

## Estado de necesidad agresivo justificante y adecuación

### *Una interpretación a partir del Means Principle*

#### Sumario

-

*El presente trabajo aborda el problema del requisito de la adecuación de la acción de salvaguarda realizada en el marco de un estado de necesidad agresivo justificante. Aunque el legislador español haya prescindido de regular una «cláusula de adecuación» expresa en el art. 20.5º Código Penal español, una parte de la literatura española se ha pronunciado a favor de aceptar esta cláusula como exigencia no escrita. Después de considerar plausible este punto de vista, se demostrará que la cláusula debe regir como «principio de no instrumentalización», en tanto derivado de la dignidad humana. Sin embargo, se mostrará que el mero recurso a estos conceptos jurídicos indeterminados no es suficiente: no es claro qué significa instrumentalizar a otra persona. Es por eso que se propondrá una interpretación de aquel principio a partir del Means Principle desarrollado en la literatura de la filosofía anglosajona.*

#### Abstract

-

*This article addresses the issue of the adequacy of the offense committed under the necessity defense. Although the Spanish legislator refrained from explicitly regulating an "adequacy clause" in Article 20.5 of the Spanish Penal Code, some scholars advocate for recognizing this clause as an unwritten legal principle. Upon establishing the plausibility of this position, it will be argued that the clause should be considered a "principle of non-instrumentalization" derived from the concept of human dignity. However, it will be shown that mere recourse to these vague legal terms is unsatisfactory: it is not clear what the instrumentalization of another human being means. For this reason, an interpretation of this principle based on the Means Principle as developed in Anglo-Saxon philosophy is proposed.*

#### Abstract

-

*Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Angemessenheitsvoraussetzung bzgl. der in einem rechtfertigenden Notstand ausgeführten Handlung. Obwohl der spanische Gesetzgeber keine „Angemessenheitsklausel“ in Art. 20.5 des spanischen Strafgesetzbuches vorgesehen hat, plädiert ein Teil der spanischen Literatur dafür, die Angemessenheit der im Notstand ausgeführten Handlung als ein ungeschriebene Voraussetzung anzunehmen. Vorliegend wird dargelegt, warum diese Ansicht überzeugend ist. Anschließend soll gezeigt werden, dass die Angemessenheitsprüfung eine Anforderung des Grundsatzes der „Nicht-Instrumentalisierung“ darstellt, welcher aus der Menschenwürde folgt. Es wird jedoch gezeigt, dass der bloße Rückgriff auf diese unbestimmten Rechtsbegriffe nicht ausreicht: Es ist unklar, was die „Instrumentalisierung eines anderen Menschen“ bedeutet. Aus diesem Grund wird eine Auslegung dieses Grundsatzes auf der Grundlage des in der angelsächsischen Philosophie entwickelten Means Principle vorgeschlagen.*

**Title:** *Necessity Defense, Adequacy and the Means Principle*

**Titel:** *Der rechtfertigende Notstand, Angemessenheitsklausel und Means Principle*

-

**Palabras clave:** causas de justificación, cláusula de adecuación, instrumentalización, restricciones deontológicas, *Means Principle*

**Keywords:** *justifications, adequacy, treating persons as means, deontological restrictions, Means Principle*

**Stichwörter:** *Rechtfertigungsgründe, Angemessenheitsklausel, Instrumentalisierung, deontologische Einschränkungen, Means Principle*

-

**DOI:** 10.31009/InDret.2024.i3.09

Recepción  
28/11/2023

-

Aceptación  
12/03/2024

-

## Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. El estado de la discusión en España sobre la cláusula de adecuación**
- 3. Cláusula de adecuación**
  - 3.1. Adecuación e indeterminación
  - 3.2. Utilitarismo de regla
  - 3.3. Procedimiento previsto por ley: el principio de subsidiariedad
  - 3.4. Dignidad humana
- 4. La adecuación como prohibición de instrumentalización desde la perspectiva del Means Principle**
  - 4.1. Introducción al *Means Principle*
  - 4.2. Posibles excepciones al *Means Principle*
  - 4.3. Solución del caso *Trasplante*
- 5. Conclusión**
- 6. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

## 1. Introducción\*

El estado de necesidad agresivo justificante es sin lugar a duda uno de los institutos de la teoría del delito que más ha llamado la atención de los juristas. En el caso del Código Penal español, el legislador ha decidido regular el estado de necesidad en el art. 20.5 CP<sup>1</sup>. En su redacción podemos ver ya plasmado uno de los elementos centrales de esa figura jurídica: la cláusula de ponderación para analizar la legitimidad de la acción de salvaguarda emprendida en el marco de una situación de necesidad<sup>2</sup>. Esto se ve reflejado cuando se aclara expresamente «que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar» (inc. 1º). En la literatura, se han investigado detalladamente varios de sus elementos, ya sea qué implica hacer una «ponderación de males» y cómo debe llevarse a cabo<sup>3</sup>, o incluso el fundamento del instituto según la filosofía del derecho<sup>4</sup>. Sin embargo, ha habido un punto en particular que, salvo algunas excepciones, ha quedado relegado por la doctrina española: el problema de la *adecuación* de la acción mediante la cual se hace la injerencia en una situación de estado de necesidad<sup>5</sup>.

---

\* Autora de contacto: María Lucila Tuñón Corti, LL.M. (maria.tunon\_corti@uni-wuerzburg.de). Becaria doctoral DAAD (2021-2025); ganadora de la beca Barbara Huber para el área de derecho penal otorgada por el Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht. Quisiera agradecerle a Marta Pantaleón Díaz, José Béguelin, Marcelo Lerman, Ivó Coca Vila y Leandro Dias por sus valiosos comentarios a versiones preliminares de este texto. Extiendo el agradecimiento a los dos revisores por sus sugerencias que han ayudado a mejorar esta versión final. Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación UBACyT “Sobre el cuestionamiento a la distinción entre ilícito y culpabilidad en la obra de Michael Pawlik. Análisis de las consecuencias dogmáticas de la renuncia a un concepto de ilícito independiente de la culpabilidad” (código: 20020190100143BA) dirigido por el Prof. Dr. Marcelo Lerman.

<sup>1</sup> MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, «Art. 20», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (eds.), *Comentarios al Código Penal*, 2015, nm 30.

<sup>2</sup> BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 197 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», en DE VICENTE REMESAL/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN et. al (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, 2020, p. 807.; SÁNCHEZ DAFUACE, «El conflicto entre vidas en derecho penal», *Nuevo Foro Penal*, (16-95), 2020, p. 32.; SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA/CORCOY BIDASOLO, *Casos de la jurisprudencia con comentarios doctrinales: Parte General*, 1997, p. 229.

<sup>3</sup> BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 242; 216 ss.; MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 111 ss.

<sup>4</sup> ENGLÄNDER, «Die Rechtfertigung des rechtfertigenden Aggressivnotstands», (164-5), *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2017, pp. 242 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Revista Discusiones*, (7), 2007, pp. 31 ss.; WILENMANN, «El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile», *Revista de Derecho (Valdivia)*, (27), 2014, pp. 213 ss.

<sup>5</sup> Cabe ya aclarar que una parte de la doctrina española entiende que el problema de la «cláusula de adecuación» debe ubicarse en el art. 20.5, incisos 2º-3º, CP, como correlato del requisito «ausencia de provocación intencional» y «deber de soportar el peligro». Esos dos elementos negativos de la causa de justificación aquí no serán tratados y no se descarta que la «adecuación» de la acción en estado de necesidad esté parcialmente vinculada con la provocación y los deberes de soportar. Esta cuestión se retomará parcialmente hacia el final del trabajo. En esta contribución, no obstante, se entenderá a la adecuación de un modo diferente: como un requisito autónomo, intrínseco a la regla general española sobre estado de necesidad justificante y analíticamente diferente a los incisos 2º y 3º, al menos, en principio. Sobre esto último, inmediatamente en el texto principal. Sobre aquella interpretación primero mencionada, véase COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, 2016, p. 342; MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 760 s.; SILVA SÁNCHEZ, «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (35), 1982, pp. 683 ss.; VALLE MUÑOZ, «Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45/2), 1992, pp. 603 ss., todos con más referencias.

Tal vez el posible motivo de esto sea el hecho de que el art. 20.5 CP no establece una cláusula de adecuación de forma expresa, como sí lo hacen otros ordenamientos jurídicos<sup>6</sup>, en especial el Código Penal alemán. Así, el texto legal alemán aclara en el § 34, oración 2, StGB, que la justificación solo es aplicable «en caso de que el hecho sea un medio adecuado para repeler el peligro»<sup>7</sup>. En este trabajo se mostrará que una interpretación razonable del Código Penal español ha de señalar que esa cláusula rige (y debe regir) como requisito no escrito del art. 20.5 CP y se le brindará un contenido concreto.

Puntualmente, en los siguientes apartados se desarrollará cuál ha sido la recepción de esta cláusula de adecuación en la literatura española, respecto de la cual se ha hecho hincapié en que debería estar basada en el principio de dignidad humana, de manera similar a como lo ha hecho parte de la literatura alemana (2.). A partir de esa discusión se concluirá que en España también existe una cláusula de adecuación en el marco del estado de necesidad agresivo justificante, aunque no se encuentre escrita. Posteriormente, se tratarán las principales interpretaciones que se han hecho respecto del contenido de la cláusula y se señalará que ninguna de las alternativas propuestas hasta ahora es completamente convincente (3.). Luego se ofrecerá una lectura novedosa de la cláusula de adecuación a partir del llamado «Means Principle» (principio de medios) (se utilizará el original en inglés, para evitar confusiones con el principio de no instrumentalización de derecho continental que se analizará más adelante), proveniente de la discusión filosófica anglosajona (4.). En pocas palabras, se trata de una idea que se asemeja a las posiciones que interpretan la cláusula de adecuación como prohibición de instrumentalización como derivado de la dignidad humana, pero que logra concretizar su contenido y hacer más transparente la argumentación. Finalmente, se brindará una breve conclusión (5.).

El caso que guiará el análisis en los siguientes apartados es el siguiente:

*Trasplante*<sup>8</sup>: El paciente X es víctima de un accidente y necesita urgentemente un trasplante de riñón. No solo eso: X es un conocido cirujano que realiza cirugías de alta complejidad únicas en el mundo

<sup>6</sup> Por ejemplo, el art. 20. 4º b) del Código Penal peruano exige que el medio sea adecuado. Véase CHOCANO RODRÍGUEZ, «Situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificación: estado de necesidad agresivo y defensivo», en TIEDEMANN/HURTADO POZO, *et al.* (eds.), *Problemas fundamentales de la parte general del Código*, 2009, p. 287.

<sup>7</sup> Traducción tomada de WILENMANN, *La justificación de un delito en estado de necesidad*, 2017, p. 601.

<sup>8</sup> Este ejemplo, sin el agregado de las diez personas que serán salvadas por el necesitado, se encuentra en BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1999, nm. 731.; BAJO FERNÁNDEZ, «La intervención médica contra la voluntad del paciente», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 32, 1979, p. 494.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 242 s.; CEREZO MIR, «La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español», en *Estudios Penales y Criminológicos*, (10), 1987, p. 85.; EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General*, 2008, p. 508.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal*, 3ª ed., 2016, pp. 416 s.; MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 769; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm. 17/70.; SÁNCHEZ DAFAUCE, «El abatimiento de un avión secuestrado», *InDret*, (4), 2014, p. 6; SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA/CORCOY BIDASOLO, *Casos de la jurisprudencia con comentarios doctrinales: Parte General*, 1997, p. 248 con leves modificaciones; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica ¿Un concepto útil?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (102), 2014, p. 198; LA MISMA, «El estado de necesidad», en QUINTERO OLIVARES/CARBONELL MATEU/MORALES PRATS *et al.* (eds.), *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*, 4ª ed., 2018, p. 155.; VALLE MÚNIZ, *ADPCP*, (45-2), 1992, p. 598 con nota al pie n. 91. La incorporación de las diez personas que con seguridad serían salvadas tiene el sentido de dejar en claro que la acción del médico M salva un interés esencialmente preponderante, en el sentido de que la ponderación debería dar positiva por un margen amplio. Por supuesto, se podría señalar que esas consecuencias (seguras) a largo plazo no deben ser tenidas en cuenta en la ponderación, por alguna razón. Esta última posibilidad, que sin dudas es contraria a un análisis de ponderación consecuencialista usual, puede ser dejada de lado aquí. Asumo aquí como señala MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (1), 2000, pp. 221

y que, si sobreviviese, salvaría –con seguridad– a al menos a diez personas más en el próximo año. Al mismo tiempo, se encuentra en el hospital el paciente *B*, que podría donar el riñón que se necesita. Pero *B* se niega a que se lo extraigan. El médico *M* se lo extrae por la fuerza de todos modos y salva a *X*. Tanto *X* como *B* luego viven vidas largas y plenas.

La pregunta es si acaso el médico *M* está justificado por estado de necesidad agresivo justificante conforme el art. 20.5 CP o si, por el contrario, es punible por lesiones corporales según el art. 147 CP<sup>9</sup>. En este marco, existe una posición bastante extendida en España y en Alemania que concluye que en el caso en cuestión no se aplica ninguna causa de justificación (ni de exculpación) y, por eso, el médico es punible<sup>10</sup>. Sin embargo, a menudo se ha asumido esta solución sin un debate en profundidad. Si esto es así, entonces existe el riesgo de que se haya aceptado como cierta una solución propuesta, pero que puede no estar suficientemente fundamentada.

## 2. El estado de la discusión en España sobre la cláusula de adecuación

A pesar de que el ordenamiento español no codifica expresamente una regla de adecuación en sus requisitos del art. 20.5 CP, sino que más bien se limita a la ponderación de males sin la exigencia de un «medio adecuado», parte de la doctrina española acepta que la ponderación de males no puede ser llevada a cabo a cualquier costo, sino que debe tener un límite, incluso si la ley no lo establece de forma explícita<sup>11</sup>. En otras palabras, aun si un interés a salvar fuese esencialmente superior al que se sacrifica, una justificación por estado de necesidad podría estar bloqueada si la acción no es «adecuada» en algún sentido. De esta forma, se ha defendido una «relación de adecuación» en vez de una «ponderación estricta de bienes», en la que se exige, así MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, que la acción de salvaguarda sea el medio adecuado para evitar el peligro<sup>12</sup>. De esta manera, en el marco del estado de necesidad agresivo deberían ser diferenciados dos niveles de análisis: la ponderación en sí misma de los males y la cláusula de adecuación como un «filtro de seguridad»<sup>13</sup>. Así, sostiene GIMBERNAT ORDEIG lo siguiente:

«Todas las causas de justificación, como [...] el estado de necesidad, no sólo están regidas por el principio de ponderación de intereses, sino también por el de adecuación, en el sentido de que la

---

s., que la ponderación es un proceso complejo que debe tener en cuenta todos los intereses afectados como los «efectos directos e indirectos que pueda tener el hecho a largo plazo en la estructura social». Véase, a su vez, *infra* nota al pie n. 19.

