

Matar para salvar muchas vidas

Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal

Tatjana Hörnle

Ruhr-Universität Bochum

Abstract*

Schwierige Notstandsfälle sind solche, in denen der Täter zur Rettung einer größeren Zahl von Menschenleben ein Tötungsdelikt begeht. Die Verfasserin nutzt drei in der Literatur vielfach angeführte Beispiele: den Weichenstellerfall; die Tötung eines Menschen zur Transplantation seiner Organe an Patienten mit Organversagen; den Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeugs. Erstens ist zu fragen, ob eine Rechtfertigung (nach § 34 dt. StGB, rechtfertigender Notstand) in Betracht kommt. Im Vordergrund steht dabei das analytische Instrumentarium, d.h. die Frage, wie man Argumente systematisieren kann. Es ist zwischen drei Perspektiven zu unterscheiden: der akteurs- und opferneutralen Perspektive (die z.B. utilitaristischer Verrechnung zugrunde liegt), der akteurszentrierten Perspektive (die die Situation des Täters beleuchtet) und einer opferzentrierten (die Abwehrrechte der Opfer betont). Zweitens wird untersucht, unter welchen Umständen eine Entschuldigung in Betracht kommt. Die Verfasserin kommt zu dem Ergebnis, dass bei schwierigen moralischen Dilemmata ein entschuldigender Notstand auch jenseits der engen Voraussetzungen in § 35 dt. StGB anzuerkennen ist.

In difficult cases, the offender commits homicide or murder with the sole intention to save the lives of a greater number of human beings. The author uses three examples which are cited frequently in the literature: the trolley case; killing of a person to use her organs for many patients in need of organ transplantation; the shooting down of an aircraft which has been kidnapped by terrorists. First, one has to ask whether such an act could be justified (under § 34 German Penal Code, justifying necessity). The main focus of the article is to sketch the analytical instruments, that is, the question how one can categorize arguments in a systematic way. It is useful to distinguish three different perspectives to look at these difficult cases: the actor-focused perspective (which evaluates the offender's situation), the victim-focused perspective (which stresses the victims' defensive rights) and the neutral perspective ("the view from nowhere" which is typical for utilitarian calculations). Secondly, the article examines the requirements for an excuse (§ 35 German Penal Code, excusing necessity, or an excuse beyond the existing provisions). The author argues that it is possible to excuse offenders in cases posing grave moral dilemmas.

Son casos de estado de necesidad complejos aquéllos en los que el autor comete un delito de homicidio para salvar un número mayor de vidas humanas. La autora utiliza tres ejemplos muy citados en la doctrina: el caso del guardaagujas; el homicidio de un ser humano para transplantar sus órganos a varios pacientes necesitados de órganos; el derribo de un avión secuestrado por terroristas. En primer lugar, hay que preguntarse si entra en consideración una justificación (conforme al § 34 Código penal alemán, estado de necesidad justificante). A este

* Traducción de Nuria Pastor Muñoz, Doctora en Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Becaria de la Fundación Alexander von Humboldt en el Instituto de Derecho penal de la Universidad de Bonn. Título original: "Töten, um viele Leben zu retten. Schwierige Notstandsfälle aus moralphilosophischer und strafrechtlicher Sicht", en PUTZKE, Holm/HARDTUNG, Bernhard/HÖRNLE, Tatjana/MERKEL, Reinhard/SCHLEHOFER, Jörg/SCHLEHOFER, Horst/SEIER, Jürgen (eds.), *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen, 2008, p. 555-574.

respecto, la cuestión esencial es el instrumental analítico, esto es, la pregunta de cómo se pueden sistematizar los argumentos. Hay que decidir entre tres perspectivas: la perspectiva neutral respecto a quien actúa y respecto a la víctima (que subyace, por ejemplo, a los cálculos utilitaristas), la perspectiva centrada en quien actúa (la cual evalúa la situación del autor) y una perspectiva centrada en la víctima (la cual acentúa los derechos de defensa de esta última). En segundo lugar, se estudia en qué circunstancias entra en consideración una exculpación. La autora llega a la conclusión de que en caso de difíciles dilemas morales hay que admitir un estado de necesidad disculpante también más allá de los estrictos presupuestos del § 35 Código penal alemán.

Title: Killing to save many lives. Difficult necessity cases from the perspective of the Moral Philosophy as well as the Criminal Law

Titel: Töten, um viele Leben zu retten. Schwierige Notstandsfälle aus moralphilosophischer und strafrechtlicher Sicht

Palabras clave: Situación de necesidad, el caso del guardaagujas, matar para transplantar los órganos de la víctima, derribo de aviones secuestrados, estado de necesidad justificante, perspectiva neutral, perspectiva centrada en quien actúa, perspectiva centrada en la víctima, estado de necesidad disculpante

Keywords: Necessity, the trolley case, killing for the transplantation of the victim's organs, shooting down a kidnapped aircraft, justifying necessity, neutral perspective ("the view from nowhere"), actor-focused perspective, victim-focused perspective, excusing necessity.

Stichwörter: Notstand, Weichenstellerfall, Tötung für die Transplantation der Organe des Opfers, Abschuss eines entführten Flugzeugs, rechtfertigender Notstand, akteur- und opferneutrale Perspektive, akteurszentrierte Perspektive, opferzentrierte Perspektive, entschuldigender Notstand.

Sumario

1. Introducción

2. Justificación

2.1. Sobre la interpretación del § 34 del Código penal alemán

2.2. La perspectiva neutral respecto a quien actúa y respecto de la víctima

2.3. La perspectiva centrada en quien actúa

2.4. La perspectiva centrada en la víctima

2.5. Conclusión provisional

2.6. ¿Qué es lo que ha de ser decisivo en la ponderación?

3. Exculpación

4. Consideración final

5. Jurisprudencia citada

6. Bibliografía citada

1. Introducción

El Derecho penal alemán ofrece soluciones indiscutidas para muchos casos de estado de necesidad. Quien, para salvar un bien importante, por ejemplo en caso de peligros graves para la vida humana, lesiona otro bien insignificante puede invocar la mayoría de las veces un estado de necesidad justificante del § 34 Código penal alemán [*StGB*]. El actuar para conservar la propia vida o la vida de una persona próxima se disculpa conforme al § 35 apdo. 1 Código penal alemán [estado de necesidad disculpante], con independencia de la relevancia del bien lesionado. Los casos que generan problemas son aquéllos en los que el autor mata dolosamente a un ser humano para salvar a un número mayor de personas con las que no le une relación personal alguna. ¿Puede estar esto justificado o disculpado o quien se decide por tal acción tiene que ser castigado? En una conversación *Rolf Dietrich Herzberg* esbozó su posición tal como sigue: la cuestión de la justificación es difícil de responder. Sin embargo, este autor expresó estar seguro de una cosa: la solución no se encuentra en el nivel de la culpabilidad. En esta última continúa *Herzberg*— solamente se puede tratar de tener en cuenta déficits personales de quien actúa (§§ 19, 20 Código penal alemán) o de situaciones de presión estandarizadas (§§ 33, 35 Código penal alemán). Según *Herzberg*, si se decidiera no castigar al autor, a la vista de la parte meritoria de su hecho, por las vidas salvadas, habría que decidirse por una justificación. Mis consideraciones discrepan en parte del planteamiento del homenajeado —aun cuando las pongo por escrito en la certeza de que a él, a quien conozco como conversador lleno de humor y siempre dispuesto a escuchar y reflexionar, las diferencias no le contrarían, sino que le animan a una discusión adicional.

Tres ejemplos deberían servir para ilustrar esto. Los dos primeros son ejemplos estándar en trabajos relevantes, el tercero surge de una cuestión jurídico-política actual. El primer caso recibe en Alemania, conforme al artículo de *Welzel* publicado en 1951, el nombre de caso del guadaaguas [*Weichenstellerfall*]. Un tren de mercancías entra a toda velocidad en el valle y amenaza con embestir a un tren de pasajeros, lo cual supondría la muerte de muchas personas. Uno de los empleados de ferrocarriles logra, moviendo una aguja, desviar en el último segundo el tren de mercancías hacia la única vía secundaria, pese a que prevé que en ella morirán tres de sus compañeros¹. En la doctrina americana aparece un caso semejante bajo el palabra clave »tranvía sin conductor« (*Trolley-Case*) a más tardar desde 1967². El segundo ejemplo hipotético ocurre bajo la palabra clave »transplante«: un

¹ WELZEL, "Zum Notstandsproblem", *ZStW* (63) 1951, pp. 47-51.

² Véase FOOT, *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*, 2002, p. 23. Es más bien poco probable que FOOT conociera el artículo de WELZEL. Además, de la amplia discusión, por ejemplo, D. LOCKE, "The choice between lives", *Philosophy* (57), 1982, p. 453 y ss.; QUINN, "Actions, Intentions and Consequences: The Doctrine of Doing and Allowing", *Philosophical Review* (98), 1989, p. 287, 304; THOMSON, *The Realm of Rights*, 1990, p. 176 y ss.; RAKOWSKI, "Taking and Saving Lives", *Columbia Law Review* (93), 1993, p. 1063 y ss.; KAMM, "Harming Some to Save Others", *Philosophical Studies* (57),

cirujano, que tiene cinco pacientes a quienes les fallan órganos vitales y para quienes no se pueden conseguir donaciones de órganos, le extrae los órganos que necesita a un hombre joven que se encuentra en el hospital para una pequeña operación, a consecuencia de lo cual éste muere³. Y, por último, en la discusión en torno al § 14 Abs. 3 Ley de seguridad aérea [*LuftSiG*], calificado hace poco de inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal [*BVerfG*], se planteó la pregunta de si la acción de un piloto de las fuerzas aéreas sería punible: ¿Se puede derribar a un avión secuestrado sobre un territorio despoblado y, de este modo, matar a los pasajeros así como a los miembros de la tripulación que se encuentran a bordo y no tienen nada que ver con ello, si se sabe⁴ que el secuestrador quiere derribar el avión en un lugar (por ejemplo, en un gran aeropuerto) en el que morirían muchas más personas? El Tribunal Constitucional Federal ha dejado abierta la valoración jurídico-penal⁵.

2. Justificación

2.1. Sobre la interpretación del § 34 Código penal alemán

En los tres casos hay que considerar si el actuar está justificado. Para el caso del avión, se ponderó la aplicación de reglas del consentimiento. Habría que pensar en un consentimiento presunto: posiblemente los pasajeros que saben que, de todos modos, van a perder la vida en unos minutos estarían de acuerdo con el derribo. Sin embargo, tal solución no entra en consideración. Algunos, quizá muchos, serían así de razonables, pero no se puede suponer que todos, sin excepción, habrían otorgado su consentimiento⁶. Al igual que para los otros dos ejemplos, solamente queda la posibilidad de una justificación conforme al § 34 Código penal alemán.

1989, p. 227 y ss.; EL MISMO, "Intricate Ethics Rights, Responsibilities and Permissible Harm", *Oxford University Press*, 2007, p. 14, 23 y ss.

³ THOMSON, *The Realm of Rights*, 1990, p. 135; Véase además, la referencia en la nota 14.

