamentales derivadas de teorías contractualistas. Como las teorías contractualistas asumen que las instituciones políticas se retrotraen a intereses individuales, la peculiaridad de la vida de constituir una condición de posibilidad de todo interés subjetivo implica que a su respecto deba reconocerse un peso argumentativo especial.

Esto puede ser percibido de modo especialmente intenso en la filosofía de HOBBS mismo⁴³. De acuerdo a HOBBS el Estado y el Derecho sólo pueden ser legitimados en relación con los

³⁷ El concepto de la “infinitud” (*Unendlichkeit*) de la vida es utilizado en el § 127 de los Principios (HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986, pp. 239 s.) y en el capítulo B. IV. de la Fenomenología del Espíritu (HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, 1986, pp. 138-142). También ABEGG, *Untersuchungen zum Strafrecht*, 1997 (reimpresión 1830), p. 61, describía al homicidio como “lesión de la personalidad misma, de la totalidad viviente”.

³⁸ Citado en KÜPER, «„Unendliche“ gegen „partielle“ Verletzung des „Daseins der Freiheit“», *FS-Otto*, 2007, p. 83.

³⁹ Véanse las notas manuscritas al § 128 de los Principios (HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986, pp. 241 s.).

⁴⁰ Véase el § 106 (HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986, pp. 204 s.).

⁴¹ ABEGG, *Untersuchungen zum Strafrecht*, 1997 (reimpresión 1830), p. 63.

⁴² Adición (*Zusatz*) al § 127 (HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986, p. 240).

⁴³ Exhaustivamente BERNSMANN, „*Entschuldigung*“ durch *Notstand*, 1989, pp. 272-280.

intereses de los individuos a los que obligan; en último término se trataría de instrumentos de sus intereses egoístas, los que constituyen la única medida en la legitimación de toda clase de instituciones políticas. El interés de los individuos, sin embargo, se ve satisfecho en la medida más baja posible ante ausencia de Estado y Derecho. En el estado de naturaleza todos los intereses del sujeto se encontrarían constantemente en peligro y, sin cooperación, podrían ser producidos muchos menos bienes necesarios para la satisfacción óptima de éstos⁴⁴. Quien se interesa, como no podría ser de otro modo, por la satisfacción de sus propios intereses, tiene así un primer meta-interés consistente en superar el estado de naturaleza. Pero como el estado de naturaleza supondría un peligro tan grande que constantemente podría resurgir, y el interés en superarlo sería a su vez determinante, los individuos tendrían al mismo tiempo un interés en renunciar de forma absoluta a su libertad natural constitutiva del estado de naturaleza⁴⁵. El súbdito no tendría ningún derecho frente al soberano a quien todos los derechos le habrían sido delegados por consideraciones racionales y, por eso, el poder del soberano debiera ser literalmente absoluto⁴⁶. Esta extensión tendría, sin embargo, una limitación absoluta en el derecho a la vida de los súbditos, precisamente porque la vida constituye una condición de posibilidad de todo interés de un ser vivo y, con ello, nunca podría haber una renuncia razonable a ésta⁴⁷. Incluso en el caso de la pena de muerte –esto quiere decir, en el caso en que el soberano pretende que el súbdito esté obligado a tolerar que se le dé muerte–, el condenado no podría considerarse nunca obligado a aceptar este destino. Esto es una consecuencia paradójica de la peculiar consistencia argumentativa de HOBBS en la fundamentación de Estado y Derecho: al fundamentar instrumentalmente el Derecho y asumir que la muerte nunca puede ir en interés de un ser, una obligación de morir no puede tener fundamentos desde el punto de vista del obligado, pese a que el soberano posea un derecho a matarlo.

La consecuencia de esta argumentación es sencilla: en caso de necesidad vital, el individuo no podría estar nunca obligado ni a tolerar una acción que le dé muerte ni a omitir cualquier acción que sea necesaria para conservar su vida. Dada la consistencia de la argumentación, ésta parece a primera vista convincente. Pero la concesión de este carácter absoluto al derecho a la autoconservación no se corresponde con las categorías jurídicas y difícilmente puede servir para reconstruir nuestras instituciones. De acuerdo a HOBBS, por ejemplo, no podría efectuarse ninguna diferencia entre homicidios efectuados en legítima defensa, en estado de necesidad exculpante o sin que ninguna de estas reglas sea aplicable pero se juegue la vida del agente. Siempre que se trate de decisiones sobre la vida y la muerte, los implicados se encontrarían literalmente fuera del Derecho, reviviendo en ese momento el estado de naturaleza. Esto ciertamente no es convincente. Pero incluso si uno se encuentra dispuesto a ir tan lejos, la variante política de la argumentación centrada en el derecho a la vida tiene una estructura más o menos similar a la variante ontológica –la insistencia en el carácter de condición de posibilidad–

⁴⁴ HOBBS, *Leviathan*, 1946, pp. 80-84.

⁴⁵ Véase HOBBS, *Leviathan*, 1946, p. 85 (*Second law of nature*) y 113-121.

⁴⁶ No sólo el soberano puede hacer todo, sino que éste no se encuentra sujeto a sus propias leyes (véase HOBBS, *Leviathan*, 1946, Capítulo XXVI, en particular pp. 173 s.). Al respecto, en relación con la discusión del estado de necesidad vital, BERNSMANN, „*Entschuldigung*“ durch Notstand, 1989, pp. 274 s.

⁴⁷ Especialmente claro en relación con el estado de necesidad vital HOBBS, *Leviathan*, 1946, p. 197.

y, con ello, debe ser analizada en conjunto con ésta⁴⁸.

Las críticas recién formuladas pueden sugerir que sólo la variante política de la argumentación centrada en las particularidades de la vida tiene debilidades: mientras la variante radical política es inverosímil en las consecuencias a las que lleva, la variante ontológica del argumento no tendría los mismos problemas. En los hechos, sin embargo, ambas formas de argumentación adolecen del mismo defecto central: ambas necesitan, para llegar a la conclusión de cuya defensa se trata, justificar una asunción metodológica que los mismos argumentos no pueden justificar. En ambos argumentos se asume que sólo la perspectiva individual de los portadores de bienes jurídicos es relevante en la fundamentación de la clase de instituciones jurídicas que nos interesan⁴⁹: se trata de justificar, desde la perspectiva directa del afectado, una obligación de tolerar la muerte por otro. Esta es precisamente la razón por la que la “inconmensurabilidad” de la vida afecta del todo a la posibilidad de tomar en cuenta el número de vidas en juego al construir un interés sustancialmente preponderante⁵⁰: “Ya que no se trata de la determinación del balance final de pérdidas en vidas humanas para la comunidad, sino de la determinación del interés en vivir de cada individuo, falta un sujeto común respecto del cual la pérdida de muchas vidas humanas pueda ser considerada como daño agregado mayor”.⁵¹ Es decir, sólo si uno se

⁴⁸ DWORKIN, *Life's dominion*, 1994, pp. 11 s. considera un argumento ulterior (“derivativo”) entre las explicaciones que tienden a darse respecto de nuestras intuiciones sobre la incorrección de toda forma de homicidio. Este argumento puede ser denominado “axiológico”: La vida podría ser considerada en sí misma sagrada, cada vida y cada valor de ser humano sería en ese sentido intangible. Toda acción que la niegue sería, por lo tanto, contraria a valores fundamentales. Como el argumento se refiere a la significación de los valores y de las acciones que niegan estos valores, ésta lleva en general a la negación de la permisión de toda clase de homicidio intencional (así, por ejemplo, FINNIS, *Humans Rights & Common Good*, 2011, pp. 219 ss.). En la literatura penal el argumento también puede ser fácilmente encontrado. Véanse, por todos, las contribuciones fundamentales en Alemania de GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 71, y WELZEL, *MDR*, 1949, pp. 373 ss. En contra de este argumento de concordancia o discordancia con valores puede sostenerse, por una parte, que se estarían protegiendo representaciones sociales que se quieren mantener. Si esto es así, la preeminencia del punto de vista individual les resta peso: “El mayor valor a conceder a la especie puede tal vez justificar ciertas clases de protección, pero no la intangibilidad de la dignidad de la persona individual como fuente de pretensiones normativas” (HABERMAS, «Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte», *DZ Philosophie*, 2010, p. 351). Al respecto véase ISENSEE, «Würde des Menschen», en MERTEN/PAPIER (ed.), *Handbuch der Grundrechte*, t. 4, 2011, §87 nm. 58-60. Los argumentos de esta clase podrían dar cuenta, sin embargo, de un valor inmanente atribuido a la vida: la vida sería en sí misma expresiva de un valor determinado, al que le pertenecería el concepto de vida mismo. Esto se corresponde con las argumentaciones más tradicionales en relación al concepto de dignidad, dependiente en general de la imagen de participación especial de la especie humana en Dios (“a imagen y semejanza”). Si uno asume, en cambio, con DWORKIN que los argumentos relativos a la “santidad de la vida” no dicen más que toda pérdida prematura de vida humana constituye una tragedia en sí misma (DWORKIN, *Life's dominion*, 1994, pp. 71 ss.), entonces es evidente que éstos no tienen peso en la discusión sobre estado de necesidad trágico y, en general, comunidades de peligro: en estos casos, cada posible decisión de muerte implica una decisión de salvación de vidas.

⁴⁹ Esto es evidente en uno de los textos clásicos de la filosofía anglosajona en que se argumenta en contra de la consideración numérica en los casos de conflictos vitales, a saber, TAUREK, «Should the numbers count?», *Philosophy & Public Affairs*, (6), 1977, pp. 293 ss. El argumento se encuentra construido sobre la negación de la posibilidad de generar sujetos colectivos para determinar la relevancia de una afectación individual.

⁵⁰ Esto es desconocido por ORTIZ DE URBINA, «Caso de los dos psiquiatras en el III Reich», en SÁNCHEZ OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron historia en el Derecho penal*, 2011, pp. 188 ss., quien asume la existencia de un deber de ponderar número por consideración de igual dignidad de cada vida: si es así, mejor que muera uno que diez. El problema es que precisamente la situación del único sujeto muerto se deja presentar como un sacrificio heterónimo ejecutado en consideración del resto, en condiciones que, para el titular, su vida lo es literalmente todo.

⁵¹ NEUMANN, § 34, *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 74. En el mismo sentido, fundamental en la discusión anglosajona TAUREK, *Philosophy & Public Affairs*, (6), 1977, pp. 293 ss.

compromete con el respeto del punto de vista individual, puede aceptarse la máxima de NOZICK, en el sentido de que de otra forma uno no respetaría el hecho de que “la suya es la única vida que el sujeto tiene”.⁵² Esto implica que en particular la argumentación relativa a la prohibición de suma tiene una estructura circular: lo que precisamente se discute es si sólo la perspectiva del titular del bien jurídico es relevante o no. Si, en cambio, uno no asume una perspectiva de involucrado en el conflicto, sino que lo hace en posición de observador externo que represente el interés social⁵³, la vida no tiene particularidades especiales que puedan justificar su imponderabilidad. La vitalidad del objeto de análisis es sólo condición de posibilidad del análisis mismo –y en ese sentido inconmensurable, o infinita– si uno asume la perspectiva del involucrado. En ese caso, como la hipotética auto-evaluación de los intereses del sujeto supone su conciencia, entonces la vida no debe ser considerada sólo un “valor superior”, sino que se trata de la primera condición de posibilidad de la evaluación del todo de la situación del sujeto.⁵⁴ Expresado en términos filosófico-políticos y no epistemológicos: uno ciertamente puede afirmar que el reconocimiento de personalidad y autonomía obliga a dejarle al titular de la vida la valoración que éste mismo haga de ella. La concesión de valor a éste permanece, de este modo, metodológicamente ajena a terceros⁵⁵. Si, sin embargo, la perspectiva de la sociedad es determinante –lo que constituye una premisa, entre otros, del utilitarismo–, entonces la pretensión de que la vida es epistemológica o axiológicamente inconmensurable para su titular se torna irrelevante en relación a las ponderaciones y evaluaciones que la propia sociedad pueda hacer. El concepto mismo de vida no tiene potencial de fundamentación para justificar que sólo la perspectiva de los individuos deba ser tomada en cuenta. La argumentación centrada en la vida es, por ello, al menos incompleta: necesita de sustento en la asunción metodológica central que le subyace.

Estas debilidades pueden ser apreciadas en las argumentaciones tradicionales sobre el reconocimiento de la idea de inconmensurabilidad de la vida tras la Segunda Guerra Mundial. Las decisiones fundamentales sobre la eutanasia de los médicos en el régimen nazi,⁵⁶ así como la discusión científica respecto a éstas llevada a cabo en lo esencial por Hans WELZEL y Wilhelm GALLAS, muestran de forma evidente precisamente estas debilidades⁵⁷. También la fundamental discusión de KÜPER de los trabajos de WELZEL y GALLAS puede ser criticada en relación con el mismo punto. De este modo, KÜPER criticaba –erradamente– a WELZEL y GALLAS en el sentido de

⁵² NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, 1999, p. 34.

⁵³ Al respecto QUANTE, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, pp. 24-26.

⁵⁴ Similar QUANTE, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, pp. 24 s.

⁵⁵ Véase QUANTE, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, pp. 232 ss.

⁵⁶ Sobre el caso instructivo ORTIZ DE URBINA, en SÁNCHEZ OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron historia en el Derecho penal*, 2011, pp. 177 ss.

⁵⁷ Esto se hace evidente en la sentencia OGHSt 1, 321 ss., en la que puede verse una pretensión de describir el sistema de reglas de limitaciones, sin ofrecer una verdadera fundamentación del carácter absoluto de las reglas de segundo nivel. La fundamentación de este carácter absoluto es, sin embargo, presentada como autoevidente por el tribunal. WELZEL, *MDR*, 1949, pp. 373 ss., se mostraba de esta forma de acuerdo con el reconocimiento de las reglas, no así, sin embargo, con la presentación de las reglas de segundo nivel como auto-evidentes. La fundamentación de la concesión de este carácter absoluto por parte de WELZEL es realizada justamente a partir de un argumento *no* centrado en la vida: “allí donde vida humana y vida humana quedan sujetas a un peligro conjunto, es contrario al sentimiento ético [sittlich] tratarlas como meros puntos de ponderación en una operación global. ¿No sería, acaso, una operación matemática de esta clase la muy sublimada expresión de un pensamiento colectivista, cuya superación debe ser desde su inicio nuestra tarea?” (p. 374). El argumento de WELZEL parece constituir, de esta forma, una complementación político-filosófica de su argumentación centrada en la vida.

que éstos confundirían la discusión sobre comunidades de peligro con distribución asimétrica de posibilidades de salvación con el reconocimiento de una prohibición de suma⁵⁸. Los argumentos de WELZEL y GALLAS se referirían, según KÜPER, sólo a esta discusión –la fundamentación de la prohibición de suma– y no, en cambio, al caso más difícil de las comunidades de peligro vitales con distribución unilateral de posibilidades de salvación. Pero la diferencia categórica que KÜPER intentaba marcar es sólo cuantitativa y, por ello, puramente aparente. El colectivismo que se le tiende a imputar a las visiones que asumen la posibilidad de sumar vidas en la justificación de acciones homicidas se encuentra ciertamente mucho más claramente a la vista en el caso de pura determinación numérica de los afectados en uno u otro caso. Este cálculo también tiene lugar, sin embargo, en los casos de comunidades de peligro vitales que nos interesan a nosotros, ya que en éstos la justificación de la acción homicida también parece depender de la posibilidad de tomar en cuenta puntos de vista supra-individuales. El propio argumento fundamental de KÜPER depende de la exclusión de puntos de vista supra-individuales: en lo que no es más que una radicalización del postulado de la inconmensurabilidad de la vida desde el punto de vista de su titular, KÜPER asumía que toda argumentación relativa a posibilidades de salvación es inaplicable, ya que toda acción homicida de salvación necesariamente produce un acortamiento de la vida. Esto es, si la vida es efectivamente invaluable desde el punto de vista del titular, esto es así con independencia de las perspectivas de supervivencia que el sujeto tenga⁵⁹. Este argumento, que mezcla la prohibición de valoración en el contexto de casos en que se discute con la prohibición de suma, parece convincente. Pero para que lo sea debe poder probar que sólo la perspectiva individual es decisiva.

La dogmática penal es ciertamente consciente de lo insuficiente de esta forma de argumentación. Dos argumentos que muestran esta insuficiencia tienden a ser fácilmente encontrados. Por una parte suele argumentarse, como aquí, que la asunción de la primera persona como perspectiva de juicio tal vez explique de modo suficiente la idea de igualdad de toda vida y, con ello, de la prohibición de valoración por características. Respecto a la prohibición de suma y, sobre todo, a las reglas de segundo nivel que impiden la construcción de excepciones, no podría argumentarse de este modo⁶⁰. Por otro lado, el propio Derecho positivo mostraría que hay casos en que el número de vidas que puede salvarse, frente a su alternativa, es determinante en la calificación de una acción o incluso que ésta no siempre es considerada más relevante al producirse colisiones con otros bienes jurídicos. Lo primero puede verse ante todo en casos de colisión de deberes: si una persona tiene obligaciones de rescate que sólo pueden ser cumplidas alternativamente, debe desarrollar la acción que le permita salvar el mayor número de vidas. La vida *debe*, en este caso, *ser obligatoriamente ponderada*⁶¹. El segundo tipo de argumentos es tal vez todavía más espectacular: si la vida de una persona sólo puede ser salvada por medio de afectaciones incluso

⁵⁸ KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979, pp. 54-57. Siguiéndolo ROXIN, *ATI*, 4ª ed., 2006, § 16 nm. 38.

