

SITUACIONES DE NECESIDAD Y COMUNIDAD DE PELIGRO

*Nicolás Cantard**

Resumen: En el artículo se analiza la situación derivada de los casos conocidos como “derribo de aviones”, pero que puede ser extendida a otros casos semejantes que genéricamente podríamos conceptualizar como de comunidad de peligro, y cuya característica viene dada por la concurrencia de un peligro para dos o más bienes jurídicos que no pueden ser salvados conjuntamente y que si nada se hiciese, todos ellos se verían afectados. El tratamiento que la doctrina mayoritaria ha dado a la cuestión se muestra insuficiente, tanto desde un aspecto dogmático como político-criminal, generando una incertidumbre que se pone de manifiesto en las diferentes miradas que sobre la cuestión tienen el poder político y la jurisprudencia. Aquí se pretende superar ese estado de incertidumbre, aportando una solución con base en criterios materiales, no consecuencialistas, respetuosos de las garantías del Estado de derecho.

Palabras clave: estado de necesidad, casos trágicos, consecuencialismo, dignidad humana.

* Magíster en Derecho Penal por la Universidad Nacional del Litoral (Argentina), contratado predoctoral en la Universidad Autónoma de Madrid. Correo-e: nicolas.cantard@uam.es. Fecha de recepción: 29 de octubre de 2020. Fecha de aceptación: 12 de abril de 2021. Para citar el artículo: NICOLÁS CANTARD “Situaciones de necesidad y comunidad de peligro”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 42, n.º 112, enero-junio de 2021, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 115-168.
DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v42n112.04>

SITUATIONS OF NECESSITY AND COMMUNITY OF DANGER

Abstract: The article analyses the situation derived from the “shooting down airplanes” but which can be extended to other similar cases, which generically could be conceptualize as community of danger. These cases are characterized by the concurrence of a risk to two (or more) legal assets, but both of them cannot be saved and both of them would be affected if nothing were done. The solution given by the majoritarian literature to this issue is insufficient, both from a dogmatic and a political-criminal point of view, creating an uncertainty that is revealed in the different views that political power and jurisprudence/caselaw have on the issue. In summary, this paper aims to overcome this state of uncertainty by providing a solution based on material, non-consequentialist criteria that respect the guarantees of the rule of law.

Keywords: situation of necessity, tragic cases, consequentialism, human dignity.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda la problemática que se cierne sobre la posibilidad de derribar un avión de pasajeros que, en el marco de un ataque antijurídico por parte de un grupo de personas, se dirige contra un objetivo en el que se encuentran terceros completamente ajenos al hecho. Los distintos atentados que sucedieron en el presente siglo (09/11 en Nueva York, el 11M en Madrid, el 07 de julio de 2005 en Londres y los ataques en París en 2015 y Bruselas en 2016) han determinado que distintos países¹ de Occidente intenten prevenir este tipo de situaciones mediante la sanción de leyes o decretos que permitan derribar un avión que represente una amenaza, aun cuando en dicho avión se encuentren pasajeros inocentes, esto es, ajenos al hecho que motiva la mencionada reacción.

1 En este sentido, puede citarse el art. 14 de la Ley de Seguridad Aérea alemana, que entró en vigencia en enero de 2005. Dicha normativa facultaba a las fuerzas armadas a derribar una aeronave comercial cuando existiera el temor fundado de que el avión hubiese caído en manos de terroristas que lo usarían para atentar contra vidas humanas. El mismo camino ha tomado España con su Ley Orgánica de Defensa Nacional del año 2005, que en su art. 16 habilita a las Fuerzas Armadas a la “respuesta militar contra agresiones que se realicen utilizando aeronaves con fines terroristas que pongan en peligro la vida de la población y sus intereses”. Si bien se guarda de mencionar expresamente la posibilidad del derribo de la aeronave, no sería —en principio— extravagante pensar que puede ser una de las respuestas militares posibles. Por su parte, en Argentina, el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional n.º 228/2016 del 21/01/2016, que declara la “Emergencia de Seguridad Pública”, en las “Reglas de Protección Aeroespacial” que figuran en el anexo I, autoriza en su RPA 004 al derribo y/o destrucción de “vectores incursores ‘declarado hostiles’”. Hasta el momento, ni el Tribunal Constitucional español ni la Corte Suprema de la Nación argentina, se han pronunciado sobre la validez o no de dichas normativas.

La doctrina viene acompañando el debate suscitado en torno al presente tema, el que, lejos de mantenerse en el ámbito académico, ha llegado a manos de la jurisprudencia², donde se reproducen algunas de las posturas existentes a la hora de encontrar un fundamento material que legitime, o no, tales medidas.

El centro del debate gira en torno a la ubicación sistemática de la propuesta de solución y, a la vez, refiere al problema neurálgico de su fundamentación. En ambos puntos, cada una de las alternativas cuenta con mayor o menor adhesión doctrinaria. En este sentido, las alternativas posibles pueden ir desde la negación del tipo objetivo, por considerar que no se dan los presupuestos de la imputación objetiva, por lo que la conducta de quien derribe el avión sería atípica, hasta la afirmación de la plena responsabilidad criminal, sin que se admita ningún factor de exclusión del ilícito, la culpabilidad o la punibilidad. En el medio de ambos extremos, la solución puede provenir de la ausencia de antijuridicidad por operar una causa de justificación; la exclusión del injusto penal por tratarse de conductas no prohibidas, pero tampoco justificadas; la exclusión —o atenuación— de la culpabilidad, básicamente teniendo en cuenta factores de inexigibilidad o en relación con los fines de la pena; o, en última instancia, la existencia de razones preventivas que obsten a la punibilidad del delito. A su vez, cada una de estas soluciones puede tener un fundamento distinto que las sostenga, por lo que el “menú” de respuestas ofrecidas se multiplica. En lo central de la discusión se encuentra la idea, bastante extendida en nuestro entorno jurídico, de que la vida o la dignidad humana son derechos insusceptibles de ponderación.

Teniendo en cuenta la gravedad de la situación antes descripta³ y la ausencia, *prima facie*, de un fundamento material que permita llevar a cabo las medidas preventivas necesarias sin afectar los principios del Estado constitucional de derecho, se torna indispensable aportar una justificación, de índole sustancial y no meramente formal, que permita conciliar el ideal preventivo con el respeto de los derechos garantizados constitucionalmente.

1. LO INSUFICIENTE DEL DEBATE ACTUAL

La situación problemática descrita aporta los datos suficientes como para encuadrar el supuesto de hecho dentro de aquellos que en la filosofía moral se denominan

2 El Tribunal Constitucional Federal alemán tachó de inconstitucional el art. 14 de la Ley de Seguridad Aérea alemana en febrero de 2006, por cuanto lo consideraba incompatible con el derecho a la vida y a la dignidad humana del pasaje abordo del avión no involucrados en el hecho (BVerfG, 1 BvR 357/05).