⁴ Obviamente, en este punto aparece un problema, a saber, la inseguridad del pronóstico en un incidente real. Lo que planean los secuestradores e incluso si existe un secuestro son cuestiones que pueden resultar muy difíciles de valorar para quienes toman la decisión; al respecto, *BVerfGE* 115, 118, 154 y ss. Para no tener que hacer más distinciones dentro del marco que tenemos aquí a disposición, parto de un pronóstico inequívoco de peligro. Véase con más detalle, HÖRNLE, "Hijacked airplanes: May they be shot down?", *New Criminal Law Review* (10), 2007, p. 582.

⁵ *BVerfGE* 115, 118 (157).

⁶ *BVerfGE* 115, 118 (157); MERKEL, "§ 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und darf der Staat Töten?", *JZ*, 2007, p. 373, 379; H. J. HIRSCH, "Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen", en Michael HETTINGER et al (ed.), *Festschrift für Welfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, p. 149, 159. Por ello, ya no interesa la pregunta de si sería admisible el consentimiento a un homicidio.

Todos los ejemplos están contruidos de tal manera que existe un peligro, presente y que no se puede evitar de otro modo, para la vida de muchos seres humanos y el autor actúa para apartar el peligro de éstos últimos. Lo decisivo es la interpretación de la fórmula que se encuentra en el § 34 frase 1 Código penal alemán: »si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular, los bienes jurídicos afectados y el grado de los peligros que los amenazan, el interés protegido prevalece esencialmente sobre el menoscabado«⁷. La oración subordinada encabezada por »en particular« carece de relevancia para la elección entre muerte segura y muerte segura. Lo decisivo es, más bien, a qué criterios hay que recurrir para el «prevalecer esencialmente», en especial, si argumentos referidos al resultado cuantitativamente (el hecho conduce a la supervivencia de la cifra más elevada) son decisivos. Ni del tenor literal ni de los materiales legislativos se puede deducir una disposición inequívoca⁸. Pese a ello, los penalistas alemanes están de acuerdo en que hay que rechazar una aproximación cuantitativa a la cuestión⁹. En este sentido, se podría mencionar que la

⁷ Se discute en qué relación se encuentran el § 34 frase 1 y la cláusula de adecuación de la frase 2 (véase al respecto, JOERDEN, "§ Satz 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung", GA 1991, p. 411 y ss.; MERKEL, "Zaungäste? Über die Vernachlässigung philosophischer Argumente in der Strafrechtswissenschaft (und einige verbreitete Mißverständnisse zu § 34 S.1 StGB)", en INSTITUT FÜR KRIMINALWISS. (eds.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, p. 171, 176 y s. Renuncio, debido a la limitación de espacio, a una discusión y parto de un concepto amplio de »interés«, si bien el § 34 frase 2 Código penal alemán debería recordar a quien aplica la ley que en caso de daños contabilizables no solamente se trata de comparar cantidades.

⁸ De la toma de posición de HORSTKOTTE (Prot. Sonderausschuss Strafrechtsreform, 5. Wahlperiode, 1794), se deduce que la solución de los casos difíciles de estado de necesidad debería dejarse a los tribunales.

⁹ RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 202 y ss.; WELZEL, *ZStW* (63), 1951, p. 52; JÄGER, "Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie", *ZStW* (115), 2003, p. 765, 778; JEROUSCHEK, "Nach dem 11 September 2001: strafrechtliche Überlegungen zum Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeugs", en AMELUNG et al. (ed.) *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*, 2003, p. 185, 192; SINN, "Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 III Luftsicherheitsgesetz -rech- mäßig?", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004, p. 585, 588; MITSCH, "Flugzeugabschüsse und Weichenstellungen", GA, 2006, p. 11, 12; H. J. HIRSCH, en HETTINGER et al. (ed.), *Festschrift für Wliefried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, p. 159; LENCKNER/PERRON, en "Comentario previo al § 34 StGB", en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., Beck, München, núm. marg. 23; ERB, "Comentario al § 34", en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar-StGB*, 2003, núm. marg. 118, 121; SCHLEHOFER, "Comentario previo a los §§ 32 y ss.", en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 4ª ed., núm. marg. 214 y ss.; NEUMANN, "Comentario previo al § 34" en KINDHÄUSER et al. (ed.), en *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2005; ZIESCHANG et al. (ed.), "Comentario previo al § 34" en WILHELM/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, núm. marg. 65; ROXIN, *Strafrecht AT/1*, 4ª ed., 2006, § 16 núm. marg. 34;

palabra «interés» es utilizada al final de la fórmula del § 34 Código penal alemán en singular. Posiblemente, esto es un indicio de que se pretende una comparación abstracta «vida contra vida». No obstante, en contra de una prohibición de centrarse en la cifra de los afectados habla el hecho de que, con frecuencia, esto no sería problemático, fuera de los casos extremos que hay que discutir aquí. Cuando se trata de arrebatarle violentamente a un transeúnte enojado su teléfono móvil para, en beneficio de la víctima lesionada de un accidente, hacer venir a un médico, nadie pondrá reparos, aún cuando se repare en la cifra de los lesionados¹⁰. La prohibición de tal clase de fundamentaciones no se puede deducir del tenor literal del § 34 Código penal alemán¹¹. Son necesarias otras reflexiones para precisar la fórmula de la ponderación.

La solución de los casos difíciles de estado de necesidad no es ni con mucho tan sencilla como sugiere una ojeada a los manuales alemanes de Derecho penal y el veredicto, formulado en la mayor parte de los casos de forma breve, contra la toma en consideración de la cifra de supervivientes. En la discusión filosófico-moral, separándose de esto en diversos aspectos, se afirma que la relación entre la vida que al final se ha salvado y la vida humana que se ha perdido es en todo caso un factor esencial. Muchas contribuciones inglesas y americanas empiezan con el encabezamiento de que, en el caso del guardagujas, el cambio de agujas tiene que estar evidentemente permitido¹². Si uno se guiara por esta intuición, en el ejemplo del avión aquí, de nuevo, en contraste con los juristas

JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1991, 13ª sección, núm. marg. 21; KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2005, § 8 núm. marg. 114; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2004, § 9 núm. marg. 113; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., 2004, § 8 núm. marg. 187. De otra opinión, DELONGE, *Die Interessenabwägung nach § 34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen*, 1987, p. 122 y ss., además, SILVA SÁNCHEZ, "Zur Verhältnismäßigkeitsproblematik im entschuldigenden Notstand", *Jahrbuch für Recht und Ethik* (13), 2005, p. 681, 694 y ss.

¹⁰ Confróntese PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 267, Véase por otra parte, respecto a los problemas en la compensación de diversos grados de sufrimientos, MERKEL, en INSTITUT FÜR KRIMINALWISS. (eds.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, p. 192 y ss.

¹¹ También hay consideraciones sistemáticas que apoyan la idea de que la cifra de los afectados debería jugar un papel. Así, la puesta en peligro de numerosas personas (medio peligroso para la comunidad, § 211 apdo. 2 Código penal alemán) influye en la valoración de un homicidio doloso; así pues, en esa medida se cuantifica. Véase sobre tales contradicciones, TRÖNDLE/FISCHER, § 34, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54ª ed., Beck, München, núm. marg. 10a.

¹² FOOT, *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*, 2002, p. 23: «without hesitation»; KAMM, *Philosophical Studies* (57), 1989, p. 228: «commonly assumed that it is permissible». QUINN, *Philosophical Review* (98), 1989, p. 304, y THOMSON, *The Realm of Rights*, 1990, p. 176 «most people would react this way»; RAKOWSKI, *Columbia Law Review* (93), 1993, «an irreproachable course», p. 1063.

alemanes¹³— habría que llegar al mismo resultado. El objeto de las demás discusiones es, con frecuencia, por qué motivos habría que ver las cosas de otra manera en el caso del trasplante. Al respecto hay acuerdo: tanto en la literatura alemana como en la americana, todo aquél que menciona el caso del trasplante llega a la conclusión de que el comportamiento del médico no puede estar permitido¹⁴ — lo cual, si se ha empezado con el actuar justificado en el caso del guardagujas, conduce a la pregunta de por qué el aspecto de «muchas vidas salvadas» no conduce siempre a una permisión¹⁵.

En lo que sigue, sistematizaré hipótesis que se encuentran tras conclusiones alcanzadas intuitivamente y diferencias jurídico-culturales¹⁶ en la valoración de los casos difíciles de estado de

¹³ JEROUSCHEK, en AMELUNG et al. (ed.), *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*, 2003, p. 192; JÄGER, “Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie”, *ZStW* (115), 2003, p. 789; SINN, *NStZ*, 2004 p. 585 Y s.; MITSCH, *GA*, 2006, p. 12 Y s.; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *SK*, 27ª ed., 2006, núm. marg. 24; ZIESCHANG, en WILHELM/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *LK*, 12ª ed., 2006, núm. marg. 74a; PAEFFGEN, “previo a los §§ 32 a 35”, en *NK*, 2ª ed., 2005, núm. marg. 155. De otra opinión, ERB, “Comentario al § 34”, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *MK*, 2003, núm. marg. 118, 121; NEUMANN, § 34, en KINDHÄUSER et al (ed.), *NK*, 2ª ed., 2005, núm. marg. 77; ver también OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., 2004, § 8 núm. marg. 195.

¹⁴ BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, p. 155 y ss.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 259; SINN, *NStZ*, 2004, p. 589; FRITZE, “Moralisch erlaubtes Unrecht. Dürfen Unschuldige getötet werden, um anderen zu retten”, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* (51), 2004, p. 212; KAMM, *Philosophical Studies* (57), 1989, p. 227 s.; D. LOCKE, *Philosophy* (57), 1982, p. 455; THOMSON, *The Realm of Rights*, Cambridge, p. 135; RAKOWSKI, *Columbia Law Review* (93), 1993 p. 1064; STACY, “Act, Omissions, and the Necessity of Killing Innocents”, *American Journal of Criminal Law* (29), 2002, p. 481-506; BLUMENSON, “Killing in good conscience: What’s wrong with sunstein and vermeule’s lesser evil argument for capital punishment and other human rights violation?”, *New Criminal Law Review* (10), 2007, p. 210-214 y ss. Incluso JOHN HARRIS, quien analiza esto a fondo, admite que tal paso no entraría en consideración, *Philosophy* (50) (1975), p. 81 y 87.

¹⁵ En la discusión americana se discute el caso del guardagujas en numerosas subvariantes, para fondear las fronteras entre el cambio de agujas permitido y aquél que ya no lo está, v., por ejemplo, Thomson (nota 2), p. 176 y ss.; KAMM, *Philosophical Studies* (57), 1989, p. 92, 112 y ss., p. 180 y ss. y en muchos otros pasajes de su libro más reciente.