⁵⁹ Véase KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979, pp. 57 ss.

⁶⁰ En el fondo así también ENGLÄNDER, § 34, *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 27 y 31 s.

⁶¹ Véase también FISCHER, § 34, *StGB*, 62ª ed., 2015, nm. 21; LADIGES, *ZiS*, 2008, pp. 139 s.; MERKEL, *JZ*, 2007, pp. 380 s. y MITSCH, *FS-Weber*, 2004, pp. 63 s. La argumentación también puede tomar un tono constitucional. Ejemplar a este respecto es la argumentación con respecto a la previsión de excepciones relativas al derecho a la vida en el art. 2 II de la Ley Fundamental Alemana. Así, por ejemplo, ENGLÄNDER, § 34, *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 27; o DREIER, *JZ*, 2007, p. 262.

menores en bienes jurídicos de otro, la acción no puede muchas veces ser justificada por estado de necesidad justificante. El caso clásico de la extracción de sangre –¿puede el médico de un hospital salir a cazar a un individuo que tenga el tipo de sangre adecuada a una transfusión para extraérsela coactivamente, si ésta es la única posibilidad de salvar a un paciente?–, introducido en la discusión por el propio GALLAS, muestra precisamente esto⁶². Por ello, no pueden ser particularidades del bien jurídico vida las que fundamenten de modo decisivo el reconocimiento de las reglas de limitación de la permisión del homicidio.

c) Argumentaciones centradas en la estructura del estado de necesidad

A causa de las limitaciones que exhibe la argumentación centrada en las particularidades del bien jurídico vida, parece dogmáticamente sugerente cambiar la estrategia argumentativa hacia una revisión de la institución limitada, antes que de la institución limitante. La imponderabilidad de la vida humana en situaciones de necesidad no necesitaría ser justificada, por ello, a partir de peculiaridades atribuibles al bien jurídico vida, sino que se dejaría explicar por características propias de la institución del estado de necesidad justificante.

Esta estrategia de argumentación es especialmente sencilla. Si uno asume, como tiende a hacerse (acertadamente) de forma mayoritaria en la literatura actual, que el estado de necesidad agresivo justificante asume su legitimación de un principio de solidaridad,⁶³ no es difícil ver las razones por las que éste no se extiende a un deber de tolerar un homicidio: la solidaridad no parece tener potencial de fundamentación de un deber de sacrificio de la propia vida⁶⁴. Por supuesto, esta forma de presentación se mantiene en un nivel de imprecisión fundamental: qué se entiende por solidaridad en el seno de la dogmática penal y cómo se deja fundamentar un principio de solidaridad es algo intensamente discutido. La argumentación parece depender, de esta forma, de la argumentación relativa a la fundamentación del principio de solidaridad⁶⁵. Sin embargo, su extensión a limitaciones relativas al sacrificio de la propia vida exhibe de por sí una cierta plausibilidad intuitiva que parece extenderse a cualquiera de las distintas teorías de la

⁶² GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenlehre*, 1968, p. 70. Al respecto con referencias ulteriores PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 251 ss.

⁶³ Véase sólo WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, pp. 139 ss.

⁶⁴ OTTO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 79 s.; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 13/21; EL MISMO, «Kommentar: Rechtfertigung und Entschuldigung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision)», en ESER/NISHIHARA (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung IV*, 1995, p. 166; NEUMANN, § 34, *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 73 s.; ERB, § 34, *MüKo*, 2ª ed., 2012, nm. 114; GÜNTHER, § 34, *SK*, 8ª ed., 132ª entrega, 2012, nm. 43; EL MISMO, *FS-Amelung*, 2009, p. 152. También en este sentido –aunque asumiendo un punto de partida contractualista– ENGLÄNDER, § 34, *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 31. Una argumentación de este tipo es presentada en español por ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 49 s.; y por MARTÍNEZ CANTÓN, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 407 ss., quien asume, sin embargo, la aplicabilidad de un estado de necesidad justificante que no priva, sin embargo, de posibilidades de defensa. Más lejos (aunque más radical) Michael KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 289 s. Véase también PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 257, quien ciertamente critica el poder de fundamentación del concepto indeterminado de “solidaridad”, pero también argumenta en relación a los límites del estado de necesidad justificante: como el estado de necesidad constituye una excepción a la protección de las posiciones jurídicas formales, cuyo reconocimiento también debe ser justificable frente al titular de esa posición, no puede ser justificable la destrucción del sustrato material de estas posiciones jurídicas. En el Derecho norteamericano, un punto similar es levantado por KUTZ, «Torture, Necessity and Existential Politics», *California Law Review*, (95 - 1), 2007, pp. 257 ss.: la literatura anglosajona tendería a pasar por alto el hecho de que la defensa de *necessity* tiene su ámbito central de aplicación en la justificación de afectaciones menores y no es convincente tratándose de la justificación de homicidios.

⁶⁵ También crítico PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 257.

solidaridad que conviven en la actualidad. De hecho, uno puede asumir que incluso tratándose de deberes de ayuda más intensos centrados en instituciones aplicables sólo entre ciertas personas (padres e hijos, en el caso más obvio), el Derecho no impone obligaciones penales de sacrificio heroico de la propia vida para evitar la muerte del titular del derecho a ser auxiliado. Bajo la asunción común de que nuestras estructuras sociales pueden ser designadas como post-heroicas, conceder este punto no parece ser una simplificación excesiva. Si este es el caso tratándose de instituciones que incluyen obligaciones mucho más intensas, entonces debe reconocerse que no sólo sería axiológica sino también lógicamente inconsistente que tratándose de obligaciones menos intensas (esto es: solidaridad) se reconozcan obligaciones de sacrificio. Esto permitiría entender de forma sencilla, pero convincente, por qué el Derecho no permite ponderaciones de vida en la justificación de un homicidio: ellas implican necesariamente la fundamentación de un deber de tolerar la propia muerte por solidaridad.

Si uno observa, sin embargo, más de cerca esta construcción, ésta exhibe la misma clase de debilidades que la argumentación centrada en el derecho a la vida: ésta asume como correcto el punto central que se encuentra llamada a probar⁶⁶. Uno puede ciertamente conceder que una obligación de sacrificio de la propia vida (de la misma forma que otras obligaciones de sacrificio de pretensiones de autonomía generalmente determinantes) no puede ser justificada en relación a los intereses del sujeto en cuestión, a menos que éste consienta de algún modo. La pregunta sigue siendo, sin embargo, si el Derecho asume que la perspectiva de juicio centrada en la primera persona del obligado es la única perspectiva determinante. Esto sólo puede ser fundamentado desde un punto de vista filosófico-político y no constituye algo abierto a determinación sistemático-dogmática.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que los hallazgos que pueden vincularse a la argumentación centrada en el estado de necesidad sean irrelevantes en la determinación de la configuración del sistema. Algunas características que asumen las reglas constitutivas del sistema de limitación del potencial justificante del estado de necesidad pueden ser aclaradas de modo especialmente convincente mediante esta argumentación. Si las reglas en cuestión derivan de limitaciones inmanentes a nuestra comprensión de los límites de la solidaridad, entonces no hay motivos para reducir la extensión de este sistema de reglas al bien jurídico *vida*. Como no se trata de particularidades relativas a éste, sino de peculiaridades de la institución del estado de necesidad, las reglas debieran extenderse allí donde la solidaridad no tenga potencial de justificación, y ello no incluye sólo casos en los que la vida de alguien depende de una afectación de otros bienes jurídicos de un tercero. Estas inconsistencias relativas a la argumentación centrada en la vida son demostradas precisamente por el famoso caso de la extracción de sangre de GALLAS: no es la vida misma el centro argumentativo en el reconocimiento intuitivo de límites al estado de necesidad justificante y, de este modo, de la forma que toma la libertad garantizada por el Derecho. El Derecho *constituye* a la autonomía que éste garantiza a través del reconocimiento de posiciones abstractas que sólo pueden ser limitadas de cumplirse ciertas condiciones positivas y negativas. Estas condiciones negativas se dejan reducir en la fórmula de

⁶⁶ Esto es remarcado por el propio JAKOBS, en ESER/NISHIHARA (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung IV*, 1995, p. 166: "En el reconocimiento de esta limitación a la solidaridad se trata de la consecuencia de un punto de partida individualista".

que la limitación de la autonomía formal garantizada por el derecho no puede exceder lo exigible, conforme a estándares institucionales y sociales, del individuo. El sistema de limitaciones establece, de este modo, una regla simple: las obligaciones de auxilio impuestas por el ordenamiento jurídico no son aplicables allí dónde impliquen un sacrificio biográficamente determinante para el obligado.

d) Argumentación centrada en la idea de Estado de Derecho o en la dignidad política individual

Pese a que tanto la argumentación centrada en la vida como la argumentación centrada en el estado de necesidad sean útiles para comprender el sistema de reglas limitativas que nos interesa estudiar, al final su fundamento se refiere a una determinada comprensión del Estado de Derecho⁶⁷. La vida y otros intereses determinantes para el individuo no pueden ser ponderados, en la construcción de un interés sustancialmente preponderante para justificar una obligación de sacrificio por solidaridad, porque el Estado asume que la perspectiva individual es en lo esencial la que determina la interpretación de los límites de las instituciones que justifican obligaciones con extensión interpersonal. Las obligaciones son de este modo construidas como reflejos de derechos y pretensiones jurídicas, lo que lleva a cambios fundamentales en la determinación de la estructura y de la extensión de estas obligaciones⁶⁸. En la comprensión dominante de la estructura de las normas de Derecho público, el reconocimiento de posiciones jurídicas garantizadas, así como las obligaciones correlativas al respeto de estas posiciones, tiende a ser vinculado con fuertes exigencias argumentativas en la construcción de limitaciones a esas pretensiones. Explicado en forma sencilla: “Lo determinante es: el derecho del ser humano a la vida es un derecho individual. Éste protege a cada individuo por consideración a su propio interés”.⁶⁹ Este es el centro del consenso político posterior a la Segunda Guerra Mundial. En palabras de Reinhard MERKEL: el Derecho tendría la obligación primaria de “garantizar el orden fundamental que excluye la obligación jurídica del individuo de sacrificio de su propia vida”; la existencia del Estado de Derecho dependería, en lo esencial, del mantenimiento de esa garantía⁷⁰.

Por supuesto aquí también sería ingenuo desde un punto de vista histórico atribuir esta representación a un descubrimiento de post-guerras. Se trata, en cambio, de un *topos* central de la modernidad y del discurso de los derechos humanos tras 1789⁷¹. La modernidad ha tendido a construirse, sin embargo, bajo una tensión entre dos *topoi* que han sido centrales a ésta, esto es, se ha construido sobre la base de una contraposición de los intereses del individuo –“el proceso de individuación del ser humano”⁷²– y aquéllos de la nación, lo que ha jugado un rol central en la

⁶⁷ En el fondo correctamente NEUMANN, § 34, NK, 4ª ed., 2013, nm. 73 ss.

⁶⁸ Véase HABERMAS, *DZ Philosophie*, 2010, pp. 349 s. Esto se corresponde, por supuesto, con la idea de que las reglas morales relativas a posiciones individuales deben ser interpretadas deontológicamente.

⁶⁹ HOERSTER, «Sind Lebensrecht und Menschenwürde „abstufbar“?», *Jura*, 2011, p. 242.

⁷⁰ MERKEL, *JZ*, 2007, p. 381.

⁷¹ Que en el Derecho pre-moderno (o, mejor, pre-revolucionario) una asunción de este tipo era incompatible con sus fundamentos y estructuras, puede verse en BÖCKENFÖRDE, *Vom Wandeln des Menschenbildes im Recht*, 2001, pp. 6-14.

⁷² BÖCKENFÖRDE, *Vom Wandeln des Menschenbildes im Recht*, 2001, p. 14.

política en la modernidad⁷³. Este conflicto ciertamente no fue superado después de la Segunda Guerra Mundial; pero el discurso de los derechos humanos y el desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales son la expresión de una decisión de tratamiento de los conflictos ligados a esta contraposición asumiendo la perspectiva del individuo allí dónde los derechos fundamentales se vean semánticamente involucrados:⁷⁴ las limitaciones a los derechos fundamentales deben poder ser justificadas asumiendo la perspectiva del titular.

Esto no quiere decir, sin embargo, que la asunción de una perspectiva no centrada en el individuo *deba* ser contrapuesta con la perspectiva social bajo cualquier reconstrucción teórica. Pese a que la retórica nacionalista, que ya podía ser claramente percibida durante la Revolución Francesa, tendía a acentuar esta contraposición, la idea de la voluntad general precisamente asumía que ésta no podía encontrarse en contradicción con la voluntad racional del individuo. Expresado de otro modo: La contraposición entre individuo y sociedad puede ser evitada mediante la construcción de una persona individual moral ("*le citoyen*"), la que incorpore en sí la consideración racional por los intereses de otros. Esto es especialmente claro cuando uno vincula la genealogía de la alienación, presentada en el Segundo Discurso, y la teoría de la libertad del *Contrat Social* en la filosofía de Jean-Jacques ROUSSEAU⁷⁵.

En la filosofía política de ROUSSEAU, el desarrollo de una teoría no formal de la libertad – "*l'impulsion du seul appétit est l'esclavage, et l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté*"⁷⁶–, utilizada para el desarrollo de los conceptos jurídicos y políticos, tiene consecuencias determinantes en el reconocimiento jurídico de intereses de servicio (a la comunidad o a otros)⁷⁷. El problema del "*amour propre*" que caracterizaría al ser humano civilizado sólo podría ser superado si éste alcanza un estado en el que no pueda reconocerse diferencias entre la voluntad propia y la voluntad ajena. En vez del auto-dominio y de la afección puramente individual del hombre natural, el hombre civilizado sólo podría alcanzar una verdadera libertad a través de la construcción de una identidad moral interpersonal. La libertad humana en el contexto político de la sociedad no podría, por ello, ser libertad individual pura, ya que ello reflejaría a la categoría del *amour propre*. Una decisión que sólo pueda ser justificada desde un punto de vista individual no podría ser vista, por ello, como una decisión racional en relación con una teoría de la libertad.

⁷³ Correctamente MENKE, «Einleitung», en EL MISMO/RAIMONDI (eds.), *Die Revolution der Menschenrechte*, 2011, pp. 16-18. En qué medida esto tuvo influencia en la dogmática penal, es algo que puede verse claramente al observar la literatura de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Así, por ejemplo, de acuerdo a KÜHN, *Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1908, pp. 24-27, el Derecho positivo mostraría que, "en caso de colisiones entre intereses individuales y colectivos, los últimos tendrían preeminencia" (p. 24).

⁷⁴ Esto, por cierto, es problemático si se asume que los derechos fundamentales se ven afectados siempre que un interés individual se contraponga a intereses sociales, como sucede en el fondo con la famosa interpretación del Tribunal Constitucional Federal alemán en relación con el libre desarrollo de la personalidad.

⁷⁵ Más de cerca sobre la problemática de la relación entre el Segundo Discurso y el Contrato Social véase HERB, «Zur Grundlegung der Vertragstheorie», en BRANDT/HERB (eds.), *Vom Gesellschaftsvertrag*, 2012, pp. 30 ss.; CASSIRER, *Über Rousseau* (editado por KREIS), 2012, pp. 22 ss. De acuerdo a OBERPARLEITER-LORKE, *Der Freiheitsbegriff bei Rousseau*, 1997, p. 21, "la clave para la resolución del problema [del concepto de libertad en el Contrato Social] se encuentra en el Segundo Discurso, sobre ello ya no hay dudas en la investigación reciente de Rousseau".

⁷⁶ ROUSSEAU, *Du contrat social* (editado por Bernardi), 2001, I.VIII, p. 57.

⁷⁷ Más en detalle sobre el concepto reflexivo de libertad en ROUSSEAU, PLAMENATZ, «Was nichts anderes heißt, als daß man ihn zwingen wird, frei zu sein», en BRANDT/HERB, *Vom Gesellschaftsvertrag*, 2012, pp. 71 ss.; HONNETH, *Das Recht der Freiheit*, 2011, pp. 59 ss.

Se trataría, en realidad, de una defraudación de la obligación de seguir a la voluntad propia racional, esto es, a la *volonté générale*.