3 Gravedad que tiene que ver con el hecho en sí y no con la frecuencia o excepcionalidad de su ocurrencia. En este último sentido, coincido con Wilenmann, “Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad”, pp. 3 y ss.

“conflictos trágicos”, “casos trágicos” o “dilemas morales”⁴, que en nuestro ámbito jurídico penal se han tratado como situaciones de “comunidad de peligro”, que se caracterizan por la concurrencia de un peligro para dos o más bienes jurídicos que no pueden ser salvados conjuntamente y que si nada se hiciese, todos ellos se verán afectados.

A su vez, dentro de estas podemos hallar situaciones con posibilidades de salvación simétricas, asimétricas o unilaterales⁵. La primera de ellas se caracteriza por el hecho de que los bienes jurídicos se encuentran en idéntica situación de riesgo y con idénticas posibilidades de salvación. Será una situación asimétrica, en cambio, si uno de los bienes jurídicos se halla en mejores condiciones que el otro para ser salvado, ya sea porque el riesgo que se ciñe sobre él es menor, o bien porque presenta posibilidades de salvación más ventajosas. Finalmente, estaremos en presencia de una situación con posibilidad de salvación unilateral cuando no existe la opción de elegir cuál bien se debe salvar, sino que solo uno de ellos goza de esa chance, mientras que el otro indefectiblemente será lesionado.

En este apartado se pretende exponer, del modo más acabado posible, las aportaciones que ha hecho la doctrina sobre la temática en cuestión someténdolas a un análisis crítico.

1.1. Revisión crítica a las propuestas teóricas existentes en torno a la situación problemática

1.1.1. Atipicidad

No parece haber nadie dispuesto a sostener que la conducta de quien derribe el avión en cuestión carezca de relevancia jurídico penal, esto es que sea atípica. Claramente la mayoría de la doctrina que ha escrito sobre la cuestión⁶, se debate entre considerar un estado de necesidad suprallegal de exculpación, quienes entienden plenamente responsable al autor de tal maniobra, aún con vacilaciones en cuanto a la determinación de la pena, y quienes sostienen que dicha acción se encuentra justificada.

4 Así, tratándolos como sinónimos, LARIGUET, “*Conflictos trágicos y derecho. Posibles desafíos*”, p. 318, nota 3.

5 Cfr. WILENMANN, “La justificación de un delito en situaciones de necesidad”, §§ 900. Hay quienes dividen los supuestos de salvación entre simétricos y asimétricos, tratando a los supuestos unilaterales de salvación como una especie dentro del género de los asimétricos. Aquí se prefiere hacer una distinción tripartita, puesto que se encuentran diferencias sustanciales entre unos y otros.

6 Cfr. Las referencias bibliográficas que hace al respecto de cada posición, WILENMANN, “La justificación de un delito en situaciones de necesidad”, §§ 901, notas 236, 237 y 238.

Sin embargo, podría pensarse, y solo se trata de una hipótesis por inferencia, que hay autores que estarían dispuestos a al menos discutir la concurrencia de la tipicidad en el caso. Me refiero a aquellos que han postulado la relevancia jurídico penal de los cursos causales hipotéticos⁷. En efecto, la discusión en torno a este problema de imputación, se relaciona con la pregunta por si una acción que causa un resultado reemplazando, *de esa manera*, un curso causal ya iniciado, que hubiera producido un resultado, con una probabilidad *ex ante* rayana en la certeza, igual o más gravoso que aquel que efectivamente se produce, puede ser excluida totalmente o, al menos, atenuar la consecuencia jurídico-penal.

Como se puede ver, la base fáctica de la que se parte contiene los mismos elementos que el caso en estudio. Existe un curso causal lesivo ya iniciado (por el piloto “agresor”), que es reemplazado por un curso lesivo posterior (quien derriba el avión), produciendo de esa manera un resultado igual⁸ al que habría producido el curso causal inicial —ahora hipotético— con una probabilidad *ex ante* rayana en la certeza.

En principio, es cierto que aquí estamos frente a un curso hipotético realizado por un tercero de manera antijurídica, lo que —y aquí coincide la doctrina— impediría una exclusión de la responsabilidad del autor de reemplazo, pues —así se argumenta— “es evidente que nadie podría excusarse en que si él no hubiera hecho lo que hizo, de todos modos, lo hubiera hecho otro”⁹. Es decir que, en estos supuestos, el curso hipotético sería irrelevante a los fines de la imputación del curso real. Samson, quien es uno de los autores que afirma la relevancia de los cursos causales hipotéticos, también coincide en estos casos con una imputación por existir, lo que él denomina, un “principio de asunción”¹⁰.

Sin embargo, también estarían dispuestos a incluir dentro de las hipótesis “relevantes” aquellas en que el comportamiento antijurídico del tercero *ya condicionó efectivamente el resultado*, perdiendo toda capacidad de revocación del curso causal, y solo resta esperar el desenlace¹¹. En definitiva, solo sería relevante el

7 SANCINETTI, “Principio de disminución del riesgo”, p. 11, nota 34; Samson, “Cursos causales hipotéticos...”, pp. 95 y ss., 113 y ss.

8 En el sentido de que ambas producen *la muerte* de las personas. Sin embargo, se podría objetar que no es *igual* la muerte que produciría el curso hipotético a la que termina causando el autor del derribo, pues aquella se produciría en un momento “posterior” y, por lo tanto, esta ha “acortado la vida”. Sobre ello ver infra 3.6.1.

9 SANCINETTI, “¿Incidencia de los cursos causales hipotéticos en el derecho penal?”, p. 6.

10 SAMSON, “Cursos causales hipotéticos”, pp. 122 y ss., pp. 138 y ss.

11 SANCINETTI, “¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos...”, p. 1600. Así también Samson, “Cursos causales hipotéticos...”, pp. 140 y ss. refiere que el principio de asunción como restricción al de intensificación se produce en los casos en que el autor de reemplazo aún tiene que realizar toda su acción o una parte de ella, puesto que si *ya* ha realizado todo lo que debía

curso hipotético realizado por un tercero de manera antijurídica cuando se trata de una acción que ya ha alcanzado el estadio de una tentativa acabada. En palabras de Sancinetti:

no parece tener sentido restringir la libertad de acción mediante una prohibición, cuando el resultado a producirse de todos modos se produciría, aunque la acción no fuera realizada —quedando a salvo, naturalmente, la vigencia del mandato de impedir el resultado, es decir, la responsabilidad por omisión, sea que el autor se halle en posición de garante, sea que responda por el principio de la solidaridad mínima—. ¹²

Ahora bien, para evitar la insatisfactoria conclusión —para la doctrina dominante que ve en el disvalor de resultado un elemento constitutivo del ilícito— de que “nadie responda por el resultado”, en tanto este no es realizado por el primer autor, y al segundo no se le puede imputar —por lo antes dicho—, Sancinetti propone establecer un principio que denomina “responsabilidad por subrogación”¹³, por el cual el resultado originado en el nuevo curso lesivo pueda seguir siéndole imputado al primer sujeto que crea un riesgo ya perfecto, pues es precisamente “por su culpa” que al autor de reemplazo no se le puede imputar. Este principio de imputación permite que “el primer sujeto que configura un riesgo perfecto —que uno actu es anulado por otro riesgo que en sí mismo se presenta ex ante para la víctima como menos grave o incluso igual— siguiera siendo responsable del curso lesivo originado por el nuevo curso”¹⁴.