¹⁶ CHRISTIAN JÄGER dice que se corresponde con la «visión cultural dominante» la idea de que las vidas humanas no son compensables, *ZStW* (115), 2003 p. 780). Esto no puede decirse de esta manera general. Tampoco habría que precipitarse hacia la suposición de que los autores mencionados en la nota 12 están convencidos de un «utilitarismo toscó» — cosa que no es así. V. sobre la unilateralidad de la perspectiva alemana también SILVA SÁNCHEZ, *Jahrbuch für Recht und Ethik* (13), 2005.

necesidad. Estos supuestos se pueden contemplar desde *tres perspectivas distintas*: una perspectiva *neutral respecto a quien actúa y a la víctima*, una perspectiva *centrada en quien actúa* y una perspectiva *centrada en la víctima*. Tal como se mostrará, la solución depende de cuál de estos puntos de partida adopte (con frecuencia, sin reflejarlo conscientemente) quien lleva a cabo la valoración.

2.2. La perspectiva neutral respecto a quien actúa y respecto a la víctima

En la literatura de Filosofía moral, esta perspectiva se denomina «neutral respecto al agente»¹⁷. Lo decisivo es que se toma como base la perspectiva de un observador ajeno a quien le interesan los estados en el mundo por así decirlo «desde arriba», considerados con una «vista desde ninguna parte»¹⁸. A esas reflexiones que no están ancladas en cuanto a la perspectiva me refiero con la denominación «neutral respecto a quien actúa y a la víctima». A este enfoque subyace una *Filosofía moral consecuencialista* según la cual lo decisivo para la corrección de una acción es un balance de las consecuencias de esta última¹⁹. Aplicado al caso del guardagujas, tal valoración conduciría a una justificación moral y también jurídico-penal, pues tiene prioridad conservar más vidas humanas.

Ahora bien, también se han de tener en cuenta los efectos que hay que esperar a medio hasta largo plazo, algo que resulta relevante especialmente para la variante «transplante». El comportamiento del médico tendría consecuencias que irían mucho más allá. No hace falta tener mucha imaginación para pronosticar que, en primer lugar, disminuiría la disposición a hospitalizarse, si el experimento mental se convirtiera en un caso real y segundo, qué consecuencias tendría esto para las personas que necesitaran tratamiento. Por esta razón, también utilitarista debería ponerle límites al médico²⁰. En el ejemplo del avión las reflexiones sobre las consecuencias negativas futuras son más complejas. Habría que considerar cuál de las alternativas «derribar o no derribar un avión secuestrado» lesionaría más intensamente la confianza en la seguridad del tráfico aéreo (me parece que aquí no

¹⁷ Véase una aplicación coherente de la «agent-neutral perspective» en GLOVER, “It makes no difference whether or not I do it”, *Proceedings of the Aristotelian Society* (49), 1975, p. 171 y ss.; GARDNER, *Criminal Law and Philosophy* (1), 2007, p. 127 y ss. La denominación «neutral respecto a quien actúa» no acaba de encajar. Tales consideraciones no solamente suprimen aspectos que afectan a quien actúa, sino también la perspectiva de la víctima concretamente afectada (cuyos intereses entran ciertamente en el cálculo global, si bien quien valora no se pone en su posición).

¹⁸ Un análisis completo de la «View from Nowhere» se encuentra en el libro de THOMAS NAGEL que lleva el mismo nombre y se publicó en 1986.

¹⁹ Véase sobre el utilitarismo como importante variante MILL, *Utilitarianism*, 1861; también, SMART, “An outline of a system of utilitarian ethics”, en SMART/WILLIAMS, *Utilitarianism. For and Against*, 1963, Cambridge; GESANG, *Eine Verteidigung des Utilitarismus*, 2003.

²⁰ Confróntese también SINGER, “Utility and the Survival Lottery”, en *Philosophy* (52), 1977, p. 218 y ss.; BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995 p. 213 y ss.

hay una diferencia clara: al igual que el derribo, también la catástrofe ocasionada en el aeropuerto por los secuestradores tendría también consecuencias devastadoras para la confianza general). Además, habría que temer la «ruptura de un dique» si se le permite al Estado matar a personas ajenas al conflicto (a diferencia del caso de la tortura, en el que, tras la justificación en un caso concreto, habría que pronosticar ampliaciones abusivas, en el caso del avión esto resulta mucho menos plausible debido a las circunstancias tan insólitas). Sería más lógico partir, sobre la base de un balance las consecuencias, de una justificación.

2.3. La perspectiva centrada en quien actúa

La segunda posibilidad de aproximarse a una solución está en una *perspectiva centrada en quien actúa*. Una acción no se juzga (o no exclusivamente) según sus consecuencias, sino según circunstancias concomitantes en la persona de quien actúa, en especial, sus intenciones. Partidarios de una justificación podrían encontrar un argumento adicional: *la doctrina del doble efecto*. Esta doctrina entiende que está permitido ocasionar daños para salvar a un bien mayor—pero solamente cuando estos daños no se causan intencionadamente, sino en todo caso con conocimiento. La doctrina del doble efecto, que se atribuye a un breve pasaje de *Tomás de Aquino*²¹, se cita en conflictos de embarazo para fundamentar por qué se puede salvar a la madre aun cuando el médico sepa que mediante la acción el niño morirá²². El segundo caso de aplicación que se cita frecuentemente es la muerte de civiles como consecuencia colateral de una acción importante para la defensa militar²³. En mis ejemplos habría que examinar primero si los autores causan la muerte de otros intencionadamente o solamente con conocimiento. En el caso del avión y del guardagujas, saben que la muerte se producirá con seguridad, pero no lo desean y la muerte tampoco es un estado intermedio necesario para poder realizar su objetivo (desviación del tren, derribo controlado del avión en un lugar seguro)²⁴. Sin embargo, la negación de la intención será tanto más difícil cuando más estrecha y necesariamente estén unidas acción y consecuencia²⁵. En el caso del transplante sería extraño afirmar que al médico, que quiere «solamente extraer los órganos vitales», le falta la

²¹ Al respecto, QUINN, “Actions, Intentions and Consequences: The Doctrine of Double Effect” *Philosophy and Public Affairs*, 1989, p. 334; crítico HART, *Punishment and Responsibility*, 1968, p. 122 y ss.; MERKEL, *Früheuthanasie*, 2001, p. 166.

²² Véase sobre tales casos FOOT, *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*, 2002, Oxford University Press, New York.

²³ Por ejemplo, KAMM, “Failures of Just War Theory”, *Ethics* (114), 2004, p. 650, 653 y ss.

²⁴ Las explicaciones del Tribunal Constitucional Federal son confusas en la medida en que los pasajeros serían utilizados «como medio para el salvamento de otros» (BVerfGE 115, 118, 154). Esto parece implicar la intención que no existía. Su homicidio sería un efecto colateral; así como aquí MERKEL (nota 6), p. 379 y ss.

²⁵ MERKEL, *Früheuthanasie*, 2001, p. 177 y ss.

intención de matar, pese a que consta con una seguridad del cien por cien que tras extraerle a la víctima esos órganos, ésta morirá inmediatamente.

¿Beneficiaría la doctrina del doble efecto por lo menos a los autores en el caso del guardagujas y del avión? Esta teoría se podría describir como una curiosa mezcla de elementos de diferentes teorías de la Filosofía moral. El fundamento es consecuencialista: se puede hacer algo malo cuando la utilidad global es claramente mayor, pero rige una cláusula excepcional (que hay que explicar separadamente) para el caso de la causación intencional del mal²⁶. Esto no lleva mucho más allá, puesto que en caso de homicidio no intencional, el marco es, entonces, el marco consecuencialista al que se ha hecho referencia, sin que se añada nada nuevo. La otra posibilidad consiste en centrarse únicamente en las actitudes de quien actúa. Esta interpretación es lógica si se leen las explicaciones de *Tomás de Aquino*, quien entendía que «las acciones morales, sin embargo, reciben su forma propia de aquello respecto a lo que se tiene la intención y no de aquello que está fuera de esta intención, puesto que ello es casual»²⁷. Sin embargo, la contraposición de «intención o casualidad» apunta a que *Tomás de Aquino* utilizaba otro concepto de intención más amplio, puesto que no podría convencer la ubicación de las consecuencias causadas conscientemente en la «casualidad». En todo caso, en estas consideraciones no se puede encontrar una fundamentación convincente de la teoría del doble efecto. Hay planteamientos más recientes en la Filosofía moral que se centran en que quien actúa intencionadamente instrumentaliza a la víctima de manera más intensa²⁸, o intentan establecer una vinculación entre intenciones y carácter²⁹. Aquí no hay que profundizar más en esto. Aun cuando se puedan poner de manifiesto diferencias entre intención y conocimiento seguro, éstas carecen de relevancia en relación con el injusto superior que radica en un homicidio cometido «solamente» con conocimiento³⁰.

Por lo demás, ¿qué desempeña algún papel en la reflexión centrada en quien actúa? Un acusado alegaría que se encontraba en un difícil conflicto. Ciertamente, conocía—continuaría el acusado— las pretensiones de defensa de las víctimas (las cuales serán tratadas inmediatamente), pero pensó que estaba obligado a proteger a las personas que también estaban amenazadas de muerte. Éste es un punto importante que se olvida con frecuencia en los casos de estado de necesidad: la relación entre el autor y las víctimas que lo son solamente de manera potencial porque aquél las ha salvado³¹.

²⁶ En este sentido se ha de entender la descripción que hace KAMM, “Intricate Ethics Rights, Responsibilities and Permissible Harm”, *Oxford University Press*, p. 21, p. 93.

²⁷ ALBERTUS-MAGNUS-AKADEMIE WALBERG BEI KÖLN (ed.), *Summa Theologica*, edición alemán-latín, tomo 18, 1953, Quest. 64, 7. Art. (sobre el tema: admisibilidad de la defensa propia).

²⁸ QUINN, *Philosophy and Public Affairs*, 1989 p. 348 y ss.

²⁹ TADROS, *Criminal Responsibility*, 2005, pp. 44 y ss., pp. 225 y ss.

³⁰ Confróntese TADROS, *Criminal Responsibility*, 2005 p. 231 y s.

³¹ En contra de una toma en consideración, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 13ª parte, núm. marg. 24.

Ciertamente, el deber general de socorro que se ha reflejado en el § 323c Código penal alemán—si es que siquiera se reconoce tal deber³²— podría fundamentar en todo caso un *deber débil de protección*. Así pues, si en el ejemplo del avión alguien derribara el avión secuestrado y no lo hiciera como representante del Estado, sino con base en una decisión propia, aquél no podría alegar un deber especial de protección frente a las personas del aeropuerto; lo mismo puede decirse si en el caso del guardagujas quien actuara fuera un paseante con presencia de ánimo. En mi versión, quien cambia las agujas es un empleado de ferrocarriles respecto a quien hay que considerar si tenía una posición de garante en cuanto a la vida de quienes viajaban en el tren de pasajeros, una posición de garante procedente del dominio de fuentes de peligro³³. Los deberes de garante pueden surgir de la responsabilidad por actividades peligrosas, si bien hay que aclarar en el caso concreto a quién compete el *management* del riesgo y la vigilancia³⁴. Cómo se han de deslindar exactamente los ámbitos de responsabilidad dentro de los Ferrocarriles alemanes es algo que puede quedar por ver. En todo caso, tal como ha desarrollado nuestro homenajeado, los simples trabajadores tienen sólo excepcionalmente responsabilidad por la evitación de peligros, por ejemplo, cuando reciben una autorización especial para manejar determinados mecanismos³⁵. Un empleado de ferrocarriles no es competente para tomar medidas contra un peligro que ha surgido en otro lugar por un tren de mercancías no suficientemente asegurado y el cambio de agujas tampoco caía en un ámbito de dominio que le estuviera atribuido.