Bajo esta comprensión, precisamente la propia libertad es lo que obliga al sacrificio de la vida para salvar a otros. Esto no quiere decir, por cierto, que se trate de una pretensión totalitaria de desconocimiento de la perspectiva individual, como tiende a ser presentado sesgadamente. La perspectiva individual sigue siendo la que determina el juicio, pero esta perspectiva tiene una pretensión de racionalidad dada por la inclusión de elementos orientados a la comunidad. El trabajador ferroviario que debe sacrificar su vida para permitir la supervivencia de un número mucho mayor de personas no podría no consentir en su muerte; esto no significaría nada "*sinon qu'on le forcera d'être libre*".⁷⁸

La política de post-guerra tiene pretensiones de haberse decidido contra una comprensión de este tipo. Si la filosofía de ROUSSEAU conduce en los hechos al denominado *terreur de la vertu*, es algo que no es relevante analizar aquí⁷⁹. Lo único decisivo es el hecho de que los ordenamientos jurídicos occidentales se han manifestado claramente en contra de interpretar sus categorías jurídicas bajo una resolución de esta clase de los conflictos entre individuo y comunidad. Al menos en el ámbito de relevancia de los derechos fundamentales de autonomía –y eso quiere decir también respecto de la vida– la construcción de un "*citoyen*", que integre en sí mismo las pretensiones de la comunidad, debe ser rechazada⁸⁰: el interés de permanecer con vida ha sido, de este modo, desvinculado fundamentalmente de restricciones justificadas en intereses colectivos, por lo que no puede ser asumido que la causación de la propia muerte sin consentimiento sea constitutiva de un ejercicio de libertad del afectado. Visto desde el punto de vista de la justificación del propio Derecho penal: "Aquello que el Derecho penal puede hacer es lo siguiente: posibilitar al individuo una libre constitución de sí mismo libre de grandes miedos y de presiones de determinación por otro, bajo condición de estricta reciprocidad".⁸¹ Esa libre constitución de sí mismo no puede, sin embargo, ser posibilitada cuando la propia existencia o una parte relevante de ésta pueda ser destruida por consideración ajena.

La retórica de la imponderabilidad de la vida humana adquiere su poder de convicción política precisamente a partir del consenso político que la explica: pese a su evidente falta de determinación, las argumentaciones relativas a la lesión de la dignidad humana que supondría la realización de ponderaciones bajo utilización de la denominada "fórmula de reducción a objeto"⁸² o de contradicción con "el principio de libertad"⁸³ no afirman nada más que esto:

⁷⁸ ROUSSEAU, *Du contrat social* (editado por Bernardi), 2001, I.VII, p. 56.

⁷⁹ Esto también tiende a ser criticado a HEGEL. Que esta crítica no es, al menos, aplicable a éste, es algo que puede verse claramente en PAWLIK, «Hegels Kritik an der politischen Philosophie Jean-Jacques Rousseaus», *Der Staat*, 1999, pp. 21 ss.

⁸⁰ Crítico en relación a construcciones de esta clase JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, 2008, p. 27. Su crítica no asume, sin embargo, una perspectiva política, sino sociológica.

⁸¹ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 101.

⁸² La utilización del argumento relativo a la dignidad humana, bajo la "fórmula del objeto", puede ser rastreado hasta los inicios de la discusión sobre situaciones trágicas de necesidad. Así WELZEL, *ZStW*, (63), 1951, pp. 51 s. Véase también LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 117; MAURACH/ZIPF, *AT I*, 8ª ed., 1992, § 27 nm. 43; NEUMANN, § 34, *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 71 y 118. Crítico PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 251-253.

⁸³ HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, p. 145; PERRON, § 34, *Schönke/Schröder*, nm. 41e.

pérdidas determinantes de autonomía ligadas a ámbitos jurídicamente reconocidos no deben ser, en general, soportadas por el individuo.

Lo anterior permite explicar la razón por la que los intereses de los involucrados *deben* ser sumados en caso de conflicto de deberes de auxilio y no así, en cambio, en el caso del estado de necesidad, y, en general, la razón por la que la dogmática tiende a manejar de forma aparentemente contradictoria las obligaciones de protección y las obligaciones de abstención. Las inconsistencias que surgen de una argumentación centrada en la vida se ven plenamente superadas cuando uno combina una argumentación centrada en el estado de necesidad con una comprensión individualista del Estado de Derecho. Como el Derecho debe asegurar posiciones formales de autonomía, cada intromisión en una posición de esta clase por parte de otro debe ser justificada a partir de procedimientos que, por causa de exigencias del principio del Estado de Derecho, no pueden obtenerse por medio de adiciones de intereses. El estado de necesidad justificante no es, en el fondo, más que una expresión de esta representación: las posiciones de autonomía no deben ser optimizadas materialmente, sino que deben ser respetadas perentoriamente. Por cierto, la lógica del estado de necesidad no muestra, en sí, que la obligación de respeto de las posiciones formalizadas de autonomía no pueda ser derrotada por consideraciones que incluyan la posibilidad de sumar intereses. Pero semejante comprensión del estado de necesidad justificante muestra al menos, y de forma directa, que *no* se trata de optimización de intereses. En el caso de mandatos de auxilio, su lógica no responde directamente a la constitución y protección de esferas de libertad formalizadas, por lo cual su cumplimiento sí se encuentra sujeto a optimización. En otras palabras: la asimetría en cuestión no es más que la consecuencia de que la lógica del Derecho en la constitución de espacios formales de autonomía es deontológica y no, en cambio, consecuencialista⁸⁴.

2.5. La extensión de las reglas de limitación

Como ha sido expuesto, las reglas de limitación del estado de necesidad pueden ser fundamentadas a partir de una combinación de argumentos relativos al tipo de razonamiento jurídico y moral admisible en un Estado de Derecho en relación a la justificación de obligaciones de solidaridad. Visto así, la vida es considerada imponderable como expresión del principio de que la pérdida sustancial de autonomía en ámbitos cubiertos por posiciones jurídico-formales no puede ser exigida del ciudadano, a menos que éste sea responsable por la situación.

Si la justificación se centra, sin embargo, en los límites de las exigencias de sacrificio de autonomía formal –un sacrificio decisivo de autonomía no puede ser normativamente exigido como expresión de una obligación de solidaridad–, entonces no hay razones de fondo para considerar que se trate de un dogma sobre la imponderabilidad *de la vida*⁸⁵. Esto no quiere decir, por cierto, que la vida no tenga particularidades. Considerada en primera persona, la vida es siempre una parte esencial de la propia libertad, por lo que el sacrificio de ésta no puede ser exigido en estado de necesidad. Esta consideración del carácter siempre esencial de la vida puede ser vinculada a la estructura de condición de posibilidad jurídica que tiene el mantenimiento del

⁸⁴ En el fondo así también MERKEL, JZ, 2007, p. 381.

⁸⁵ Acertadamente ERB, § 34, *MüKo*, 2ª ed., 2012, nm. 114.

hombre con vida como condición de ejercicio de cualquier otro derecho. Pero pese a que esa característica sea efectivamente exclusiva a la vida, existen otros intereses de autonomía que también pueden ser caracterizados como “esenciales”. Lesiones graves, afectaciones de la indemnidad sexual, impedimentos de movimiento de larga duración, son todos tipos de afectaciones que deben considerarse sustanciales y que, por ello, no pueden ser en principio exigidas conforme a las reglas normales del Derecho penal⁸⁶.

Como hemos visto, las reglas de limitación del estado de necesidad tienden a ser, sin embargo, construidas desde el punto de vista de la vida. La prohibición de valoración de características personales, de la duración esperable de la vida o de la suma de vidas humanas son todas construcciones que parecen no poder traspasarse de inmediato a otros bienes jurídicos. En particular, los otros bienes jurídicos pueden ser cuantificados de formas en que la vida ontológicamente no puede serlo: la vida no puede ser afectada más o menos, ya que nuestras construcciones lingüístico-jurídicas hacen que en caso de resultados que no impliquen muerte, el bien jurídico afectado por definición sea la integridad/salud corporal. La vida es construida, de esta forma, como un bien jurídico de “todo o nada”⁸⁷. La libertad de movimiento, por ejemplo, puede ser afectada en mayor o menor medida considerada desde un punto de vista temporal; la graduación de la afectación de la integridad corporal puede tener lugar por vía funcional o directamente material: la lesión implica una pérdida más o menos extensa de funciones corporales o tiene una extensión/intensidad más o menos amplia. De esta forma no puede hablarse de una imponderabilidad ontológica de la integridad corporal o de la libertad de movimiento. Precisamente por ello, el concepto de “imponderabilidad” sólo puede conducir a confusión cuando es directamente trasladado desde su ámbito argumentativo de origen –la vida– a su ámbito de extensión real. Lo decisivo es simplemente el reconocimiento de un principio limitador de obligaciones de sacrificio: si se trata de una pérdida esencial de libertad, entonces no hay obligación de sacrificio que pueda ser impuesta. No pueden imponerse en particular deberes de tolerancia de agresiones que impliquen la pérdida posiciones de autonomía esenciales ni siquiera cuando ello es necesario para que otro sea conservado con vida⁸⁸.

El hecho de que las reglas de limitación en la imposición de obligaciones de sacrificio no se encuentren directamente vinculadas a la vida no quiere decir, sin embargo, que la estructura del derecho a la vida no tenga relevancia en la determinación de su extensión. En particular, los argumentos que tienden a ser utilizados para fundamentar, desde un punto de vista vital, las mismas reglas de limitación de las obligaciones de sacrificio, pueden servir en la determinación de su contenido cuando se trata de responder a si una afectación particular implica sacrificio de una posición esencial de autonomía. Esto es relevante sobre todo dada la no graduación temporal de una afectación a la vida demostrada de forma convincente por KÜPER.

Lo dicho hasta ahora afecta, sin embargo, sólo a las reglas mismas de limitación de las obligaciones de sacrificio. Éstas deben ser diferenciadas, sin embargo, de las reglas de segundo

⁸⁶ Así también FISCHER, § 34, *StGB*, 62ª ed., 2015, nm. 14; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 13/21-25.

⁸⁷ Véase HARTLEB, *NJW*, 2005, p. 1397.

⁸⁸ PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 255 ss.; EL MISMO, «Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte», *GA*, 2003, pp. 18 s.; y ERB, § 34, *MüKo*, 2ª ed., 2012, nm. 114, designan a las reglas limitadoras en cuestión como “límites absolutos”.

nivel relativas a las condiciones bajo las cuales estas reglas son aplicables. Ambos problemas tienden a ser confundidos precisamente por la tendencia a designar ambos aspectos con el concepto de “imponderabilidad” o de “reglas absolutas”. Es decir, al designar a las reglas en cuestión como “absolutas” se pretende afirmar, a la vez, que éstas no se encuentran sujetas a ninguna clase de ponderaciones y que no están abiertas a la construcción de ninguna clase de excepción.

Como hemos visto, el reconocimiento de sistemas de reglas que limitan la imposición de obligaciones de sacrificio en favor de terceros, incluyendo el Estado, no puede considerarse una invención reciente. Reciente es más bien la pretensión de constituir las reglas absolutas en el segundo sentido⁸⁹. Ello no implica, por cierto, que no exista ninguna clase de conexión argumentativa entre la fundamentación de las reglas de primer nivel y su constitución absoluta en el segundo nivel. Se trata más bien de un consenso político en extender (“absolutamente”) el reconocimiento del principio individualista del Estado de Derecho que se encontraba, en cambio, sujeto a limitaciones antes de ese consenso. Dicho de otra forma: las reglas de limitación de las obligaciones de sacrificio ciertamente podrían ser reconocidas aun si se asume que las consecuencias a las que lleva la asunción del punto de vista individual no rigen de forma absoluta, esto es, si se asume que esas consecuencias podrían limitarse bajo ciertos requisitos por consideraciones sociales. El consenso de post-guerra ha tendido, sin embargo, no sólo a extender el ámbito de lo que se encuentra extraído de ponderaciones colectivas, sino también a liberar esos ámbitos de la posibilidad de generar excepciones. Dada la continuidad argumentativa que existe a este respecto, uno puede considerar que la cuestión es en general consistente y convincente.

El renacimiento de las discusiones sobre comunidades de peligro con distribución asimétrica de posibilidades de salvación puede considerarse, sin embargo, una impugnación pragmática a la extensión literalmente absoluta de las reglas de segundo nivel. En particular, se trata de la pregunta sobre si las limitaciones metodológicas a argumentos puramente consecuencialistas, que se encuentran en el centro de aquéllas, deben ser mantenidas cuando las consecuencias que se siguen, consensualmente consideradas, son *absurdas*⁹⁰.

3. El tratamiento de comunidades de peligro vitales

3.1 Introducción: la discusión dogmática de comunidades de peligro vitales

Como hemos visto, el sistema jurídico asume que excepciones a ciertas normas de comportamientos y, en principio, a las normas de sanción vinculadas a éstas, no pueden construirse si ello implica la imposición de una obligación de sacrificio por un tercero de un espacio de autonomía sustancial. Esta es parte de la identidad del sistema y, como también hemos visto, ha tenido un reconocimiento histórico más bien general. Pese a ello, la pregunta por el tratamiento de casos que se dejan designar como “comunidades de peligro vitales” (o, mejor, de intereses de autonomía sustanciales) siguiendo estas reglas le ha interesado en distintos

⁸⁹ Así también JEROUSCHECK, *FS-Schreiber*, 2005, pp. 188-190. Esto es algo que ya había sido constatado por WELZEL, *MDR*, 1949, pp. 374 s.

⁹⁰ Al respecto WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, pp. 441 ss.

momentos tanto a la literatura jurídico-penal como a la literatura de filosofía moral. Si un número elevado de personas se encuentra afectado por un peligro vital (o cuasi-vital), pudiendo, sin embargo, salvarse algunas de ellas por medio del sacrificio de otras, ¿puede considerarse justificada la acción homicida en cuestión? ¿Cómo se decide la acción homicida que debe considerarse justificada?

La literatura jurídica se ha enfrentado a estas cuestiones asumiendo básicamente tres bandos pragmáticamente definidos en relación a las mismas. Esto puede ser ilustrado de forma especialmente clara por referencia a la discusión provocada por el § 14 III de la Ley de Seguridad Aérea alemana (*Luftsicherheitsgesetz: LuftSG*)⁹¹. Surgido en el contexto político posterior a los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, éste le proporcionaba al Ministerio del Interior de la República Federal la facultad de autorizar el derribo de aviones secuestrados en proceso de ser estrellados como parte de un ataque terrorista. Pese a que la literatura que ha surgido respecto del § 14 III LuftSG ha alcanzado una extensión prácticamente inmanejable, ésta resulta en su contenido sumamente homogénea: tanto el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht: BVerfG*)⁹² como buena parte de la literatura científica surgida antes y después de la decisión del BVerfG han discutido casi exclusivamente sobre la pregunta acerca de si el homicidio de inocentes –no responsables por el peligro– puede encontrarse excepcionalmente permitido cuando el mantenimiento de la prohibición parece ser absurdo. Las opiniones pueden ser divididas en tres grupos⁹³.

Un primer grupo, probablemente mayoritario, ha argumentado intensamente a favor del mantenimiento absoluto de la exclusión de la justificación del homicidio en estos casos⁹⁴. En

⁹¹ Sobre la corta historia del § 14 III LuftSG véase BOTT, *In dubio pro Straffreiheit*, 2011, pp. 9 ss.; ISENSEE, *FS-Jakobs*, 2006, pp. 215 ss.; LADIGES, *Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum*, 2007, pp. 168 ss.; y MITSCH, «Luftsicherheitsgesetz – Die Antwort des Rechts auf den 11. September 2001», *JR*, 2005, p. 275. En español véase MARTÍNEZ CANTÓN, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 418 ss.; y CAÑO PANOS, «Caso de la Luftsicherheitsgesetz», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron historia en el Derecho penal*, 2011, pp. 911 ss.

⁹² BVerfGE 115, p. 118.

⁹³ Una clasificación general de las formas de argumentación que pueden ser reconocidas en la discusión en cuestión pueden encontrarse en JAKOBS, *FS-Krey*, 2010, pp. 207 s. nota 1; y ROXIN, «Der Abschuss gekaperter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben», *ZiS*, 2011, pp. 553 ss.