<sup>9</sup> En aras de la simplicidad, solo se supondrá aquí la responsabilidad penal en virtud del tipo penal básico del art. 147 CP (lesiones corporales) o su equivalente alemán, § 223, párr. 1, StGB. La cuestión de si puede considerarse una calificación adicional, como la del art. 149 o 150 CP, en el sentido de causar la pérdida de un órgano o miembro principal o no principal, no se abordará en este trabajo. Sobre el tipo penal básico y las agravantes, véase, GÓMEZ MARTÍN, «Tema 3: Delitos contra la salud individual», en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. 1, 3ª ed., 2023, pp. 108 ss.

<sup>10</sup> Por todos, véase MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm. 17/70 s.; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen. Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand*, 2009, p. 40.

<sup>11</sup> BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 1997, pp. 270 s.; BAJO FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (32), 1979, p. 493; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 241 s.; CEREZO MIR, *EPC*, (10), 1987, pp. 84 s.; GIMBERNAT ORDEIG, «De nuevo sobre el caso Haidar», *El Mundo*, 15 de diciembre 2009.

<sup>12</sup> MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, 11ª ed., 2022, p. 304 s.

<sup>13</sup> BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 242. Ya BAJO FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (32), 1979, p. 495, se remitió a la legislación alemana sobre estado de necesidad para resaltar que la justificación dependerá de dos valoraciones: una referida a la ponderación del litigio y otra referida al sentido «ético-social» de la acción de salvaguarda.

lesión de un bien jurídico-penalmente protegido, para que pueda quedar exenta de pena, tiene que manifestarse como “el medio adecuado (correcto) para alcanzar un fin que el legislador ha reconocido como legítimo (correcto)”. Por lo que se refiere en concreto al estado de necesidad, ese criterio de adecuación –que complementa y, a veces, corrige, el de proporcionalidad– puede deducirse tanto de los principios generales del Derecho, como de algunas regulaciones específicas contenidas en leyes penales o extrapenales»<sup>14</sup>.

Por supuesto que requerir que el medio utilizado para salvar un interés superior sea «adecuado» no dice demasiado: se trata de una cláusula general relativamente indeterminada. Por esa razón, al límite de la adecuación del medio se le ha intentado dar un contenido más concreto. Una postura bastante difundida encuentra ese contenido en el principio constitucional de la dignidad humana, en línea incluso con la interpretación de gran parte de la doctrina alemana sobre la cláusula de adecuación del § 34, oración 2, StGB<sup>15</sup>. Es decir, se ha abogado por aceptar una justificación según el art. 20.5 CP solo cuando se cumpla el requisito del interés preponderante y, adicionalmente, la acción de salvaguarda no implique un «grave atentado a la dignidad de las personas»<sup>16</sup>. A modo de ejemplo, LUZÓN PEÑA considera que, si comparamos el texto legal español con el alemán, podría entenderse que esa cláusula de adecuación entendida desde el Derecho español se encuentra precisamente en el contenido del art. 10.1 CE como correlato de que la dignidad, los derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y la paz social, o en la prohibición de tortura y tratos degradantes según el art. 15 CE<sup>17</sup>. Por consiguiente, tal como lo asume gran parte de la doctrina<sup>18</sup> en el caso *Trasplante*, si bien el médico habría salvado un interés mayor (vida –incluso de varias personas más, que luego serían salvadas por X– versus integridad corporal)<sup>19</sup>, la acción de salvamento no sería

<sup>14</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *El Mundo*, 2009. Similar KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm. 166. También se considera que a la cláusula de adecuación podría dársele un significado autónomo en BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 242.

<sup>15</sup> En esta dirección LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal*, 3ª ed., 2016, p. 417. Véase también BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1999, nm. 731 ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 242 con nota al pie n. 145, quien ha hecho referencia a los derechos fundamentales en general. Sobre el concepto y alcance jurídico de la dignidad humana TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, pp. 171 ss.

<sup>16</sup> Así, aunque considere que la cláusula de adecuación en sí misma es un requisito formal, CEREZO MIR, *EPC*, (10), 1987, pp. 87 s. También véase BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1999, nm. 731 ss.

<sup>17</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal*, 3ª ed., 2016, p. 417. También se ha hecho referencia a que la adecuación significa que el hecho se condiga con «los valores fundamentales de la comunidad jurídica». Cf. así BAJO FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (32), 1979, p. 495, 499, en relación con el argumento de JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 364. Hasta donde alcanzo, esa parte de la discusión que abogaba por considerar «valores éticos sociales» se ha ido transformando hacia las actuales propuestas de tener en cuenta la dignidad humana. Al respecto, véase MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 761 ss., con más referencias.

<sup>18</sup> En este sentido BAJO FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (32), 1979, p. 494; CEREZO MIR, *EPC*, (10), 1987, pp. 85 ss.; MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, p. 785; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm 17/70.

<sup>19</sup> Se podría objetar aquí que la remoción de un riñón, a pesar de que eso no afectará esencialmente la vida de quien sufre la ablación (véase lo que se señala en el caso original respecto de las vidas largas y plenas de los protagonistas), no permite hablar de una diferencia *esencial* entre los bienes en juego, en contra de lo que defiende la doctrina citada en la nota al pie n.º 18, e incluso con el agregado de que X además salvará más vidas en el futuro. Esta podría ser la opinión de quienes defiendan un fundamento del estado de necesidad justificante basado en la idea de solidaridad y, además, consideren que los deberes de solidaridad son muy poco exigentes y que eso debe verse reflejado en la ponderación de intereses: ningún interés sería «esencialmente» preponderante en el sentido aquí relevante cuando se trata de una injerencia tan grande como la pérdida de un órgano, incluso si con ese órgano se salvase a quinientas o un millón de personas y el «donante» pudiese continuar sin más con su vida tras la ablación. Este problema puede ser dejado de lado aquí, ya que se pretende dejar abierto el problema del fundamento último del estado de necesidad agresivo justificante. En todo caso, el lector es libre de ajustar el caso

«adecuada», debido a que implicaría una violación a la dignidad humana de quien sufre la ablación de un órgano sin o contra su consentimiento.

Esta primera postura, entonces, propone la aplicación de una la cláusula de adecuación como elemento no escrito del art. 20.5 CP, que pasa a ser interpretado de modo similar al § 34 StGB<sup>20</sup>. De hecho, existen voces que ante la falta expresa de esta cláusula han abogado por una reforma del texto legal, en línea con la disposición alemana<sup>21</sup>.

Esta posición, de todos modos, no es la única. Así, hay autores que si bien no sostienen expresamente la existencia de una cláusula de adecuación en el Derecho penal español, sí han resaltado que al estado de necesidad se le deben imponer límites por medio de una interpretación<sup>22</sup>. De esta forma, en el caso *Trasplante*, estos autores reconocen que ciertamente estarían dados los requisitos exigidos en el art. 20.5 CP, ya que el médico lesiona un interés menor (integridad corporal) que el salvado (vida)<sup>23</sup>. La ponderación tendría un saldo positivo. Pero otorgarle un efecto justificante a tal conducta sería una consecuencia insostenible<sup>24</sup>. Es entonces cuando se introduce el concepto de «instrumentalización»<sup>25</sup>, en tanto grave atentado a la dignidad humana<sup>26</sup>: el médico, al haberle quitado algo tan importante como un órgano al paciente sin su consentimiento (y, adelantese, sin seguir el procedimiento reglado por el Estado para estas injerencias), habría tratado al paciente como un mero medio para lograr un fin. Como resultado, si se ha instrumentalizado a la víctima de la injerencia, la acción de salvaguarda en *Trasplante* que extrae el riñón, aunque sea para salvar a otra persona de un peligro concreto de muerte, no debe ser considerada como un mal menor y, por ende, no podría justificarse<sup>27</sup>. Esta postura, si bien no reconoce expresamente la existencia de una cláusula de adecuación como

---

de modo tal que se produzca una diferencia esencial (por ejemplo, modificando el trasplante de riñón por una injerencia menos drástica, como una extracción de sangre –sobre este último caso, véase en detalle *infra*–).

<sup>20</sup> Tajantes en este sentido ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio del Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2017, p. 400, quienes consideran que «aunque en el art. 20.5º no se hace mención expresa a este extremo, nos parece que es un requisito más y necesario para la aplicación de la eximente, porque pertenece a su esencia: los medios empleados por el sujeto han de ser adecuados para alcanzar el fin perseguido, para salvar al bien jurídico en peligro (...) como requiere de modo expreso el art. 34 del CP alemán».

<sup>21</sup> Crítico al respecto, BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1999, nm. 732, ya que el art. 20.5 CP no cumple «con las exigencias que requiere la conciencia jurídica actual». Hay quienes dejan abierta la cuestión, como es el caso de SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA/CORCOY BIDASOLO, *Casos de la jurisprudencia con comentarios doctrinales: Parte General*, 1997, p. 230.

<sup>22</sup> Por ejemplo, véase CEREZO MIR, *EPC*, (10), 1987, p. 91, quien sostiene que la dignidad humana tiene que complementar a la ponderación; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm 17/70.

<sup>23</sup> Véase nota al pie n. 18.

<sup>24</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm 17/70. También muy claro al respecto BAJO FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (32), 1979, p. 496: un cálculo tal «hiere la sensibilidad de cualquier jurista».

<sup>25</sup> El concepto de «no instrumentalización» surge como modelo de la segunda formulación del imperativo categórico de Kant: una persona no se debe ser tratada por los otros como medio sino como un fin. Véase ALONSO ÁLAMO, «Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad», en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luís Rodríguez Ramos*, 2013, p. 267.; CHIESA, «Caso la Mignonette», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (ed.), *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, 2ª ed, La Ley, 2011, pp. 99 ss.; DOMÉNECH PASCUAL, «¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para impedir un atentado kamikaze?», *Revista de Administración Pública*, (170), 2006, p. 397.; MOLINA FERNÁNDEZ, en DE VICENTE REMESAL/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN *et. al* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, 2020, p. 830; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 252; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, pp. 184 ss.

<sup>26</sup> CEREZO MIR, *EPC*, (10), 1987, p. 87; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm 17/70. Similar con respecto a la instrumentalización en términos generales COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, 2016, p. 485.

<sup>27</sup> CEREZO MIR, *EPC*, (10), 1987, pp. 88 s.

elemento no escrito del art. 20.5 CP, llega en lo esencial a las mismas conclusiones que la anterior.

Si alguna de estas dos posiciones que suelen encontrarse en la literatura española es correcta, entonces es posible asumir que en casos como *Trasplante* lo que está en juego es la adecuación de la acción de salvamento. No obstante, uno podría preguntarse por qué una cláusula de adecuación podría ser relevante para España si el mismo Código Penal no la prevé expresamente. Es por eso que una parte de la doctrina penal española sostiene que no es necesario atender ni referirse a una cláusula de adecuación, la cual ha sido considerada inexistente, debido a que el legislador no la ha regulado<sup>28</sup>. Según esta posición, esto no impediría que se pueda reconocer la importancia de «valores ético-sociales» que estarían ya ponderados dentro del concepto de «mal»<sup>29</sup>. Así, cuando estuviese en juego particularmente la dignidad humana debería hacerse una ponderación muy cuidadosa, tendiente a impedir la justificación de una grave afectación a una «manifestación esencial de la dignidad»<sup>30</sup>, pero sin considerar que aquella tenga un valor absoluto equivalente a una imponderabilidad<sup>31</sup>. De esta forma, la dignidad humana sí podría ceder cuando se afecten «manifestaciones menos graves» de su figura<sup>32</sup>. Pero esto no implicaría necesariamente tener que reconocer o profundizar una cláusula de adecuación como propone una parte de la doctrina<sup>33</sup>. Por el contrario, la dignidad humana sería un interés más a considerar dentro de la ponderación, independientemente del valor supremo que le reconozca nuestro ordenamiento jurídico en el art. 15 CE<sup>34</sup>.

Sin embargo, una interpretación de esta clase se topa con varias dificultades. Primero, considerar que la dignidad humana es ponderable y hacer depender su aplicación de los resultados de la ponderación da lugar a una concepción demasiado laxa de lo que verdaderamente significa la dignidad humana como valor fundamental para un ordenamiento jurídico liberal. Cuando están en juego argumentos basados en la idea de dignidad, se hace referencia a ciertos principios deontológicos que justamente funcionan como *límite* a la ponderación. Supongamos que se está frente a una «manifestación esencial» de la dignidad humana. Si se acepta que la dignidad humana es un mero elemento más en la «ponderación global», el carácter justificado o no justificado de la conducta termina dependiendo de factores empíricos contingentes del caso.<sup>35</sup> Quizá en *Trasplante* la combinación de integridad corporal y una manifestación esencial de la

<sup>28</sup> MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 859; VALLE MUÑOZ, *ADPCP*, (45/2), 1992, p. 606.

<sup>29</sup> MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 765, 807 s. Similar CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, 1966, p. 184, nota al pie n. 1.

<sup>30</sup> MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 808, 860 s.; Cf. también ALONSO ÁLAMO, en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luís Rodríguez Ramos*, 2013, p. 282, quien sostiene que «los ataques a la dignidad son graduables».

<sup>31</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, en DE VICENTE REMESAL/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN *et. al* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, 2020, p. 808.

<sup>32</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, p. 216.

<sup>33</sup> MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, p. 859.

<sup>34</sup> MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, p. 859; MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, p. 215. DIEZ RIPOLLÉS, *Política Criminal y Derecho penal*, 3ª ed., t. I, 2020, p. 873, sostiene que la dignidad humana tiene que incluirse en la ponderación, pero no como un interés más, sino que debe ser el marco en el que se produce la ponderación. Sin referirse particularmente a una cláusula de adecuación, consideran que la dignidad humana puede incluirse dentro de la ponderación, FARALDO CABANA, «Artículo 20.5», en CUERDA ARNAU (ed.), *Comentarios al Código Penal*, t. 1, 2023, p. 265; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, en QUINTERO OLIVARES/CARBONELL MATEU/MORALES PRATS *et al.* (eds.), *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*, 4ª ed., 2018, p. 156.

<sup>35</sup> Aquí tomo la terminología de GRECO, «Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal», *InDret*, (4), 2010, p. 5.

dignidad humana sean suficientes para superar en peso (o igualar en peso) a la vida de quien necesitaba el trasplante. ¿Pero qué sucedería si por alguna razón el trasplante, además, permitiría salvar no ya a diez, sino a mil vidas en el próximo año (supóngase, porque el trasplantado trabaja en una zona muy pobre en la que todos los pobladores dependen de él para ser salvados ante emergencias médicas)?