En cambio, en el caso de acciones realizadas por representantes del Estado para la protección de los ciudadanos, como en el caso del avión, el tema »deber de protección« tiene importancia. El debate que conduce al Derecho constitucional y a la Filosofía política no se puede reproducir aquí en detalle³⁶. Ya tiempo atrás el Tribunal Constitucional Federal se mostró reservado frente a las pretensiones individuales de protección y en la sentencia sobre la LuftSiG tampoco las reconoció³⁷. Si al final las pretensiones de protección se consolidan en un derecho es algo que depende de las pretensiones de defensa en sentido contrario y, por ello, es algo que todavía no se puede decidir. Aquí solamente hay que indicar lo siguiente: los intereses legítimos de víctimas potenciales se han de tomar en serio, sobre todo cuando solamente el Estado dispone de los medios para evitar agresiones

³² Véase *infra* en la nota 54.

³³ Al respecto, ROXIN, *AT/2*, § 32, núm. marg. 107 y ss.

³⁴ Véase CRAMER/HEINE, "Comentario previo a los §§ 25 y ss.", en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *SK*, 27ª ed., 2006, núm. marg. 109 d.

³⁵ HERZBERG, *Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb*, 1984, p. 239 s.

³⁶ Véase sobre el debate en torno a un derecho fundamental a la seguridad, ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983; ROBERTS, *Sicherheit als Menschenrecht*, 1987; DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1992; CREMER, *Freiheitsgrundrechte*, 2003, p. 228 y ss.; CALLIESS, "Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen verfassungsrechtsverhältnis", *JZ* 2006, pp. 321 y ss.

³⁷ BVerfGE 46, 160 (164) — Caso Schleyer; 115, 118 (160).

antijurídicas contra la vida de ciudadanos. Si se ve el fundamento de la existencia de los Estados en el hecho de que, mediante esta asociación, se debería garantizar la seguridad y si se parte de que el monopolio de la violencia del Estado tiene que estar unido con deberes de protección para sus ciudadanos³⁸, entonces cuando se niega tal protección hay un fracaso en un ámbito esencial.

Ahora bien, de acuerdo con una opinión común, en caso de colisión de deberes de protección y pretensiones de defensa no hay una verdadera colisión de deberes, sino que la prohibición de lesión activa tiene preferencia por delante del mandato de acción³⁹. En la literatura de Filosofía moral se discute qué relevancia tiene la diferencia entre »*Doing and Allowing*« (la cual se corresponde en gran parte con la diferencia entre hacer y omitir)⁴⁰. Lo que genera confusión es que es posible sin más construir casos para una comparación de dos en dos en los que el hacer es peor que el omitir. Con todo, las diferencias percibidas intuitivamente se explican con frecuencia mejor mediante otros factores⁴¹. Un ejemplo: la madre de dos niños que, tras un accidente del barco, le da el chaleco salvavidas al hijo, perjudicando de este modo a la hija, puede alegar una colisión de deberes justificante. El caso se juzgaría de otra manera si la madre le quitara al hijo el chaleco salvavidas que éste ya había recibido y se había puesto para dárselo a la hija. Ciertamente, en la base de esta distinción podría encontrarse lo siguiente: en la segunda variante el hacer de la madre es amenazante para el chico, destruye confianza esencial. ¿Qué pasaría si los niños fueran demasiado pequeños para darse cuenta del significado del incidente? También en tal caso la frustración activa del salvamento del chico se podría calificar de injusto, pues el chico ya había adquirido posibilidades de salvamento. Sin embargo, con el elemento »frustra la posibilidad de salvamento ya existente« se pasaría a una valoración centrada en la víctima.

La diferencia entre hacer y omitir no tiene *en sí misma* relevancia alguna. Cuando se aplican coherentemente las máximas consecuencialistas, no desempeña papel alguno la cuestión de si las consecuencias se causan mediante hacer o mediante omitir⁴², en el ejemplo del avión, el piloto *debería* disparar. La valoración contraria y extendida, según la cual el hacer es un injusto mayor que el

³⁸ ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, pp. 3 y ss.; ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht*, 1987, p. 40 y ss.; Bernsmann, *Entschuldigung durch Notstand*, 1989, pp. 264 y ss. Ver además, ISENSEE, en *Festschrift für Günther Jakobs zum 70 Geburtstag*, 2007, pp. 205, 221 y ss.

³⁹ ROXIN, *Strafrecht AT*, 4ª ed, 2006, § 16 núm. marg. 117; KÜHL, *Strafrecht AT*, 5ª ed, 2005, § 12 núm. marg. 93, ; SINN, *NStZ*, 2004, p. 586; MERKEL, *JZ*, 2007, p. 381.

⁴⁰ En análisis filosóficos se considera que la diferencia entre hacer y omitir, familiar para los penalistas, es imprecisa, ver QUINN, *Philosophical Review* (98), 1989, p. 297 y ss.; LOCKE, *Philosophy* (57), 1982 p. 464. Puesto que aquí no se pueden explicar con más detalle tales delimitaciones, en lo que sigo hablo pese a ello de »hacer y omitir«.

⁴¹ Al respecto, BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, cap. 6.

⁴² En este sentido, GLOVER, *Proceedings of the Aristotelian Society* (49), 1975.

omitir, llegaría a la conclusión de que al piloto *no le está permitido* disparar. Ahora bien, a esto subyace implícitamente una perspectiva centrada en la víctima a la que no se le añade ningún nuevo elemento de fundamentación autónomo⁴³. Una tercera variante le deja al piloto *ex ante* (antes del disparo) abiertas las opciones: por razones de integridad personal, le permitiría al piloto no querer ser la persona que mata⁴⁴. Para ello se podría alegar que hay que tener comprensión con los seres humanos que se encuentran atrapados entre el conocimiento de las consecuencias y la prescripción deontológica «no has de matar» y que, paralizados por este dilema, permanecen pasivos. Sin embargo, tales consideraciones no encajan bien cuando hay que juzgar el comportamiento de representantes del Estado, pues de éstos esperamos más determinación⁴⁵. Y cuando se ha tomado la decisión a favor del derribo, esta tercera opinión pierde toda importancia.

2.4. La perspectiva centrada en la víctima

¿Qué significa una «perspectiva centrada en la víctima»? En la literatura de Filosofía moral se encuentran planteamientos que empiezan por las víctimas, pero que al final acaban dejando que lo decisivo sea una comparación de las cifras de supervivencia. Esto es posible con fundamentaciones *contractualistas* que preguntan qué es lo que, *antes* de que se produzca un caso de necesidad, bajo el «velo de la ignorancia»⁴⁶, los seres humanos ven como opción razonable de acción⁴⁷. A los planteamientos contractualistas les genera problemas el ejemplo del trasplante. ¿Sería racional acordar el sacrificio de seres humanos para conseguir órganos cuando se puede contar para uno

⁴³ Confróntese, por ejemplo, la fundamentación que ofrece QUINN, *Philosophical Review* (98), 1989, p. 309 y ss. para su distinción entre «Doing and Allowing».

⁴⁴ Ver WILLIAMS, en SMART/WILLIAMS, *Utilitarianism. For and Against* p. 98 s., p. 108 y ss. Para su ejemplo «Jim and the Indians», WILLIAMS entiende que constituye una diferencia si uno mismo tiene que matar (en su ejemplo: a un indio prisionero) para, de este modo, evitar consecuencias dañinas (la ejecución de otros 19 prisioneros) — así pues, este autor se vuelve contra la perspectiva neutral respecto a quien actúa.

⁴⁵ Véase al respecto SUNSTEIN/VERMEULE, “Is capital punishment morally required? Acts, omissions and life-life tradeoff”, *Stanford Law Review* (58), 2005, p. 703, 719 y ss. Este artículo (que se manifiesta a favor de la pena de muerte) ha topado justamente con mucha crítica pese a que el fragmento sobre hacer y omitir en caso de actividades estatales ha encontrado aprobación, ver BLUMENSON, *New Criminal Law Review* (10), 2007, p. 217; STEIKER, “No, Capital Punishment is Not Morally Required: Deterrence, Deontology, and the Death Penalty”, *Stanford Law Review* (58), 2005, p. 751, 756 y ss.

⁴⁶ Fundamentalmente RAWLS, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 2005, p. 34 y ss. El velo de la ignorancia se referiría al hecho de que uno no sabe si, en el momento de producirse la situación de necesidad, pertenecería al gran grupo de los salvados o al pequeño grupo de aquellos a quienes se mata.

⁴⁷ V. respecto a tales consideraciones FRITZE, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* (51), 2003; RAKOWSKI, *Columbia Law Review* (93), 1993.

mismo con una mayor posibilidad de sacar provecho en caso de urgencia que ser víctima del acuerdo? *John Harris*, quien se ocupó de este tema, reconoce que hay intuiciones morales fuertes que están en contra de una »lotería de la supervivencia«, aunque deja sin responder la cuestión de si esto no es únicamente una cuestión de costumbres⁴⁸. Sin embargo, este autor trata sólo superficialmente la cuestión de qué efectos tendría esto en nuestra calidad de vida. También en caso de que el riesgo de ser víctima fuera pequeño (por ejemplo, menor que el riesgo de perder la vida en un accidente de tráfico)⁴⁹, la afirmación de que uno aceptaría la lotería es desatinada. Normalmente, podemos reprimir con éxito la idea de morir en un accidente y tenemos que hacerlo, pues sabemos que los caños causados por imprudencia no se pueden evitar totalmente. En cambio, la idea de que se nos puede matar dolosamente, bajo la dirección organizativa del Estado, en todo momento e ineludiblemente es una idea que causaría un sentimiento de amenaza y que tendría profundos efectos en la vida tras el acuerdo. Si en el ejemplo del avión o el del guardaguasas se llegaría a otras conclusiones es algo que habría que discutir. Si uno tuviera que contar, como pasajero del tren o de un avión, en ser afectado *en ambos lados*⁵⁰, valdría la pena reflexionar en optimizar las propias posibilidades optando por la salvación del grupo que en su caso sea mayor⁵¹.

Incluso cuando alguien, en una conversación, reconociera que el sacrificio de pocos para la salvación de muchos es para él potencialmente beneficioso y estuviera de acuerdo con aquel sacrificio, hay que dudar seriamente que esta valoración se mantenga también en el caso en que un comando de recogida está a la puerta o cuando el tren de mercancías está solamente a un metro de distancia. ¿Podemos remitir al afectado a su decisión racional precedente— o hay que centrarse en el presente en la situación de la *víctima concreta*? Si se trata de la pretensión de que renuncie a su propia vida, lo último es más convincente. Nuestra praxis moral conoce solamente deberes de solidaridad muy restringidos. No hay un deber de sacrificar la propia vida para la salvación de otros seres humanos, ni siquiera en las relaciones de cuidado más estrechas. Si los padres hicieran tal sacrificio por su hijo, ello se describiría como un hecho heroico que impone veneración, pero no se postularía un deber en

⁴⁸ HARRIS, *Philosophy* (50), 1975, p. 87. Sin embargo, sería dudoso si se podría vivir de manera más agradable con personas que solamente están interesadas en riesgos objetivamente calculables. Una sociedad que carece de un instrumentario moral y jurídico para diferenciar entre homicidios dolosos e imprudentes sería probablemente en conjunto más áspera, puesto que nuestra fuerte acentuación del dolo va acompañada de mayor comprensión para la falibilidad humana en forma de imprudencia.