⁹⁴ PAWLIK, *JZ*, 2004; ARCHANGELSKIJ, *Das Problem des Lebenotstands am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeuges*, 2005, pp. 93 ss.; DREIER, *JZ*, 2007, pp. 265–267; MERKEL, *JZ*, 2007, pp. 384 ss.; STÜBINGER, «„Not macht erfinderisch“ – Zur Unterscheidungsvielfalt in der Notstandsdogmatik am Beispiel der Diskussion über den Abschuss einer sog. Terrormaschine», *ZStW*, (123), 2011, pp. 407 ss.; HILGENDORF, «Tragische Fälle. Extremsituationen und strafrechtlicher Notstand», en BLASCHKE *et al.* (eds.), *Sicherheit statt Freiheit?*, 2005, pp. 124 ss.; JAKOBS, *FS-Krey*, 2010, pp. 216 ss.; EL MISMO, «Terroristen als Personen im Recht?», *ZStW*, (117), 2006, pp. 848 s.; JÄGER, «Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie», *ZStW*, (115), 2004, pp. 781–790; EL MISMO, «Folter und Flugzeugabschuss – rechtsstaatliche Tabubrüche oder rechtsguterhaltende Notwendigkeiten – zugleich ein Beitrag zur Entscheidung des EGMR im Fall Gägen gegen Deutschland», *JA*, 2008, p. 682; JEROUSCHECK, *FS-Schreiber*, 2005, pp., 190 ss.; FISCHER, § 34, *StGB*, 62ª ed., 2015, nm. 17 s.; KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 8 nm. 158a; EL MISMO, «Rechtfertigung vorsätzlicher Tötungen im Allgemeinen und speziell bei Sterbehilfe», *Jura*, 2009, p. 882; ZIESCHANG, § 34, *LK*, 12ª ed., 2006, nm. 74a; EL MISMO, «Rechtfertigungsfragen bei Tötungen unter Privaten», *FG-Knemeyer*, 2012, p. 464; PAEFFGEN, Vor §§ 32 ff., *NK*, nm. 155; PERRON, § 34, *Schönke/Schröder*, nm. 24; ROSENAU, § 34, *SSW-StGB*, 2009, nm. 23 y 26; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 16 nm. 39 s. y § 22 nm. 149–153; EL MISMO, *ZiS*, 2011, pp. 553–561; STRENG, «Gerechtfertigte Aufopferung Unbeteiligter? Anmerkungen zum Defensivnotstand bei terroristischen Angriffen», *FS-Stöckel*, 2010, pp. 138 ss. Más lejos MITSCH, *JR*, 2005, pp. 277–279; EL MISMO, *GA*, 2006, pp. 23 s.; y SINN, «Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 Luftsicherheitsgesetz – rechtmäßig?», *NStZ*, 2004, pp. 588–592, quienes asumen que el reconocimiento positivo de la justificación es legítimamente y hace que la situación pueda ser tratada con base en la

todas estas contribuciones, la posibilidad de reconocer una justificación “normal” es negada, dejando el tratamiento de los casos en cuestión al reconocimiento de un “estado de necesidad exculpante supra-legal” –la institución desarrollada por los tribunales superiores alemanes respecto de los casos de médicos que sacrificaban pacientes para salvar otros durante el régimen Nazi– o alguna institución de ese tipo. Una segunda corriente ha pretendido demostrar que conforme a las categorías normales del Derecho penal el derribo del avión en cuestión ya debe considerarse justificado.⁹⁵ Ello tiene lugar por medio del recurso al estado de necesidad defensivo o incluso al consentimiento presunto de los pasajeros. Una última postura evita el recurso a esta clase de instituciones pero pretende, pese a ello, llegar a la conclusión de que la regla en cuestión es constitucional o que ya se encuentra reconocida por el Derecho penal, haciendo sin embargo referencia al carácter extremo de los casos en cuestión⁹⁶.

Los tres bandos en cuestión permiten, en el fondo, reconocer los tres modos en que lógicamente puede reaccionarse frente a situaciones que parecen poner en duda la conformación racional de un sistema normativo, en este caso de las reglas de limitación de la imposición de obligaciones de sacrificio:

- Una primera respuesta posible consiste en asumir la aplicabilidad directa de la institución en cuestión: el homicidio se encuentra en todos los casos prohibido, incluso si su omisión implica la muerte de un número mucho mayor de personas.

- La segunda respuesta es, en cambio, su contrario exacto: ésta consiste en intentar extraer de esta clase de casos las condiciones de aplicabilidad de esas reglas por medio de la construcción de excepciones y, con ello, demostrar que la respuesta interna al sistema (o, en algunos casos, la respuesta que *debiera* ser interna al sistema) permite excluir la aplicabilidad del delito de homicidio (o del tipo que corresponda, de tratarse de otro bien jurídico).

Estas dos primeras clases de tratamientos tienen, de esta forma, dos características comunes: asumen que (i) el sistema se encuentra o debe encontrarse configurado de un modo tal que permita tematizar directamente los casos en cuestión; y (ii) esa configuración debe dar cuenta de exclusiones de las limitaciones a la imposición de obligaciones de sacrificio de modo más o menos extenso.

norma positiva en cuestión. Con ello, tras la declaración de inconstitucionalidad del § 14 III LuftSG, éstos debieran negar la procedencia de la justificación.

⁹⁵ Así VON HIRSCH, *FS-Küper*, 2007, pp. 160 ss.; Michael KÖHLER, «Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand», *FS-Schroeder*, 2006, pp. 266 ss.; ROGALL, «Ist der Abschuss gekaperter Flugzeuge widerrechtlich?», *NSfZ*, 2008, pp. 4 s.; GROPP, «Der Radartechniker-Fall – ein durch Menschen ausgelöster Defensivnotstand? Ein Nachruf nach § 14 III Luftsicherheitsgesetz», *GA*, 2006, p. 287; y SCHÜNEMANN, «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung», en NEUMANN *et al.* (eds.), *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns. ARSP Beiheft 100*, 2003, pp. 152 s.

⁹⁶ Así, por ejemplo, ERB, § 34, *MüKo*, 2ª ed., 2012, nm. 126; NEUMANN, § 34, *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 76-78; LADIGES, *Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum*, 2007, pp. 411 ss.; EL MISMO, *ZiS*, 2008, pp. 131 ss.; EL MISMO, *JuS*, 2011, p. 883; HILLGRUBER, «Der Staat des Grundgesetzes – nur „bedingt abwehrbereit“?», *JZ*, 2007, pp. 216-218; HÖRNLE, *FS-Herzberg*, 2008, pp. 555 ss. (incluida nota 56); FRISCH, «Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien», *FS-Puppe*, 2011, p. 449; ISENSEE, *FS-Jakobs*, 2006, pp. 229 ss.; OTTO, «Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlich gleichrangiger Interessen», *Jura*, 2005, pp. 478 s. Más lejos ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2008, pp. 375-391; y JOECKS, § 34, *StGB*, 8ª ed., 2009, nm. 46.

- Sin embargo, lo que resulta especialmente llamativo en la literatura jurídica es que una parte relevante tiende a no asumir ninguna de estas dos posturas. Visto de modo pragmático, la mayoría de la dogmática asume una postura directamente eufemística: no considera que los homicidios en cuestión puedan ser justificados, pero cree pese a ello –en algo que parece ser directamente contradictorio– que la acción en cuestión no puede ser contraria a Derecho e incluso que puede haber una obligación de salvar a aquellos que pueden ser salvados.

En lo que sigue analizaremos brevemente la segunda y la tercera postura. La no inclusión de un tratamiento directo de la primera postura se explica naturalmente: ella asume que la carga de la prueba le compete al resto, precisamente porque las reglas del sistema parecen darle la razón. Además, como veremos, su postura pragmática tiende a confundirse con la tercera: pocos se encuentran dispuestos a sostener que una acción homicida no debe llevarse a cabo cuando la omisión resulta abiertamente absurda, por lo que al final recurren, de todos modos, a categorías de exculpación.

3.2 Acciones homicidas en comunidades de peligro vitales como homicidios justificados

Como hemos visto, nos interesa en esta primera parte revisar aquellas argumentaciones cuya pretensión es demostrar o bien que las reglas de limitación de las justificaciones del homicidio y otros delitos no son aplicables a estos casos, o bien que no debieran serlo. Dado el enfoque principalmente dogmático de esta investigación, nos concentraremos en revisar las argumentaciones producidas en este nivel.

a) Estado de necesidad como institución filosófica y teórica

Como hemos visto, las reglas de limitación de la justificación del homicidio y otros delitos, cuando ellos implican afectación sustancial de ámbitos de autonomía, pueden ser explicadas convincentemente a partir de una cierta comprensión de las reglas que se ven limitadas, a saber, el estado de necesidad justificante. Su explicación depende, sin embargo, de la asunción de una interpretación del estado de necesidad agresivo justificante –hoy en día dominante– que puede denominarse “filosófica”.⁹⁷ De acuerdo a esta comprensión, el estado de necesidad debe ser considerado desde el punto de vista de la relación en la que incide: como se trata de una regla que permite realizar una acción sobre intereses jurídicamente protegidos ajenos sin consentimiento ni responsabilidad del titular, la obligación de tolerancia de la acción de necesidad debe ser considerada una excepción a la constitución normativa general de las relaciones interpersonales. Esa recalificación deóntica de una situación jurídica ya constituida normativamente necesitaría no sólo ser fundamentada –la fundamentación del reconocimiento de obligaciones de solidaridad cumple esta función– sino que por lógica sistemática necesitaría ser especialmente restrictiva; se trata de un conflicto en el interior del Derecho entre el mantenimiento de una calificación deóntica que se sigue de su lógica normal y una pretensión material que no parece razonable desconocer en esa situación. Dado que el destinatario de la acción de necesidad tiene siempre de su lado el “Derecho normal” –el Derecho abstracto–, es

⁹⁷ Fundamental PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, *passim*. Véase sucintamente WILENMANN, «El fundamento del estado de necesidad justificante en el Derecho penal chileno», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, (27 - 1), 2014, pp. 234 ss.

evidente que obligaciones sustanciales de sacrificio por solidaridad no pueden ser justificadas en el Derecho. La excepción al seguimiento de la conclusión jurídica normal viene dada precisamente porque el individuo en cuestión se juega mucho menos que el agente en necesidad.

La dogmática penal ha tendido a ver, sin embargo, también de otro modo la justificación del estado de necesidad. Éste sería la expresión de la necesidad del Derecho de proteger a los intereses de mayor relevancia en casos de conflictos de intereses. En la dogmática penal, la concepción rival del estado de necesidad que tiene mayor desarrollo es probablemente la que lo reconstruye como manifestación en sí del principio del interés preponderante.⁹⁸

Contra las apariencias, la teoría del estado de necesidad que subyace a esta concepción también percibe, en su mejor versión y tal vez sin darse cuenta, que éste reproduce un conflicto dentro del Derecho. Esto puede reconocerse fácilmente haciendo referencia a quien, siguiendo a LENCKNER y SEELMANN, ha desarrollado en español de forma más completa una teoría del estado de necesidad ligada a una concepción de esta clase: Fernando MOLINA FERNÁNDEZ. En MOLINA FERNÁNDEZ, el estado de necesidad sería constitutivo del reconocimiento de que, al decidir sobre la absolución de un sujeto, el Derecho puede verse enfrentado a un conflicto entre forma (en su lenguaje: certeza) y adecuación material (en su lenguaje: lesividad).⁹⁹ La interpretación del estado de necesidad como causa de justificación generalmente aplicable en materia penal implica, en el fondo, sostener que el Derecho penal necesita de un estándar argumentativo de determinación de las condiciones en que las conclusiones que se siguen del razonamiento formal (situado en MOLINA FERNÁNDEZ en el ámbito de la tipicidad) deben ser dejadas de lado por consideraciones de pura adecuación sustantiva. Esto se dejaría ver, por lo tanto, como una razón argumentativa general de exclusión de la antijuridicidad allí donde no haya antijuridicidad material.¹⁰⁰ El estado de necesidad justificante sería, de este modo, una figura general argumentativa de construcción de excepciones a las formas normales de razonamiento jurídico. Dicho en forma plástica: lo que es reconstruido desde la *filosofía del Derecho* como conflicto entre Derecho abstracto y moralidad en la configuración de la libertad real por medio del Derecho, MOLINA lo reconstruye, sin utilizar este lenguaje, como un conflicto de *teoría del Derecho* (o, mejor, de argumentación jurídica) entre razonamiento formal y razonamiento material. El estado de necesidad justificante regularía las condiciones de determinación de la falta de antijuridicidad material (adecuación) pese a la presencia, por hipótesis, de un comportamiento formalmente contrario a Derecho.

Si esto es así, no parece insensato reconocer que en la solución de comunidades de peligro vitales la acción homicida de salvación de un número mayor de vidas se encuentra exceptuada de la calificación típica, ya que los motivos de reproche material son sin dudas menores. Todos los casos en cuestión podrían ser contruidos, por lo tanto, como justificaciones con base en el principio del interés preponderante.¹⁰¹ Su reconocimiento como tal depende, sin embargo, de la

⁹⁸ Al respecto, con ulteriores referencias, WILENMANN, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, (27 - 1), 2014, pp. 234 ss.; y EL MISMO, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, pp. 11 ss.

⁹⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, «Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal», en MARTÍNEZ GARAY (coord.), *La justificación penal*, 2008, pp. 19 s.

¹⁰⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, en MARTÍNEZ GARAY (coord.), *La justificación penal*, 2008, pp. 21 s.

¹⁰¹ Esto es algo que el propio MOLINA FERNÁNDEZ («La ponderación de intereses en situaciones de extrema necesidad. ¿Es justificable la tortura?», en CUERDA RIEZU (dir.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*,

determinación de la base de razonamiento permitido en la construcción de excepciones por causa de inadecuación argumentativa: bajo premisas utilitaristas, va a resultar inadecuada toda aplicación del Derecho que implique disminución del bienestar social frente a su alternativa, algo que no puede ser compartido por quien sostenga una idea de la adecuación basada en premisas liberales o alguna otra teoría anti-utilitaria.

Esto es: aun si se construye el estado de necesidad como un modo de argumentación y no como una situación jurídica, no se ha dicho nada respecto al tipo de argumentación que se permite en el reconocimiento de casos de inadecuación. La teoría del interés preponderante pretende más bien esconder la cuestión: se trataría simplemente de mirar todo lo que pueda ser por cualquier razón relevante (una *Gesamtschau*) y resolver a partir de esto. Esto no hace más que acrecentar el peligro sistemático que encierra en sí la categoría del estado de necesidad: si se trata de una regla que simplemente permite abandonar el razonamiento formal sin fijar condiciones estrictas para ello, encierra en sí misma un peligro de desconocimiento discrecional del tipo de argumentación que es considerada “normal” o central al Derecho. Esto es: el reconocimiento de justificación por necesidad no puede estar construida con criterios blandos de pura conveniencia, algo que asume –bajo indicación de una “ponderación y mirada total”– la teoría del interés preponderante.¹⁰² También bajo una construcción “teórica” y no “filosófica” del estado de necesidad justificante, el baremo de justificación por estado de necesidad tiene que fijarse de modo estricto; de otro modo, el estado de necesidad sería a su vez la declaración de que la reconstrucción material del mundo es, en el fondo, preponderante frente a la reconstrucción jurídico-formal.

Si lo anterior es correcto, entonces el tratamiento del estado de necesidad como sede de desconocimiento de los resultados obtenidos de la aplicación formal de las categorías por consideraciones materiales generales permitidas por éste no aporta nada, ya que precisamente se trata de la determinación de la configuración del sistema y de sus consecuencias frente a un tipo de casos. Esta comprensión tiende más bien a oscurecer lo que está en juego en la justificación de obligaciones de tolerancia frente a acciones de necesidad.

b) El estado de necesidad defensivo

Parte de la dogmática penal alemana ha recorrido, en cambio, otro camino en la pretensión de tratamiento justificatorio del homicidio altruista en comunidades de peligro por medio de categorías jurídicas normales. En consideración han venido, en particular, dos causas de justificación: el consentimiento presunto –algo que sólo puede ser construido apelando al *citoyen* y no al individuo, por lo que parece implicar desconocimiento del dogma¹⁰³– y el estado de

2006, pp. 266 ss.) pone de manifiesto en el otro caso de “necesidad extrema” que tiende a ser discutido en la dogmática reciente: la denominada tortura salvadora. El reconocimiento de un principio de adecuación tan general como la elección del mal menor parece llevar a afirmar la justificación en casos de esta especie, lo que MOLINA FERNÁNDEZ intenta problematizar por causa de la inseguridad jurídica ligada al reconocimiento de una regla general de clausura de lagunas en la justificación (“no hay nada que merezca justificación que no sea estado de necesidad”). El problema es precisamente, sin embargo, entender que el Derecho puede tener una apertura de este tipo al razonamiento moral.

¹⁰² Así, sin embargo, MOLINA FERNÁNDEZ, en MARTÍNEZ GARAY (coord.), *La justificación penal*, 2008, pp. 31 ss.

¹⁰³ No se trata, de esta forma, de un verdadero *consentimiento presunto*; la pretensión es atribuir una determinada voluntad y no reconstruir la voluntad real del afectado por una acción lesiva. Se trata, así, más bien de una reconstrucción de su voluntad razonable, al modo de limitación de las construcciones deontológicas en el

necesidad defensivo. En particular esta segunda forma de argumentación ha tenido relativa popularidad en la discusión sobre el derribo de aviones, pero también en la solución de otras formas de comunidades de peligro vitales. Por ello, vale la pena revisar brevemente este tipo de pretensiones de tratamiento para ver qué se esconde detrás de esta forma de argumentación.

Pese a que no puedo exponer en detalle el contenido de la institución en cuestión, la dogmática penal contemporánea tiende a reconocer una causa de justificación más extensa que el estado de necesidad agresivo justificante en aquellas situaciones en que, sin estar en legítima defensa, el agente debe afectar bienes jurídicos del sujeto de cuya esfera jurídica proviene el peligro que se trata de evitar. El estado de necesidad defensivo es una institución originada en el Derecho civil en la época de la codificación alemana con el objeto de tratar, ante todo, los derechos de acción y las obligaciones de indemnización resultantes de agresiones provenientes de cosas y, en particular, de animales.¹⁰⁴ En su reconocimiento penal actual se considera que la razón de la aceptación de una causa de justificación con una extensión superior a la del estado de necesidad justificante tradicional –se puede actuar en necesidad salvo que se afecten intereses sustancialmente preponderantes del destinatario de la acción, esto es, el requisito del estado de necesidad agresivo es convertido en límite, por solidaridad, en la afectación al responsable del peligro– es la constatación de una forma de responsabilidad del destinatario de la acción de necesidad por el peligro: es precisamente porque éste es responsable que el Derecho permite al otro defenderse de forma más o menos extensa. La pregunta en todos los casos de estado de necesidad defensivo es, por ello, si el destinatario puede considerarse responsable por el peligro que hace necesario actuar contra él.