Segundo, a la propia indeterminación del concepto «dignidad humana»<sup>36</sup> se le sumaría la indeterminación del límite entre «lo esencial y lo menor» de su manifestación. Esto todavía se hace más evidente si se incluye en la ponderación no solo la dignidad humana, sino también otros «valores ético-sociales»<sup>37</sup>. Esta combinación de conceptos jurídicos indeterminados brinda un enorme margen de apreciación difícilmente compatible con un entendimiento razonable del estado de necesidad agresivo justificante. Por consiguiente, son correctas las interpretaciones del Derecho penal español que buscan un límite a la ponderación *por fuera* de esta.

Por consiguiente, se considerará, siguiendo la perspectiva señalada, que el problema de la adecuación del medio necesario en el estado de necesidad agresivo justificante se presenta tanto en Alemania, como en España. Se trata, en definitiva, de un requisito esencial del estado de necesidad justificante según el art. 20.5 CP, cuya infracción elimina la posibilidad de una justificación de la injerencia en estado de necesidad agresivo<sup>38</sup>. Aclarado este punto, las secciones siguientes mostrarán cómo ha sido abordada la cláusula de adecuación sobre todo en la literatura alemana pero también en la española y qué función se le ha otorgado. No obstante, incluso si no se acepta (implícita o explícitamente) una cláusula de adecuación en el marco del 20.5 CP, lo señalado sirve para mostrar que la discusión sobre casos como *Trasplante* parecería ir mucho más allá de la ponderación. Por consiguiente, lo que se señalará en los siguientes apartados puede llegar a ser interesante también para quienes rechazan una cláusula de adecuación.

### 3. Cláusula de adecuación

#### 3.1. Adecuación e indeterminación

Puesto que el concepto «adecuación» es indefinido, abierto y vago<sup>39</sup>, su contenido y función están discutidos en la literatura del Derecho penal. Respecto de los efectos de la cláusula de adecuación (escrita o no escrita), se debate principalmente en qué medida la adecuación debe tener un efecto en la ponderación que ya se llevó a cabo de conformidad con el primer párrafo del § 34 StGB –o con el 20.5 CP, como ya se vio anteriormente–. Es decir, qué criterio(s) debe(n) ser considerado(s) como un complemento a la ponderación, de modo tal que al final del análisis se pueda hablar de una acción adecuada<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> ALONSO ÁLAMO, en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luís Rodríguez Ramos*, 2013, p. 269; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, p. 167.

<sup>37</sup> En tal caso, las conclusiones son mucho más mutables. En parte, gracias a la indeterminación del concepto.

<sup>38</sup> Para una argumentación similar, en el sentido de que un elemento no mencionado explícitamente en la regulación del art. 20.5 CP, como la subsidiariedad (o «necesidad abstracta») puede ser considerado como un requisito esencial, véase COCA VILA, «Ocupación pacífica de la vivienda en estado de necesidad», en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, 2022, pp. 562 s.

<sup>39</sup> PANTALEÓN DÍAZ, «Justificación penal, sacrificio y unas abejas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (75/1), 2022, p. 604.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 247.; WILENMANN, *La justificación de un delito en estado de necesidad*, 2017, p. 600; ZIESCHANG, «§ 34», *LK-StGB*, 13ª ed., 2019, nm 151, con otras referencias.

<sup>40</sup> JOERDEN, «§ 34, Satz 2 und das Prinzip der Verallgemeinerung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1991, pp. 411.; ROSENAU, «§ 34», *SSW-StGB*, 5. ed., 2021, nm 15.

Así, parte de la literatura<sup>41</sup> niega una función autónoma de la cláusula de adecuación: la consideran superflua y vacía, ya que solo representaría una mera «cláusula de control» del examen exhaustivo, ya realizado, de la situación concreta. La cláusula tendría por objeto garantizar al final del análisis que el resultado determinado es justo y solo obligaría a hacer un último control de que fueron cumplidos los otros requisitos del estado de necesidad agresivo justificante. En el mejor de los casos, se trataría de una especie de «alerta» que dirige la atención del que aplica la ley hacia ciertos valores básicos fundamentales que no deben pasarse por alto en la ponderación de intereses. Por el contrario, otra parte de la literatura<sup>42</sup> quiere atribuirle, con razón, un carácter independiente a la cláusula de adecuación como nivel adicional de análisis que podría dar lugar a una eventual restricción de la posibilidad de justificación por estado de necesidad.

Comiencese por la postura que considera superflua a la cláusula de adecuación. Es cierto que «adecuado» es un concepto en principio poco claro, pero ello no impide que la cuestión se esclarezca mediante un debate racional. De hecho, esto es algo usual en regulaciones escuetas de problemas difíciles, como el estado de necesidad justificante. A modo de ejemplo, el art. 20.5, inc. 1º, CP, no dice cómo debemos sopesar los males y el § 34 StGB tampoco ofrece una respuesta clara sobre lo que significa «ponderar». Ni siquiera el *telos* de la disposición legal está lo suficientemente claro y hay al menos<sup>43</sup> dos posiciones con visiones opuestas: el criterio utilitarista del interés preponderante y el criterio deontológico vinculado a la idea de solidaridad. Ninguno de estos fundamentos se encuentra en el texto de la ley y el mero hecho de que se haga referencia a un proceso de ponderación no dice nada sobre cómo realizar ese complejo proceso;<sup>44</sup> y no por eso el término «ponderación» ha sido considerado «superfluo». Al contrario, se han hecho esfuerzos para poder concretizarlo mediante interpretación.

Lo mismo cabe decir del término «adecuado». Son conceptos indeterminados, pero luego corresponde a la literatura y a la jurisprudencia darles cuerpo, y todo depende del significado o contenido que se les dé en la interpretación y aplicación de la ley. El objetivo es encontrar una fórmula precisa y plausible de lo que es «adecuado» en cada caso, para darles así contornos más claros a las reglas sobre estado de necesidad justificante, aun cuando no sea un requisito escrito en la letra legal. De hecho, el concepto de adecuación dejaría de ser superfluo en el momento en

<sup>41</sup> CEREZO MIR, *EPC*, (10), 1987, pp. 87 s.; ENGLÄNDER, «Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen», (157-1), *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2010, pp. 18 s.; FREELAND, *El estado de necesidad agresivo justificante: una propuesta liberal*, 2020, p. 442.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., 2004, p. 127.; PERRON, «§ 34», *Strafgesetzbuch*, 30ª ed., 2019, nm 46.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., 2020, nm 92, 100.; ZIESCHANG, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, nm 274.; EL MISMO, «§ 34», *LK-StGB*, 13ª ed., 2019, nm 152, 164. Véase también PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 245 ss., con más referencias.

<sup>42</sup> BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 242.; DUTTGE, «§ 34», *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 2ª ed., 2011, nm 21.; GIMBERNAT ORDEIG, *El Mundo*, 2009; JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 363; JOERDEN, GA, 1991, p. 411.; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm 167 ss.; NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 6ª ed., 2023, nm 21a; RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13ª ed., 2021, § 19/49; ROSENAU, «§ 34», *SSW-StGB*, 5ª ed., 2021, nm 32; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 52ª ed., 2022, nm 468 ss.; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 40. Sobre la jurisprudencia que sostiene esto, véase ZIESCHANG, «§ 34», *LK-StGB*, 13ª ed., 2019, nm 151. Crítico al respecto, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 250.

<sup>43</sup> Para un panorama reciente de las distintas fundamentaciones del estado de necesidad justificante, con especial énfasis en el Derecho penal español, PANTALEÓN DÍAZ, *ADPCP*, (75-1), 2022, pp. 595 ss.; WILENMANN, *Revista de Derecho*, (27), 2014, pp. 213 ss.

<sup>44</sup> NESTLER, «Sonderopfer und Solidarität der Rechtsgemeinschaft als Grundlage für erlaubte Rechtsverletzungen», *Juristische Ausbildung*, 2020, p. 695.

que ayuda a resolver ciertos casos difíciles como *Trasplante*, en el que al parecer se cumplirían todos los requisitos del estado de necesidad agresivo, pero la justificación del autor luce injusta. Por supuesto que la determinación del concepto no debe dejarse a un mero sentimiento jurídico, sino que requiere razones fundadas que determinen por qué un medio es adecuado y el otro no<sup>45</sup>. A continuación se examinará cómo y con qué argumentos se ha llevado a cabo la concreción de este concepto jurídico indeterminado en la dogmática jurídico-penal.

### 3.2. Utilitarismo de regla

Un primer intento de interpretación de la cláusula de adecuación viene dado por una interpretación utilitarista, en línea con la fundamentación también utilitarista del estado de necesidad agresivo justificante<sup>46</sup>. En particular JOERDEN ha señalado que la cláusula de adecuación debe ser interpretada según un utilitarismo de regla. La pregunta clave para determinar si un medio es adecuado para repeler un peligro y salvar un interés preponderante, a costa de otro menos importante, sería: «¿qué pasaría si todo el mundo hiciera esto?»<sup>47</sup>. En términos más técnicos, para saber si una acción es correcta, debería juzgarse si una obediencia generalizada tiene como consecuencia la maximización del bienestar común<sup>48</sup>. Se trata de examinar si la hipotética práctica extendida de un acto de este tipo tendría consecuencias predominantemente negativas para la sociedad, independientemente de los beneficios de la acción concreta. Si es así, el acto no puede estar permitido y, por tanto, sería inadecuado<sup>49</sup>. Esta solución cuenta con cierto atractivo intuitivo a primera vista, sobre todo si consideramos el caso *Trasplante*. Si, al igual que JOERDEN, se parte de la idea del utilitarismo como la base fundamental del estado de necesidad agresivo justificante, parecería que en el proceso de ponderación la vida (o, las vidas, si se atiende a las consecuencias futuras de la salvación de X en *Trasplante*) podría ser un interés (esencialmente) preponderante en comparación con la integridad física<sup>50</sup>. Pero la generalización de estos comportamientos de trasplantes forzados de órganos, en el sentido del utilitarismo de regla, puede conducir a resultados inaceptables<sup>51</sup>. Por ejemplo, podría haber efectos negativos en la población, que tendría miedo de ir a los hospitales, y quizá se generarían reacciones violentas, lo que a largo plazo llevaría a un cálculo negativo de la utilidad.

<sup>45</sup> JOERDEN, GA, 1991, p. 414.; SATZGER, «Gesetzlichkeitsprinzip und Rechtfertigungsgründe», *Juristische Ausbildung*, 2016, p. 160.

<sup>46</sup> En este sentido, HRUSCHKA, «Rettungspflichten in Notstandssituationen», *Juristische Schulung*, (6), 1979, pp. 388 ss.; JOERDEN, GA, 1991, p. 414. MEIßNER, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)*, 1988, pp. 132 s. En detalle sobre la fundamentación utilitarista del estado de necesidad agresivo justificante, PANTALEÓN DÍAZ, *ADPCP*, (75-1), 2022, pp. 601 ss., especialmente p. 616. En contra de una fundamentación utilitarista WILENMANN, *Revista de Derecho*, (27), 2014, pp. 226 ss. Véase también PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 51 ss.

<sup>47</sup> JOERDEN, GA, 1991, p. 414.

<sup>48</sup> Sobre el utilitarismo de regla véase HUBNER, *Einführung in die philosophische Ethik*, 3ª ed., 2021, pp. 215 ss.; RACHELS, *Introducción a la filosofía moral*, 2006, pp. 169 ss.; RIVERA LÓPEZ, «Utilitarismo», en GONZÁLEZ RICOY/QUERALT (eds.), *Razones Públicas*, 2021, pp. 67 s.

<sup>49</sup> JOERDEN, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2019, § 39 nm 63 ss.; EL MISMO, GA, 1991, p. 415.

<sup>50</sup> MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, p. 785. También señala que la injerencia en la víctima es un mal menor, aunque sin remisión a cualquier fundamento del estado de necesidad agresivo justificante, CEREZO MIR, *Estudios Penales y Criminológicos*, (10), 1987, pp. 85 ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm 17/70.

<sup>51</sup> Véase el análisis del utilitarismo de regla a partir del caso *Trasplante* en RIVERA LÓPEZ, en GONZÁLEZ RICOY/QUERALT (eds.), *Razones Públicas*, 2021, p. 68.

Sin embargo, el problema de este análisis es que esas consecuencias negativas son contingentes. Una regla utilitarista que permitiera realizar estos actos en circunstancias muy restrictivas (por ejemplo, riesgo inmediato de muerte para una persona menor de veinte años, ausencia de riesgo para el «donante» y una compensación económica alta para quien pierde el riñón, en virtud de su sacrificio) tendría probablemente buenas consecuencias a largo plazo, incluso si se generalizara, porque más personas podrían vivir. Esto rige con más razón si se asume, como hace ROXIN<sup>52</sup>, que una vida con un solo riñón prácticamente es equivalente a una vida con dos riñones, por lo que los daños no serían tan relevantes, al menos según él. Empero, incluso muchos utilitaristas asumirían que en un caso como *Trasplante* la conducta *no* debería estar justificada, y esto vale también para aquellos casos en los que el cálculo de utilidad terminase siendo positivo según los criterios del utilitarismo de regla<sup>53</sup>. Recurrir al utilitarismo de regla, cuyos resultados están condicionados por un cálculo de utilidad hipotético bastante complejo, pero contingente, no ofrece resultados satisfactorios para estos casos.

De modo similar a esta crítica al utilitarismo de regla, se ha señalado que, si se asumiese una fundamentación utilitarista del estado de necesidad agresivo justificante y se hiciese depender la decisión sobre la antijuridicidad de un acto explícitamente de las consecuencias, se correría el riesgo de que las normas de prohibición penal tiendan así a degradarse. El motivo de ello es que el Derecho penal es fundamentalmente un sistema deontológico de prohibiciones y esos elementos utilitaristas tienen que, en todo caso, limitarse mediante elementos deontológicos, como sugiere adecuadamente NEUMANN<sup>54</sup>. Si, entonces, se quiere restringir de algún modo el utilitarismo (de acto) que ya se presupondría en disposiciones como el § 34 StGB o el art. 20.5 CP, un utilitarismo de regla no puede proporcionar esta restricción. Una fundamentación utilitarista de la cláusula de adecuación sería todavía menos aceptable ante una fundamentación deontológica del estado de necesidad basada en la solidaridad<sup>55</sup>. Tanto en uno como en otro caso, parece, pues, que la cláusula de adecuación debería basarse en una idea no consecuencialista para que tenga un significado autónomo y asegure resultados razonables.