⁴⁹ A esto remite HARRIS, *Philosophy* (50), 1975, p. 84.

⁵⁰ Ver sobre las preguntas por la pertenencia a un grupo RAKOWSKI, *Columbia Law Review* (93), p. 1144 y ss.

⁵¹ Al respecto HUSTER, *Merkur* 2004, p. 1047, 1049 y ss.

ese sentido⁵². Esto es válido con mayor razón para las valoraciones jurídico-penales: los deberes de un garante acaban cuando el hacer que hay que realizar fuera inexigible⁵³. En estas restricciones de los deberes de solidaridad no se pregunta si tales deberes, contemplados *ex ante*, eran totalmente beneficiosos, sino que en vez de eso se empieza evidentemente por el caso de urgencia y la pregunta que surge entonces: »¿Tengo que sacrificarme *ahora*?«.

Aquí no hay que abordar los puntos generales de si hay que reconocer siquiera deberes de solidaridad como deberes jurídicos o si no se trata solamente de deberes de virtud en el sentido de la distinción *kantiana*⁵⁴, y qué es lo que hay que deducir del concepto »solidaridad«⁵⁵. En todo caso, para el bien vida⁵⁶, el más importante (en una representación del mundo no religiosa), rige que: no se puede exigir a nadie que sacrifique su vida (en todo caso, cuando se tratara, como en mis tres ejemplos, de una víctima ajena al conflicto, esto es, cuando no concurre caso alguno de estado de necesidad defensivo)⁵⁷. En el caso de otros intereses es posible remitir a los afectados a un cálculo racional-distanciado previo e incluso reprenderlos por "gorriones" cuando dan prioridad a los propios intereses. Si, en cambio, un hipotético acuerdo colisiona con el interés más fundamental de todos, el interés en la propia supervivencia, se ha llegado a los límites del comportamiento racional que se puede esperar legítimamente.

⁵² Véase sobre la falta de deberes de sacrificio propio TAUREK, *Philosophy and Public Affairs*, 1977, p. 293 y ss.

⁵³ A favor de la exclusión de la tipicidad, STREE, "Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten", ESER (ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 60. Geburtstag*, 1998, p. 393, 405; STRATENWERTH/KUHLEN *Strafrecht AT*, 2004 5ª ed, § 13, núm. marg. 62 y ss.; partidario de la toma en consideración en el plano de la culpabilidad, ROXIN, *AT*, 4ª ed. 2006 § 31, núm. marg. 231 y ss.; KÜHL, § 18, núm. marg. 141, *AT*, 5ª ed., 2005.

⁵⁴ Véase RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 188 y ss.; MORGENSTERN, *Unterlassene Hilfeleistung, Solidarität und Recht*, 1997; HARZER, *Die tatbestandsmäßige Situation der unterlassenen Hilfeleistung gemäß § 323 c StGB*, 1999; PAWLIK (nota 10), p. 9 y ss.

⁵⁵ Al respecto, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002 p. 58 y ss.

⁵⁶ Véase un análisis más detallado del injusto de los homicidios en MCMAHAN, *The Ethics of Killing*, 2002, p. 189 y ss.

⁵⁷ En reiteradas ocasiones se ha argumentado que en el ejemplo del avión hay un estado de necesidad defensivo (SCHÜNEMANN, en NEUMANN/HASSEMER/SCHROTH (eds.) *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, 2005, p. 145, 151y ss.; GROPP, *GA* 2006, p. 284, 287 y s.; H. J. HIRSCH, nota 6, p. 153 y ss. Esto no convence: la condición mínima sería una aportación causal al peligro, la cual no existe, porque para el impulso del golpe el peso de los pasajeros sería irrelevante en relación con el peso del avión, MERKEL, *JZ*, 2007 p. 384 y ss.; también, PAWLIK, *JZ*, 2004, p. 1045, 1049.

En el caso del guardagujas y del trasplante, las reflexiones centradas en la víctima conducen a la conclusión de que no hay deber alguno de entregar la propia vida y, por tanto, que existe una fuerte pretensión de defensa. Además, en el ejemplo del trasplante, el derecho de defensa puede apoyarse en la dignidad humana del afectado. Descuartizar el cuerpo como »depósito de órganos de repuesto« implicaría una lesión de su dignidad humana⁵⁸. Más complejas son las reflexiones en el caso del avión. En éste hay que tener en cuenta una peculiaridad que todavía no se ha apreciado. Si los secuestradores planean dejar que el avión se estrelle en el aeropuerto, de todas formas la vida de los pasajeros solamente habría durado unos minutos más. Se trata, a diferencia de lo que ocurre en los otros dos ejemplos, de un caso de verdadera comunidad de peligro —sin el hecho, todos *máxim*, tanto las personas del aeropuerto como los del avión⁵⁹. Por ello, el sacrificio exigido a los pasajeros que, de todos modos, estaban entregados a la muerte tiene otro significado que el sacrificio que se pediría a los empleados de ferrocarriles en el caso del guardagujas⁶⁰. No obstante, en las opiniones sobre el § 14 apdo. 3 LuftSiG se ha rechazado mayoritariamente el otorgar relevancia a este hecho⁶¹, y también el Tribunal Constitucional federal ha despachado con pocas palabras las correspondientes consideraciones⁶². Tras ello se esconde el temor de que se pueda producir una »tabuización«⁶³ y de que la valoración de la vida según la duración que se espera que tenga podría traer consecuencias de gran alcance. Si en el ejemplo del avión se da este paso, ¿no habría que, en caso de recursos escasos en una unidad de cuidados intensivos, dar de alta a los pacientes más próximos a morir para poner los aparatos a disposición de otros pacientes con mejores posibilidades de sobrevivir? Si en caso de tener en cuenta el supuesto extremo »de vivir solamente cinco minutos más« hubiera que temer una

⁵⁸ Con más detalle sobre tales lesiones de la dignidad humana, HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, p. 171 y ss.

⁵⁹ Véase sobre la tipología de los casos de estado de necesidad BERNSMANN, *Entschuldigung durch Notstand: Studien zu § 35 StGB*, 1989, p. 43 y ss.

⁶⁰ BERNSMANN, *Entschuldigung durch Notstand: Studien zu § 35 StGB*, 1989, p. 330, p. 347 y s., parte, para las verdaderas comunidades de peligro, de una causa de libertad de pena entre la antijuricidad y la culpabilidad, porque de todas formas el Estado no habría podido proteger la vida perdida y, por tanto, según este autor, le falta la legitimación para castigar con pena.

⁶¹ JEROUSCHEK, en AMELUNG et al. (ed.), *FS für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*, p. 193; SINN, *NStZ*, 2004, p. 586; HÖFLING/AUSBERG, *JZ*, 2005, p. 1080, 1083 y ss.; B. HIRSCH, "Bermerkungen zum Schutz der Grundrechte im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Recht der Europäischen Gemeinschaft" *KritV* 2006, p. 3, 8, 12; SCHENKE, *NJW* 2006, p. 736, 738; ZIESCHANG, en WILHELM/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12ª ed., 2006, núm. marg. 74; H. J. HIRSCH, en MICHAEL HETTINGER (et al), *FS Küper*, p. 160; véase ya KÜPER, *JuS*, 1981, p. 785, 793. En otro sentido, HUSTER, *Merkur*, 2004, p. 1048.

⁶² BVerfGE 115, 118 (158).

⁶³HARTLEB, *NJW* 2005, p. 1397, 1398; SCHENKE *NJW*, 2006, PAWLIK, *JZ*, 2004, p. 1050; HÖFLING/AUGSBERG, *JZ*, 2005, p. 1084.

»ruptura del dique« que tuviera efectos para hechos configurados de otra manera es algo que requiere un análisis más preciso. Aquí solamente se pueden indicar diferencias manifiestas: al paciente del hospital se le privaría del derecho a una muerte pacífica y digna (en ello concurriría el especial injusto de un alta no querida), mientras que tal opción no existe para los pasajeros del avión.

Pero aún cuando en determinadas circunstancias puede ser legítimo diferenciar entre un lapso más largo de tiempo de vida restante y cinco minutos, queda por considerar quién debería tener la soberanía de configuración sobre eso cinco minutos. Ciertamente, yo consideraría moralmente legítimo argumentar frente a los pasajeros que cinco minutos tienen poca importancia y que, por esa razón, deberían aprobar el derribo⁶⁴. Sin embargo, una decisión de tales características no se puede tomar autoritariamente. Habría que respetar el derecho a la autodeterminación de los afectados⁶⁵, por ejemplo cuando un pasajero replicara que precisamente los últimos cinco minutos anteriores a la producción de la muerte son especialmente importantes y que él tiene que aprovecharlos para intercambiar las últimas palabras con su mujer, que viaja con él, o para una oración. Por estas razones, pese a las llamativas diferencias respecto al tiempo que queda de vida, al final se puede llegar a la conclusión de que también en el ejemplo del avión los pasajeros tienen una pretensión de defensa — que, no obstante, es menos fuerte que en el caso del guardaguasas.

El Tribunal Constitucional federal se ha centrado en otro argumento: la *dignidad humana* de los pasajeros es lesionada mediante un derribo porque aquéllos son tratados como »meros objetos«⁶⁶. Está claro que se toma prestado el segundo imperativo categórico de *Immanuel Kant*⁶⁷. Los fundamentos de la resolución subrayan que los pasajeros estarían desamparados y (a diferencia de los secuestradores, que pueden abandonar) no podrían evitar el disparo mortal⁶⁸. Sin embargo, es dudoso que el desamparo sea suficiente para fundamentar una infracción contra la dignidad humana. Es difícil determinar cuándo, *adicionalmente* a la lesión del derecho a la conservación de la propia vida, se lesiona *además* la dignidad humana, y el segundo imperativo categórico de *Kant* está formulado de manera demasiado general como para derivar de él criterios de delimitación aplicables⁶⁹. En lugar de esto, lo que se presta es centrarse en los antecedentes y circunstancias

⁶⁴ Véase también SINN, *NStZ*, 2004, p. 588 y s.; PAWLIK, *JZ* 2004, p. 1049.

⁶⁵ Véase sobre el significado de autonomía, D. LOCKE, *Philosophy* (57), 1982, p. 474 y s.

⁶⁶ BVerfGE 115, 118 (154). Crítico MERKEL, *JZ*, 2007, p. 379 y s.

⁶⁷ »Actúa de tal manera que utilices a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, en todo momento como fin y nunca meramente como instrumento«, KANT, "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten", en WEISCHDEL (ed.), *Werkausgabe*, vol. VII, p. 61, 1977.

⁶⁸ BVerfGE 115, 118 (154).