Con todo, no cabe duda de que, fundado en tal principio, el supuesto de hecho que aquí se estudia podría constituir un supuesto de atipicidad en los casos en que el autor del derribo provoque la muerte de quienes van arriba del avión *en el mismo momento* en que hubiera ocurrido el atentado, o *en un momento posterior*, por ejemplo, disparando contra una turbina o una de las alas, de tal manera que el piloto pierda el control del avión, desviándose del trayecto e impactando contra el suelo despejado unos minutos después¹⁵. Si bien la primera variante resulta poco probable de llevar a la práctica, la segunda es perfectamente posible. Por tanto, o

hacer, adquiere toda su significación el principio de intensificación nuevamente, en razón de que el autor ya estaría reemplazando pura causalidad natural.

12 SANCINETTI, “¿Incidencia...?”, pp. 6 y ss.

13 También puede leerse como “principio de representación”, en SANCINETTI, “Cursos causales hipotéticos y teoría de la diferencia”, pp. 688 y ss.

14 SANCINETTI, “¿Son irrelevantes...?”, p. 1604; El mismo, “Principio de disminución del riesgo versus relevancia del disvalor de resultado en la teoría del ilícito”, p. 11, nota 34.

15 Insinúa esta posibilidad MARTÍNEZ CANTÓN, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad”, p. 423.

bien se produce una modificación irrelevante del curso lesivo, o bien se termina “mejorando” la situación de bien jurídico, en el sentido de “prolongar la vida”¹⁶.

1.1.2. Plena responsabilidad

En el otro extremo podemos encontrar autores que entienden que no cabe hacer ningún tipo de concesión al accionar del autor, por más buenas razones que lo hayan motivado a actuar de la manera en que lo hizo. Claramente una postura tan drástica que no permita siquiera por vía de consideraciones preventivas de pena una disminución en la sanción penal no cuenta con numerosos exponentes.

Esta parece ser la posición adoptada por Cano Paños¹⁷, pues, aunque no se pronuncia sobre una propuesta de solución, su crítica direccionada contra las propuestas que pretenden desligar —por una u otra vía— de responsabilidad al autor del derribo invita a pensar en que acordaría la imposición de una pena.

Por lo demás, ello surge también de los duros términos en que se dirige contra el §14, párr. 3 LuftSiG, en tanto considera que

[I]o que de ningún modo puede resultar admisible es pretender hacer frente al terrorismo con métodos terroristas o medidas que pongan en entredicho el propio Estado social y democrático de Derecho, ya que ello supone en definitiva dar la razón a los mismos que se intenta combatir.¹⁸

1.1.3. Justificación

No son pocos los autores que consideran que la acción de derribo estaría, en estos casos, justificada. Sin embargo, no logra imponerse entre ellos un criterio unificado de fundamentación de tal solución, antes bien los argumentos discurren por carriles de lo más variados, que van desde la filosofía moral hasta la justificación por vía de excepción. Pese a ello, la mayoría tiene un punto en común: el fundamento consecuencialista¹⁹. Diferenciándose del mencionado grupo, otros autores proponen una solución con fundamentos sustancialistas, recurriendo a causas de

16 SANCINETTI, “¿Son irrelevantes...?”, con otros ejemplos, p. 1602; SAMSON “Cursos causales hipotéticos...”, pp. 96 y ss., 106 y ss. Para más detalle sobre esto, véase *infra* 3.6.1.

17 CANO PAÑOS, “Caso de la Luftsicherheitsgesetz”, pp. 911 y ss.

18 CANO PAÑOS, “Caso de la Luftsicherheitsgesetz”, p. 934.

19 Paradigmático en este tipo de fundamentos resulta el trabajo de Roig Davison/Ruiz García, “La valoración de la vida humana”, quienes parten de la base de un criterio en términos económico/sociales de la vida humana, según los cuales se justificaría el derribo siempre que del análisis de costes-beneficios, atendiendo al número de muertes o de valoración de la vida (para lo cual se sirven de métodos económicos), resulte una diferencia a favor del abatimiento.

justificación tradicionales, ya sea el estado de necesidad defensivo, el consentimiento²⁰ presunto o la colisión de deberes.

Desde una perspectiva de filosofía moral se posiciona Hörnle²¹, quien distingue, al momento de la fundamentación de la solución de tres casos hipotéticos²² en los que centra su estudio, entre tener en cuenta una perspectiva neutral en relación con el autor y la víctima, una perspectiva centrada en el autor y una perspectiva centrada en la víctima. La *perspectiva neutral*²³ implica que debe tenerse en cuenta el análisis de un observador ajeno al conflicto y que no tome en cuenta las posiciones de autor ni víctima, sino que solo considere un balance de las consecuencias de la acción. Es evidente, como lo reconoce la autora, que este enfoque se sustenta en una filosofía moral consecuencialista. La *perspectiva centrada en quien actúa*²⁴ implica que la acción se juzgue según circunstancias concomitantes en el autor, en particular sus intenciones. Ello significa que estaría justificado el autor que ocasione daños para salvar un bien mayor, solamente cuando esos daños no se causen intencionadamente²⁵, sino solo con conocimiento. Sin embargo, aun cuando existe esta condición, el planteo sigue siendo consecuencialista²⁶.

20 Parte de la doctrina considera que podría tratarse de un consentimiento expreso haciendo firmar a los pasajeros —previamente a abordar el avión— un formulario en el que se obliguen de esa manera a aceptar la consecuencia del derribo en caso de un ataque terrorista, en este sentido, Gómez Benítez, “Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia tolerable”, p. 971; KÖHLER, “Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand”, p. 259, cita en MARTÍNEZ CANTÓN, “Nuevas consideraciones...”, p. 425.