### 3.3. Procedimiento previsto por ley: el principio de subsidiariedad

Un segundo criterio para determinar el contenido de la cláusula de adecuación del estado de necesidad agresivo viene de la mano del «principio de subsidiariedad». Si bien la discusión sobre este principio es relativamente independiente del problema de este trabajo<sup>56</sup>, en los últimos tiempos han surgido posiciones que interpretan que el contenido de la cláusula de adecuación está vinculada al carácter subsidiario del estado de necesidad justificante<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> ROXIN, «60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrechts», en HÄBERLE (ed.), *60 Jahre deutsches Grundgesetz: Beiträge aus dem Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Jahre 2009-2011. 60 Jahre deutsches Grundgesetz*, 2011, p. 73.

<sup>53</sup> RIVERA LÓPEZ, en GONZÁLEZ RICOY/QUERALT (eds.), *Razones Públicas*, 2021, p. 68. Véase ya la posición clásica de THOMSON, «Killing, Letting Die, and the Trolley Problem», *The Monist*, (59), 1976, p. 206.

<sup>54</sup> NEUMANN, «Die Moral des Rechts: Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral», *Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics*, 1994, p. 86.

<sup>55</sup> Al respecto, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 45 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Revista Discusiones*, (7), 2007, pp. 31 ss. con más referencias; WILENMANN, *Revista de Derecho*, (27), 2014, pp. 234 ss.

<sup>56</sup> En general sobre el principio de subsidiariedad del estado de necesidad justificante, por todos y con extensas referencias bibliográficas, COCA VILA, «On the Necessity Defense in a Democratic Welfare State: Leaving Pandora's Box Ajar», *Criminal Law and Philosophy*, 2023, pp. 9 ss.

<sup>57</sup> Véase CHOCANO RODRÍGUEZ, en TIEDEMANN/HURTADO POZO, et al. (eds.), *Problemas fundamentales de la parte general del Código*, 2009, p. 298; FREELAND, *El estado de necesidad agresivo justificante: una propuesta liberal*, 2020, p. 430; FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 17/17; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nm 13/36;

En particular, estas posturas parten de la base de que el Estado es quien debe ocuparse de contener las distintas situaciones de necesidad y lo hace a través canales institucionalizados creados por sus representantes democráticos<sup>58</sup>. De esta manera, se considera que un acto de salvamento es adecuado según el art. 20.5 CP o el § 34, oración 2, StGB, si no hay un medio procedimental estatal ya predeterminado para atender esa concreta situación de necesidad<sup>59</sup>. Por el contrario, si estaba a disposición un procedimiento estatal previsto para resolver esa necesidad concreta y no fue acatado, pues se actuó por fuera de la regulación procedimental prevista por ese canal estatal, el hecho no estará justificado, aun cuando el autor haya salvado un interés (muy) superior<sup>60</sup>. De esta forma, se hace valer la primacía de las soluciones legales y canales procedimentales a la hora de determinar el ámbito de aplicación del estado de necesidad<sup>61</sup>, que operan con efecto oclusivo. Es por eso que se le denomina «subsidiariedad» o «agotamiento de las alternativas legales»<sup>62</sup>. Según este entendimiento, queda un margen limitado para la aplicación del estado de necesidad<sup>63</sup>, ya que el Estado no puede abarcar y resolver absolutamente todas las situaciones de necesidad existentes<sup>64</sup>. En el caso puntual de *Trasplante*, el médico no podría acceder a la justificación de estado de necesidad agresivo por el hecho de que, si bien salvó un interés superior, no siguió los procedimientos legales existentes (art. 4º c] de la Ley 30/1979, de 27 de octubre<sup>65</sup>) para realizar salvamentos mediante trasplantes de órganos.

---

KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10ª ed., 2022, § 17 nm 40; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm. 168, 176 s.; LERMAN, «Estado de necesidad justificante, cláusula de adecuación y necesidades vinculadas a la exclusión social», *Derecho Penal y Criminología*, (45-119), 2024 pp. 15-27; MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, p. 784; NEUMANN, «§ 34», NK-StGB, 6ª ed., 2023, nm. 118b; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 219, pp. 185 s., 250 ss. Sin referirse a la adecuación pero sí considera a la subsidiariedad como eje central del estado de necesidad agresivo, COCA VILA, en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, 2022, p. 562. Respecto del estado de necesidad disculpante SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación» en HORMAZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de Derecho Penal en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramirez*, 2011, pp. 229 s.

<sup>58</sup> COCA VILA, en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, 2022, p. 559.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 219.

<sup>59</sup> Similar, aunque sin remitirse a la cuestión de la adecuación expresamente, COCA VILA, *Criminal Law and Philosophy*, 2023, p. 9; MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, pp. 228 ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «El efecto oclusivo entre las causas de justificación», en BAJO FERNÁNDEZ/BARREIRO/ SUAREZ GONZÁLEZ (eds.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1053; LA MISMA, en QUINTERO OLIVARES/CARBONELL MATEU/MORALES PRATS et al. (eds.), *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*, 4ª ed., 2018, p. 155 con referencias jurisprudenciales.

<sup>60</sup> PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 219 s. Véanse casos que pueden ejemplificar esta cuestión en COCA VILA, *Criminal Law and Philosophy*, 2023, pp. 4, 9 s., 13; GIMBERNAT ORDEIG, *El Mundo*, 2009; MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 751, 791 ss. Casos desde la regulación alemana KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm. 178.

<sup>61</sup> COCA VILA, en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, 2022, p. 559.

<sup>62</sup> COCA VILA, *Criminal Law and Philosophy*, 2023, p. 9.

<sup>63</sup> COCA VILA, *Criminal Law and Philosophy*, 2023, p. 5; MOLINA FERNÁNDEZ, en DE VICENTE REMESAL/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN et. al (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, 2020, p. 828; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, en BAJO FERNÁNDEZ/BARREIRO/ SUAREZ GONZÁLEZ (eds.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1053.

<sup>64</sup> COCA VILA, *Criminal Law and Philosophy*, 2023, p. 15, 17: esto puede suceder porque el legislador puede decidir no regular el canal democrático para una situación de necesidad determinada o porque las circunstancias han ido cambiando con el tiempo y ahora existen nuevos riesgos antes no tenidos en cuenta. Sobre otros problemas que pueden desencadenarse al aceptar este criterio WILENMANN, *La justificación de un delito en estado de necesidad*, 2017, pp. 601 ss.

<sup>65</sup> También así GIMBERNAT ORDEIG, *El Mundo*, 2009; MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, p. 792, excluyendo, por eso, la aplicación del estado de necesidad según el art. 20.5 CP.

Lo primero que debe decirse sobre esta cuestión es que no se trata de un criterio absolutamente errado; más bien todo lo contrario. Pues tiene sentido pensar que si el Estado ya tiene previsto un procedimiento para canalizar la situación de necesidad correspondiente y contener así la existencia de muchas posibles acciones en estado de necesidad –que podrían darse de forma continua y sin coordinación en una sociedad como la actual–, aquel debería ser acatado. Razones prudenciales básicas sobre cómo resolver situaciones de emergencia en contextos de recursos escasos y un número indeterminado de potenciales salvadores y necesitados avalan esta conclusión. Sin embargo, ya como primera cuestión se ha de señalar que la subsidiariedad del estado de necesidad justificante frente a la primacía de las instituciones estatales es una característica general de esta clase de derechos de necesidad<sup>66</sup>. Es decir, señalar algo así no le aporta un contenido autónomo a la cláusula de adecuación.

De todos modos, aunque se invoque el principio de subsidiariedad, el problema al que se refiere este trabajo persiste y esta es la principal carencia de este enfoque. Pues este criterio se limita a remitir a lo que dice el Derecho, pero no permite ver qué hay más allá del procedimiento estatal correspondiente. En el caso *Trasplante* es cierto que hay un canal estatal que dice cómo se debe proceder para realizar trasplantes y, por eso, una posición de esta clase podría resolver adecuadamente el problema: la extracción no se debe realizar y el paciente que necesita de un riñón debe tolerar su desgracia<sup>67</sup>. Pero ¿qué pasaría si no existiese ese procedimiento estatal? Supóngase el caso en el que en España una legislatura decide derogar dicha ley, de modo tal que los procedimientos de ablación de órganos quedan desregulados estatalmente. O piénsese en un Estado que todavía ni siquiera ha sancionado una regulación similar. ¿En todos estos casos eso significa que ahora sí está justificada la extracción del riñón sin consentimiento?

Aquí es donde se encuentra, entonces, el problema de esta postura. La licitud de casos como *Trasplante* no depende *exclusivamente* de lo que decida el legislador democrático o de la voluntad legislativa<sup>68</sup>. En el caso de los trasplantes de órganos evidentemente el legislador ya consideró que estos procedimientos solo pueden ser realizados mediante un procedimiento especial y las acciones que se aparten de esos procedimientos son, en principio, antijurídicas. Pero la cuestión a fundamentar es la de *por qué* esos medios serían inadecuados y la remisión al principio de subsidiariedad no ayuda a responder esta pregunta. Esto vale aún más si no existe un procedimiento estatal para solucionar el conflicto, porque igualmente el Derecho tiene que dar una solución. Con o sin procedimiento legal, debería haber un principio del Derecho que explique por qué no está justificado ese acto.

En todo caso, la referencia a un procedimiento estatal puede ser un *indicio* de que la acción contraria a ese procedimiento es inadecuada, pero no una respuesta definitiva. Piénsese, por ejemplo, en casos en los cuales un procedimiento de ayuda estatal está reglado, pero no obstante es manifiestamente ineficiente y apartarse de las reglas permitiría salvar a alguien sin costos mayores para la víctima de la injerencia, ni para el sistema de ayuda estatal. En estos casos parecería que el medio sigue siendo adecuado, *a pesar de* que existía un procedimiento estatal

---

<sup>66</sup> Por todos, WILENMANN, *La justificación de un delito en estado de necesidad*, 2017, pp. 599 s., donde se distingue entre tres limitaciones al ámbito de aplicación del estado de necesidad: relativas, de oportunidad y absolutas.

<sup>67</sup> Sobre esta consecuencia SILVA SÁNCHEZ, en HORMAZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de Derecho Penal en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, 2011, p. 229. Con ciertas dudas de esta solución SÁNCHEZ DAFAUCE, *InDret*, (4), 2014, p. 7 con nota al pie n. 16.

<sup>68</sup> Véase incluso las dificultades que pueden aparecer si se sigue este criterio cuando el procedimiento tiene ciertas fallas en WILENMANN, *La justificación de un delito en estado de necesidad*, 2017, pp. 601 ss.

para canalizar la necesidad<sup>69</sup>. MIR PUIG señala oportunamente el problema también en el marco de los trasplantes de órganos. Él sostiene que si bien la ley hace *ilícito* el acto de extracción sin consentimiento no impone por sí sola la *punibilidad*<sup>70</sup>. Esto último dependerá, al fin y al cabo, de si están dados todos los requisitos del estado de necesidad agresivo. En consecuencia, entiende que debe ser añadido otro elemento: la cláusula de adecuación, entendida como prohibición de instrumentalización derivada del principio de dignidad humana<sup>71</sup>. A continuación se analizará esta posible interpretación.

### 3.4. Dignidad humana

Dado que estas dos propuestas no resultan concluyentes, otros autores han dado un significado diferente a la adecuación mediante fundamentos deontológicos. Así, una parte importante de la doctrina tanto alemana como española considera que el criterio deontológico que da sentido a la adecuación es la dignidad humana. Se trata, sin dudas, de un valor fundamental del ordenamiento reconocido constitucionalmente<sup>72</sup>. La adecuación representaría una «señal de alto» ontra la relativización de la dignidad, en la que toda ponderación encuentra su límite. En consecuencia, el criterio sería que un acto que implique una violación de la dignidad humana nunca podría ser un medio adecuado y, por tanto, no podría estar justificado, por más que se haya elegido el mal menor<sup>73</sup>.

Esta interpretación de la cláusula de adecuación en términos de dignidad humana funcionaría del siguiente modo: una interpretación del estado de necesidad agresivo basada en una ponderación de males llevaría a una situación en la que la víctima de la intervención tendría que aceptar casi ilimitadamente pérdidas sensibles para la protección de intereses jurídicos de rango superior. Tomemos el caso de negarse a una transfusión de sangre para salvar a un tercero, presentado originalmente por GALLAS<sup>74</sup>:

*Donación:* El paciente *P* es víctima de un accidente y necesita urgentemente sangre con una caracterización de grupo sanguíneo muy específica. Al mismo tiempo, se encuentra en el hospital el

<sup>69</sup> Véase, en detalle, sobre las posibles excepciones al principio de subsidiariedad COCA VILA, *Criminal Law and Philosophy*, 2023, pp. 15 ss.

<sup>70</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm. 17/70 (resaltado en el original). También es oportuno resaltar una correcta aclaración que hace SÁNCHEZ DAFUACE, *InDret*, (4), 2014, p. 7, respecto de la relación entre la ley y los fundamentos jurídicos: el autor señala expresamente que, si existe un protocolo de abatimiento de aviones en España, entonces hay que buscar un fundamento a tal intervención. Así, el autor posteriormente investiga que ese fundamento yace en un deber de evitación de masacres como principio que limita al de imponderabilidad de vidas humanas.

<sup>71</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm. 17/70.

<sup>72</sup> Sobre las posibles interpretaciones que se le han dado a este término, ALONSO ÁLAMO, en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luís Rodríguez Ramos*, 2013, p. 264 ss.; TOMAS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, pp. 169 ss.

<sup>73</sup> DUTTGE, «§ 34», *HK-GS*, 2ª ed., 2011, nm 21; ENGLÄNDER, «§ 34», *StGB*, 2ª ed., 2020, nm 34; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal*, 3ª ed., 2016, p. 417; NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 6ª ed., 2023, nm 118a; EL MISMO, «Die Tyrannei der Würde», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (84/2), 1998, p. 154; RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13ª ed., 2021, § 19/59; ROSENAU, «§ 34», *SSW-StGB*, 5ª ed., 2021, nm 34; ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 16 nm 95 ss. Véase también MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 773 ss., con muchas más referencias.

<sup>74</sup> GALLAS, «Pflichtkollision als Schuldausschließungsgrund», en ENGISCH *et al.* (ed.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, 1954, p. 325. También analizado en HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2022, § 5 nm 86; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 17 nm 40; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm 169; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 251 ss.; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 69 s.

paciente *B*, que tiene el grupo sanguíneo necesario. Sin embargo, *B* se niega a donar la sangre necesaria, a pesar de ser el único que tiene el grupo sanguíneo requerido. La sangre del paciente *B* se extrae a la fuerza y el médico salva al paciente *P* mediante una transfusión de sangre.