⁶⁹ No todo homicidio lesiona necesariamente también la dignidad humana del afectado, al respecto, DREIER, *GG-Kommentar*, 2ª ed., 2004, Art. 1 I, núm. marg. 67 con más referencias. Sobre la

concomitantes del homicidio y analizar si a ello va unida una afirmación negativa sobre el valor de los afectados. Hay casos en los que un homicidio lesiona la dignidad: por ejemplo, cuando seres humanos son sacrificados a intereses colectivos; cuando las víctimas son consideradas de menor valor en relación con otros seres humanos; o cuando se subestima la importancia de la vida humana en relación con el valor de las cosas⁷⁰. Eso ocurriría, por ejemplo, cuando el derribo se fundamentara diciendo que es demasiado caro reconstruir el aeropuerto atacado por los secuestradores o que los pasajeros son »solamente extranjeros«. Sin embargo, cuando el motivo del derribo es simplemente salvar a *una cifra mayor de otros seres humanos*, no se trata de un sacrificio en favor del colectivo o de una desvaloración de los afectados. En caso de una comparación solamente cuantitativa de los individuos supervivientes se respeta totalmente la idea que está tras el art. 1 apdo. 1 Ley Fundamental [GG] de que todos los seres humanos tienen el mismo valor y, por eso, no pueden ser ni desvalorados ni maltratados. Si se da prioridad a una perspectiva centrada en quien actúa o centrada en la víctima que atiende al mayor número de vidas conservadas es una *pregunta* sin embargo, es una posición contraria exagerada la de movilizar el art. 1 apdo. 1 Ley Fundamental.

2.5. Conclusión provisional

En el *caso del guardagujas*, la perspectiva neutral respecto a quien actúa y respecto a la víctima aboga por el predominio considerable del interés protegido (porque la cifra de las vidas salvadas es mayor). Desde una perspectiva centrada en quien actúa se constata que el autor no tiene deber especial de protección alguno respecto a la vida de los seres humanos en el tren de pasajeros. La perspectiva referida a la víctima está en contra de una justificación: de los empleados de ferrocarril no habría que esperar que sacrificaran su vida para la salvación de otros.

En el *ejemplo del avión*, la solución formulada a partir de una perspectiva neutral respecto a quien actúa y a la víctima es la misma solución que en el ejemplo del guardagujas. En cambio, en lo demás hay diferencias: cuando el avión es derribado por mandato de órganos estatales, habría que tener en cuenta el deber de estos últimos de proteger la vida de las personas del aeropuerto. La perspectiva referida a la víctima se diferencia del ejemplo del guardagujas en que no se trata del sacrificio de todo un período de vida, sino solamente de cinco minutos. No obstante, al final llego a la conclusión de que hay una pretensión de defensa (si bien débil), pues los pasajeros tienen que decidir sobre si estarían dispuestos a sacrificar los últimos cinco minutos.

En el *caso del transplante* la perspectiva centrada en la víctima ofrece un argumento claro contra la

indeterminación de la fórmula del objeto, *Dreier*, en el lugar citado, núm. marg. 53; HÖRNLE, "Menschenwürde und Lebensschutz", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (89), 2003, p. 318 y ss.

⁷⁰ HÖRNLE, *ARSP*, 2003, p. 324 ss. sobre la prohibición de cálculos utilitaristas. Sin embargo, he cambiado mi opinión (cfr. en el lugar citado, p. 329), en la medida en que entiendo que hay que diferenciar entre intereses genuinamente colectivos y los casos de »individuos contra individuos«.

justificación. En este caso, la pretensión de defensa es la más fuerte, pues el afectado no solamente podría remitir a que no está obligado a sacrificar su vida: también se lesionaría su dignidad humana y el médico que le hace eso a tal paciente en su hospital, lesionaría un deber de asistencia importante en la relación médico-paciente. La perspectiva neutral respecto al autor y a la víctima está también en contra de una justificación, a causa de las consecuencias negativas para la generalidad que hay que esperar de ello. En todo caso, en el marco de una valoración centrada en quien actúa, el médico podría remitir a que también tiene un fuerte deber de asistencia frente a sus cinco pacientes salvados.

2.6. ¿Qué es lo que ha de ser decisivo en la ponderación?

A primera vista, las distintas perspectivas generan confusión, pues conducen en parte a conclusiones opuestas. Una posibilidad de deshacer las contradicciones consistiría en considerar como relevante *solamente una perspectiva*. Un posible candidato sería la perspectiva neutral respecto a quien actúa y respecto a la víctima (con la conclusión de que en el ejemplo del avión y en el del guardagujas se llegaría a una justificación, pero no en el ejemplo del trasplante). Tal solución encontraría poca aprobación en el contexto alemán, pues este último está marcado en la tradición del idealismo alemán, por un rechazo del pensamiento consecuencialista⁷¹. Aquí no se puede reproducir el debate filosófico⁷². Debe bastar hacer referencia a que al *Derecho penal* le es *ajena* una perspectiva neutral. El núcleo del reproche de culpabilidad es juzgar con referencia al autor el acontecer, y también el juicio de desvalor anticipado está anclado en una perspectiva. Tal juicio tiene destinatarios, a saber, por una parte el autor, a quien se le reprocha que su comportamiento fue incorrecto. A este respecto lo relevante no es solamente el injusto de resultado, sino también el injusto de acción, el cual no se podría deducir desde una perspectiva exclusivamente orientada a las consecuencias. Por otra parte, el juicio de desvalor está dirigido a la persona de la víctima: se le atesta que se ha cometido un injusto contra ella⁷³, de manera que tampoco se puede hacer desaparecer su perspectiva.

Si hubiera que decidirse por una sola perspectiva, habría que considerar la elección de la perspectiva *centrada en la víctima*. Esta manera sería la más fácil de reconstruir la conclusión que defiende la doctrina dominante en la ciencia jurídico-penal alemana: rechazo de una justificación conforme al § 34 Código penal alemán en los tres casos⁷⁴. Sin embargo una visión coherentemente centrada en la

⁷¹ Véase por ejemplo, RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 202 y ss.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 43 y ss. En otro sentido, JOERDEN, *GA*, 1991, p. 411 y ss.

⁷² Véase al respecto, por ejemplo, TUGENDHAT, *Vorlesungen über Ethik*, 1993, p. 320 y ss.; NIDA-RÜMELIN, *Kritik des Konsequentialismus*, 1993.

⁷³ Al respecto HÖRNLE, "Das Unwerturteil und der Schuldvorwurf: Inhalate und Adressaten", en HEFENDEHL/BOTTKE (eds.), *Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, p. 105 y ss.; LA MISMA, *JZ*, 2006, p. 950 y ss.

⁷⁴ Véase sobre la opinión minoritaria en el ejemplo del avión, la referencia en la nota 13.

víctima también tendría desventajas: hace desaparecer la perspectiva centrada en quien actúa, la cual también desempeña un papel en el juicio de injusto.

Así pues, solamente quedan las combinaciones de perspectivas. Si se aplican criterios centrados en la víctima y en el autor, se llega a la siguiente conclusión: en vista de la falta de deberes específicos de protección, la visión centrada en la víctima es esencial para la decisión en el ejemplo del guardagujas. Puesto que los muertos no tenían que sacrificar su vida y hay que tener en cuenta una pretensión de defensa que es, en consecuencia más fuerte, en la ponderación de los intereses en pugna, el autor no puede estar justificado conforme al § 34 Código penal alemán. En cambio, son más complejas las reflexiones sobre el ejemplo del avión: también en este caso existiría una pretensión de defensa (si bien más débil, puesto que ésta se refiere solamente al derecho de configuración respecto a los últimos cinco minutos de la propia vida). Sin embargo, al mismo tiempo el piloto como representante del Estado estaría obligado a conservar la vida de las personas del aeropuerto. En esta situación, con el recurso a pretensiones individuales en triángulo autor – víctima real – víctima potencial, no se logra aproximarse mucho más a una solución, porque los conflictos que se constatan en este nivel entre intereses incompatibles ya no se pueden resolver. En tales circunstancias, se le puede permitir al autor, para resolver el dilema, centrarse en las relaciones numéricas. Se puede aceptar como decisión racional una aproximación neutral respecto a la víctima y respecto al autor, si la perspectiva centrada en la víctima y en el autor, que se ha de aplicar primariamente, ha conducido a una situación de empate⁷⁵. Por ello, estaría justificado un derribo.

En el *caso del transplante* es fácil, en comparación con el anterior, fundamentar por qué debería descartarse una justificación. Puesto que en este caso la pretensión de defensa de la víctima sería especialmente intensa, se puede defender bien la idea de que los deberes de protección que hay que tener en cuenta desde una perspectiva centrada en quien actúa no tienen la relevancia necesaria para generar una situación de empate como la descrita. Quien viera esto de modo distinto, debería entonces en todo caso llegar a la conclusión de que, en este caso, a diferencia de lo que ocurriría en el caso de avión, la perspectiva neutral respecto a la víctima y al autor no abona una justificación, porque también habría que tener en cuenta las consecuencias dañinas a largo plazo.

3. Exculpación

Queda por aclarar si en el ejemplo del guardagujas y en el del transplante sería posible encontrar una solución en el análisis de la culpabilidad que conduzca a la libertad de pena. Si quien actúa cree que el Derecho le permite actuar de ese modo, hay que pensar en un error sobre los límites de las causas de justificación, el cual se debería valorar conforme al § 17 Código penal alemán. Si en el ejemplo del transplante el médico pudiera hacer realmente verosímil un error de estas características (lo cual

⁷⁵ Así también ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983 p. 231.

apenas sería imaginable), concurriría un error evitable de acuerdo con el § 17 frase 2 Código penal alemán. En el caso del guardagujas es más probable que el empleado de las vías se sintiera obligado no sólo moralmente, sino también jurídicamente, a aprovechar la ocasión de salvar muchas vidas humanas, por lo que a él le faltaría realmente la comprensión de que comete un injusto. En este caso, por la necesidad de reaccionar muy velozmente, se podría concluir que concurre un error inevitable conforme al § 17 frase 1 Código penal alemán⁷⁶. Sin embargo, es cuestionable que sea adecuada una solución conforme al § 17 Código penal alemán, pues esta norma está pensada para el fracaso individual en el reconocimiento de las normas. En cambio, tras la decisión de cambiar las agujas hay más que una valoración errónea personal, a saber, un conflicto entre muchos planteamientos defendidos (el disenso entre la perspectiva neutral respecto a quien actúa y a la víctima y la perspectiva centrada en la víctima). También quien, en la valoración de la antijuricidad, se decida por la última perspectiva, ponderará si, debido a la seriedad y relevancia supraindividual del conflicto, se le admite a quien actúa por lo menos una causa de exculpación. El § 35 Código penal alemán no es aplicable porque falta una relación de proximidad entre el autor y el salvado, de manera que solamente queda un *estado de necesidad disculpante supralegal*. Respecto al caso del guardagujas, nuestro homenajado, tal como se ha mencionado al comienzo, tiene una actitud de rechazo y no se encuentra solo en el rechazo de la solución de compromiso de Welzel⁷⁷.