21 HÖRNLE, “Matar para salvar muchas vidas...”.

22 El primero de ellos es el conocido caso del guardagujas, en el que 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, cuando un empleado de ferrocarriles logra, moviendo una aguja, desviar en el último segundo el tren hacia la única vía secundaria, en la que morirán tres de sus compañeros. El segundo caso es el de un cirujano que tiene cinco pacientes a quienes les fallan órganos vitales, y para quienes no se pueden conseguir donantes, y decide extraerle los órganos que necesita a un hombre joven que se encuentra en el hospital para una pequeña operación, produciendo su deceso. El último supuesto es el de un piloto de la fuerza aérea que derriba sobre un territorio despoblado, un avión secuestrado, matando de esa manera a los pasajeros y miembros de la tripulación ajenos al secuestro, cuando se sabe que se dirige a estrellarse contra un gran aeropuerto en el que morirán muchas más personas.

23 HÖRNLE, “Matar para salvar muchas vidas...”, p. 9.

24 HÖRNLE, “Matar para salvar muchas vidas...”, pp. 10 y ss.

25 Sobre lo bienintencionado como fundamento de la licitud de una acción, basado en la teoría del doble efecto, cfr. GUERRA ESPINOSA, “Estado de necesidad como conflicto de intereses...”, pp. 441, 461. Sin embargo, el autor limita la justificación solo a los casos de aborto indirecto y de eutanasia indirecta, pp. 466, 469.

26 Como la propia Hörnle reconoce al decir que “[u]na acción no se juzga (o no exclusivamente) según sus consecuencias, sino según circunstancias concomitantes en la persona de quién actúa, en especial, sus intenciones”, o que “[e]l fundamento es consecuencialista: se puede hacer algo malo cuando la utilidad global es claramente mayor, pero rige una cláusula excepcional (que hay

Finalmente, la *perspectiva centrada en la víctima*²⁷ implica que debe tenerse en cuenta cuándo es posible exigirle a una persona que sacrifique un derecho que le asiste en beneficio de terceros. La autora reconoce que aquí puede considerarse una fundamentación de índole contractualista y entiende que hay que tener en cuenta de dónde surge el deber de sacrificio en cada caso en concreto.

Hörnle estima que en el análisis de los casos deben tenerse en cuenta las tres perspectivas analizadas y no solo una. Así, en el caso que aquí nos interesa —el derribo del avión—, entiende que tanto la perspectiva de la víctima como la del autor tienen el mismo peso en la ponderación que impide una resolución del problema desde esas perspectivas, en cuanto existe una pretensión de defensa de las víctimas, aunque débil por cuanto se refiere solamente al derecho a los últimos cinco minutos de vida y, por otro lado, el piloto, como representante del Estado está obligado a conservar la vida de las personas del aeropuerto. Por lo tanto, la respuesta tiene que darse adoptando una perspectiva neutral, centrándose en las relaciones numéricas, por lo que estaría justificado el derribo, si con ello se logra salvar un número mayor de personas²⁸.

Por su parte, Sánchez Dafaue defiende la idea de una justificación con base en el estado de necesidad, para cuya legitimación crea un principio que se denomina “principio de evitación de masacres y catástrofes masivas”, que operaría como límite o excepción²⁹, del principio general que impide la ponderación de vidas humanas³⁰. De esta manera, sostiene el autor, puede sortearse la dificultosa tarea de contar las vidas salvadas y las que deben sacrificarse, pues como el principio en juego es el de la evitación de masacres o catástrofes masivas por parte del Estado, siempre el círculo de personas privilegiadas será el mal mayor que se pretende evitar, pues no solo está pensando en las personas *efectivamente salvadas*, sino en toda la sociedad que se ve beneficiada con la evitación de una masacre³¹.

que aplicar separadamente) para el caso de la causación intencional del mal”, en “Matar para salvar muchas vidas...”, pp. 10 y ss. (el resaltado me pertenece).

27 HÖRNLE, “Matar para salvar muchas vidas...”, pp. 14 y ss.

28 HÖRNLE, “Matar para salvar muchas vidas...”, p. 21.

29 Así también CHIESA, en “Caso La Mignonette”, p. 105, quien considera que “el argumento consecuencialista a favor de justificar la conducta se torna tan poderoso que cualquier consideración en contrario debe ceder...cuando cumplir con el deber deontológico de no utilizar a un ser humano como medio para alcanzar un fin tendría consecuencias catastróficas. Un caso claro es el de una situación en que matar a una persona inocente es la única manera de evitar la detonación de una bomba nuclear que mataría a millones de personas”. En contra de ello, indicando que “la extrema necesidad nunca transforma en lícito lo ilícito”, con otras referencias, cfr. GUERRA ESPINOSA, “Estado de necesidad como conflicto de intereses...”, p. 439.

30 SÁNCHEZ DAFUAUE, “El abatimiento de un avión secuestrado”, p. 7.

31 SÁNCHEZ DAFUAUE, “El abatimiento de un avión secuestrado”, p. 8.

Claro está que la clave será determinar cuándo estamos en presencia de una masacre masiva y cuándo frente al homicidio de muchas personas. Esto se enfrenta al problema de delimitación de los continuos, conocido como “paradoja de Sorites”³²; así como no puede determinarse cuántos granos de arena forman un montón, o cuantos pelos se necesitan para hacer un cepillo, en este caso nunca podría determinarse cuándo se está frente a una masacre, pues el concepto mismo remite a una idea de cantidad indeterminada. Este problema es reconocido por el propio Sánchez Dafaue cuando dice que “[l]a definición de un umbral cuantitativo para la masacre o la catástrofe masiva es una tarea en verdad compleja”, sin embargo, cree que hay que encontrar criterios de referencia normativos como los que establece el Código Penal al referir al sujeto pasivo en delitos de riesgo catastrófico, o los establecidos en el derecho penal internacional para referir, por ejemplo, en la configuración típica de delitos de lesa humanidad, a la existencia de un “ataque generalizado” contra la población civil³³.

También Wilenmann propone, igualmente orientado por criterios consecuencialistas³⁴, la idea de una excepción como camino posible para la justificación de tales medidas cuando de lo contrario se llegaría a consecuencias “absurdas”³⁵.

Luego de cuestionar las posturas que pretenden justificar la conducta con base en “las reglas normales del derecho” como el estado de necesidad defensivo, el consentimiento presunto o la colisión de deberes, por considerar que se trata de manifestaciones que tienden a “deformar las instituciones”³⁶, y que los supuestos de “estado de necesidad trágico” deben ser separados de las reglas normales³⁷, pretende justificar estos hechos bajo la lógica de una excepción a la regla de la imponderabilidad de la vida humana, limitado a los casos de posibilidades de salvación unilateral o fuertemente asimétricas³⁸, pero incluso también a supuestos de tortura³⁹ que “para evitar la muerte inmediata de millones puede resultar en condiciones hipotéticas justificadas”⁴⁰.

32 Sobre los inconvenientes a los que nos somete la vaguedad de ciertos términos, fundamental el trabajo de MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal”, pp. 691 y ss.