En caso de que fuese necesario extraerle sangre a alguien para salvar la vida de la víctima de un accidente, una ponderación de males debería ser naturalmente favorable a la vida que se va a salvar, ya que el interés jurídico de la vida predomina sobre la integridad física de la víctima de la intervención<sup>75</sup>. Sin embargo, la opinión dominante<sup>76</sup> considera que un comportamiento tal es contrario a la cláusula de adecuación, porque una extracción de sangre forzada representaría la instrumentalización del cuerpo humano: al afectado se lo estaría tomando como un mero medio para conseguir un fin pues estaría siendo reducido a un mero «banco de sangre»<sup>77</sup>. Esto implicaría una violación de la dignidad humana<sup>78</sup>. El fundamento es que toda instrumentalización del ser humano, entonces, atentaría contra su dignidad<sup>79</sup>. En consecuencia, habría que dejar morir a la víctima del accidente y lo mismo se aplicaría con más razón a la solución del caso *Trasplante*. Hasta aquí, parece bastante plausible que el fundamento de la adecuación sea la dignidad humana, entendida como prohibición de instrumentalización<sup>80</sup>, ya que de hecho podría restringir al utilitarismo, o incluso a la solidaridad, pues tampoco es absoluto el deber de tolerancia<sup>81</sup>.

No obstante, si se examina más detenidamente, esta argumentación tropieza con dificultades explicativas: en primer lugar, por supuesto que el mero hecho de mencionar la dignidad humana no sería en sí mismo suficiente<sup>82</sup>. Recurrir a un concepto tan indeterminado como el de dignidad humana no es un argumento convincente en una discusión sobre los fundamentos de una figura

<sup>75</sup> JOERDEN, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2019, § 39 nm 63, con otras referencias; NESTLER, *JA*, 2020, p. 699.

<sup>76</sup> NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 6ª ed., 2023, nm 118; PERRON, «§ 34», *Strafgesetzbuch*, 30ª ed., 2019, nm 41e; RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13ª ed., 2021, § 19/59; ROSENAU, «§ 34», *SSW-StGB*, 5ª ed., 2021, nm 34. En contra, KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 17 nm 38a. También MARTÍNEZ CANTÓN considera que debe haber para determinados casos un límite desde la dignidad humana pero sin que esto resulte en una cláusula de adecuación (*La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, p. 785 s., 795).

<sup>77</sup> PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 251 ss. con más referencias. En contra, KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 17 nm 41 s.

<sup>78</sup> NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 6ª ed., 2023, nm 118; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 252. Sobre otra interpretación de la dignidad humana desde el punto de vista biológico, véase NEUMANN, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (84-2), 1998, pp. 156 ss. Respecto de nuestro caso *Trasplantes* con una variante de índole comercial, véase TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, p. 188.

<sup>79</sup> DUTTGE, «§ 34», *HK-GS*, 2ª ed., 2011, nm 23; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm. 17/70 s.; NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 6ª ed., 2023, nm 118; RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13ª ed., 2021, § 19/60. Cf. HILGENDORF, «The Abuse of Human Dignity – Difficulties in Using the Human Dignity Topos Taking the Bio-Ethics Debate as an Example», en HILGENDORF/KREMNITZER (eds.), *Dignity and Criminal Law*, 2018, p. 41. JOERDEN también sostiene, pero en el contexto de una contribución a la filosofía del derecho, que la instrumentalización viola la dignidad humana («Medizin und Strafrecht», en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2021, pp. 365 s.). Véase también TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, pp. 184 ss.

<sup>80</sup> Relacionan la instrumentalización como violación a la dignidad humana, entre otros, CEREZO MIR, *Estudios Penales y Criminológicos*, (10), 1987, p. 87; COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, 2016, p. 485. Sobre los fundamentos de por qué motivo se entiende la prohibición de instrumentalización como manifestación de la protección de la dignidad humana véase NEUMANN, *ARSP*, (84-2), 1998, pp. 159 ss.

<sup>81</sup> KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 17 nm 41 s.; ZIMMERMANN, *Rettingstötungen*, 2009, p. 40. Sobre los límites de la solidaridad, como, por ejemplo, un deber de autosacrificio de la propia vida COCA VILA, «Triaje y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista», *InDret*, (1), 2021, pp. 192 ss.

<sup>82</sup> SOTOMAYOR ACOSTA/TOMAYO ARBOLEDA, «Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano», *Revista de Derecho*, (4), 2017, pp. 24 ss. Similar DOMÉNECH PASCUAL, *Revista de Administración Pública*, (170), 2006, p. 406.

jurídica. Por el contrario, al no manifestarse cuáles serían su núcleo y sus límites o acaso cómo opera en este tipo de supuestos que aquí analizamos, se diluye el valor que el concepto verdaderamente tiene. Es por esto que podemos observar que actualmente opera como una suerte de *comodín*<sup>83</sup> para aquellos casos en los que la ponderación es positiva, pero sabemos claramente que sería contraintuitivo permitir una acción de salvaguarda de esa clase<sup>84</sup>. Sin embargo, esto lleva, en primer lugar, a un uso inflacionario del término sin ningún tipo de sustento<sup>85</sup>.

Asociar al concepto de adecuación con otros principios de similar indeterminación tampoco es una solución feliz. Por eso considero que, en segundo lugar, invocar el concepto de «dignidad humana» o incluso el de «instrumentalización» no es una argumentación suficiente, ya que es tan indeterminado como el de «adecuación»<sup>86</sup>. ¿Qué significa, en definitiva, «instrumentalizar» a alguien?<sup>87</sup> ¿Cualquier actuación contra la voluntad de otra persona violaría su dignidad humana? Si no se hacen consideraciones adicionales, se intentaría resolver un problema de indeterminación con un término también indeterminado, lo que solo puede conducir a más indeterminación en un ámbito que es esencial para decidir sobre estos problemas<sup>88</sup>.

Un uso tan general del concepto de instrumentalización podría llevar incluso a considerar que la figura jurídica del estado de necesidad agresivo justificante es en sí misma incompatible con la dignidad humana, porque supondría un uso del titular del bien menoscabado contra su voluntad<sup>89</sup>: si el sacrificio del interés jurídico inferior conlleva un beneficio mayor, en última instancia siempre se hará para conseguir este fin, y siempre se menoscabará la dignidad humana si el sacrificado no consiente en el acto<sup>90</sup>. Esto último sería, por supuesto, absolutamente

<sup>83</sup> Similar SOTOMAYOR ACOSTA/TOMAYO ARBOLEDA, *Revista de Derecho*, 4, 2017, pp. 24 ss.: «Debe rechazarse cualquier intento de convertir la dignidad humana en un supraprincipio que todo lo limita, pues defender un principio *collage* tendría el efecto de vaciarlo de contenido» (cursivas en el original).

<sup>84</sup> Véase KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm 171.

<sup>85</sup> NEUMANN, *ARSP*, (84-2), 1998, p. 155, incluso advierte que un uso «inflacionario» de la dignidad humana también puede llevar a banalizar o devaluar la dignidad humana. También TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, p. 168, repara en que ha habido un «uso maximalista» del concepto de dignidad humana que «se viene haciendo desde determinados sectores de opinión que insistentemente recurren a la dignidad como base argumentativa de posiciones muy conservadoras».

<sup>86</sup> La equiparación de violación de la dignidad humana e instrumentalización ha sido objeto de fuertes críticas. Véase HILGENDORF, en *Human Dignity and Criminal Law*, 2018, p. 45; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 252; SCHÜNEMANN, «Kritische Anmerkungen zum tragischen Dilemma im Strafrecht», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (167-1), 2020, p. 4 ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, p. 169. Otros autores, como HARDWIG, «Betrachtung zur Frage des Heileingriffes», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1965, p. 168, también han expresado ya su descontento con el uso excesivo del término «dignidad humana». Otra crítica que merece la pena destacar es la de NESTLER, *JA*, 2020, p. 699, quien subraya claramente que los intentos de utilizar la dignidad humana como definición de la adecuación carecen de un fundamento dogmáticamente viable.

<sup>87</sup> Advierte acertadamente que, de aceptarse un término tan abstracto y abarcativo, tendríamos que considerar que hay muchas acciones habituales en nuestra comunidad jurídica que «instrumentalizan», TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, p. 201. Véase también DOMÉNECH PASCUAL, *Revista de Administración Pública*, (170), 2006, p. 406.

<sup>88</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, p. 167: el concepto de dignidad humana reviste un carácter altamente abstracto, vago o impreciso, y sobre el que se discute prácticamente todo.

<sup>89</sup> De forma similar, también señala esto PANTALEÓN DÍAZ, *ADPCP*, (75/1), 2022, p. 602.

<sup>90</sup> ENGLÄNDER, «§ 34», *StGB*, 2ª ed., 2020, nm 34. También PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 253, señala que, de aceptarse un término tan absoluto y amplio, incluso según su fundamento propuesto para el estado de necesidad se «instrumentalizaría» a los ciudadanos. Pues al asumir una relación de solidaridad «institucionalizada», la víctima de la injerencia debe tolerarla por estar obligado ya frente al Estado a hacerlo, por actuar en su representación cuando el Estado no puede reaccionar a tiempo. Así, en cierta medida, todo ciudadano

implausible. Y, de hecho, también parece haber diferencias fundamentales entre los casos de *Donación* y *Trasplante*: la justificación de la intervención forzosa del médico en el primer caso parece problemática, pero quizás razonable después de un examen detenido, mientras que el segundo caso es claramente inadmisibles. Sin embargo, el recurso tan amplio a la «dignidad humana» y a la «instrumentalización» obligaría a considerar los dos casos de la misma manera.

El problema es, en definitiva, la falta de concreción del criterio de dignidad humana / prohibición de instrumentalización, sobre todo porque se entiende este concepto en términos absolutos y no se explica detalladamente cuándo estamos frente a una «instrumentalización» o qué se entiende por «utilizar a otro como instrumento», ni qué límites presenta<sup>91</sup>. Una fundamentación tan indeterminada no puede ser suficiente. Al contrario, eso es un indicio de que allí hay algo que no está funcionando bien. Por todo esto, es necesaria una interpretación detallada de las bases que subyacen a la cláusula de adecuación, de modo tal que puedan quedar claros sus alcances y límites. En el siguiente apartado, se propondrá un novedoso criterio de concreción de la cláusula de adecuación que intenta aprovechar las ventajas del criterio deontológico basado en la prohibición de instrumentalización (como derivado de la dignidad humana), puntualmente la pretensión de no ser tomado como medio para conseguir un fin. Empero, la propuesta de fundamentación será más específica y detallada. En particular, se ofrecerá una interpretación de esta cláusula también como prohibición de instrumentalización, pero en el sentido del llamado «Means Principle» tal como se entiende y aplica en la discusión anglosajona reciente en la filosofía moral.

#### **4. La adecuación como prohibición de instrumentalización desde la perspectiva del *Means Principle***

##### **4.1. Introducción al *Means Principle***

Si uno asume, como hace parte de la doctrina, que el utilitarismo es el *telos* del estado de necesidad agresivo justificante, esto implica alguna clase de compromiso con la teoría deontológica del utilitarismo, esto es, el consecuencialismo: considerar que una conducta es moralmente correcta si maximiza las mejores consecuencias, y en el caso particular del utilitarismo, las mejores consecuencias en términos de bienestar<sup>92</sup>. Otra postura asume un fundamento deontológico a partir del principio de solidaridad<sup>93</sup>. No obstante, esta asunción del criterio de solidaridad requiere alguna clase de compromiso mínimo con una maximización de las buenas consecuencias: los deberes de solidaridad están limitados a aquellos que implican, como mínimo, luego de un procedimiento de ponderación, un pequeño sacrificio para salvar un bien esencialmente superior. Por consiguiente, incluso desde una perspectiva deontológica del estado de necesidad agresivo, parecería muy difícil escapar a alguna clase de concesión mínima al consecuencialismo, en tanto el estado de necesidad justificante requiere ya probablemente en el aspecto conceptual la realización de una acción que genera mejores consecuencias.

---

es un recurso para el auxilio de otro. Resumidamente en ROBLES PLANAS, «Deberes de solidaridad», (1), *InDret*, 2012.

<sup>91</sup> En este sentido, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 252 s.; NEUMANN, *ARSP*, (84-2), 1998, p. 155.

<sup>92</sup> El utilitarismo es una teoría moral que está compuesta por una teoría deontológica, el consecuencialismo, y una teoría axiológica, el bienestarismo (el único bien valioso es el bienestar). Al respecto, RIVERA LÓPEZ, en GONZÁLEZ RICOY/QUERALT (eds.), *Razones Públicas*, 2021, pp. 56 ss.

<sup>93</sup> Véase nota al pie n. 55.

Suponiendo cualquiera de las dos alternativas, es, entonces, necesario buscar restricciones deontológicas a la permisibilidad *prima facie* de alcanzar buenas consecuencias con una conducta. Este es el carácter que debe asumir una cláusula de adecuación. En otras palabras, en el caso de aceptar que la búsqueda de buenas consecuencias pueda ser una regla adecuada para determinar la corrección o incorrección de una acción deben buscarse restricciones en los medios causales utilizados para lograr estas buenas consecuencias, con el fin de evitar resultados contraintuitivos. Gran parte de la ética deontológica moderna, de hecho, adopta un punto de partida de esta clase<sup>94</sup>.

En estas últimas corrientes éticas se asume generalmente una base consecuencialista imprescindible a la que se le debe imponer una barrera. Pero debe aclararse que las restricciones deontológicas no aparecen como límite *solamente* ante bases consecuencialistas, sino que también pueden encontrarse restricciones de esta clase incluso a bases deontológicas como el principio de solidaridad, como se acaba de señalar. Dado que no se asume una solidaridad sin límites, las restricciones deontológicas próximamente aquí presentadas juegan precisamente ese papel. Así, la dignidad humana y la prohibición de instrumentalización desempeñan para esto una función decisiva en la discusión jurídica tanto española como alemana; y lo mismo ocurre en la ética deontológica de tradición anglosajona, que propone el llamado «Means Principle», cuyo carácter puramente deontológico supone un claro límite en la búsqueda de las mejores consecuencias<sup>95</sup>. La diferencia entre ambos abordajes es que este último principio está mucho más desarrollado, especialmente desde la filosofía moral, y es abordado con mucha más precisión que el par conceptual de dignidad humana y prohibición de instrumentalización. Veamos en detalle en qué consiste.

Con el *Means Principle* la mirada se dirige principalmente a cómo (es decir, con qué medios) una víctima debe llevar a cabo su deber de tolerancia en virtud de la solidaridad, o bien a cómo deben lograrse las buenas consecuencias derivadas de la asunción del consecuencialismo. A diferencia de otras teorías deontológicas basadas en un punto de vista agencialmente relativo (*agent-relative*), como la doctrina del doble efecto<sup>96</sup>, el *Means Principle* ofrece una perspectiva relativa a la víctima (*patient-relative*)<sup>97</sup>. En concreto, el *Means Principle* le prohíbe al autor alcanzar consecuencias positivas para el bienestar utilizando exclusivamente el cuerpo, la fuerza de

<sup>94</sup> ALEXANDER, «The Means Principle», en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 251.