La discusión puede ser expuesta a partir del tratamiento de Michael PAWLIK del famoso caso hipotético de los alpinistas (*Bergsteigerfall*). Dos alpinistas escalan unidos por una cuerda.¹⁰⁵ Producto de un accidente, del que ninguno de los dos es responsable, ambos quedan colgando de la misma cuerda, la que empieza a ceder poco a poco, sin que ninguno de ellos pueda volver a su posición inicial. Sin el peso muerto del alpinista de abajo, el alpinista de arriba seguramente tendría fuerza suficiente, sin embargo, para salvarse. El alpinista de abajo no tiene en cambio ninguna oportunidad de salvarse. ¿Puede el alpinista de arriba cortar la cuerda? Según PAWLIK, el caso en cuestión se podría solucionar asumiendo un principio mínimo de atribución de responsabilidad, a saber, la pérdida del control del cuerpo¹⁰⁶. La persona debería ser considerada siempre responsable por la posición de su cuerpo y, en particular, de que ésta no signifique un peligro para terceros. Por ello, ésta sería siempre competente de los peligros que provengan de pérdidas de control. Por ello, el alpinista de arriba estaría justificado al cortar la cuerda y matar al alpinista de abajo. Esto no parece a primera vista convincente. Por supuesto, al jugarse la vida del

contractualismo de SCANLON, *What we owe to each other*, 1999, pp. 200 ss.: ¿es razonable que los pasajeros que ya se encuentran perdidos nieguen su consentimiento al derribo? Similar ya RAKOWSKI, *Columbia Law Review*, (93 - 5), 1993, pp. 1107 ss. Problemático es precisamente el salto que hace un argumento de esta clase desde una institución de autodeterminación real –el consentimiento, aun presunto– a una institución de justificación de acciones lesivas interpersonales. Si, a falta de agresión, el único estándar de juicio es el estado de necesidad agresivo justificante y está institucionalmente vedado aplicarlo respecto a homicidios, la maniobra no puede funcionar.

¹⁰⁴ Sobre el conjunto exhaustivamente WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, pp. 207 ss.

¹⁰⁵ PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 321 ss.

¹⁰⁶ PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 321 ss.

alpinista de arriba en juego, nadie dudaría que la institución del estado de necesidad exculpante es aplicable: no es exigible respetar el Derecho cuando ello significa morir sin responsabilidad. La respuesta de PAWLIK asume, en cambio, que se trata de una acción justificada, esto es, el alpinista de abajo no puede defenderse, ya que éste sería responsable por la posición espacio-temporal de su cuerpo después del ejercicio de autonomía (*Da-Sein-Zuständigkeit*). Pero esto parece difícilmente conciliable con las categorías de atribución de responsabilidad que generalmente utilizamos. Precisamente el hecho de que se pierda el control del cuerpo sin que pueda afirmarse que haya responsabilidad de acuerdo a las reglas que utilizamos para atribuir responsabilidad por el comportamiento debiera llevar a excluir la atribución de una competencia primaria por el peligro. Qué justifica, sin embargo, que la pérdida momentánea y sin responsabilidad del control del cuerpo permita atribuir competencia primaria –que pueda ser vista como ejercicio de autonomía pese a que las condiciones en que consideramos que otro ejerce autonomía por definición no se cumplen– no es fácil de reconocer. Por supuesto, asumiendo la perspectiva del agente en necesidad o, incluso, la perspectiva social, la conclusión puede ser fácilmente justificada: la pérdida de control implica que el sujeto se convierta en un peligro potencial para los otros. Si uno considera que el Derecho penal es una forma de protección frente a peligros, sostener esta conclusión es natural. No es casual, por ello, que quien sostenga una teoría del Derecho penal centrada en la idea de protección de bienes jurídicos, como ROXIN, llegue a esta conclusión: la puesta en peligro mediante el cuerpo propio pese a que no haya acción es un caso de estado de necesidad defensivo¹⁰⁷. Pero esto no es lo que se encuentra detrás de la concepción de PAWLIK ni una interpretación convincente del Derecho penal. El que pierde el control sobre su cuerpo simplemente sería hecho responsable por ocupar una posición aleatoria en el espacio que resulta, en ese momento, peligrosa.¹⁰⁸

Más lejos todavía, una interpretación de este tipo ha sido sostenida por Reinhard MERKEL en el tratamiento de los casos de separación de siameses¹⁰⁹. Si la constitución física (*So-Sein-Haftung*)¹¹⁰ –responsabilidad por “ser así”– de un siamés puede ser vista como un peligro relevante para el otro siamés, el primero debiera ser a su vez visto como responsable (o competente) por la situación de peligro y, por ello, procedería su sacrificio conforme a las reglas del estado de necesidad defensivo. Según MERKEL, esto sería una consecuencia de una interpretación de las reglas de responsabilidad no desde el punto de vista reactivo tradicional, sino conforme a una regla de “distribución justa de riesgos”. Conforme a esta regla, cada uno puede ser hecho responsable por las consecuencias que se sigan de su composición física (*So-Sein*), pese a que ésta sea atribuible al azar, en el sentido de que ningún tercero debe ser

¹⁰⁷ Véase sólo ROXIN, «Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand», *FS-Jescheck*, t. 1, 1986, pp. 468 ss.

¹⁰⁸ Precisamente por ello no puede ser considerada correcta la asunción de que hay una situación de estado de necesidad defensivo en GÜNTHER, *FS-Amelung*, 2009, pp. 154 s., en el caso de los alpinistas. La caracterización de GÜNTHER de la situación de necesidad defensiva como “puesta en peligro contraria a Derecho” e “injerencia antijurídica en un ámbito jurídico ajeno” resulta incompatible con ese tratamiento.

¹⁰⁹ MERKEL, «An den Grenzen von Medizin, Ethik und Strafrecht: Die chirurgische Trennung sogenannter siamesischer Zwillinge», en ROXIN/SCHROTH (eds.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 2010, pp. 619 ss. Similar ROGALL, *NStZ*, 2008, pp. 3 s.

¹¹⁰ MERKEL, en ROXIN/SCHROTH (eds.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 2010, p. 621.

obligado a soportar los daños que se sigan de esa constitución peligrosa¹¹¹.

Esta forma de argumentación tampoco resulta convincente. Si bien procede de una interpretación correcta del estado de necesidad defensivo –se trata de una institución distributiva–, la aplicación que MERKEL hace de esta idea no convence ni siquiera como expresión de cierto equilibrio reflexivo. Si esta regla fuera aplicada en la praxis, la constitución física de los siameses sería lo determinante al preguntarse por cuál de ellos debe ser salvado. De ser así, pese a que los dos siameses tengan posibilidades radicalmente distintas de supervivencia a la separación, los médicos debieran siempre ejecutar la operación en cuestión e intentar, por fútil que sea, salvar al siamés “no peligroso”. Los médicos estarían obligados a llevar a cabo la operación riesgosa (al extremo: absurda) como respeto de la regla de distribución justa de riesgos. Este resultado evidentemente no parece intuitivo ni concordante con nuestras prácticas, lo que el propio MERKEL reconoce¹¹². A partir de ello, éste saca la conclusión de que “los principios jurídicos aplicables a estas situaciones tienen un potencial de rendimiento limitado”.¹¹³ Esto es correcto: los casos trágicos de necesidad muestran las limitaciones de las reglas normales. Pero, a diferencia de lo que considera MERKEL, no se trata de una antinomia entre la solución conforme al estado de necesidad defensivo y la solución clínicamente razonable: es precisamente su criterio de la responsabilidad por el “ser así” (como extensión de la responsabilidad por el “estar ahí”) lo que lleva a esta clase de contradicciones, no siguiendo ni intuiciones sobre una distribución justa de riesgos, ni siendo compatible con nuestras intuiciones morales mínimas en general¹¹⁴. Mucho más convincente es, en cambio, tomarse en serio el carácter *trágico* de la situación¹¹⁵, esto es, asumir que no hay distribución justa de riesgos en una situación en que no hay posibilidad de asignar responsabilidad, sino que se trata simplemente de tomar la decisión consecuencialmente más sensata para minimizar las consecuencias de la tragedia. Es precisamente por eso que la práctica médica decide tomando en cuenta los resultados previsibles y las posibilidades de supervivencia y no, en cambio, construyendo posiciones biológicas de “origen del peligro” y “afectado por el peligro”.

Especialmente amplia ha sido, sin embargo, la acogida del tratamiento conforme a las reglas del estado de necesidad defensivo de los casos de derribo de aviones en relación a la discusión sobre la LuftSG. Parte de la literatura ha considerado, en ese contexto, que la regla del § 14 III LuftSG debía ser vista como una explicitación de la aplicabilidad del estado de necesidad defensivo. Este tratamiento parece ser, sin embargo, llamativo. No sólo no puede decirse que los pasajeros del avión sean mínimamente responsables por el peligro en cuestión, sino que ni siquiera parece tratarse de un caso en que, de acuerdo a la expresión tradicional de la regla del estado de

¹¹¹ MERKEL, en ROXIN/SCHROTH (eds.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 2010, p. 621. Similar EL MISMO, *JZ*, 2007, p. 384.

¹¹² Véase MERKEL, en ROXIN/SCHROTH (eds.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 2010, pp. 622 s.

¹¹³ MERKEL, en ROXIN/SCHROTH (eds.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 2010, p. 638.

¹¹⁴ Críticas adicionales a la postura de MERKEL pueden encontrarse en CONINX, *Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand*, 2012, pp. 86 s.

¹¹⁵ Tomada en serio, una regla de esta clase no sólo no parece no poder justificarse por consideraciones de imparcialidad (“*Fairness*”), sino que parece resultar directamente parcial: la justicia distributiva parece llevar al desconocimiento de una regla de esta clase. Que las desventajas adquiridas a causa de la lotería de la naturaleza no deben constituir desventajas normativas para los afectados, sino que más bien debieran contribuir a mejorar su posición, parece ser una mejor aplicación del principio de imparcialidad. Que las consideraciones de justicia debieran llevar precisamente al resultado contrario en este caso parece ser difícilmente justificable.

necesidad defensivo, el peligro “provenga de la esfera jurídica del destinatario de la acción de necesidad”. Con el objeto, sin embargo, de explicar la justificación del derribo –el que, después de todo, no hace más que adelantar la muerte de sujetos en cualquier caso perdidos y salvar a quienes pueden ser salvados– hay quienes han intentado explicar por qué la institución sería en realidad aplicable. Los argumentos son varios: los pasajeros se encontrarían indefectiblemente unidos a la fuente del peligro; habría contribución causal cumulativa al surgimiento del peligro, ya que de no haber comprado ningún pasajero los boletos, éste no habría despegado; o el peso de los pasajeros aumentaría la magnitud del impacto.¹¹⁶

En todos estos casos, uno puede reconocer una estructura común a la argumentación. A diferencia de la pretensión de utilizar los casos difíciles para esclarecer la institución del estado de necesidad defensivo que puede apreciarse en PAWLIK y MERKEL –por poco convincente que sea el postulado de la existencia de una regla de responsabilidad débil por el “estar ahí” (*Da-Sein*) derivado de la pérdida de control sobre el cuerpo o de una regla de responsabilidad por “ser así” (*So-Sein*)–, la utilización del estado de necesidad defensivo en el contexto de la discusión sobre el derribo de aviones parece constituir más bien el reconocimiento de una *oportunidad* de solucionar limpiamente los casos en cuestión sin asumir su dimensión trágica. Esto es: la consecuencia jurídica unánimemente reconocida respecto del estado de necesidad defensivo es utilizada pragmáticamente para solucionar los casos en cuestión saltándose la ruptura del dogma relativo a la “imponderabilidad de la vida humana”. Como el estado de necesidad defensivo no se encuentra sometido a estas limitaciones por ser una institución defensiva y no de solidaridad, pero al ser su requisito central especialmente indeterminado (el peligro debe “provenir” de la esfera del destinatario de la acción),¹¹⁷ se aprovecha esta indeterminación semántica para solucionar los casos.¹¹⁸ Esto ha marcado el tratamiento reciente del estado de necesidad defensivo.¹¹⁹ No se trata, sin embargo, más que de deformaciones poco convincentes de la institución en cuestión. Es difícil ver en qué medida agrega algo, por ejemplo, saber que el peso de los pasajeros aumenta ligeramente la fuerza del impacto para justificar un deber de tolerancia de la muerte por parte de los pasajeros. No se trata más que de una argumentación elusiva de la verdadera discusión.

¹¹⁶ Véase VON HIRSCH, *FS-Küper*, 2007, pp. 160 ss.; ROGALL, *NStZ*, 2008, pp. 4 s.; y GROPP, *GA*, 2006, p. 287, quienes utilizan la unión física entre avión y pasajeros para justificar la responsabilidad de éstos por el peligro que emana del avión.

¹¹⁷ Así también CONINX, *Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand*, 2012, pp. 62-63.

¹¹⁸ Similar STRENG, *FS-Stöckel*, 2010, pp. 144 ss. Esto es especialmente claro en SCHÜNEMANN, en NEUMANN *et al.* (eds.), *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns, ARSP Beiheft 100*, 2003, pp. 152 s. SCHÜNEMANN concede que tanto en el caso de la perforación como en el caso del derribo de aviones no hay forma de justificar la concesión de responsabilidad al destinatario (o a algunos de ellos, en el caso de los aviones) de la acción de necesidad. A partir de esto, deduce que no puede tratarse de concesión de responsabilidad al justificar el tratamiento como estado de necesidad defensivo. ¿Por qué no concluir, más bien, que éste simplemente no es un camino idóneo para fundamentar la justificación de la acción?

¹¹⁹ Similar LESCH, «Die Notwehr», *FS-Dahs*, 2005, pp. 97 s. Entre nosotros también caracteriza de modo similar esta forma de argumentación ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 458 ss. (“huida al estado de necesidad defensivo”).

c) Colisión de deberes

Una última forma –y ciertamente la más convincente– de tratamiento “normal” de los casos de necesidad extrema consiste en reducirlos a conflictos de deberes.

De acuerdo a esta vía de argumentación, ya presente en las discusiones relativas al caso del guardagujas, el hecho de que el agente en necesidad –el Ministro que ordena el derribo del avión; el funcionario de trenes encargado de la seguridad– se encuentre obligado a proteger a los posibles afectados por la fuente de peligro en cuestión, haría que a su respecto se produzca una colisión entre ese deber de protección y el deber de abstención de lesión (en este caso homicida) de los afectados por la acción de necesidad. Como por definición la obligación de actuar es “equivalente” a la obligación de omitir en estos casos –se trata de la realización del mismo tipo debido a la posibilidad de construir una omisión impropia–, la determinación de la acción que debe ser desarrollada en el caso debiera ser efectuada por optimización del cumplimiento de obligaciones o, lo que es lo mismo, por optimización del incumplimiento de la menor cantidad de éstas.

Problemático en esta forma de argumentación es el salto que hace desde la institución del estado de necesidad agresivo justificante, como sede excluyente de justificación en la injerencia en ámbitos de autonomía ajenos, hacia la colisión de deberes. Quienes se niegan a aceptar la justificación sostienen, de esta forma, que tratándose de obligaciones de respeto de autonomía ajena –aquí, de la vida– ésta simplemente no puede colisionar con otros deberes; la estructura de la colisión de deberes sería, de este modo, inaplicable. Esto no necesariamente se encuentra vinculado a la pregunta por la posibilidad de reconocer una colisión de deberes entre prohibiciones y mandatos o de establecer una primacía absoluta de deberes de abstención sobre deberes de acción, pese a que en ambos casos estas tesis también lleven al resultado de negar la permisión de la acción.¹²⁰ Incluso si uno asume que deberes de abstención y deberes de acción (impedimento de resultado) pueden colisionar y que no hay una primacía de uno sobre otro dada por su estructura formal, la pregunta en este caso es sustantiva antes que formal y se encuentra vinculada, en el fondo, a la interpretación de la perspectiva desde la que se juzga la justificación de afectaciones de autonomía ajena. Si la perspectiva es individual centrada en el afectado, el mandato de optimización de las obligaciones de salvar vidas del agente no tiene poder de fundamentar el desconocimiento de la prohibición perentoria de injerencia en el ámbito de autonomía del afectado en aquello que sea sustancial.¹²¹ De otro modo también debieran ponderarse vidas en casos en que el garante disuelva la comunidad de peligros matando a sujetos que no se encuentra en cualquier caso perdidos –y existiendo a su respecto un deber de tolerancia!–, lo que parece ser directamente contrario a las reglas limitativas de la imposición de obligaciones de sacrificio y al consenso político que les subyace.

¹²⁰ El postulado de la primacía absoluta de deberes de abstención sobre deberes de acción constituye uno de los modos en que puede postularse consistentemente la aplicabilidad absoluta de reglas deontológicamente fundadas, de modo tal de evitar que sean “relativizadas” por la presencia de deberes de actuar. La forma alternativa más popular consiste en defender algún criterio de imputación de infracción que sea permeable a incorporar pretensiones de auxilio, siendo el más popular obviamente la doctrina del doble efecto. Así también MACKIE, *Ethics*, 1990 (reimpresión 1977), pp. 160 ss.