33 SÁNCHEZ DAFAUE, “El abatimiento de un avión secuestrado”, p. 8 y nota 22.

34 Como el propio autor lo reconoce, cfr. WILENMANN. “La justificación...”, §§ 917; “La imponderabilidad...”, p. 41.

35 WILENMANN. “Imponderabilidad...”, pp. 27, 45; “La justificación...”, §§ 917.

36 WILENMANN. “La justificación...”, §§ 912.

37 WILENMANN. “La justificación...”, §§ 916.

38 WILENMANN. “La justificación...”, §§ 917. En contra de la justificación por vía de excepción, Greco. “Las reglas detrás de la excepción...”, p. 10.

39 Detalladamente en WILENMANN. “La justificación...”, §§ 667 y ss.

40 WILENMANN. “La justificación...”, §§ 922; “Imponderabilidad...”, p. 45.

Con otros argumentos, Ortiz de Urbina Gimeno entiende que de acuerdo con el derecho positivo español “el estado de necesidad en el que el mal causado no es superior al que se evita es siempre una causa de justificación”, por lo que, en caso de conflictos de bienes de igual valor la conducta estaría justificada, pero “no porque cause un mal que no es superior al que evita, sino porque evita un mal superior al que causa”⁴¹.

Independientemente de la relevancia que pueda tener el diferenciar entre causar un mal menor y evitar uno mayor, Ortiz de Urbina pretende con ello asignarle un significado sustancial a la expresión del legislador español cuando, en el art. 20.5 establece como requisito del estado de necesidad “que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar”.

Sí entiendo que ofrece buenos argumentos, aunque no coincida con ellos, cuando se centra en una distinción —que reconoce poco frecuente entre los penalistas— entre consecuencialismo y utilitarismo, indicando⁴² que el primero se trata de una teoría que “define lo correcto en términos de lo bueno: lo correcto, aquello que debe hacerse, es aquello que maximiza lo bueno”; mientras que el utilitarismo requiere como componente adicional aquel relacionado con la “utilidad que ello comportaría en términos de bienestar”, y para explicar ello ofrece un ejemplo por demás de clarificador, en el que una postura utilitarista llegaría a un resultado inadmisibles para una posición consecuencialista⁴³.

Finalmente deja expresamente aclarada su postura mediante la respuesta al siguiente interrogante,

¿Debe el Derecho declarar prohibida la conducta que puede salvar vidas? Desde el punto de vista consecuencialista que aquí se sostiene, ello no tiene el menor sentido, y por lo tanto la determinación de los males en conflicto ha de hacerse de un modo tal que permita afirmar que la conducta maximizadora está permitida, esto es: justificada.⁴⁴

Como puede observarse, quienes consideran justificados los actos de derribo apelando a consideraciones de tipo —netamente— consecuencialista, lo hacen

41 GIMENO ORTIZ DE URBINA. “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, pp. 186 y ss.

42 GIMENO ORTIZ DE URBINA. “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, pp. 187 y ss.

43 GIMENO ORTIZ DE URBINA. “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, p. 188, dice el ejemplo: “si se puede elegir entre salvar a veinte personas miserablemente infelices o a una sola muy feliz, tanto que lo es más que las otras veinte juntas, el utilitarismo indicaría que hay que salvar a la persona feliz y dejar perecer a las otras veinte. Ello es así porque el utilitarismo no reconoce a las personas excepto como fuente de utilidad, negando así la noción de autonomía, piedra fundamental de nuestro ordenamiento y los de nuestro entorno”.

44 GIMENO ORTIZ DE URBINA. “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, pp. 190 y ss.

teniendo en cuenta el número de vidas en liza para realizar el análisis de coste-beneficio, o bien sosteniendo la idea de una justificación *excepcional*, derivada de una situación —no menos excepcional— que podría generar consecuencias catastróficas. Ambas posturas son criticadas, con razón, por Greco⁴⁵.

Si bien su crítica se encuentra circunscripta a la legitimidad de la tortura en los supuestos de *ticking time bombs*, la discusión al respecto puede proponerse para los casos que aquí se analizan. A la idea de la excepcionalidad Greco le achaca la falta de validez general que debe tener toda argumentación jurídica y moral, por lo que solo son relevantes en un sector o como soluciones *ad hoc*. Pero, además de ello, refiere que “[c]ada excepción es la expresión de una regla que le sirve de base, que regula, justamente, cómo debe decidirse en el caso de situaciones excepcionales”, y la regla en este caso, que él denomina “regla de caducidad”, indicaría que “la dignidad sería algo que podría perderse por el comportamiento precedente propio”⁴⁶. A este “argumento de coherencia”, agrega otro de filosofía política que considera más sustancial, y es que “la tortura aniquila la condición del ser humano, precisamente, de tener una voluntad, que es presupuesto... para el ejercicio legítimo del poder”⁴⁷. Vale decir que el fundamento mismo del Estado moderno se basa en la voluntad libre de los ciudadanos y, por lo tanto, dicho Estado no puede negar esa voluntad para justificar el ejercicio del *ius puniendi*.

Al argumento consecuencialista, cuya regla reza que “la dignidad sería algo que únicamente debe respetarse en tanto que los costes de este respeto no sobrepasen un determinado umbral de importancia” y que denomina “regla de costes”⁴⁸, le opone que la dignidad humana es una consideración deontológica independiente de la consideración de las buenas y malas consecuencias de su respecto⁴⁹.

Ninguna de las variantes consecuencialistas ofrece un fundamento material convincente, independientemente de que estoy de acuerdo con la solución. Por un lado, porque creo que el hecho de considerar a la situación excepcional no puede ser el argumento central para variar aquello que se sostenga para situaciones no excepcionales. Creo que por un imperativo de coherencia interna del sistema, la dogmática tiene que ofrecer seguridad jurídica, previsibilidad, alejarnos lo máximo posible de interpretaciones *ad-hoc* que puedan dar lugar a la arbitrariedad⁵⁰.

45 GRECO. “Las reglas detrás de la excepción...”.

46 GRECO. “Las reglas detrás de la excepción...”, pp. 10 y ss.

47 GRECO. “Las reglas detrás de la excepción...”, p. 14.

48 (Ibíd.) GRECO. “Las reglas detrás de la excepción...”, p. 12.

49 GRECO. “Las reglas detrás de la excepción...”, p. 16.

50 Fundamental sobre esto el trabajo de GIMBERNAT, “¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal...”.

Por otro lado, la excepcionalidad que es propia de la situación, no puede ser el fundamento central a la hora de resolver un conflicto. También es excepcional que alguien tenga, en un momento determinado, un error de prohibición inevitable, o que se encuentre en una situación de inexigibilidad, o que alguien actúe de manera objetivamente justificada sin el consecuente tipo subjetivo de la permisón. No por ello, sin embargo, las soluciones a tales efectos deben ser también excepcionales. En ese sentido, tampoco arroja suficiente seguridad jurídica apelar a la necesidad de evitar “catástrofes masivas”, cuando no se sabe muy bien qué se quiere decir con eso o, mejor dicho, cuando no está claro cuándo estaríamos en presencia de una catástrofe y cuándo no, o cuándo dicha catástrofe pueda calificarse de masiva.