<sup>95</sup> ALEXANDER, en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 252. Este principio se reconoce como una expresión del principio (también deontológico) de la separación entre las personas. LAZAR, *Sparing Civilians*, 2015, p. 58. Parecido, pero en el contexto de triaje, MERKEL/AUGSBERG, «Die Tragik der Triage», *JuristenZeitung*, (75), 2020, p. 710.

<sup>96</sup> Sobre un análisis de la doctrina del doble efecto y el estado de necesidad justificante véase MADRID RAMÍREZ/GUERRA ESPINOSA, «Universos éticos y la metarregla del doble efecto en el estado de necesidad», *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (14), 2020, pp. 258 ss. La doctrina del doble efecto, no obstante, ha sido sometida a distintas críticas en el marco de la discusión de casos como los aquí tratados. Para un panorama crítico, véase solamente HÖRNLE, «Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídicopenal», *InDret*, (3), 2010, pp. 10 ss. De todas maneras, el objetivo de este trabajo es ofrecer una perspectiva *patient-relative* para solucionar el problema de la «adecuación». Si esta perspectiva puede ser eventualmente complementada por una perspectiva *agent-relative*, es algo que puede quedar abierto. Sobre un panorama respecto de cómo las teorías *agent-relative* y *patient-relative* conviven en el marco de la ética deontológica moderna, véase ALEXANDER/MOORE, «Deontological Ethics», en ZALTA, (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2007.

<sup>97</sup> *Pars pro toto* HAMMERTON, «Patient-Relativity in Morality», *Ethics*, (127), 2016, pp. 6 ss.

trabajo o el talento de otro como medio causal<sup>98</sup>. Por lo tanto, se analiza el *proceso causal* que produce las buenas consecuencias<sup>99</sup> y se reconoce que hay muchas situaciones en las que es necesario utilizar a otras personas como medios, pero esto puede hacerse de *diferentes maneras* y solo algunas son permisibles. Así, el *Means Principle* se limita a evaluar los medios causales utilizados para alcanzar el objetivo beneficioso<sup>100</sup>, según ciertos criterios tales como la forma en que se instrumentaliza a la víctima y la gravedad de la instrumentalización<sup>101</sup>. Para explicarlo, la literatura anglosajona suele referirse a los famosos «dilemas del tranvía»<sup>102</sup>, que se complementarán con los de *Donación* y *Trasplante* antes mencionados:

*Trolley*: A está de pie junto a una vía y observa un tranvía fuera de control que se precipita hacia diez personas que están atadas a la vía. Evidentemente, los frenos han fallado. Si A no hace nada, las diez personas morirán atropelladas. Afortunadamente, A se encuentra junto a un interruptor de señal que permite desviar el tranvía hacia otra dirección. Desgraciadamente, hay una trampa: en el desvío, A descubre a un trabajador atado a la vía. Si cambia de dirección, este trabajador morirá inevitablemente, pero las diez personas se salvarán.

*Hodor*<sup>103</sup>: A está de pie en un puente peatonal sobre las vías. Observa un descontrolado tranvía avanzando a toda velocidad por la vía y, más allá, a cinco personas atadas a los rieles. Aparte de él, Hodor, un hombre corpulento, está de pie en el puente, inclinado sobre la barandilla y observando el tranvía. Si A lo empujara, se caería y quedaría tumbado en las vías. Hodor es tan corpulento que su masa haría que el tranvía se detuviera. Por desgracia, este proceso mataría a Hodor. Sin embargo, salvaría a las otras cinco personas.

La literatura alemana señala que un desvío del tranvía es inadmisibles debido a la llamada «imponderabilidad de la vida humana», en este caso cuantitativamente<sup>104</sup>. Déjese de lado esa cuestión ahora. Lo central aquí es que aun si se asumiese que diez vidas humanas merecen más valor en la ponderación que una, se podría argumentar, según el principio de

<sup>98</sup> ALEXANDER, en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 251; ALEXANDER/FERZAN, *Reflections on Crime and Culpability. Problems and Puzzles*, 2018, p. 111; TADROS, *The Ends of Harm*, 2013, p. 114. Por su lado, NEUMANN, *ARSP*, (84-2), 1998, p. 161, se acerca un poco a esta posición, cuando dice que el principio de la dignidad humana prohíbe el usar la existencia de otra persona solo como medio para llegar a alcanzar un interés egoísta.

<sup>99</sup> En términos del Código Penal español sería salvar el interés preponderante.

<sup>100</sup> ALEXANDER/FERZAN, *Reflections on Crime and Culpability*, 2018, p. 108; QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, p. 177.

<sup>101</sup> LAZAR, *Sparing Civilians*, 2015, p. 59.

<sup>102</sup> *Pars pro toto* véase TADROS, *The Ends of Harm*, 2013, p. 115. Ejemplos también en EDMONDS, *Would You Kill The Fat Man? The Trolley Problem and What Your Answer Tells Us about Right and Wrong*, 2015, p. 20; QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, p. 176. En la literatura alemana, el ejemplo se lo conoce como «caso del guardaguasas» [*Weichenstellerfall*]. Fue introducido en Alemania por ENGISCH y WELZEL. Cf. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, p. 288. Más tarde, WELZEL, «Zum Notstandsproblem», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, (63), 1951, p. 51.

<sup>103</sup> Se trata de una versión recogida de EDMONDS, *Would You Kill the Fat Man?*, 2015, p. 37 conforme a los tiempos del famoso caso de THOMSON, «The Trolley Problem», *The Yale Law Journal*, (94), 1985, pp. 1395 s. En especial, la adaptación de este caso fue realizada a partir de una descripción libre de una escena del episodio 5 de la sexta temporada de la serie «Juego de Tronos» (fecha de emisión: 22 de mayo de 2016, dirigido por Jack Bender, escrito por David Benioff y D. B. Weiss, a partir de los personajes creados por George R.R. Martin).

<sup>104</sup> Véase, en detalle la discusión en HÖRNLE, *InDret*, (3), 2010, p. 21. La cuestión de la imponderabilidad de la vida humana es un postulado sensible en la discusión jurídico-penal. También se ha hecho referencia a una «prohibición de manipular el destino jugando a ser Dios». No se tomará postura al respecto en este trabajo. Solamente se mostrará *otra* posible solución al problema. Por lo pronto, incluso en Alemania el postulado de la imponderabilidad ha sido cuestionado recientemente en las discusiones sobre triaje. Para un panorama crítico de la discusión, véase COCA VILA, *InDret*, (1), 2021, pp. 182 ss.

instrumentalización, sin más consideraciones y en virtud de su indeterminación, que quien desvía el tranvía está usando al trabajador como mero instrumento para obtener las mejores consecuencias. No obstante, esto resulta al menos cuestionable y la ética deontológica moderna parte de la intuición de que en casos como *Trolley*, independientemente de que se salvan muchas más vidas, no está actuando impermisiblemente<sup>105</sup>. Distinto parece el caso de *Hodor*, en el que se empuja a alguien para que su cuerpo bloquee las vías y muera, algo que parecería incorrecto, a pesar de que se salvan cinco personas. Lo mismo sucede en el caso *Trasplante*, en el que alguien es operado a la fuerza para extraerle un riñón que salva la vida de otra persona. Una restricción deontológica debería explicar por qué la acción puede ser permisible en el caso de *Trolley*, mientras que es inadmisibles en el caso de *Hodor* o *Trasplante*. En la discusión anglosajona, se parte precisamente del supuesto de que solo en los dos últimos casos habría un aprovechamiento del otro para realizar o alcanzar un fin en el sentido prohibido por el *Means Principle*<sup>106</sup>. La pregunta es, entonces, qué razones justifican este trato diferenciado.

Para fundamentar esta diferencia entre uno y otro caso, aunque en cierto sentido en ambos se «utiliza» a la persona que muere, se ha distinguido en los últimos tiempos entre homicidios oportunistas y eliminatorios<sup>107</sup>. Los primeros se producen cuando el autor obtiene un beneficio a través del menoscabo de la víctima, pero este beneficio no se habría producido si la víctima no hubiese existido. Este es el caso de *Hodor*, porque si el hombre no estuviera allí, uno no podría beneficiarse de la «supervivencia de» cinco personas. El cuerpo de *Hodor* le da al autor, entonces, la oportunidad de obtener este beneficio. Lo mismo ocurre en el caso de la persona que es operada y cuyo riñón se utiliza para salvar la vida de otra persona. Éste es el núcleo de la prohibición que ofrece el *Means Principle*: la prohibición de recibir un beneficio exclusivamente a través del cuerpo, trabajo o talento de otro<sup>108</sup>.

En cambio, en un homicidio eliminatorio esto no sucede: en este caso, el autor quiere conseguir un resultado que podría haber conseguido incluso en ausencia de la víctima, cuyo sacrificio es solo un obstáculo. En el caso *Trolley* no se daría una instrumentalización prohibida en el sentido del *Means Principle*, ya que las diez víctimas también se salvarían si el trabajador no estuviera en el desvío. De hecho, sería un «mundo mejor» si no estuviera, ya que se perdería una vida menos. En este sentido, el cuerpo del trabajador no se utilizaría *exclusivamente* como medio causal para maximizar las buenas consecuencias, ya que si su cuerpo no estuviera allí, se habría tomado exactamente la misma decisión y, por tanto, las personas salvadas no recibirían ningún beneficio. Es decir, no se encuentran en un estado mejor gracias a la utilización del cuerpo del trabajador<sup>109</sup>. Por consiguiente, el *Means Principle*, a diferencia de la prohibición genérica de instrumentalización derivada del principio de dignidad humana, ofrece un *test* para establecer sus infracciones. Este último no depende de la intención del autor en relación con la víctima, sino más bien a) de cómo se utilizó a la víctima para lograr el objetivo y b) de si el beneficio sería el mismo sin esa víctima<sup>110</sup>.

<sup>105</sup> Al respecto, con múltiples referencias, FROWE, «Lesser-Evil Justifications for Harming: Why We're Required to Turn the Trolley», *The Philosophical Quarterly*, 68, 2018, pp. 460 ss.

<sup>106</sup> EDMONDS, *Would You Kill the Fat Man?*, 2015, p. 34; LAZAR, *Sparing Civilians*, 2015, p. 57.

<sup>107</sup> LAZAR, *Sparing Civilians*, 2015, pp. 59 s. Con más ejemplos, QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, p. 176.

<sup>108</sup> ALEXANDER, en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 252.

<sup>109</sup> LAZAR, *Sparing Civilians*, 2015, p. 60.

<sup>110</sup> QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, p. 178. Para las demás posiciones que tienen en cuenta la intención, véase TADROS, *The Ends of Harm*, 2013, p. 116.

Hasta aquí, a través del *Means Principle* puede fundamentarse el deber de no tratar a los demás como un medio causal para lograr un resultado positivo y, de ese modo, otorgársele un contenido determinado a la cláusula de adecuación desde un punto de vista deontológico<sup>111</sup>. Esta restricción también puede trasladarse al lenguaje de los derechos, en el sentido de que todas las personas tienen la pretensión de no ser tratadas como un medio<sup>112</sup>, ya que el *Means Principle* protege fundamentalmente la libertad de la persona. Por tanto, el individuo puede exigir: «Mi cuerpo, mi trabajo y mi talento no existen para que otro consiga buenas consecuencias».

Además, en general, la instrumentalización suele entenderse en el sentido de que los bienes de X se sacrifican en beneficio de los bienes de Y. Sin embargo, ALEXANDER advierte que también puede producirse una violación del *Means Principle* cuando la persona utilizada como medio fuera colocada en una mejor posición sin su consentimiento<sup>113</sup>. Es decir, se instrumentaliza a esa persona para su propio beneficio. Este sería el caso de un tratamiento arbitrario, en el que el médico quiere curar a un paciente A pero aquel se rehúsa<sup>114</sup>. A pesar de que el médico no consigue ningún beneficio para sí mismo, esto no impediría que se examine cómo se ha conseguido causalmente este beneficio. En efecto, la acción de salvaguarda no debe medirse por las intenciones del autor, por ejemplo, si el médico utilizase al paciente en beneficio de la víctima de la intervención –es decir, en beneficio del propio paciente– porque quiere salvarla de una decisión precipitada, desesperada o de sus creencias religiosas, esto no cambiaría la valoración negativa del medio causal<sup>115</sup>.

Este último punto tiene una especial importancia para el principio de solidaridad. Recientemente se ha propuesto incorporar un bien jurídico llamado «cumplimiento efectivo del deber estatal de proteger la vida»<sup>116</sup> que operaría solo cuando la autodeterminación de la persona se opone a la vida<sup>117</sup>. No sería un bien jurídico de la víctima, sino de un tercero. Esta postura supone que la mejoría del paciente no solo actúa en su favor, sino que al salvarlo también se protege un bien estatal. Aquel novedoso bien jurídico no puede escapar a este análisis. Si ese nuevo bien estatal creado fuese absoluto, entonces tendríamos que concederle validez absoluta y, por tanto, protección a costa de cualquier daño. Esto es, no obstante, incompatible con la idea del *Means Principle* como restricción deontológica y en un sistema jurídico liberal. Incluso si la preservación de este bien jurídico estatal debiese considerarse positivamente en el balance de beneficios como resultado de la ponderación, el *Means Principle* tiene una función limitadora de la obtención de bienestar en todos los casos.<sup>118</sup> Y la afirmación de que la vida tiene un valor objetivamente superior, porque habría un valor objetivo absoluto de la vida, igualmente contradice el *Means Principle*, que ha de ser entendido además como una restricción deontológica al paternalismo<sup>119</sup>.

<sup>111</sup> Cf. EDMONDS, *Would You Kill the Fat Man?*, 2015, p. 34

<sup>112</sup> QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, p. 207; TADROS, *The Ends of Harm*, 2013, p. 124.

<sup>113</sup> ALEXANDER, en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 260. Próximo ya BAJO FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (32), 1979, p. 499.

<sup>114</sup> PANTALEÓN DÍAZ, «Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado», en CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ et al. (coords.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, 2019, pp. 687 ss.

<sup>115</sup> ALEXANDER, en *Legal, Moral, and Metaphysical Truths*, p. 260; QUONG, *The Morality of Defensive Force*, pp. 177 s.; WALLEN, «Transcending the Means Principle», *Law and Philosophy*, 33, 2014, p. 429.

<sup>116</sup> DÖRR, *Dogmatische Aspekte*, 2016, pp. 281 ss.

<sup>117</sup> DÖRR, *Dogmatische Aspekte*, 2016, p. 289.

<sup>118</sup> Similar JOERDEN, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2019, § 39 nm 53.