¹²¹ Así, convincentemente, ya KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenollision im Strafrecht*, 1979, pp. 32–34; en la discusión actual MERKEL, *JZ*, 2007, pp. 360 s.; y STÜBINGER, *ZStW*, (123), 2011, pp. 423–425.

De lo anterior puede sacarse una conclusión general. Las comunidades de peligro vitales, en tanto situaciones en que, por hipótesis, no hay responsabilidad de ningún involucrado en la situación de peligro y ninguno consiente expresamente en morir, constituyen casos en que se juega la aplicabilidad de las reglas de limitación en la justificación de obligaciones de sacrificio. Si uno las construye como reglas absolutas, por definición el sistema excluye la justificación. Intentar demostrar lo contrario es más bien fútil y tiende a deformar las instituciones, tal como lo hacen las reconstrucciones del estado de necesidad (agresivo) justificante y del estado de necesidad defensivo que hemos revisado.

3.3 Derecho y excepción

a) Introducción: comunidades de peligro con distribución unilateral de posibilidades de salvación como situación extrema

Tratado conforme a sus instituciones normales, y asumiendo la existencia de una regla que impide la justificación de obligaciones de sacrificio vital (o cuasi-vital), el Derecho penal parece excluir la justificación de homicidios que disuelvan comunidades de peligro *en todo caso*. Pese a ello, la intuición moral en el tratamiento de casos de esta especie no parece ser conciliable con esta idea: puesto ante algunas de estas situaciones, no parece sensato que el Estado simplemente omita actuar. Si producto de un secuestro terrorista pueden morir sólo 200 en vez de 3200 personas (200 del avión más 3000 del edificio), parece resultar intuitivo que el Estado debe salvar a los 3000. ¿Qué hace que, al mismo tiempo, la dogmática –y, en menor medida, también la filosofía moral– se niegue a proporcionar una respuesta clara en uno u otro sentido?

La intuición relativa a estos grupos de casos, expresada claramente en la forma en que la dogmática los tematiza, tiene un doble contenido: por un lado, existe un grupo de casos que caen claramente dentro del ámbito de aplicabilidad de las reglas de limitación de las obligaciones de sacrificio respecto a los cuales, por el otro lado, aplicar estas reglas no parece sensato. La dogmática y la filosofía política parecen, con mayor o menor precisión, tener una cierta tendencia a tematizar precisamente estos casos.¹²² Como hemos visto, esto parece dar cuenta de un carácter “extremo”: se los pretende tratar como casos que no deben ser normalizados y que, por ello, fijan los límites de lo que debe ser tematizado conforme al Derecho. Si esta es la forma más convincente de tratamiento de los casos o si se trata de acomodar su solución, de forma no elusiva, dentro de las categorías normales del Derecho, es algo que no puede hacerse de forma razonable sin antes definir con precisión de qué casos se trata.

Como hemos visto, resulta ya a primera vista llamativo que los casos respecto a los cuales se utilizan las construcciones en cuestión y, en particular, el estado de necesidad defensivo – perforación, separación de siameses, derribo de aviones, el caso de los alpinistas– exhiban características comunes. En la muy precisa terminología desarrollada por la dogmática penal alemana, los casos en cuestión pueden ser descritos como homicidios que resuelven

¹²² Similar RAKOWSKI, *Columbia Law Review*, (93 – 5), 1993, pp. 1063 ss. Más allá de fijarse en las posibilidades de salvación, la estrategia alternativa de explicación de las intuiciones morales en cuestión consiste en invocar la doctrina del doble efecto. Dada la extensión del dolo en materia penal, que abarca siempre las consecuencias necesarias aunque no queridas de un acto, su potencial explicativo es menor.

altruistamente (excepción: el caso de los alpinistas, en ese caso la acción es egoísta: el agente es al mismo tiempo el beneficiado) una comunidad de peligros en la que hay distribución unilateral de posibilidades de salvación¹²³ (excepción: el caso de los siameses y, en general, casos médicos de esa clase, en los que puede ser que la distribución de posibilidades de salvación sea sólo asimétrica y no unilateral).¹²⁴ Son estos tipos de casos los que comportan un cierto tratamiento ambiguo por parte de la dogmática que se traduce, en algunos casos, en pretensiones de ampliación de las instituciones normales para abarcarlos y, probablemente en la mayoría, tratamientos más bien ambiguos (“espacio libre de Derecho”, “estado de exculpación suprallegal”, etc.). En cambio, en los casos en que no hay ni siquiera asimetría en la distribución de posibilidades de salvación, la dogmática no tiende a realizar estos ejercicios de ampliación de instituciones tales como el estado de necesidad defensivo, pese a que su pertinencia semántica sea exactamente la misma, sino a darles un tratamiento directo y convincente.

Ejemplo: la tabla de Carneades. Aquí el peligro también proviene del destinatario de la acción de necesidad, ya que es su posición lo que pone en peligro al agente; de no estar ahí, la tabla no se hundiría. ¿Por qué aquí se trata como un caso normal de estado de necesidad exculpante y no se aplica el estado de necesidad justificante?¹²⁵ La respuesta no debe buscarse en el estado de necesidad defensivo, sino en que al no tratarse de un caso en que haya distribución unilateral de posibilidades de salvación¹²⁶, no surgen intuiciones respecto a lo insensato que resulta no reconocer un derecho de actuar¹²⁷. Segundo ejemplo: una variación del caso del guardagujas¹²⁸. Un tren va a causar un accidente. Si el tren se mantiene en marcha en su dirección original, 100 personas morirán en la estación de trenes, pero los pasajeros van a sobrevivir con toda probabilidad. Si el guardagujas actúa, los 50 pasajeros probablemente mueran. Aquí, al igual que en el caso de los aviones, el peligro se encuentra “conectado” a los pasajeros. ¿Debe, por ello, el guardagujas –y en general el Estado– alterar la trayectoria, haciéndose responsable por omisión

¹²³ Al respecto ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2008, pp. 27 s. y 302–308. Crítico con el tratamiento de estos casos como comunidades de peligro JEROUSCHECK, *FS-Schreiber*, 2005, pp. 189 s. Esto no tiene, sin embargo, consecuencias relevantes.

¹²⁴ La fundamentación del reconocimiento de una causa de justificación ligado directamente a la distribución de posibilidades de salvación tiende a rastrearse a los trabajos de Eberhard SCHMIDT, pero resulta tan intuitiva que puede ser, por ejemplo, encontrada en ABEGG, *Untersuchungen zum Strafrecht*, 1997 (reimpresión 1830), pp. 119–121. Sobre la historia dogmática JEROUSCHECK, *FS-Schreiber*, 2005, pp. 192–194. En la literatura más reciente fundamental OTTO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 81 ss.; EL MISMO, *Jura* 2005, pp. 474–476; y EL MISMO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 8 nm. 192–195. En el mismo sentido CONINX, *Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand*, 2012, pp. 2–4 y 94–100; ERB, § 34, *MüKo*, 2ª ed., 2012, nm. 119–128 (en especial nm. 122); LADIGES, *Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum*, 2007, pp. 420 ss.; EL MISMO, *ZiS*, 2008, pp. 133 s.; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2008, pp. 26 s., 209 ss. y 300 ss.; NEUMANN, § 34, *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 76 s.; HILGENDORF, en BLASCHKE et al. (eds.), *Sicherheit statt Freiheit?*, 2005, pp. 118 s.; JOECKS, § 34, *StGB*, 8ª ed., 2009, nm. 42–47. Para una crítica relativamente convincente véase sólo KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979, pp. 53 ss.; EL MISMO, *JuS*, 1981, pp. 788–794; y SINN, *NSiZ*, 2004, pp. 585 ss.

¹²⁵ Ni siquiera los defensores de una interpretación amplia del estado de necesidad defensivo reconocen una situación de necesidad defensiva aquí. Ejemplar GÜNTHER, *FS-Amelung*, 2009, p. 153. Esto es controvertido, en cambio, en aquellos casos en que el agente en necesidad llega a la tabla antes que el destinatario de la acción en necesidad. Véase OTTO, *Jura*, 2005, pp. 475 s.; y KORIATH, «Das Brett des Carneades», *JA*, 1998, pp. 255 s.

¹²⁶ Así también NEUMANN, § 34, *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 76 s.; JOECKS, § 34, *StGB*, 8ª ed., 2009, nm. 45. Similar, aunque yendo más allá, OTTO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 77 ss.; EL MISMO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 8 nm. 193–195; y EL MISMO, *Jura*, 2005, pp. 475 s.

¹²⁷ También CONINX, *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand*, 2012, pp. 3–6, remarca la importancia de las intuiciones morales respecto a la solución de las situaciones extremas de necesidad vital.

¹²⁸ El planteamiento original del caso del guardagujas puede ser encontrado en WELZEL, *ZStW*, (63), 1951, pp. 51 s.

en otro caso? La cuestión no parece ser tan intuitiva como en el caso de los aviones, ya que los pasajeros no están en cualquier caso perdidos.

No es, de esta forma, el origen del peligro, ni mucho menos la atribución de responsabilidad por éste, lo que explica la voluntad de aplicar (elusivamente) el estado de necesidad defensivo –o el consentimiento presunto– en estos casos, sino el hecho de que los casos en cuestión impliquen la presencia de una comunidad de peligro con distribución unilateral o al menos asimétrica de posibilidades de salvación¹²⁹. Ello quiere decir, sin embargo, que precisamente por ello la concesión de una facultad de actuar no puede ser justificada por consideraciones relativas a la responsabilidad de los afectados. Al contrario, si uno intenta justificar directamente la concesión de una facultad de actuar a partir de categorías de responsabilidad, muy probablemente llegue a la conclusión de que ésta no puede justificarse¹³⁰.

De lo que se discute, por lo tanto, no es sobre la extensión de instituciones normales tales como el estado de necesidad agresivo o defensivo justificante, sino más bien sobre la generación de excepciones en la no justificación por necesidad de acciones que impliquen sacrificios sustanciales del destinatario de la acción de necesidad cuando éste se encuentre “en cualquier caso perdido”. La verdadera discusión es, de esta forma, más bien, relativa al reconocimiento de excepciones a las reglas que limitan la imposición de obligaciones de sacrificio cuando dicha imposición no sólo es irracional en el caso en particular –la solución dada por el mantenimiento de las reglas es peor que al hacer una excepción a éstas– sino directamente absurda. Se trata, en ese sentido, de la pregunta por la justificación por el puro carácter trágico de una situación: la pérdida de algunos es inevitables (en ese sentido es trágica), pero la de otros puede ser evitada. El estado de necesidad trágico debe ser separado por completo del estado de necesidad defensivo¹³¹; se trata de un grupo de casos cuyo tratamiento se enmarca en el nivel de la generación de excepciones a la limitación de la imposición de obligaciones de sacrificio.

b) Derecho y excepción: ¿formulación de regla o elusión?

El problema de los casos de necesidad trágica se encuentra en las dificultades a las que se enfrenta el Derecho a su respecto. De acuerdo a lo que hemos analizado, puede considerarse que existe un cierto consenso práctico –ciertamente no unánime– en relación a la imposición de limitaciones a la justificación de acciones típicas que impliquen pérdidas sustanciales de autonomía formalmente garantizada: éstas simplemente no pueden justificarse como obligaciones de sacrificio; ello sería parte importante de nuestra identidad política actual. Como hemos visto, esta respuesta resulta sin embargo incluso políticamente polémica en una clase de casos, a saber, las comunidades de peligro con distribución unilateral (o fuertemente asimétrica) de posibilidades de salvación. La concentración de la polémica en estos ámbitos muestra que se trata de una discusión de excepción; es la tentación de lo extremo –unida a una sensación,

¹²⁹ En el fondo similar NEUMANN, § 34, NK, 4ª ed., 2013, nm. 76–78; LADIGES, *ZiS*, 2008, pp. 140 s.; OTTO, *Jura*, 2005, pp. 476–479. Más lejos GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluß*, 1983, pp. 345 s.; OTTO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 77 ss.; EL MISMO, *AT*, 7ª ed., 2004, nm. 192–195.

¹³⁰ Acertadamente FRISCH, *FS-Puppe*, 2011, p. 447: “Aquí uno puede darse fácilmente cuenta de que los principios guía [autonomía y solidaridad –JW–] ya no ayudan más”.

¹³¹ En el fondo similar ERB, § 34, *MüKo*, 2ª ed., 2012, nm. 126; FRISCH, *FS-Puppe*, 2011, pp. 447 ss. Más lejos HILGENDORF, en BLASCHKE *et al.* (eds.), *Sicherheit statt Freiheit?*, 2005, pp. 129–131.

seguramente exagerada, de la urgencia política de encararlo– lo que se expresa en estas discusiones. Vista desde un punto de vista de lógica moral, la cuestión puede ser planteada como una pregunta por la posibilidad de justificar consecuencialmente limitaciones a instituciones deontológicamente fundadas –aquí: las reglas de limitación de la construcción de obligaciones de sacrificio– en casos extremos¹³². Su carácter extremo viene dado, como hemos visto, no sólo por la baja probabilidad de ocurrencia o el carácter extremadamente lesivo que presentan los casos en cuestión, sino ante todo porque el mantenimiento de la aplicabilidad de las reglas resulta no sólo consecuencialmente irracional –algo que puede ya decirse del otro gran ejemplo discutido a este respecto, la *time ticking bomb*–, sino directamente absurdo. Ese absurdo es, sin embargo, excepcional. En otras palabras: una interpretación deontológica del funcionamiento del Derecho liberal tiene que asumir que sus reglas se aplican incluso cuando haya buenos motivos para ignorarlas desde un punto de vista social. Que esa misma conclusión deba aplicarse, sin embargo, a casos en los que el resultado esperable de la aplicación de la institución sea peor, desde todo punto de vista sensato, que su no aplicación, es algo que escapa a su lógica. Esos casos son, dada la lógica del Derecho, extremos.

Teniendo en cuenta, sin embargo, que los casos en que el tratamiento de la acción homicida (o equivalente) es verdaderamente polémica son más bien reducidos y tienen características comunes –acción altruista, distribución unilateral o fuertemente asimétrica de posibilidades de salvación– la forma de reacción racional del Derecho podría ser el reconocimiento de una regla especial pensada para esos casos extremos: el homicidio se encuentra permitido en estado de necesidad trágico. Como una parte de los involucrados en la comunidad de peligro puede ser salvada y la otra se encuentra en cualquier caso perdida, no sería racional mantener una prohibición y obligar a que mueran todos.

En contra de esta apelación, tiende a ser argumentado de un modo más bien procedimental: no sería posible producir juicios seguros de que los pasajeros ya están perdidos; siempre es posible que recobren el control del avión¹³³. Además, si uno se tomara en serio las reglas de impedimento de la valoración por vía de duración esperable de la vida, la acción seguiría implicando un homicidio equivalente a todo otro homicidio. Esto no sólo sería formalmente así, sino que en los hechos los últimos minutos de los pasajeros podrían ser significativos para que éstos puedan elegir la forma de su muerte¹³⁴. Si bien todos estos argumentos son atendibles, no hacen más que

¹³² Una pregunta que incluso quienes asumen una posición deontologicista pretendidamente absoluta se encuentran dispuestos a admitir que prefieren no tematizar. Paradigmático a este respecto NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, 1999, p. 30 en su famosa nota *.

¹³³ Así, por ejemplo, BOTT, *In dubio pro Straffreiheit*, 2011, pp. 42–44; SINN, *NStZ*, 2004, pp. 589 ss.; y ROXIN, *ZiS*, 2011, pp. 556 s.

¹³⁴ Por supuesto, uno puede dudar de que la posibilidad de hacer uso de los últimos minutos de la vida tenga un peso tan relevante en la cultura actual. De esta forma podía constatar RILKE exactamente lo contrario: “¿Quién da todavía algo hoy por una muerte bien preparada? Nadie. Incluso los ricos, quienes podrían costearse morir de forma minuciosa, empiezan a devenir indiferentes y descuidados; el deseo de tener su propia muerte es algo que empieza a ser cada vez más escaso. Por Dios, ya está todo allí. Uno viene, encuentra una vida y listo, basta con ponérsela. Uno quiere irse o se ve forzado a ello: no se preocupe por ello: *Voilà votre mort, monsieur*. Uno muere de la forma que viene; uno muere de la forma que a la enfermedad respectiva le pertenece (ya que desde que se conocen todas las enfermedades, se sabe también que los distintos desenlaces letales le pertenecen a la enfermedad y no a los hombres; por así decirlo, el enfermo no tiene nada que hacer al respecto.)” (RILKE, *Die Aufzeichnung des Malte Laurids Brigge*, citado de acuerdo a OTTO, «Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht auf Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung», *Gutachten D zum 56. Deutschen*

reproducir el problema que se presenta en cualquier situación de justificación y, en general, en el ámbito de la prevención agresiva de peligros. Frente al error, el estatus de los afectados es el mismo que en cualquier otra situación en que se produzca un error: si alguien muere en legítima defensa putativa, la víctima era igualmente inocente que en esta clase de situaciones.