Pero tampoco resulta convincente, por fuera de lo que emocional o intuitivamente podamos considerar, que la respuesta a una situación límite tenga que provenir del saldo numérico de contar vidas, de manera tal que, si ese saldo resulta positivo, entonces hay justificación, y si da negativo, no. Esto es central, tanto desde el aspecto material como desde el aspecto procesal. Materialmente, reducir el problema a la cuantificación de vidas en juego es inviable en un contexto jurídico como el nuestro. Razones de orden constitucional impiden realizar esas consideraciones como fundamento último de la solución al hecho. En cuanto al aspecto procesal, surge el interrogante de cómo harían las autoridades para saber dónde hay más personas, si no es “contando”, en una situación de urgencia como la que se supone que existe en estos casos.

Sin embargo, lo dicho no significa que el número de personas involucradas en la situación de necesidad *nunca* tenga relevancia para resolver la solución a un determinado conflicto. Puede haber situaciones en las que sí sea determinante, básicamente en casos de comunidad de peligro con posibilidades simétricas de solución. Pero no lo será en este tipo de supuestos —que son “unilaterales”—, ni tampoco en los que son asimétricos.

Desde otra perspectiva, apartándose de criterios consecuencialistas, Martínez Cantón⁵¹ ofrece una propuesta de solución dentro del estado de necesidad justificante, partiendo de la base de que el Código Penal español habilita la ponderación de males y no de bienes jurídicos, además de que permite aplicar el estado de necesidad en supuestos de colisiones entre males iguales⁵², que frente a la acción necesaria los pasajeros pueden responder —a su vez— en estado de necesidad

51 Cfr. MARTÍNEZ CANTÓN. “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, dice textualmente “la vida es un bien jurídico ponderable, aunque no en virtud de su número”, pp. 406 y ss.

52 MARTÍNEZ CANTÓN. “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, p. 417.

defensivo⁵³, y que la vida no siempre es el bien jurídico con mayor merecimiento de protección.

Así, la citada autora entiende que estamos en presencia de un supuesto de comunidad de peligro asimétrica⁵⁴, y que en el caso de los pasajeros “están predestinados a perecer; el derribo del avión sólo adelanta este hecho, pero, además, evita que el avión se utilice como arma contra la vida de otras personas e intereses”⁵⁵.

A partir de allí, considera que en la situación a ponderar no solo se encuentra la colisión de vida contra vida, de los pasajeros y quienes se encuentran en el objetivo, respectivamente, sino también “otra serie de altos intereses estatales, ya sea porque se atacan edificios de alta relevancia pública, o de alto valor cultural, o de valor militar, o ya sea porque se ataca el sentimiento de seguridad colectiva”, todo lo cual es suficiente “para inclinar la balanza del lado del derribo”⁵⁶. Sin embargo, esos elementos que agrega, que se relacionan con el objetivo del acto terrorista, solo deben considerarse en caso de que haya vidas por salvar, puesto que “podría cambiar por completo la valoración jurídica” del derribo si pierde su sentido “salvador” y solo se trata de “cambi[ar] el objetivo terrorista por otro algo menos dañino”⁵⁷.

Con todo ello, pretende salvaguardar el principio por el cual nadie está obligado a ofrecer su propia vida en sacrificio, otorgando a los pasajeros la posibilidad de reaccionar en estado de necesidad defensivo contra la acción defensiva de las autoridades⁵⁸.

53 MARTÍNEZ CANTÓN. “La ponderación en el estado de necesidad”, p. 600.

54 Cfr. MARTÍNEZ CANTÓN, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, pp. 416, 418, 421. “La ponderación en el estado de necesidad”, p. 599. Aquí se sostiene, en cambio, que no se trata de posibilidades asimétricas, sino unilaterales de salvación. Si bien puede pensarse que las situaciones unilaterales son una *especie* dentro del *género* “asimétricas”, entiendo que las situaciones son lo sustancialmente diferentes como para preferir una clasificación tripartita.

55 MARTÍNEZ CANTÓN. “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, p. 416; “La ponderación en el estado de necesidad”, p. 600.

56 MARTÍNEZ CANTÓN. “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, pp. 423, 435.

57 MARTÍNEZ CANTÓN. “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, p. 428.

58 MARTÍNEZ CANTÓN. “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, p. 443; “La ponderación en el estado de necesidad”, p. 600; GIMBERNAT. “El estado de necesidad: Un problema de antijuricidad”, pp. 229 y ss.; ROBLES PLANAS. “En los límites de la justificación...”, p. 469; CUERDA RIEZU. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 311. En contra de tal posibilidad, cfr. COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 457, p. 470, nota 200, p. 481. Asimismo, marcando lo paradójico de la solución, SILVA SÁNCHEZ. “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, pp. 26 y ss. Ciertamente que Silva hace mención al estado de necesidad agresivo, y no al defensivo, pero ello no desnaturaliza la crítica sino todo lo contrario, puesto que —según afirma la doctrina dominante— los deberes de tolerancia son mayores en el estado de necesidad defensivo que en el agresivo.

Para llegar a la solución justificante, Martínez Cantón introduce una variación a su posición anterior⁵⁹, en la que negaba la aplicación del estado de necesidad cuando está en juego una situación grave para la dignidad de una persona⁶⁰, indicando que “cuando no existe ninguna regulación de la actuación que excluya la aplicación del estado de necesidad, no queda más remedio que ponderar y de incluir la dignidad en la operación ponderativa”⁶¹. Sin embargo, tanto esfuerzo se diluye cuando afirma que

[s]implemente hay un derecho —la seguridad ciudadana— que, a la vista de las circunstancias, no es siquiera que consiga un mayor merecimiento de protección, sino que *es el único interés*, junto a las vidas de los que siguen en tierra y los intereses estatales que serán atacados por el avión, que aún está a tiempo de ser protegido y el Estado debe actuar en consecuencia.⁶²
(Cursivas del autor)

En pocas palabras, o existen dos intereses en juego y, por lo tanto, hay que ponderar, o existe un solo interés y entonces no solo no hay ponderación posible, sino que ni siquiera hay situación objetiva de estado de necesidad.

Otro autor que también admite la justificación de estos supuestos, sin tener en cuenta criterios consecuencialistas, es Hirsch⁶³, quien parte de la base de considerar a los supuestos de derribo de aviones secuestrados, o averiados⁶⁴, como casos de estado de necesidad defensivo, en tanto los pasajeros inocentes “están fatalmente unidos de modo inseparable con el medio para cometer el hecho... [por lo tanto] se trata de la defensa frente a una amenaza que parte de una fuente de peligro en la que están espacialmente englobados de modo inseparable”⁶⁵.