<sup>119</sup> ALEXANDER, en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 255.

De esta manera, el *Means Principle* también protegería a quienes no quieren ser curados y a los que han sido obligados a someterse a un tratamiento arbitrario, por ejemplo, con el objetivo de «protegerlos» de una decisión precipitada. Así, el *Means Principle* es igualmente violado cuando se obliga a una persona a usar su propio cuerpo para su propio beneficio, aun si con esto se logran excelentes consecuencias, como la posibilidad de seguir viviendo. Esta solución, aplicable a casos de menoscabos de la integridad física, también es relevante en lo que respecta a la posible manipulación psicológica y el engaño. Pues esa manipulación constituye una violación al *Means Principle*<sup>120</sup>. Esto es lo que pasa por alto, por ejemplo, HARDWIG, al aceptar la justificación de un médico que le hace una transfusión de sangre a un paciente para salvarle la vida, pero le dice que le está inyectando simplemente una solución salina roja porque sabe que, de lo contrario, el paciente rechazaría el tratamiento<sup>121</sup>. La justificación aprobada por HARDWIG interfiere con el *Means Principle* porque se utiliza el cuerpo de una persona sin su consentimiento (mejor dicho: con un consentimiento viciado y, por tanto, inválido) como un medio causal para la obtención de buenas consecuencias. La idea central es que no debemos ser utilizados como medio sin nuestro consentimiento, ni en beneficio de otros *ni en el nuestro propio*.

#### 4.2. Posibles excepciones al *Means Principle*

Como todo principio razonable, el *Means Principle* no es un principio absoluto<sup>122</sup>, sino que establece varias excepciones al límite que propone. Como ya se ha mencionado, el *Means Principle* rechaza principalmente la utilización del cuerpo, el trabajo o el talento de una persona sin su consentimiento. Por consiguiente, la primera excepción es precisamente el caso en que la persona ha consentido en ser utilizada como medio<sup>123</sup>. En principio, tal excepción<sup>124</sup> no plantea problemas en las constelaciones de casos aquí analizados.

La segunda excepción se da en el caso de relaciones jurídicas especiales, como padres, policías o bomberos que han asumido un cargo especial<sup>125</sup>. Esto se ilustra en el siguiente caso<sup>126</sup>:

<sup>120</sup> SCANLON, *Moral Dimensions. Permissibility, Meaning, Blame*, 2008, pp. 113 ss.

<sup>121</sup> HARDWIG, GA, 1965, p. 169.

<sup>122</sup> Compárese, por ejemplo, a este principio con las soluciones absolutistas a las que se llega desde la perspectiva de la «imponderabilidad de la vida humana». Sobre este último tema, véase la perspectiva favorable a dicha imponderabilidad, pero reconociendo los resultados absurdos a los que llega WILENMANN, «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», *InDret*, (1), 2016, pp. 28 ss. Cf. también MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, p. 216, sobre la posibilidad de relativizar el principio de la dignidad humana, entendiendo que no hay una protección absoluta.

<sup>123</sup> ALEXANDER, en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 253; QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, p. 182; SCALON, *Moral Dimensions*, 2008, p. 91. JOERDEN también se acerca a estas ideas. Señala que una operación sin el consentimiento de la persona constituye una instrumentalización del paciente, ya que se realiza en contra de la voluntad de la persona. Incluso explica que la fórmula de la instrumentalización puede aplicarse fácilmente a la relación médico-paciente, ya que el paciente enfermo se encuentra en una situación de desigualdad frente al médico sano. Justamente esta situación puede dar lugar a abusos y permitir que el médico realice intervenciones curativas que también favorecen al paciente, lo que constituye una instrumentalización del paciente. Véase JOERDEN, en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2021, p. 367.

<sup>124</sup> El término «excepción» es utilizado de un modo relativamente libre, en el sentido de casos en los que no se aplica la regla a pesar de que podría ser aplicable a primera vista, y no en un sentido técnico. Por eso, la cuestión de si el consentimiento en estos casos es verdaderamente una excepción o si ya de por sí no es aplicable el *Means Principle* porque no se cumplen sus requisitos previos es, al menos en este contexto de discusión filosófica básica, meramente terminológica.

<sup>125</sup> Véase el análisis de este caso en COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, 2016, pp. 365 ss. Además, esto podría interpretarse como algo similar a lo que regula el art. 20.5, inc. 3, CP.

<sup>126</sup> COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, 2016, p. 368.

*Padre:* El niño *X* es víctima de un accidente y necesita urgentemente sangre con una caracterización muy específica de un grupo sanguíneo poco frecuente. Su padre *P*, que tiene el grupo sanguíneo necesario, también se encuentra en el hospital. Pero el padre del niño se niega a donar sangre para salvarle la vida, aunque es el único que tiene el grupo sanguíneo requerido. No obstante, el médico realiza la extracción a la fuerza contra *P* y salva a *X*.

La negativa de un padre a salvar la vida de su hijo donando sangre es una violación de su deber especial de salvamento como garante y, por tanto, una conducta punible por omisión (impropia)<sup>127</sup>. La fundamentación de esta restricción del derecho a no ser tratado como un medio es la misma que la de la restricción del derecho general a la libertad que se produce con la imposición de una posición de garante en estos casos, por lo que puede dejarse de lado aquí.<sup>128</sup> Con independencia de ello, parece claro que, en este caso, el padre está obligado a permitir que se utilice su cuerpo para salvar a su hijo y que la conducta del médico de extraerle sangre sería lícita<sup>129</sup>. En consecuencia, utilizar aquí a este padre para salvar a su hijo no viola el *Means Principle* y es, entonces, permisible.

Una tercera excepción, mucho más controvertida, sería el caso en el que el autor que ya es punible por su conducta debido a que pone en peligro a terceros, puede ser utilizado como medio para obtener buenas consecuencias. Un ejemplo extremo sería el controvertido caso de torturar a un autor que ha secuestrado a unas personas con el fin de conocer el escondite de estos rehenes. En ese sentido, algunos autores consideran que el torturado es moralmente responsable de ser torturado si es el único medio para obtener información<sup>130</sup> y se lo podría obligar lícitamente a evitar ese peligro sin violar el *Means Principle*. Esto no significa que la tortura sea ética o jurídicamente permisible, ni siquiera en situaciones extremas. Simplemente significa que el *Means Principle* no se habría violado en tales casos. Pero el *Means Principle* no pretende ser la *única* restricción deontológica. En este sentido, la inaplicabilidad del estado de necesidad agresivo justificante o de otra causa de justificación en estos casos podría basarse en una interpretación específica de la dignidad humana distinta de la prohibición de instrumentalización, o en otra razón que no sea necesariamente de naturaleza deontológica, como el problema de demostrar la culpabilidad de la persona sospechosa, el argumento de la «pendiente resbaladiza» que surgiría si se permitiera tal conducta, o incluso la ruptura de un tabú<sup>131</sup>.

<sup>127</sup> A favor, RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13ª ed., 2021, § 19/61; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, nm 441, 486, 496.

<sup>128</sup> Uno podría preguntarse si esta excepción también sería aplicable a casos en los que el garante es sometido forzosamente a una intervención masiva para salvar a la persona a la que debía proteger. Piénsese en el caso de un garante que ha sido sometido a una extracción forzada de un riñón para salvar a su hijo, debido a que se negó a realizar la donación (asúmase que el garante podía, y pudo, seguir viviendo una vida larga y próspera con un solo riñón). La respuesta depende, entre otras cosas, de cuáles son los límites a nuestros deberes de salvamento en casos de deberes especiales de garante. No puedo abordar esta cuestión aquí pero le agradezco a uno de los árbitros por haber señalado esta cuestión. Véase, empero, la siguiente nota al pie.

<sup>129</sup> Dejaremos de lado aquí la cuestión de qué límites se derivarían de esta posición de garante. En concreto, si un padre debe dejarse morir para salvar a su hijo. Al respecto, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, 2016, pp. 367–368, donde expresamente se aclara que este deber no se extiende de forma ilimitada.

<sup>130</sup> Véase el caso de la tortura en la doctrina española, con recurso a la legítima defensa, LLOBET ANGLÍ, «¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?», *InDret*, (3, 2010, p. 37. Véase la discusión en EDMONDS, *Would You Kill the Fat Man?*, 2015, pp. 44 ss. Para más detalles sobre las distintas soluciones deontológicas, véase, EL MISMO, p. 49. Más referencias, también en SCHÜNEMANN, *GA*, (167-1), 2020, p. 4 ss.; TADROS, *The Ends of Harm*, 2013, p. 129.

<sup>131</sup> Sobre los argumentos que podrían justificar una prohibición absoluta de la tortura, en detalle GRECO, «Die Regeln hinter der Ausnahme. Gedanken zur Folter in sog. ticking time bomb-Konstellationen», *Goldammer's*

Finalmente, la última posible excepción, bastante relevante para el caso *Donación*, es la que entra en consideración cuando se supera un determinado umbral ético<sup>132</sup>: incluso si la ética deontológica establece límites razonables, parece haber acuerdo en que ciertos casos extremos permiten una relajación de estos criterios. De lo contrario, se producirían resultados contraintuitivos y, por tanto, muy difíciles de sostener<sup>133</sup>. Por ejemplo, si sacrificar a una persona salvara mil millones de vidas<sup>134</sup> o si la persona utilizada solo tuviera que tolerar una intervención mínima para salvar una vida. Lo último se demuestra más claramente en el caso de la *Donación* forzada de sangre para salvar a una persona gravemente herida. Aunque la persona afectada no haya dado su consentimiento, tal intervención es una posibilidad inocua. Por consiguiente, no se vulneraría, excepcionalmente, el *Means Principle*. En este caso, la restricción deontológica se desplaza en favor de las buenas consecuencias o incluso de la solidaridad<sup>135</sup> y, excepcionalmente, deja de ser aplicable. Esto es defendido por una parte de la literatura<sup>136</sup>.

Como ya se ha subrayado, el *Means Principle* es un principio deontológico, cuyo núcleo son también los derechos, en especial los derechos de libertad del individuo. Esto nos permite ser independientes de los demás, lo que significa que cada individuo es valioso y ninguno tiene, en principio, más valor que otro, como también exige el principio deontológico de la separación de las personas. Al mismo tiempo, les permite a los seres humanos la oportunidad de desarrollar su propio proyecto de vida sin ataduras paternalistas. De este modo, cada persona recibe una distribución justa de los recursos, al menos idealmente. Pero, por supuesto, esta justicia en la distribución también exige que hagamos un reparto equitativo en el mundo real. Porque, si bien tenemos derecho a no ser utilizados como medio y, a la inversa, los demás no tienen derecho a utilizarnos como objeto, hay casos en los que nuestro *deber positivo de ayudar a los demás*<sup>137</sup> es primordial si podemos salvar a alguien con un costo mínimo para nosotros mismos. En tales

---

*Archiv für Strafrecht*, (154-11), 2007, pp. 628 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?», en ALCÁ CER GUIRAO/CUERDA RIEZU (eds.), *La respuesta del derecho penal*, 2006, pp. 267 ss. También HILGENDORF, «Folter im Rechtsstaat?», *JuristenZeitung*, (59), 2004, pp. 331 ss. Véase también, recientemente, HOVEN, «¿Tortura como legítima defensa de terceros?», *En Letra: Derecho Penal*, (13), 2022, pp. 36 ss.

<sup>132</sup> ALEXANDER, en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 257; EDMONDS, *Would You Kill the Fat Man?*, 2015, p. 50.

<sup>133</sup> Tendencialmente a favor de no hacer excepciones a las reglas deontológicas, por ejemplo y entre otros, GRECO, «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs», *InDret*, (2), 2007, pp. 10 ss., con referencias adicionales.

<sup>134</sup> En detalle sobre esta excepción TADROS, *The Ends of Harm*, 2013, p. 128. También FROWE, *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, pp. 460 ss. Incluso una parte de la doctrina española, en el marco de la discusión sobre el derribo de aviones, ha sostenido que podría pensarse en un «principio de la evitación por el Estado de masacres y catástrofes masivas», de forma que el Estado puede intervenir para evitar el mal mayor. En este sentido, SÁNCHEZ DAFUACE, *InDret*, (4), 2014, pp. 8 ss. También se considera una causa de justificación del «estado de necesidad del Estado», aunque con un alcance mucho más restrictivo, pues esto solo es aplicable a casos en los que se encuentra en juego la existencia de la comunidad constituida en Estado. Véase SILVA SÁNCHEZ, «Asesinatos selectivos», *InDret*, (1), 2017, p. 15 con más referencias.

<sup>135</sup> Fundamenta esta permisión desde la solidaridad KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm 172.

<sup>136</sup> ALEXANDER, en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 257, 262. Parte de la literatura alemana llega a la misma conclusión, pero sin una fundamentación detallada. Véase ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 16 nm 48. No obstante, esta solución es muy discutida en la literatura. Por ejemplo, ENGLÄNDER, «§ 34», *StGB*, 2ª ed., 2020, nm 34, llega a la conclusión de que, en el caso *Trasplante*, nunca puede invocarse la justificación del § 34 StGB, pero en el caso de *Donación* sí. También BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARRÉ, *Manual de Derecho Penal*, 1994, p. 362; JOERDEN, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2019, § 39 nm 56; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm 169 ss.; RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 13ª ed., 2021, § 19/60.

<sup>137</sup> KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm 172; QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, p. 208; TADROS, *The Ends of Harm*, 2013, pp. 129.

circunstancias, uno pierde la pretensión de no ser utilizado como medio, porque esto supondría un daño mucho mayor para otra persona, como consecuencia de este deber positivo<sup>138</sup>. Si bien estas excepciones merecen un tratamiento en detalle, el objetivo de este breve apartado fue exponer cuáles son las excepciones que han sido desarrolladas en la discusión filosófica sobre el *Means Principle* y que brindan un amplio espacio de posible debate científico a futuro.

#### 4.3. Solución del caso *Trasplante*

Mediante la restricción deontológica del *Means Principle* y las respectivas excepciones, se muestra vívidamente la posible interacción entre el consecuencialismo, característica de las posturas éticas modernas no absolutistas, y la ética deontológica. También queda demostrada la relación de un principio de solidaridad deontológico con el *Means Principle* al funcionar como límite a aquel. Es decir, ciertos principios deontológicos tienen límites igualmente deontológicos que se les imponen. Sin embargo, la pretensión de no utilización no siempre es absoluta, sino que debe sopesarse con otras circunstancias, como en el caso de la *Donación*. El hecho de que se dañe (mínimamente) a la víctima de la intervención para salvar la vida del accidentado no debe bloquear todas las consecuencias positivas que podrían ser logradas por medio del hecho o el alcance del deber de solidaridad<sup>139</sup>. En consecuencia, el médico estaría justificado en virtud del art. 20.5 CP y § 34 del StGB. No corre la misma suerte el caso *Trasplante*: aquí no se trata de una intervención mínima, sino que se le ha quitado a un paciente sin su consentimiento uno de sus órganos. Se lo ha instrumentalizado ilícitamente porque ha habido sobre él una instrumentalización *oportunistica*: sin esa extracción del riñón el médico no habría podido salvar al otro paciente, ni se salvarían las otras vidas futuras. Si bien la lesión a la integridad corporal es un mal (esencialmente) menor, debemos considerar que el medio por el cual se ha generado el salvamento de esa vida es inadecuado. Por lo tanto, debe concluirse que una lesión corporal como tal (según el art. 147 CP) no puede justificarse por un estado de necesidad agresivo justificante según el 20.5 CP ni tampoco el § 34 StGB. Nuestro médico *M* es, entonces, punible.