El argumento central es, por ello, un argumento conocido en toda discusión sobre reconocimiento de excepciones consecuencialmente fundadas a instituciones que en su núcleo tienen una justificación deontológica: la pendiente resbaladiza (*slippery slope* en inglés; *Dammbruch* en alemán: ruptura del dique). Por sensato que parezca en el caso particular, la apertura a la valoración de vidas y al sacrificio de inocentes, pese a que con toda probabilidad vayan a morir en los próximos minutos, sería peligrosa por las consecuencias políticas esperables de ese acto: una vez dado ese primer paso no habrían motivos para no seguir reconociendo excepciones en ámbitos que parecen ser utilitariamente justificables¹³⁵.

Este argumento no convence de por sí. Al igual que todos los argumentos de ruptura del dique, el argumento sólo puede ser convincente si prueba que es probable que el paso dado por el reconocimiento de la excepción en cuestión lleve a un estadio ulterior y, además, que ese estadio ulterior sería moralmente inaceptable. En el contexto de la discusión sobre necesidad trágica, el estado ulterior indeseable parece encontrarse constituido por la tendencia a aceptar sumas de vida para matar a un inocente, sin que éste se encuentre en todo caso perdido. Pero no hay nada que haga pensar que el reconocimiento de una regla explícita de solución de estados de necesidad trágicos deba llevar a éstos; hay diferencias relevantes, como hemos visto, entre ambos tipos de casos. Sin embargo, a diferencia de otros contextos en los que se emplea el argumento de ruptura del dique, el carácter extremo de los casos de necesidad trágica le entrega un peso mayor. Ese peso mayor no viene dado por la probabilidad de la realización política de un estadio moralmente inaceptable, sino por lo contraproducente que resulta la regulación de la excepcionalidad jurídica y moral. Es el tratamiento normal de lo absolutamente extremo lo que parece no sólo ser innecesario, sino contraproducente precisamente por asumir pragmáticamente que el reconocimiento explícito de la excepción es necesario para establecer el límite en cuestión.

Esta es la forma en que uno puede leer en su mejor versión el razonamiento abiertamente eufemístico y aparentemente contradictorio del BVerfG y de parte importante de la dogmática penal y constitucional alemana: la validez de la regla justificatoria positiva del homicidio trágico es negada pero, pese a ello, la solución razonable –derribar el avión– es tratada como jurídicamente procedente a través de la utilización de eufemismos: la invocación del estado de necesidad defensivo, del estado de necesidad exculpante supralegal o del consentimiento presunto no son más que formas (erradas) de intentar evitar absurdos sin producir el efecto

Juristentag, pp. 22 s. nota 47). Esto ciertamente no tiene ninguna consecuencia normativa, pero muestra cuán unilaterales son los argumentos tradicionales que se dan respecto al problema de las comunidades de peligro con distribución unilateral de posibilidades de salvación.

¹³⁵ Así PAWLIK, *JZ*, 2004, pp. 1049 s.; HARTLEB, *NJW*, 2005, p. 1398; STÜBINGER, *ZStW*, (123), 2011, pp. 421–423; DREIER, *JZ*, 2007, p. 266; MITSCH, *JR*, 2005, pp. 277–279; ROSENAU, § 34, *SSW-StGB*, 2009, nm. 23; también ROXIN, *ZiS*, 2011, pp. 555 s. En el mismo sentido CAÑO PAÑOS, en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron historia en el Derecho penal*, 2011, pp. 932 ss. En la discusión en la literatura en lenguaje inglesa similar HAREL/SHARON, «“Necessity knows no law”: on extreme cases and uncodifiable necessities», *The University of Toronto Law Journal*, (61 – 4), 2011, pp. 853 ss.

expresivo del reconocimiento de una regla. En otras palabras: casi nadie parece querer realmente negar que, en caso de presentarse una situación de esta clase, el avión debe ser derribado, pero situaciones tan extremas y perversas no debieran ser tratadas con nombres normales¹³⁶. Uno puede dar otros nombres para justificar un tratamiento de esta clase que dé más directamente cuenta de lo que hace la literatura así: aquí hay un problema de adecuación en la situación a la que se aplican las reglas y no, en cambio, en la configuración de las reglas. Las reglas limitativas no se aplicarían a estas situaciones y, sin embargo, no debieran ser cambiadas en su contenido, porque su contenido es el contenido de la normalidad.

Esta discusión respecto al § 14 III LuftSG puede ser generalizada: no se trata más que de un ejemplo de la forma que tiene, en nuestras estructuras políticas actuales, la discusión de las situaciones de necesidad trágica. Al igual que en el caso de los aviones secuestrados, en general la pregunta por el reconocimiento de una justificación en estado de necesidad trágico no puede ser tratada dentro de las categorías sistemáticas normales del Derecho penal, sino que se trata de una discusión de excepción, a saber, sobre la conveniencia de que la comunidad política reconozca abiertamente la existencia de excepciones a un sistema de limitación en principio absoluto¹³⁷. Esto permite, sin embargo, limitar su ámbito de aplicación: precisamente al ser discusiones de segundo nivel, la decisión de apertura puede limitarse para abarcar sólo ciertos grupos de casos y no toda comunidad de peligro en que haya posibilidad de decisión sobre cuántos mueren. Es decir: el reconocimiento del lugar sistemático del problema permite precisamente limitar la discusión a aquello que en las fundamentales monografías de OTTO y KÜPER es correctamente considerado un caso límite¹³⁸.

Siguiendo a CONINX y POSCHER, esta forma de proceder puede ser al menos explicada sociológicamente: el mantenimiento absurdo, consecuencialmente considerado, de la prohibición del homicidio en comunidades de peligro asimétricas descarga y alivia tensiones relativas a las consecuencias comunicativas de las muertes trágicas. Gracias al mantenimiento de la prohibición, el Estado no puede ser presentado como autor de muertes; las consecuencias trágicas del caso deben ser atribuidas en cambio a categorías de descarga como el destino, el azar, un accidente, o un delincuente (el terrorista). Si alguien, en cambio, rompe la comunidad de peligro matando (racionalmente) a inocentes, las mismas consecuencias pueden producirse

¹³⁶ Información sobre opiniones en este sentido en los propios jueces del BVerfG pueden encontrarse en ISENSEE, *FS-Jakobs*, 2007, p. 232.

¹³⁷ Fundamental KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenollision im Strafrecht*, 1979, pp. 53 ss.; y EL MISMO, *JuS*, 1981, pp. 790-792, quien, sin embargo, rechaza la justificación. Una caracterización similar, con afirmación de la justificación, puede encontrarse en OTTO, *Pflichtenollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 1-4; CONINX, *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand*, 2012, pp. 56 ss.; HÖRNLE, *FS-Herzberg*, 2008, p. 570; y FRISCH, *FS-Puppe*, 2011, pp. 447 ss. Un intento de fundamentar exhaustivamente la concesión de un permiso de homicidio en necesidad en casos trágicos ha sido emprendido recientemente por CONINX, *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand*, 2012, pp. 27 ss. y 101 ss. Todas estas formas de argumentación tienen de forma explícita o tácita una estructura consecuencialista. De forma imprecisa, sin embargo, tiende a criticarse que se trataría de un tratamiento utilitarista injustificable. Esto es impreciso. El utilitarismo es una forma de consecuencialismo. Pese a que existan varias formas de utilitarismo, éste siempre tiene una perspectiva colectivista de juicio y, por regla general, conservan una antropología hedonista. En los casos trágicos de necesidad, la argumentación no depende de las premisas específicas del utilitarismo, sino de la apertura a la evaluación mínima de las consecuencias que se siguen del mantenimiento o interrupción de una lógica de pensamiento deontológica.

¹³⁸ Véase OTTO, *Pflichtenollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 1-4; y KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenollision im Strafrecht*, 1979, p. 13.

castigando al sujeto en cuestión. Esta forma de reacción es conocida en comunidades religiosas: la tragedia le es atribuida a dioses y fuerzas cósmicas. “De esta forma puede evitarse que se acepte el surgimiento de procesos espontáneos, absurdos, que constituyan una verdadera lotería de la supervivencia. En cambio se construye una voluntad todopoderosa que permite otorgar sentido al suceso, lo que hace que la muerte de los hombres en esa situación de necesidad sea soportable”.¹³⁹ El proceso parece haber sobrevivido, pero de forma exactamente inversa: lo que se pretende negar es, en todo caso, que el Estado tenga potestades de elección de quiénes viven y mueren en él¹⁴⁰. Una forma de llevarlo a cabo es ciertamente dejar entregada a la configuración previa de las cosas la determinación de quién vive o muere; el mismo resultado puede ser obtenido, sin embargo, utilizando la clase de nombres que atribuyen responsabilidad y al mismo tiempo descargan de las consecuencias que se siguen de esa responsabilidad a partir de la exculpación o del reconocimiento de una justificación excepcional.

La misma lógica de argumentación, aunque con un sentido políticamente más relevante, puede encontrarse en quienes, en la literatura anglosajona, abogan por no reconocer permisos de tortura ni siquiera en *tragic choice situations*.¹⁴¹ Así, quienes se oponen al reconocimiento de la legalidad de la tortura a partir de la privación de relevancia a los ejemplos hipotéticos de tortura ante necesidad extrema presentan su argumento como una oposición a dejar que experimentos hipotéticos extremos determinen el carácter de nuestras instituciones normales (como ha tenido lugar en los Estados Unidos con la institucionalización de la tortura): el caso de la bomba a punto de estallar produciendo millones de muertos sería presentado por los defensores de la tortura precisamente con el objeto de obligar a admitir que nuestras reglas absolutas se encuentran sujetas a límites instrumentales y que, frente a ello, la única alternativa sincera sería reconocerlo.¹⁴² Pero precisamente estos casos mostrarían de forma mucho más clara las razones por las que la regulación normalizante de lo extremo puede ser peligrosa: a partir de la generación de casos extremos se pretende normalizar una institución proscrita por el propio Derecho. La producción de casos hipotéticos espectaculares es efectuada, de esta forma, precisamente con pretensiones institucionales que trascienden a los casos en cuestión: se trata, al final, de mostrar la ingenuidad de la conformación deontológica de nuestras instituciones y de “abrir el Derecho a la realidad”. En el caso en particular, se trata con ello de justificar la tortura frente al ingenuo que afirma el carácter absoluto de su prohibición. Por supuesto, uno puede conceder que los límites que el propio Derecho se traza de forma absoluta se encuentran a su vez

¹³⁹ CONINX, «Zufall und Verteilungsgerechtigkeit – Grundlagen für eine kontraktualistische Begründung von rechtlichen Solidaritätspflichten in Notstandssituationen», en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 180.

¹⁴⁰ POSCHER, «Die Würde des Menschen ist unantastbar», *JZ*, 2004, pp. 759–761.

¹⁴¹ Es importante tener en cuenta, sin embargo, que pese a que la discusión sobre tortura en situaciones extremas tiende a ser puesta como un desafío de concepciones consecuencialistas a concepciones deontológicas, la forma misma en que se plantea el caso muestra que no se está dispuesto a plantearlo *realmente* en esas condiciones. Esto ha sido acertadamente identificado por la filósofa alemana Weyma LÜBBE, «Konsequentialismus und Folter», en LENZEN (ed), *Ist Folter erlaubt?*, 2006, pp. 69 ss.: todos los casos asumen que se tortura al responsable por el peligro y precisamente por ello se pretende producir el efecto retórico de llevar a aceptar la legitimidad de aplicación de la tortura. Si fuera un verdadero desafío consecuencialista a la verosimilitud de nuestras asunciones morales, el ejemplo sería mucho más sincero si asumiera que el sujeto a torturar es inocente por el peligro (ejemplo: el hijo del terrorista). Similar KUTZ, *California Law Review*, (95 - 1), 2007, pp. 256 s.

¹⁴² En este sentido, por ejemplo, LUBAN, *Virginia Law Review*, (91 - 6), 2005, pp. 1440 ss.; HAREL/SHARON, *The University of Toronto Law Journal*, (61 - 4), 2011, pp. 853 ss.; KUTZ, *California Law Review*, (95 - 1), 2007, pp. 257 ss.

sujetos a límites excepcionales en sus extremos. Pero normalizar ese límite excepcional no sólo resulta ingenuo por pensar que lo extremo desaparece por ese acto positivo, sino también por la normalización de lo que la propia lógica del Derecho considera extremo.¹⁴³ Antes, es mejor mantener la idea de que la causación de la muerte de otro que se encuentra en cualquier caso perdido, para salvar a quienes todavía pueden hacerlo, no constituye un homicidio punible por no resultar adecuada la aplicación de las reglas en cuestión al caso; o que la aplicación de tortura para evitar la muerte inmediata de millones puede resultar en condiciones hipotéticas justificadas, pero no admite ser vista como normal y regulada.¹⁴⁴

4. Conclusiones

1. El Derecho contemporáneo ha establecido un sistema de limitación de la procedencia de homicidios justificados, de acuerdo al cual la causación de la muerte de un individuo no puede nunca imponerse a éste por puras razones de solidaridad, esto es, la obligación de tolerar la acción homicida sólo puede fundarse en la propia responsabilidad del afectado. Ello es una consecuencia del reconocimiento de una lógica de funcionamiento deontológica de los derechos de autonomía formal.

2. Las pretensiones de la dogmática penal alemana de demostrar la justificación de acciones homicidas en comunidades de peligro asimétricas a partir de la aplicación de instituciones normales no resulta convincente. Las instituciones normales de justificación se encuentran informadas por el mismo sistema de limitación absoluto de obligaciones de sacrificio, por lo que intentar demostrar la justificación es fútil.

3. Pese a lo anterior, uno puede considerar que la acción homicida en comunidades de peligro asimétricas se encuentra moralmente justificada: es razonable asumir que instituciones deontológicamente fundadas pueden limitarse cuando las consecuencias del mantenimiento de sus reglas son absurdas. El reconocimiento jurídico-positivo de esas reglas puede ser visto, en

¹⁴³ Esto no responde, por cierto, a la pregunta por qué es lo que caracteriza a lo “extremo” o “excepcional”. Esto depende, sin embargo, de la institución particular que se discuta. En el caso de comunidades de peligro asimétricas, lo extremo de la situación viene dado por la suma de la baja probabilidad de ocurrencia y el carácter consecuencialmente absurdo del mantenimiento de las reglas del sistema; contra las apariencias, los números no son importantes aquí. En el caso de la *time ticking bomb* y la tortura, lo extremo viene dado por la suma de la baja probabilidad de ocurrencia y lo catastrófico de las consecuencias de la omisión de llevar a cabo la acción necesaria para impedir el mal, a saber, torturar –la tortura sólo es la acción necesaria aquí; la pregunta puede plantearse frente a otras acciones necesarias graves–. En todo caso, lo excepcional constituye una condición necesaria pero no suficiente de reconocimiento de lo extremo. Tratándose de cuestiones catastróficas habituales, por ejemplo, es improbable que la comunidad política constituya instituciones que no se encuentran pensadas, que no encajen, a su respecto.

¹⁴⁴ El gran argumento para oponerse a este tratamiento viene dado por el riesgo que se asumiría al dejar que la urgencia determine la forma en que actúa el Estado y, en general, en que se desenvuelve la realidad. Sin regulación de la tortura, ésta se aplicaría a un mayor número de casos injustificables que ante una regulación estricta que limite su aplicabilidad razonablemente. Sin regulación de las facultades de solucionar comunidades de peligro, se asumiría, del mismo modo, un riesgo de que mueran personas que no se encuentran en cualquier caso pérdidas. El caso de la tortura en Estados Unidos muestra, sin embargo, que el riesgo de expansión por normalización es mucho mayor. De hecho, si lo que explica la aceptación de la tortura en el caso de la *time ticking bomb* es la presión de la necesidad, no hay ninguna razón para pensar que una regulación explícita pueda resistirse frente a la misma necesidad de vulnerarla.

cambio, como institucionalmente inconveniente. La misma configuración de los casos de comunidades de peligro asimétricas (el estado de necesidad trágico) constituye un caso extremo, a cuyo respecto la normalización resulta inadecuada.

5. Bibliografía

ABEGG (1997), *Untersuchungen zum Strafrecht*, Keip, Goldbach, 1997 (reimpresión de la edición de Breslau, 1830).

——— (1836), *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, Wagner, Neustadt.

ARCHANGELSKIJ (2005), *Das Problem des Lebenotstands am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeuges*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín.

BERNSMANN (1989), „*Entschuldigung*“ durch Notstand, 1989, Carl Heymanns, Colonia.

BINDING (1902), *Lehrbuch des Strafrechts*, t. 1, 2ª ed., Engelmann, Lipsia.

BINDING/HOCHE (2006), *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín (reimpresión edición de 1920).

BÖCKENFÖRDE (2001), *Vom Wandel des Menschenbildes im Recht*, Rhema Verlag, Muñiste.

BOTT (2011), *In dubio pro Straffreiheit. Untersuchungen zum Lebensnotstand*, C. F. Müller, Heidelberg.

CAÑO PAÑOS (2011), «Caso de la Luftsicherheitsgesetz», en SÁNCHEZ OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron historia en el Derecho penal*, Wolters, Madrid, pp. 911 ss.

CASSIRER (2012), *Über Rousseau* (editado por KREIS), Suhrkamp, Berlín.