Quien se pronuncia a favor de un estado de necesidad disculpante supralegal tiene que superar dos obstáculos: por una parte, un obstáculo de método y, por otra, habría que fundamentar si hay consideraciones sobre las causas de exculpación que se pueden trasladar a la figura de estado de necesidad disculpante supralegal. Horst Schlehofer argumenta que falta una laguna de regulación que sea contraria al sistema, aunque tiene que admitir que en el proceso de legislación se planteó, para casos excepcionales, un estado de necesidad disculpante supralegal⁷⁸. Por lo demás, constituiría una representación de los procesos legislativos muy poco ajustada a la realidad suponer que, de manera

⁷⁶ En todo caso cuando uno no se orienta según la jurisprudencia cuestionable sobre la «tensión de conciencia», al respecto, NEUMANN, en KINDHÄUSER, en et al (ed.), en NK, 2ª ed., § 17 núm. marg. 57. Apenas se discute sobre las cuestiones de error, v. sin embargo Jäger (nota 9), p. 780.

⁷⁷ También JAKOBS, en ESER/NISHIHARA (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, vol IV, 1995, p. 143, p. 176; JÄGER, *ZStW* (115), 2003, p. 779; SCHÜNEMANN, en NEUMANN/HASSEMER/SCHROTH (eds.), *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, 2005 p. 153 y ss.; ROXIN, *Strafrecht AT/1*, 4ª ed., 2006, § 22, núm. marg. 162 y ss.; NEUMANN, „Comentario al § 35” en KINDHÄUSER et al. (ed.), NK, 2ª ed, núm. marg. 61. De otra opinión WELZEL, *ZStW* (63) 1951, p. 51 y ss.; RÖNNAU, “Comentario previo al § 32”, en WILHELM/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *LK*, 12ª ed., 2006 núm. marg. 346; LENCKNER, “Comentario previo a los §§ 32 y ss.” en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., 2006, núm. marg. 117; KÜHL, *AT*, 5ª ed, § 22 núm. marg. 105; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., § 10 núm. marg. 128.

⁷⁸ SCHLEHOFER, “Comentario previo a los §§ 32”, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 4ª ed.; v. también MITSCH, *GA*, 2006, p. 11, 13.

consecuente, se debe tener la pretensión de cubrir también aquellos hechos que se producen muy pocas veces. Más importante es el segundo punto: ¿cuáles son las razones fundamentales que hay tras las normas exculpantes y pueden aquéllas trasladarse a otros casos? Para el § 35 Código penal alemán se menciona por lo menos una doble disminución de la culpabilidad: en primer lugar, la disminución de la culpabilidad que se ha de remitir a la disminución del injusto (al final, mediante el salvamento se crea un valor de resultado) y, en segundo lugar, la disminución de culpabilidad que se deduce de la presión psíquica que surge en caso de peligro personal o peligro para una persona próxima⁷⁹. La primera reflexión es aplicable a los casos de estado de necesidad que se discuten aquí: mediante la salvación de varios seres humanos se crea un importante valor de resultado. Ahora bien, ¿dónde podría estar el paralelismo con la segunda condición? En los casos de necesidad conforme al § 35 Código penal alemán, quien actúa se encuentra frecuentemente bajo una importante presión psíquica. Estudios neurocientíficos prueban una compleja combinación a dos niveles de mecanismos de decisión y situaciones de amenaza. Éstas desencadenan primeras reacciones espontáneas, mientras que a los mecanismos de control del segundo nivel se les dificulta hacer una corrección racional⁸⁰. Tal bloqueo del mecanismo de dirección en contra vinculado a la razón surge en caso de una amenaza existencial propia y seguramente también en caso de amenaza para una persona próxima. La situación del guardagujas está configurada de otra manera. También él tiene que tomar una decisión difícil, pero ésta es una decisión que no está caracterizada por el hecho de que los procesos racionales se vean perturbados por procesos primarios y dependientes del instinto. Por ello, es dudoso que la presión de motivación sea realmente comparable⁸¹.

Ahora bien, también se puede describir de otra manera la *ratio* del § 35 Código penal alemán, a saber, no desde una perspectiva psicológica, sino desde una normativa. Para los hechos punibles en las situaciones extremas allí descritas, estamos dispuestos a tener comprensión, pues los instintos relevantes nos resultan conocidos. El instinto de autoconservación está extendido universalmente, al igual que instintos de protección cuando están amenazados los propios hijos, si bien tales instintos también se pueden desarrollar respecto a otras personas próximas. También recurriendo a consideraciones filosófico-estatales se puede fundamentar que el Estado tiene que aceptar el instinto

⁷⁹ LENCKNER, "Comentario previo a los §§ 32 y ss.", en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *SK*, 27ª ed., 2006, núm. marg. 111; RÖNNAU, "Comentario previo al § 32", en WILHELM/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *LK*, 12ª ed., 2006 núm. marg. 346; SCHLEHOFER, "Comentario previo a los §§ 32", en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 4ª ed., 2003, núm. marg. 201.

⁸⁰ Confróntese, SIMONS, "Self-Defense: Reasonable Beliefs or Reasonable Self-Control?", *New Criminal Law Review* (11), 2008; además, BERNSMANN, *Entschuldigung durch Notstand: Studien zu § 35 StGB*, 1989, p. 158 y ss.

⁸¹ Así, sin embargo, RÖNNAU, "Comentario previo al § 32", en WILHELM/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *LK*, 12ª ed., 2006, núm. marg. 346.

de autoconservación cuando en determinadas situaciones ya no puede proteger la vida⁸².

Ahora bien, estas reflexiones tampoco llevan mucho más lejos, pues no se pueden trasladar sin más a una acción de necesidad que no está sustentada por una voluntad de autoconservación. Sin embargo, se pueden desarrollar otras razones normativas por las que en un caso difícil de estado de necesidad como el del guardagujas resulte adecuado mostrar comprensión con quien actúa. Por una parte, resultaría difícil reprender una acción motivada por una voluntad de salvamento genuinamente altruista. Alzar un reproche personal de culpabilidad frente a una persona que actúa cuya decisión se basa en la empatía con las numerosas personas del tren de pasajeros es menos adecuado apropiado cuando se está dispuesto a disculpar conforme al § 35 StGB una acción por motivos egoístas⁸³. Por otra parte, hay que tener en cuenta que las intuiciones de muchos están configuradas de tal manera que éstos consideran relevante la cifra de personas afectadas. No se trata solamente de una posición que, de hecho, está muy extendida (también en Alemania, si uno pregunta fuera de los despachos de los penalistas) — solamente el grado de extensión no serviría para un juicio normativo de »comprensión adecuada«. Lo decisivo es, más bien, que las opiniones que se reflejan desde una perspectiva filosófico-moral, nutridas de motivos se pronuncian a favor del cambio de aguja⁸⁴. En caso de dilemas morales difíciles, habría que tener comprensión con la posición de quienes parten, de un modo que al final no es convincente, de una justificación, de manera que se disculpara el correspondiente actuar⁸⁵.

¿No llevan estas consideraciones a problemas cuando se va del ejemplo del guardagujas al ejemplo del trasplante, en todo caso, si el cirujano estaba motivado por una voluntad de salvamento genuinamente altruista?⁸⁶ He incorporado este caso con el fin de aclarar que, para renunciar a un reproche de pena, no puede bastar por sí misma una voluntad de salvamento genuinamente

⁸² Al respecto BERNSMANN, *Entschuldigung durch Notstand: Studien zu § 35 StGB*, 1989, p. 254 y ss.; PAWLIK, *Jahrbuch für Recht und Ethik* (11), 2003, p. 287, 289 y ss.

⁸³ SILVA SÁNCHEZ, "Zur Verhältnismäßigkeitsproblematik im entschuldigenden Notstand", *Jahrbuch für Recht und Ethik* (13), 2005, p. 695.

⁸⁴ Referencia *supra* nota 12.

⁸⁵ En sentido semejante, STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 5ª ed., 2004, § 10 núm. marg. 128. Como objeción se encuentra en ocasiones la afirmación de que no se puede disculpar cuando alguien »se atribuye el hacer de destino« (ver por ejemplo, JÄGER, *ZStW* (115), 2003, p. 779. Sin embargo, la relevancia normativa de esta afirmación no queda clara: también mediante medidas justificadas conforme al § 34 Código penal alemán, el autor interviene en un curso causal modificándolo y »hace de destino«.

⁸⁶ Del ejemplo del trasplante se extraen diversas consecuencias para el caso del guardagujas: JAKOBS (nota 77), p. 176 s.; ROXIN, *AT/1*, 4ª ed., 2006, § 22, núm. marg. 161 y ss.; JÄGER, *ZStW*, (115), 2003, p. 779. No obstante, de este modo no se honran las importantes diferencias.

altruista. Serían decisivos dos puntos que diferencian este caso del caso del guardagujas: el injusto especialmente intensificado que se comete contra el paciente sacrificado (lesión del deber de asistencia frente a este último y, sobre todo, lesión de su dignidad humana) y el hecho de que habría que llegar a un juicio de injusto no solamente desde una perspectiva centrada en la víctima, sino también desde la perspectiva neutral respecto a quien actúa y respecto a la víctima. En estas circunstancias no surge ningún dilema de decisión que se haya de tomar en serio y, por ello, no se podría comprender el hecho en el mismo grado en el que habría que pensar en una exculpación por estado de necesidad suprallegal.

4. Consideración final

En los tres ejemplos llego a conclusiones diferentes: justificación en el caso del avión, exculpación en el caso del guardagujas y punibilidad en el caso del transplante. En el caso del guardagujas es evidente el contraste con la posición de *Rolf Dietrich Herzberg*. En vez de contrapesar posiciones contrastadas como se hace aquí, este autor exigiría un «o lo uno o lo otro» y en este sentido ha afirmado también *Bernd Schünemann* que el ordenamiento jurídico se desacredita cuando en el análisis de la culpabilidad no mantiene, frente a cálculos utilitaristas, el veredicto pronunciado en el plano de la antijuricidad⁸⁷. No obstante, en este punto la coherencia se enfrenta a la comprensión para con posiciones filosófico-morales en otro sentido que se pueden defender seriamente dentro de premisas normativas compartidas. En la distinción de los dos niveles antijuricidad y culpabilidad veo una oportunidad, a saber, la oportunidad de hacer justicia a la complejidad de casos difíciles de estado de necesidad. Aun cuando se considere correcto que en la valoración de la antijuricidad la perspectiva centrada en la víctima puede ser decisiva, nuestro sistema penal permite, en el análisis de la culpabilidad, mostrar comprensión con juicios discrepantes.

⁸⁷ SCHÜNEMANN, en NEUMANN/HASSEMER/SCHROTH (eds.), *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, 2005, p. 154.

5. *Jurisprudencia citada*

BVerfGE 115, 118

BVerfGE 46, 160

6. *Bibliografía citada*

Klaus BERNSMANN (1989), *Entschuldigung durch Notstand: Studien zu § 35 StGB*, Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München.

Dieter BIRNBACHER (1995), *Tun und Unterlassen*, Reclam, Stuttgart.