### 5. Conclusión

La cláusula de adecuación está incorporada al ordenamiento jurídico español por interpretación del estado de necesidad agresivo justificante, independientemente de que el art. 20.5 CP no haga una mención expresa. Al contrario, esta última cuestión no es ningún óbice para entender que la cláusula existe y debe ser atendida como una prohibición de instrumentalización como derivado de la idea de dignidad humana, tal cual señala gran parte de la doctrina española. El caso *Trasplante* muestra que la fundamentación de la solución no puede darse simple ni rápidamente con meras referencias a conceptos indeterminados como «dignidad humana» o «instrumentalización». Para poder brindar una respuesta a estos últimos dos conceptos, que realmente han sido dos interrogantes en la dogmática penal, hay que hacer un esfuerzo que permita responder la pregunta ¿qué es una instrumentalización, como derivado de la dignidad humana? En este trabajo se ha demostrado que es posible una alternativa con bases deontológicas para concretar la cláusula de adecuación, que está vinculada, pero difiere del tan criticado recurso a la dignidad humana y la prohibición de instrumentalización: el *Means Principle*. También ha quedado demostrado lo fructífero que puede ser el diálogo con otras disciplinas fuera del Derecho como lo es la filosofía moral. Pues aquella puede ayudar a la

<sup>138</sup> EDMONDS, *Would You Kill the Fat Man?*, 2015, p. 34; QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, pp. 185 s.

<sup>139</sup> QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, pp. 184 s.

dogmática penal a encontrar nuevas discusiones para dar soluciones a casos complejos<sup>140</sup>. Ciertamente, aún queda mucho camino por recorrer, pero al menos se ha intentado dar un primer paso para replantear esta cuestión, que eventualmente puede ser aplicable no solo a casos de estado de necesidad agresivo justificante.

## 6. Bibliografía

ALEXANDER/FERZAN, *Reflections on Crime and Culpability. Problems and Puzzles*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2018.

ALEXANDER, «The Means Principle», en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 251-264.

ALEXANDER/MOORE, «Deontological Ethics», en ZALTA, (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2007.

ALONSO ÁLAMO, «Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad», en ÁLVAREZ GARCÍA/COBOS GÓMEZ DE LINARES/GÓMEZ PAVÓN/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/MARTÍNEZ GUERRA (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 249-307.

BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

———, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Akal Ediciones, Madrid, 1997.

BAJO FERNÁNDEZ, «La intervención médica contra la voluntad del paciente», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (32), 1979, pp. 491-500.

BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, BdF, Barcelona, 1993.

BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARRÉ, *Manual de Derecho Penal*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 1994.

CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General*, BdF, Buenos Aires, 2008.

———, «La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español», en *Estudios Penales y Criminológicos*, (10), 1987, pp. 53-118.

CHIESA, «Caso la Mignonette», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (ed.), *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2011, pp. 95-110.

CHOCANO RODRÍGUEZ, «Situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificación: estado de necesidad agresivo y defensivo», en TIEDEMANN/HURTADO POZO, et al. (eds.), *Problemas fundamentales de la parte general del Código*, Fondo Editorial, Lima, 2009, pp. 277-302.

COCA VILA, «On the Necessity Defense in a Democratic Welfare State: Leaving Pandora's Box Ajar», *Criminal Law and Philosophy*, 2023.

---

<sup>140</sup> Esto es señalado ya por MERKEL, «La Filosofía, ¿"convidado de piedra" en el debate del Derecho penal? Sobre la desatención de la dogmática penal a los argumentos filosóficos», en ROMEO CASABONA (dir.), *La insostenible situación del derecho penal*, 2000, pp. 183 ss.

———, «Ocupación pacífica de la vivienda en estado de necesidad», en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Externado, Bogotá, 2022, pp. 553-577.

———, «Triaje y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista», *InDret*, (1), 2021, pp. 166-202.

———, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2016.

CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966.

DIEZ RIPOLLÉS, *Política Criminal y Derecho penal. Estudios*, 3ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

DOMÉNECH PASCUAL, «¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para impedir un atentado kamikaze?», *Revista de Administración Pública*, (170), 2006, pp. 389-425.

DÖRR, *Dogmatische Aspekte der Rechtfertigung bei Binnenkollision von Rechtsgütern*, Duncker & Humblot, Berlin, 2016.

DUTTGE, «§ 34», en DÖLLIG/DUTTGE/RÖSSNER (eds.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 2ª ed., C.H. Beck, München, 2011.

EDMONDS, *Would You Kill The Fat Man? The Trolley Problem and What Your Answer Tells Us about Right and Wrong*, Princeton University Press, Princeton, 2015.

ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Liebmann, Berlin, 1930.

ENGLÄNDER, «§ 34», en MATT/RENIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 2ª ed., 2020.

———, «Die Rechtfertigung des rechtfertigenden Aggressivnotstands», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (164-5), 2017, pp. 242-253.

———, «Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (157-1), 2010, pp. 15-26.

FARALDO CABANA, «Artículo 20.5», en CUERDA ARNAU (ed.), *Comentarios al Código Penal*, t. 1, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 262-265.

FREELAND, *El estado de necesidad agresivo justificante: una propuesta liberal*, tesis doctoral, Universidad Austral de Buenos Aires, 2020.

FROWE, «Lesser-Evil Justifications for Harming: Why We're Required to Turn the Trolley», *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, pp. 460-480.

GALLAS, «Pflichtkollision als Schuldausschließungsgrund», en ENGISCH (ed.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 1954, pp. 311-334.

GIMBERNAT ORDEIG, «De nuevo sobre el caso Haidar», *El Mundo*, 15.12.2009.

GÓMEZ MARTÍN, «Tema 3: Delitos contra la salud individual», en: CORCOY BIDASOLO (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, 3ª ed., 2023, pp. 101-116.

GRECO, «Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal», *InDret*, (4), 2010, pp. 1-35.

———, «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs», *InDret*, (2), 2007, pp. 1-28.

———, «Die Regeln hinter der Ausnahme. Gedanken zur Folter in sog. ticking time bomb-Konstellationen», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (154-11), 2007, pp. 628-643.

HAMMERTON, «Patient-Relativity in Morality», *Ethics*, (127), 2016, pp. 6-26.

HARDWIG, «Betrachtung zur Frage des Heileingriffes», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1965, pp. 161-173.

HILGENDORF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., C.H. Beck, München, 2022.

———, «The Abuse of Human Dignity – Difficulties in Using the Human Dignity Topos Taking the Bio-Ethics Debate as an Example», en HILGENDORF/KREMNITZER (eds.), *Dignity and Criminal Law: Würzburg Conference on Human Dignity, Human Rights and Criminal Law in Israel and Germany, July 20-22 2015*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018, pp. 39-60.

———, «Folter im Rechtsstaat?», *JuristenZeitung*, (59), 2004, pp. 331-339.

HÖRNLE, «Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal», *InDret*, (3), 2010, pp. 1-31.

HOVEN, «¿Tortura como legítima defensa de terceros?», *En Letra: Derecho Penal*, (13), 2022, pp. 36-51.

HRUSCHKA, «Rettungspflichten in Notstandssituationen», *Juristische Schulung*, (6), 1979, pp. 385-393.

HUBNER, *Einführung in die philosophische Ethik*, 3ª ed., UTB, Stuttgart, 2021.

JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 2ª ed., De Gruyter, Berlín, 1991.

JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

JOERDEN, «Medizin und Strafrecht», en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2ª ed., J. B. Metzler, Stuttgart, 2021, pp. 327-335.

———, «Rechtfertigender Notstand», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, C. H. Beck, München, 2019, pp. 525-570.

———, «§ 34, Satz 2 und das Prinzip der Verallgemeinerung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1991, pp. 411-425.

KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2022.

KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Vahlen, München, 2017.

LAZAR, *Sparing Civilians*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

LERMAN, «Estado de necesidad justificante, cláusula de adecuación y necesidades vinculadas a la exclusión social», *Derecho Penal y Criminología*, (45-119), 2024, pp. 15-27.

LLOBET ANGLÍ, «¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?», *InDret*, (3), 2010, pp. 1-44.

LUMER, «Utilitarismus», en GOSEPATH/HINSCH/ROSSLER (eds.), *Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie*, t. II, Walter de Gruyter, Berlin, 2008, pp. 1380-1387.

LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MADRID RAMÍREZ/GUERRA ESPINOSA, «Universos éticos y la metarregla del doble efecto en el estado de necesidad», *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (14), 2020, pp. 247-283.

MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, Universidad de León. Secretariado de Publicaciones, León, 2006.

MEISNER, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

MERKEL, «La Filosofía, ¿"convidado de piedra" en el debate del Derecho penal? Sobre la desatención de la dogmática penal a los argumentos filosóficos», en ROMEO CASABONA (dir.), *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Albarote (Granada), 2000, pp. 181-212.

MERKEL/AUGSBERG, «Die Tragik der Triage», *Juristen Zeitung*, (75), 2020, pp. 704-714.

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

MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, «Art. 20», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (eds.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 97-123.

MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», en DE VICENTE REMESAL/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑON et. al (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, Reus, 2020, pp. 805-839.

———, «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?», en ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL/CUERDA RIEZU, ANTONIO, *La respuesta del derecho penal 2006*, pp. 265-284.

———, «El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (1), 2000, pp. 199-260.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

NESTLER, «Sonderopfer und Solidarität der Rechtsgemeinschaft als Grundlage für erlaubte Rechtsverletzungen», *Juristische Ausbildung*, 2020, pp. 695-702.

NEUMANN, «§34», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN/SALIGER (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 6ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2023.

———, «Die Tyrannei der Würde», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, (84/2), 1998, pp. 153-166.

———, «Die Moral des Rechts: Deontologische und konsequentialistische Argumentationen», *Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics*, (2), 1994, pp. 81-94.

ORTS BERENQUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio del Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., de Gruyter, Berlin, 2004.

PANTALEÓN DÍAZ, Marta, «Justificación penal, sacrificio y unas abejas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (75/1), 2022, pp. 589-683.

———, «Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado», en CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ *et al.* (coords.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2019, pp. 683-696.

PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, de Gruyter, Berlin, 2002.

PERRON, «§ 34», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 30ª ed., C.H. Beck, München, 2019.

QUONG, *The Morality of Defensive Force*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

RACHELS, *Introducción a la filosofía moral*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2006.

RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 13ª ed., C.H. Beck, München, 2021.

RIVERA LÓPEZ, «Utilitarismo», en GONZÁLEZ RICOY/QUERALT (eds.), *Razones Públicas*, Ariel, Barcelona, 2021, pp. 53-74.

ROBLES PLANAS, «Deberes de solidaridad», *InDret*, (1), 2012, pp. 1-3

ROSENAU, «§34», en SATZGER/ SCHLUCKEBIER/ GUNTER (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 5ª ed., Wolters Kluwer, Colonia, 2021.

ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2020.

———, «60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrechts», en HÄBERLE (ed.), *60 Jahre deutsches Grundgesetz: Beiträge aus dem Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Jahre 2009-2011*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, pp. 65-92.

SÁNCHEZ DAFUACE, «El conflicto entre vidas en derecho penal», *Nuevo Foro Penal*, (95), 2020, pp. 31-65.

———, «El abatimiento de un avión secuestrado», *InDret*, (4), 2014, pp. 1-35.

SATZGER, «Gesetzlichkeitsprinzip und Rechtfertigungsgründe», *Juristische Ausbildung (JURA)*, 2016, pp. 154-162.

SCANLON, *Moral Dimensions. Permissibility, Meaning, Blame*, Belknap Press of Harvard University, Cambridge, Massachusetts, London, 2008.

SCHÜNEMANN, «Kritische Anmerkungen zum tragischen Dilemma im Strafrecht», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (167-1), 2020, pp. 1-13.

SILVA SÁNCHEZ, «Asesinatos selectivos en la “guerra punitiva” contra el terrorismo», *InDret*, (1), 2017, pp. 1-17.

———, «Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación», en HORMAZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de Derecho Penal en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, Ubijus, México D. F., 2011, pp. 215-234.

———, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Revista Discusiones*, (7), 2007, pp. 25-56.

———, «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (35), 1982, pp. 663-691.

SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA/CORCOY BIDASOLO, *Casos de la jurisprudencia con comentarios doctrinales: Parte General*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

SOTOMAYOR ACOSTA/TOMAYO ARBOLEDA, «Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano», *Revista de Derecho*, (4), 2017, pp. 21-53.

TADROS, *The Ends of Harm. The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

THOMSON, «The Trolley Problem», *The Yale Law Journal*, (94), 1985, pp. 1395-1415.

———, «Killing, Letting Die, and the Trolley Problem», *The Monist*, (59), 1976, pp. 204-217.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «El estado de necesidad», en: QUINTERO OLIVARES/CARBONELL MATEU/MORALES PRATS *et al.* (eds.), *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*, 4ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 153-159.

———, «La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica ¿Un concepto útil?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (102), 2014, pp. 167-208.

———, «El efecto oclusivo entre las causas de justificación», en BAJO FERNÁNDEZ/JORGE BARREIRO/SUAREZ GONZÁLEZ (eds.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, pp. 1039-1066.

VALLE MUÑIZ, «Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45-2), 1992, pp. 561-612.

WALEN, «Transcending The Means Principle», *Law and Philosophy*, (33), 2014, pp. 427-464.

WELZEL, «Zum Notstandsproblem», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, (63), 1951, pp. 47-56.

WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 52ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2022.

WILENMANN, *La justificación de un delito en estado de necesidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2017.

———, «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», *InDret*, (1), 2016, pp. 1-54.

———, «El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile», *Revista de Derecho (Valdivia)*, (27), 2014, pp. 213-244.

ZIESCHANG, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7<sup>a</sup> ed., Boorberg, Stuttgart, 2023.

———, «§ 34», en CIRENER/GABRIELE, RÖNNAU *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. III, 13<sup>a</sup> ed, C.H. Beck, München, 2019.

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