CONINX (2013), «Zufall und Verteilungsgerechtigkeit – Grundlagen für eine kontraktualistische Begründung von rechtlichen Solidaritätspflichten in Notstandssituationen», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Nomos, Baden Baden, pp. 175 ss.

——— (2012), *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand*, Nomos, Baden Baden.

DREIER (2007), «Grenzen des Tötungsverbot – Teil 1», *JuristenZeitung*, pp. 261 ss.

DWORKIN (1994), *Life's Dominion*, Vintage Books, Nueva York.

ERB (2012), § 34, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1 y 3, 2ª ed., C. H. Beck, Múnich.

——— (2010), «Der rechtfertigende Notstand», *Juristische Schulung*, pp. 108 ss.

ENGLÄNDER (2013), § 34, en MATT/RENIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, C. H. Beck, München.

ESER (2010), Vorbem. §§ 211 ff., en EL MISMO (ed.), *Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch*, 28ª ed., C. H. Beck, München.

FINNIS (2011), *Human Rights and Common Good. Collected Essays*, t. 3, Oxford University Press, Oxford.

FISCHER (2015), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 62ª ed., C. H. Beck, München.

FRISCH (2011), «Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien», en PAEFFGEN/BÖSE/KINDHÄUSER/STÜBINGER/VERREL/ZACZYK (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 425 ss.

GALLAS (1968), *Beiträge zur Verbrechenlehre*, De Gruyter, Berlín.

GROLMAN (1805), *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 2ª ed., Darmstadt-Heyer.

GROPP (2006), «Der Radartechniker-Fall – ein durch Menschen ausgelöster Defensivnotstand? Ein Nachruf nach § 14 III Luftsicherheitsgesetz», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 284 ss.

——— (1999), «Der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes und die fragmentarische Natur des Strafrechts», en KREUZER/JÄGER/OTTO/QUENSEL/ROLINSKI (eds.), *Fühlende und denkende Kriminalwissenschaften: Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck*, Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, pp. 285 ss.

GÜNTHER (2012), § 34, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, en RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER/SAMSON (eds.), 8ª ed., 132ª entrega, Carl Heymanns, Colonia.

——— (2009), «Defensivnotstand und Tötungsrecht», en BÖSE/STERNBERG-LIEBEN (eds.), *Grundfragen des Straf- und Strafoverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 147 ss.

——— (1983), *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluß*, Carl Heymanns, Colonia.

HABERMAS (2010), «Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte», *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, pp. 343 ss.

HÄLSCHNER (1975), *Das preußische Strafrecht. Teil 3. Besonderer Teil. Die Verbrechen gegen das Recht der Privatperson*, Scientia, Aalen (reimpresión de la edición de Bonn, 1868).

HAREL/SHARON (2011), «“Necessity knows no law”: on extreme cases and uncodifiable necessities», *The University of Toronto Law Journal*, (61 – 4), pp. 845 ss.

HARTLEB (2005), «Der neue § 14 III LuftSiG und das Grundrecht auf Leben», *Neue Juristische*

Wochenschrift, pp. 1397 ss.

HEGEL (1986), *Phänomenologie des Geistes*, en MOLDENHAUER/MICHEL (eds.), *Werke Band*, t. 3., Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

——— (1986), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en MOLDENHAUER/MICHEL (eds.), *Werke Band*, t. 7, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

HERB (2012), «Zur Grundlegung der Vertragstheorie», en BRANDT/HERB (eds.), *Vom Gesellschaftsvertrag*, Akademie Verlag, Berlín, pp. 29 ss.

HILGENDORF (2005), «Tragische Fälle. Extremsituationen und strafrechtlicher Notstand», en BLASCHKE/FÖRSTER/LUMPP/SCHMIDT (eds.), *Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 107 ss.

HILLGRUBER (2007), «Der Staat des Grundgesetzes – nur „bedingt abwehrbereit“?», *Juristische Zeitung*, pp. 209 ss.

VON HIRSCH (2007), «Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen», en HETTINGER/ZOPFS/HILLENKAMP/KÖHLER/RATH/STRENG/WOLTER (eds.), *Festschrift für Wilfried Küper*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 149 ss.

HOBBS (1946), *Leviathan or the matter, form and power of a commonwealth ecclesiastical and civil*, Blackwell, Oxford.

HOERSTER (2011), «Sind Lebensrecht und Menschenwürde „abstufbar“?», *Juristische Ausbildung*, pp. 241 ss.

HONNETH (2011), *Das Recht der Freiheit*, Suhrkamp, Berlín.

HÖRNLE (2008), «Töten, um viele Leben zu retten. Schwierige Notstandsfälle aus moralischer und strafrechtlicher Sicht», en PUTZKE *et al.* (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tubinga, pp. 555 ss.

HRUSCHKA (1988), *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2^a ed., Walter de Gruyter, Berlín.

INGELFINGER (2004), *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, Carl Heymanns, Colonia.

ISENSEE (2011), «Würde des Menschen», § 87 de MARTEN/PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, t. 4, C. F. Müller, Heidelberg.

——— (2007), «Leben gegen Leben. Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Heymanns, Colonia, pp. 205 ss.

JÄGER (2008), «Folter und Flugzeugabschuss – rechtsstaatliche Tabubrüche oder rechtsguterhaltende Notwendigkeiten – zugleich ein Beitrag zur Entscheidung des EGMR im Fall

Gäfigen gegen Deutschland», *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 678 ss.

——— (2003), «Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (115), pp. 765 ss.

JAKOBS (2010), «Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand», en AMELUNG/GÜNTHER/KÜHNE (eds.), *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag*, Kohlhammer, Estucardia, pp. 207 ss.

——— (2008), *Rechtswang und Personalität*, Paderborn.

——— (2006), «Terroristen als Personen im Recht?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (117), pp. 839 ss.

——— (1995), «Kommentar: Rechtfertigung und Entschuldigung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision)», en ESER/NISHIHARA (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung IV*, Max Planck, Friburgo, pp. 143 ss.

——— (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-Nueva York.

JANSEN (1977), *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, Keip, Fráncfort del Meno, (reimpresión de la edición de Breslau, 1930).

JEROUSCHECK (2003), «Nach dem 11. September 2001: Strafrechtliche Überlegungen zum Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeugs», en AMELUNG/BEULKE/LILIE/RÜPING/ROSENAU/WOLFLAST (eds.), *Strafrecht - Biorecht - Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 185 ss.

JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.

JOECKS (2009), *Studienkommentar StGB*, 8ª ed., C. H. Beck, Múnich.

August KÖHLER (1926), *Der Notstand im künftigen Strafrecht*, Palm & Enke, Erlangen.

Michael KÖHLER (2006), «Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand», en HOYER/MÜLLER/PAWLIK (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 257 ss.

——— (1997), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín.

KORIATH (1998), «Das Brett des Karneades», *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 250 ss.

KREY/ESSER (2012), *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Kohlhammer, Estucardia.

KÜHL (2012), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7^a ed., Vahlen, München.

——— (2009), «Rechtfertigung vorsätzlicher Tötungen im Allgemeinen und speziell bei Sterbehilfe», en *Juristische Ausbildung*, pp. 881 ss.

——— (1996), «Die Notwehr: Ein Kampf ums Recht oder Streit, der mißfällt? Schlaglichter der Notwehrrdiskussion der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland und Österreich», en SCHMOLLER (ed.), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Springer, Viena, pp. 149 ss.

KÜHN (1908), *Die Pflichtenkollision im Strafrecht*, Leipzig.

KÜPER (2007), «„Unendliche“ gegen „partielle“ Verletzung des „Daseins der Freiheit“», en DANNECKER/LANGER/RANFT/SCHMITZ/BRAMMSEN (eds.), *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymanns, Colonia, pp. 79 ss.

——— (1981), «Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision „Leben gegen Leben“», *Juristische Schulung*, pp. 785 ss.

——— (1979), *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin.

KUTZ (2007), «Torture, Necessity and Existential Politics», *California Law Review*, (95 - 1), pp. 235 ss.

LABER (1997), *Der Schutz des Lebens im Strafrecht*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

LADIGES (2011), «Erlaubte Tötungen», *Juristische Schulung*, pp. 879 ss.

——— (2008), «Die Notstandsbedingte Tötung von Unbeteiligten im Fall des § 14 Abs. 3 LuftSiG - ein Plädoyer für die Rechtfertigungslösung», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, pp. 129 ss.

——— (2007), *Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum*, Duncker & Humblot, Berlin.

LENCKNER (1965), *Der rechtfertigende Notstand*, Mohr Siebeck, Tubinga.

LESCH (2005), «Die Notwehr», en WIDMAIER *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans Dahs*, Otto Schmidt, Colonia, pp. 81 ss.

LUBAN (2005), «Liberalism, Torture and the Ticking Bomb», *Virginia Law Review*, (91 - 6), pp. 1425 ss.

LÜBBE (2006), «Konsequentialismus und Folter», en LENZEN (ed), *Ist Folter erlaubt?*, Mentis, Paderborn, pp. 67 ss.

MACKIE (1990), *Ethics*, Penguin, Londres (reimpresión edición 1977).

MARTÍNEZ CANTÓN (2010), «Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, Wolters, Madrid, pp. 405 ss.

MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD (2009), *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1*, 10ª ed., C. F. Müller, Heidelberg.

MAURACH/ZIPF (1992), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 1, 8ª ed., C. F. Müller, Heidelberg.

MAURACH (1935), *Kritik der Notstandslehre*, Carl Heymanns, Berlín.

MENKE (2011), «Einleitung», en EL MISMO/RAIMONDI (eds.), *Die Revolution der Menschenrechte*, Suhrkamp, Berlín, pp. 15 ss.

MERKEL (2010), «An den Grenzen von Medizin, Ethik und Strafrecht: Die chirurgische Trennung sogenannter siamesischer Zwillinge», en ROXIN/SCHROTH (eds.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Boorberg, Estucardia, pp. 603 ss.

——— (2007), «§ 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?», *JuristenZeitung*, pp. 373 ss.

MITSCH (2006), «Flugzeugabschüsse und Weichenstellungen. Unlösbare Strafrechtsprobleme in ausweglosen Notstandssituationen», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 11 ss.

——— (2005), «Luftsicherheitsgesetz – Die Antwort des Rechts auf den 11. September 2001», *Juristische Rundschau*, pp. 274 ss.

——— (2004), *Rechtfertigung und Opferverhalten*, Kovac, Hamburgo.

——— (2004), «„Nantucket Sleighride“ – Der Tod des Matrosen Owen Coffin», en HEINRICH/HILGENDORF/MITSCH/STERNBERG-LIEBEN (eds.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Giesecking, Bielefeld, pp. 49 ss.

MOLINA FERNÁNDEZ (2006), «La ponderación de intereses en situaciones de extrema necesidad. ¿Es justificable la tortura?», en CUERDA RIEZU (dir.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, Dykinson, Madrid, pp. 265 ss.

——— (2008), «Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal», en MARTÍNEZ GARAY (coord.), *La justificación penal: balance y perspectivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 13 ss.

MURMANN (2012), *Grundkurs Strafrecht*, 2ª ed., C. H. Beck, Múnich.

NEUMANN (2013), § 34, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos-Kommentar. Strafgesetzbuch*, t. 1, 4ª ed., Nomos, Baden Baden.

———— (2013), Vor § 211, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos-Kommentar. Strafgesetzbuch*, t. 2, 4ª ed., Nomos, Baden Baden.

NOZICK (1974), *Anarchy, State and Utopia*, Blackwell, Malden.

OBERPARLEITER-LORKE (1997), *Der Freiheitsbegriff bei Rousseau*, Königshausen & Neumann, Würzburg.

OETKER (1969), «Notwehr und Notstand», en HEGLER (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank*, t. 1, Scientia, Aalen (reimpresión de la edición de Tubinga, 1930), pp. 359 ss.

ORTIZ DE URBINA (2011), «Caso de los dos psiquiatras en el III Reich», en Sánchez-Ostiz (coord.), *Casos que hicieron historia en el Derecho penal*, Wolters, Madrid, pp. 177 ss.

OTTO (2005), «Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlich gleichrangiger Interessen», *Juristische Ausbildung*, pp. 470 ss.

———— (2004), *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Springer, Berlín.

———— (1986), «Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht auf Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung», *Gutachten D zum 56. Deutschen Juristentag*, München.

———— (1978), *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3 ed., Elwert, Marburgo.

PAEFFGEN, Vor §§ 32 ff., en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos-Kommentar. Strafgesetzbuch*, t. 1, 4ª ed., Nomos, Baden Baden.

PAWLIK (2012), *Das Unrechts des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tubinga.

———— (2004), «§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?», *JuristenZeitung*, pp. 1041 ss.

———— (2003), «Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 12 ss.

———— (2002), *Der rechtfertigende Notstand*, De Gruyter, Berlín-Nueva York.

———— (1999), «Hegels Kritik an der politischen Philosophie Jean-Jacques Rousseaus», *Der Staat*, pp. 21 ss.

PERRON (2010), § 34, en ESER (ed.), *Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch*, 28ª ed., C. H. Beck, München.

PLAMENATZ (2012), «Was nichts anderes heißt, als daß man ihn zwingen wird, frei zu sein», en BRANDT/HERB (eds.), *Vom Gesellschaftsvertrag*, Akademie Verlag, Berlín, pp. 69 ss.

POPPER-LYNKEUS (1972), *Das Recht zu leben und die Pflicht zu sterben*, Johnson Reprint Corporation,

Nueva York-Londres (reimpresión 4. edición, Viena-Leipzig, 1924).

——— (1910), *Das Individuum und die Bewertung menschlicher Existenzen*, Dresden, 1910.

POSCHER (2004), «Die Würde des Menschen ist unantastbar», *JuristenZeitung*, pp. 756 ss.

QUANTE (2002), *Personales Leben und menschlicher Tod*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

RAKOWSKI (1993), «Taking and Saving Lives», *Columbia Law Review*, (93 - 5), pp. 1063-1156.

RAWLS (1999), *A Theory of Justice. Revised Edition*, Harvard University Press, Cambridge.

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 (dir.), *Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, Wolters, Madrid, pp. 445 ss.

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

ROSENAU (2009), § 34, en SATZGER/SCHLÜCKEBIER/WIDMAIER (eds.), *StGB - Strafgesetzbuch: Kommentar*, Carl Heymanns, Colonia.

ROUSSEAU (2001), *Du contrat social* (editado por Raimondi), Flammarion, París.

ROXIN (2011), «Der Abschuss gekaperter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, pp. 552 ss.

——— (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich.

——— (1986), «Die notstandsähnliche Lage - ein Strafunrechtsausschlussgrund?», en HERZBERG (ed.), *Festschrift für Dieter Oehler zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns, Colonia, pp. 181 ss.

——— (1986), «Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand», en VOGLER *et al.* (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, t. 1, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 457 ss.

SAFFERLING (2013), Vor §§ 211 ff., MATT/RENIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, C. H. Beck, Múnich.

SANDEL (2009), *Justice. What's the right thing to do?*, Penguin, Londres.

SCANLON (1999), *What we owe to each other*, Harvard University Press, Cambridge.

SCHNEIDER (2012), Vor §§ 211 ff., en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 4, 2ª ed., C. H. Beck, Múnich.

SCHÜNEMANN (2003), «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung», en NEUMANN/HASSEMER/SCHROTH (eds.), *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns. ARSP Beiheft 100*, pp. 144 ss.

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

STRENG (2010), «Gerechtfertigte Aufopferung Unbeteiligter? Anmerkungen zum Defensivnotstand bei terroristischen Angriffen», en JAHN/KUDLICH/STRENG (eds.), *Strafrechtspraxis und Reform. Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 135 ss.

STÜBINGER (2011), «„Not macht erfinderisch“ - Zur Unterscheidungsvielfalt in der Notstandsdogmatik am Beispiel der Diskussion über den Abschuss einer sog. Terrormaschine», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (123), pp. 403 ss.

TAUREK (1977), «Should the numbers count?», *Philosophy & Public Affairs*, (6), pp. 293 ss.

TITTMANN (1997), *Grundlinien der Strafrechtswissenschaft*, Keip, Goldbach (reimpresión de la edición de Leipzig, 1800).

WELZEL (1951), «Zum Notstandsproblem», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 47 ss.

——— (1949), «Anmerkung zu OGHSt 1, 321 ff.», *Monatsschrift für deutsches Recht*, pp. 370 ss.

WESSELS/HETTINGER (2012), *Strafrecht Besonderer Teil 1*, 36^a ed., C. F. Müller, Heidelberg.

WILENMANN (2014), «El fundamento del estado de necesidad justificante en el Derecho penal chileno», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, (27 - 1), pp. 213 ss.

——— (2014), *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff. Die Dogmatik des Defensivnotstands im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga.

ZIESCHANG (2012), «Rechtfertigungsfragen bei Tötungen unter Privaten», en HILGENDORF/ECKERT (eds.), *Festgabe für Frank-Ludwig Knemeyer zum 75. Geburtstag*, Ergon, Würzburg, pp. 449 ss.

——— (2007), «Der rechtfertigende und der entschuldigende Notstand», *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 679 ss.

ZIMMERMANN (2009), *Rettungstötungen*, Nomos, Baden Baden.