Considera que la prohibición de matar en estado de necesidad está reservada para su modalidad *agresiva*⁶⁶, pero que no es así *ab initio* en supuestos de estado de

59 Como ella misma lo asume, cfr. MARTÍNEZ CANTÓN. “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, p. 437, nota 116.

60 MARTÍNEZ CANTÓN, “La ponderación en el estado de necesidad”, pp. 786 y ss.

61 MARTÍNEZ CANTÓN. “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, p. 437.

62 MARTÍNEZ CANTÓN. “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, pp. 438 y ss.

63 HIRSCH. “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, pp. 1005 y ss.

64 Con interesantes ejemplos reales, HIRSCH. “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, pp. 1012 y s.

65 HIRSCH. “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, p. 1012.

66 HIRSCH. “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, p. 1031.

necesidad defensivo⁶⁷. Para fundamentar ello, y cuestionando el criterio referido a la cuantificación de vidas⁶⁸, indica que debe tenerse en cuenta que la vida de los ocupantes del avión está de todos modos perdida, no así la de quienes se encuentran en la zona de peligro⁶⁹, por lo que prohibir el derribo, obligando a ir a la muerte a los que todavía pueden salvarse, implicaría una “sobresolidarización” que no puede fundamentarse racionalmente⁷⁰.

A la misma consecuencia justificante, aunque con argumentos diametralmente opuestos a los antes considerados, llega Coca Vila en su reciente monografía sobre la colisión de deberes⁷¹. Cuestionando a la teoría del interés preponderante, como también a toda fundamentación utilitarista, a las que agrupa bajo el concepto de *consecuencialistas y colectivistas*⁷², por entender que no resulta aceptable en un ordenamiento jurídico-liberal que respete el principio de autonomía personal⁷³; propone una fundamentación triple basada en el principio de autonomía, el de solidaridad o, en defecto de ambos, el de razonabilidad práctica⁷⁴, que permitiría ofrecer una perspectiva esencialmente individualista del deber de tolerancia que todo ordenamiento jurídico-liberal debería considerar a los fines de poder explicar “por qué debería tolerar yo la injerencia de un extraño al que amenaza un peligro que no me es imputable”⁷⁵.

En los supuestos de comunidad de peligros, que divide entre simétricas y asimétricas⁷⁶, Coca Vila considera que la doctrina ha puesto siempre el foco en el sujeto actuante, sin preguntarse por qué razón la víctima debería olvidar su pretensión de protección de sus intereses. Para responder a ello, refiere que la clave está en poder ofrecer siempre al sujeto actuante una obligación alternativa⁷⁷, que le permita cumplir con su deber salvando cualesquiera de los dos intereses en liza, con lo que la víctima no salvada no podría objetar esa decisión por haber

67 HIRSCH. “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, p. 1009. En contra, cuestionando acertadamente el recurso al estado de necesidad defensivo para “salt[arse] la ruptura del dogma relativo a la ‘imponderabilidad de la vida humana’”, WILENMANN, “Imponderabilidad de la vida humana...”, p. 36; ROBLES PLANAS, “En los límites de la justificación...”, pp. 458 y ss.; COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 487 y ss.

68 HIRSCH. “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, p. 1018.

69 HIRSCH. “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, p. 1019.

70 HIRSCH. “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, p. 1021.

71 COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”.

72 (Ibíd.).COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, p. 237.

73 COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, p. 509.

74 COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, p. 511.

75 COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 509 y ss.

76 COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 461 y ss., incluyendo entre estas últimas los casos que aquí se tratan como “unilaterales”, cfr. p. 464.

77 COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 438 y ss.

dispuesto, previamente, de las mismas chances de salvación que su contendiente en el conflicto⁷⁸. Esto le permite a Coca Vila llegar a la conclusión de que actúa justificadamente el sujeto que se decide por salvar uno de los bienes jurídicos, *independientemente* de cuál de ellos sea.

Si bien es discutible la solución en comunidades de peligro con posibilidades simétricas de salvación, lo cierto es que el fundamento que propone es razonable, como así también su solución. Sin embargo, ese mismo fundamento le lleva a sostener idéntica solución para los supuestos de conflictos con posibilidades asimétricas de salvación, llegando incluso a afirmar que el obligado podría incumplir ambos deberes y también ello estar justificado o exculpado⁷⁹. Basándose en que en los conflictos asimétricos no puede justificarse la opción por el bien que aún puede salvarse, porque aquí no se contaría con la obligación alternativa que dejaría a buen resguardo la autonomía personal de la víctima, en cuanto no contaba de antemano con las mismas chances de salvación que el otro titular del bien en colisión, indica que la única posibilidad es generar esa obligación alternativa, que no es otra que seguir permitiéndole al obligado elegir cualesquiera de ambos intereses⁸⁰.

Recientemente Greco⁸¹, si bien respecto de un supuesto de hecho distinto, ha defendido la idea de resolver los conflictos que se presentan en una comunidad de peligro dentro del ámbito de la justificación por colisión de deberes. La situación que analiza es la del programador de autos autónomos al momento de definir qué dirección debe seguir el vehículo ante una situación de colisión en la que se encuentran vidas humanas en liza, semejante al “caso del gardagujas”.

Rechaza el recurso de la justificación por vía del estado de necesidad porque entiende que no puede realizarse una ponderación de intereses “si se mantiene *el principio de la no cuantificabilidad y no ponderabilidad de la vida humana*: matar a uno para salvar a muchos sigue siendo antijurídico, sencillamente, porque nadie tiene el deber de dejarse matar para que otras puedan seguir viviendo”⁸² (cursivas del original). Por ello considera que el único camino alternativo para resolver el dilema a nivel de injusto, sin “poner en cuestión los fundamentos esenciales de una concepción del Derecho que toma en serio al ser humano”, es el de

78 COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 471, 473, 474.

79 COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 496 indica que “no constituiría necesariamente un injusto penal”, o que “cabrá reconocer la inexigibilidad subjetiva del comportamiento objetivamente debido, quedando, por consiguiente, el obligado que no satisface ninguna razón de obligación eximido de pena”, p. 497. Sin embargo, tal posibilidad le resulta inadmisibles en conflictos simétricos, véase pp. 468, 492, 494. Por lo demás, es abiertamente contradictorio con otras manifestaciones en el texto, véase pp. 439 y ss.

80 COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 483 y ss.

81 GRECO. “Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión”, pp. 485 y ss.

82 (Ibíd.) GRECO. “Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión”, p. 489.

la colisión de deberes, donde “la cuantificación no se halla prohibida sin más”⁸³. Pero para ello es necesario que se trate de dos deberes de igual rango y, como parte de la base de que en una colisión entre un deber de actuar y uno de omitir prevalece este último⁸⁴, se ve en la necesidad de estructurar esta colisión como de dos deberes de salvamento, con lo cual “no resulta inadmisibles cuantificar y prescribir a la máquina la realización de aquella alternativa de conducta que salve el mayor número de vidas”⁸⁵.