Eric BLUMENSON (2007), "Killing in good conscience: What's wrong with sunstein and vermeule's lesser evil argument for capital punishment and other human rights violation?", *New Criminal Law Review* (10), pp. 210 y ss.

Christian CALLIESS (2006), "Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen verfassungsrechtsverhältnis", *Juristenzeitung*, p. 321

Peter CRAMER/Günter HEINE (2006), "Comentario previo al § 312", en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27^a ed., Beck, München.

Wolfram CREMER (2003), *Freiheitsgrundrechte*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Franz-Benno DELONGE (1987), "Die Interessenabwägung nach § 34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen", Florentz, München.

Johannes DIETLEIN (1992), *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humblot, Berlin.

Horst DREIER (2004), *GG-Kommentar*, 2^a ed., Tübingen.

Volker ERB (2003), "Comentario al § 34" en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar-StGB*, München.

Philippa FOOT (2002), "The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect", en FOOT (dir.), *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*, Oxford University Press, New York.

Lothar FRITZE (2003), "Moralisch erlaubtes Unrecht. Dürfen Unschuldige getötet werden, um anderen zu retten", *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* (51), pp. 213 y ss.

John GARDNER (2007), "Complicity and Causality" *Criminal Law and Philosophy* (1), pp. 127 y ss.

Bernward GESANG (2003), *Eine Verteidigung des Utilitarismus*, Reclam, Stuttgart.

Jonthan GLOVER (1975), "It makes no difference whether or not I do it", *Proceedings of the Aristotelian Society* (49), pp. 171 y ss.

Walter GROPP (2006), "Der Radartechniker -Fall- ein durch Menschen ausgelöster Defensivnotstand? Ein nachruf auf § 14 III Luftsicherheitsgesetz", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 153, pp. 284 y ss.

Tatjana HÖRNLE (2007), "Hijacked airplanes: May they be shot down?", *New Criminal Law Review* (10), número 4, pp. 582 y ss.

- (2006), "Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht", *Juristenzeitung*, Vol. 61, Tübingen, p. 950-958.
- (2005), "Das Unwerturteil und der Schuldvorwurf: Inhalate und Adressaten", en HEFENDEHL/BOTTKE (eds.), *Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Heymann, Köln, Berlin, München, pp. 105-134.
- (2005), *Grob anstößiges Verhalten*, Klostermann, Frankfurt am Main.
- (2003), "Menschenwürde und Lebensschutz" *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 89, pp. 318-338.

HUSTER (2004), *Merkur*, p. 1047.

John HARRIS (1975), "The Survival Lottery", *Philosophy* 50, Cambridge University Press, pp. 81 y ss.

Herbert HART (1968), *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press.

Torsten HARTLEB (2005), "Der neue §14 III LuftSiG und das Grundrecht auf Leben", *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1397-1401.

Regina HARZER (1999), *Die tatbestandsmäßige Situation der unterlassenen Hilfeleistung gemäß § 323 c StGB: ein Beitrag zu einer Theorie des Besonderen Teils des Strafrecht*, Klostermann, Frankfurt am Main.

Rolf HERZBERG (1984), *Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb*, Heymann, Köln.

Burkhard HIRSCH (2006), "Bermerkungen zum Schutz der Grundrechte im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Recht der Europäischen Gemeinschaft", *KritV*, pp. 307 y ss.

Hans Joachim HIRSCH (2007), "Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen", en Michael HETTINGER et al. (eds.), *Festschrift für Wielfried Küper zum 70 Geburtstag*, Müller, Heidelberg, pp. 149 y ss.

Wolfram HÖFLING/ Steffen AUSBERG (2005), "Luftsicherheit, grundrechtsregime und ausnahrezustand", *Juristenzeitung*, vol. 60, p. 1080 ss.

Josef ISENSEE (2007), "Leben gegen Leben: das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug en", en PAWLIK/ZACZYK, *Festschrift für Günther Jakobs zum 70 Geburtstag am 26 Juli 2007*, Heymann, Köln, pp. 205 y ss.

- (1983), "Das Grundrecht auf Sicherheit: zu den Schutzpflichten des freiheitliche Verfassungsstaates", *Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft* (79), de Gruyter, Berlin.

Christian JÄGER (2003), "Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 115, pp. 765 y ss.

Frances KAMM (1989), "Harming Some to Save Others", *Philosophical Studies* (57), pp. 227 y ss.

- (2007), "Intricate Ethics Rights, Responsibilities and Permissible Harm", *Oxford University Press*, Nueva York.

- (2004), "Failures of Just War Theory", *Ethics* (114), pp. 650 y ss.

Don LOCKE (1982), "The choice between lives", *Philosophy* (57), pp. 453 y ss.

Günther JAKOBS (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., de Gruyter, Berlin, Nueva York.

-(1995), "Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Plihenkollision)", en ESER/NISHIHARA (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, vol IV, Freiburg im Breisgau, pp. 143 y ss.

Günter JEROUSCHEK (2003), "Nach dem 11 September 2001: strafrechtliche Überlegungen zum Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeugs" en AMELUNG et al. (ed.), *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Heidelberg*, pp. 185-198.

Jan JOERDEN (1991), "§ 34 Satz 2 StGB und das prinzip der verallgemeinerung", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 41 y ss.

Immanuel KANT (1977), "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten", en WEISCHEDEL (ed.), *Werkausgabe*, vol. VII., Frankfurt, pp. 302 y ss.

Kristian KÜHL (2005), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Vahlen, München.

Wilfried KÜPER (1981), "Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision Leben gegen Leben" *Juristische Schulung* 21, pp. 785 y ss.

Theodor LENCKNER/Walter PERRON (2006), "Comentario previo al § 34 StGB", en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., Beck, München.

Jeff MCMAHAN (2002), *The Ethics of Killing: problems at the margins of life*, Oxford, Oxford University Press.

Reinhard MERKEL, (2007), “§ 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und darf der Staat Töten?“, *Juristenzeitung*, pp. 373 y ss.

Merkel REINHARD (1995), “Zaungäste? Über die Vernachlässigung philosophischer Argumente in der Strafrechtswissenschaft (und einige verbreitete Mißverständnisse zu § 34 S.1 StGB)“, en INSTITUT FÜR KRIMINALWISS. (eds.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris, pp. 171 y ss.

-(2001), *Frühheuthanasie*, Nomos, Baden-Baden.

John Stuart MILL (1861), *Utilitarianism*, Garden City, New York.

Wolfgang MITSCH (2006), “Flugzeugabschüsse und Weichenstellungen“, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, vol. 153, pp. 11 y ss.

Henrike MORGENSTERN (1997), *Unterlassene Hilfeleistung, Solidarität und Recht*, Lang, Frankfurt am Main.

Ulfrid NEUMANN (2005), “Comentario previo al § 34” en KINDHÄUSER et al., *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden.

Nida RÜMELIN (1993), *Kritik des Konsequentialismus*, München.

Harro OTTO (2004), *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., Berlin.

Michael PAWLIK (2002), *Der rechtfertigende Notstand*, de Gruyter, Berlin.

- (2004), “§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes - ein Tabubruch?” en *Juristenzeitung*, Tübingen, p. 1045.

- (2003), “Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung”, en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. IV, 11, Berlin, pp. 287-315.

Hans Ullrich PAEFFGEN (2005), “Comentarios a los §§ 32 a 35”, en KINDHÄUSER et al., *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden.

Warren S. QUINN (1989), “Actions, Intentions and Consequences: The Doctrine of Doing and Allowing”, *Philosophical Review* (98), pp. 287-312.

- (1989), “Actions, Intentions and Consequences: The Doctrine of Double Effect” *Philosophy and Public Affairs* (4), vol. 18, p. 334-351.

Eric RAKOWSKI (1993), “Taking and Saving Lives”, *Columbia Law Review* (93), pp. 1063 y ss.

John RAWLS (2005), *Einer Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am main.

Joachim RENZIKOWSKI (1994), *Notstand und Notwehr*, Duncker und Humblot, Berlin.

Gerhard ROBERTS (1987), *“Sicherheit als Menschenrecht: Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion”*, Nomos-Verl.-Ges, Baden-Baden.

Thomas RÖNNAU (2006), *“Comentario previo al § 32”* en WILHELM/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12^a ed., de Gruyter Recht, Berlin.

Claus ROXIN (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4^a ed., Beck, München.

Wolf-Rüdiger SCHENKE (2006) *“Die Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftSiG”*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, pp. 736 y ss.

Horst SCHLEHOFER (2003), *“Comentario previo a los §§ 32 ss.”*, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 4^a ed., Verlag C.H. Beck, München, 2003.

Bernd SCHÜNEMANN, *“Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung”* en NEUMANN/HASSEMER/SCHROTH (eds.), *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, Stuttgart, 2005, pp. 145 y ss.

Jesús SILVA SÁNCHEZ, *“Zur Verhältnismäßigkeitsproblematik im entschuldigenden Notstand”*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* (13), 2005, pp. 691-696 y ss.

Kenneth SIMONS (2008), *“Self-Defense: Reasonable Beliefs or Reasonable Self-Control?”*, *New Criminal Law Review* (11), p. 51 y ss.

Peter SINGER (1977), *“Utility and the Survival Lottery”*, *Philosophy* (52), pp. 218 y ss.

Arndt SINN (2004), *“Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 III Luftsicherheitsgesetz –rech- mäßig?”*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 585 y ss.

John SMART (1963), *“An outline of a system of utilitarian ethics”*, en SMART/WILLIAMS, *Utilitarianism. For and Against*, Cambridge, p. 3 y ss.

Tom STACY (2002), *“Act, Omissions, and the Necessity of Killing Innocents”*, *American Journal of Criminal Law* (29), p. 481 y ss.

Carol STEIKER (2005), *“No, Capital Punishment is Not Morally Required: Deterrence, Deontology, and the Death Penalty”*, *Stanford Law Review* (58), pp. 75 y ss.

Günter STRATENWERTH/Lothar KUHLEN (2004), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5^a ed., Köln, Berlin, München.

Walter STREE (1998), *“Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten”*, en ESER (ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 60 Geburtstag*, Beck, München, p. 393 y ss.

Cass SUNSTEIN/Adrian VERMEULE, (2005), *“Is capital punishment morally required? Acts, omissions and life-life tradeoff”*, *Stanford Law Review* (58), pp. 703 y ss.

Victor TADROS (2005), *Criminal Responsibility*, Oxford.

John TAUREK (1977), *Philosophy and Public Affairs*, pp. 293 y ss.

Tomás DE AQUINO (1953), Albertus-Magnus-Akademie Walberg bei KÖLN (ed.), *Summa Theologica*, edición alemán-latín, tomo 18, München.

Judith THOMSON (1990), *The Realm of Rights*, Cambridge, Massachusett.

Herbert TRÖNDLE/ Thomas FISCHER (2007), *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54^a ed., Beck, München.

Ernst TUGENDHAT (1993), *Vorlesungen über Ethik*, Suhrkamp, Frankfurt an Main.

Hans WELZEL (1951), "Zum Notstandsproblem", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (63), pp. 47 y ss.

Frank ZIESCHANG (2006), "Comentario previo al § 34", en WILHELM/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12^a ed., de Gruyter, Berlin.