A la mencionada estructura de colisión de deberes de salvamento se llega afirmando que la lejanía con el hecho, en la que se encuentra el programador, no permite distinguir si se trata de deberes de acción o de omisión. Por ello, en tanto y en cuanto

la programación no supone una intromisión en una esfera ajena, se trata de una situación que materialmente se corresponde con un intento truncado de cumplir la norma de mandato, lo que a su vez constituye un grupo de casos cuya pertenencia a la llamada omisión por comisión es generalmente reconocida.⁸⁶

Como puede observarse, ya sea por vía de un estado de necesidad *defensivo*, o bien por entender que se da una colisión de deberes, ambas posiciones ofrecen argumentos sustancialistas y se muestran críticas con aquellas otras de corte consecuencialista. No obstante, considero que no logran adecuar el supuesto de hecho de manera correcta. En cuanto al estado de necesidad defensivo, porque el caso del derribo no contiene los elementos que posibilitarían su concurrencia, y solo de manera forzosa podría llevarse a su ámbito de aplicación. Puntualmente, la diferencia entre el estado de necesidad *defensivo*⁸⁷ y el *agresivo* estará dada según la acción defensiva recaiga sobre la esfera de intereses de un tercero que es competente por el conflicto, o bien sobre los bienes de un tercero que es por completo ajeno al conflicto⁸⁸.

Lo central en este aspecto es poder determinar si los pasajeros que se encuentran en el avión, y de quienes no cabe ninguna sospecha sobre su ajenidad al hecho de los atacantes, pueden ser considerados como una parte integrante de la fuente de

83 GRECO. “Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión”, p. 490.

84 GRECO. “Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión”, p. 492.

85 GRECO. “Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión”, p. 493.

86 GRECO. “Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión”, p. 492.

87 Se atribuye a Lampe haber “descubierto” este instituto jurídico en 1968, cfr. PAWLIK, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”, p. 13, nota 1.

88 Cfr. COCA VILA. “Entre la responsabilidad y la solidaridad...”, p. 4.

peligro para poder predicar que respecto de ellos se actúa en estado de necesidad *defensivo*.

En este sentido, entiendo que ello no puede ocurrir sin *despersonalizar* a la víctima de la intervención, es decir, a los pasajeros. Ello es así porque pretender considerar a los pasajeros como una parte indisoluble de la fuente de peligro llevaría a considerarlos como objetos y no como personas o, en otros términos, como “enemigos” y no como “ciudadanos”⁸⁹. Por lo demás, cabría preguntarse si mantendrían la misma solución cuando, siendo una “parte indisoluble de la fuente de peligro”, pueda saberse *ex ante* que su vida no corre peligro. Una variación del ejemplo del guardagujas propuesta por Wilenmann pone de relieve la situación descrita⁹⁰:

Un tren va a causar un accidente. Si el tren se mantiene en marcha en su dirección original, 100 personas morirán en la estación de trenes, pero los pasajeros van a sobrevivir con toda probabilidad. Si el guardagujas actúa, los 50 pasajeros probablemente mueran. Aquí, al igual que en el caso de los aviones, el peligro se encuentra “conectado” a los pasajeros. ¿Debe, por ello, el guardagujas —y en general el Estado— alterar la trayectoria, haciéndose responsable por omisión en otro caso?

Quienes mantienen el criterio de la “parte indisoluble de la fuente de peligro” como argumento para justificar el derribo por estado de necesidad defensivo, deberían sostener que sí se debe alterar la trayectoria. Y, por cierto, también en caso de intercambiar el número de personas en uno y otro sitio, de tal manera que sean cien los pasajeros y cincuenta las personas en la estación de tren.

Por otro lado, resulta sumamente difícil poder hallar en estos casos alguna vinculación jurídica entre el pasaje y la fuente de peligro⁹¹, aunque más no sea la relación contractual vinculante por el trayecto correspondiente. Sin embargo, de ella no puede derivarse ninguna responsabilidad o —mejor— competencia por la situación del conflicto que habilite una reacción necesaria en su perjuicio⁹². Por lo tanto, solo queda aceptar una vinculación meramente fáctica entre los pasajeros y la fuente de peligro necesitada de neutralización. Si bien es cierto que vinculaciones de esa naturaleza, es decir, las meramente fácticas, pueden llegar a dar lugar a una acción defensiva en estado de necesidad, no es menos cierto que un mínimo de “imputación” en sentido amplio debería existir por parte de la víctima de la

89 En este sentido, CÓRDOBA. “Estado de necesidad y exclusión de la personalidad...”, p. 277.

90 WILENMANN. “Imponderabilidad de la vida humana...”, pp. 39 y ss.

91 Así también, WILENMANN. “Imponderabilidad de la vida humana...”, pp. 35 y ss.

92 Como aquí, negando la posibilidad de un estado de necesidad defensivo, HÖRNLE. “Matar para salvar muchas vidas...”, nota 57.

intervención⁹³. Ese mínimo de imputación debería estar dado por la asociación del peligro a algún aporte causal de la víctima de la intervención a este, y ello no puede vislumbrarse en el supuesto de hecho aquí analizado⁹⁴.

Respecto del tratamiento bajo la causal de colisión de deberes, la diferencia es más metodológica que de corrección sistemática sobre su operatividad, puesto que no alcanzo a observar una razón de suficiente peso que le otorgue a la mencionada eximente la entidad de una causa de justificación autónoma. En este sentido, e independientemente de las particularidades que presente cada posición doctrinaria sobre qué casos caen dentro de una colisión de deberes y cuáles no⁹⁵, *lo decisivo* a la hora de determinar la corrección o no de la conducta del sujeto sobre el que se ciernen ambos deberes en liza (reptitivo) es estar al principio rector del

93 COCA VILA. “Entre la responsabilidad y la solidaridad...”, p. 4, refiere a estos supuestos como de una “relación causal sujeto-peligro” en los que pueden incluirse a los riesgos creados en ausencia de acción, incrementos peligrosos aún permitidos, pérdidas de control de fuentes de peligro no imputables, peligros creados en error de tipo invencible, o la creación de peligros en la gestión de riesgos especiales, que son situaciones en las cuales, si bien la víctima de la intervención no es responsable del peligro, tampoco puede decirse que sea extraño a él; en un sentido parecido Pawlik considera una responsabilidad por la posición espacio-temporal del propio cuerpo después del ejercicio de autonomía, con el que fundamenta una justificación por estado de necesidad defensivo en el ejemplo de los alpinistas, cita en WILENMANN, “Imponderabilidad de la vida humana...”, pp. 33 y ss.

94 Hasta donde alcanzo, ello solo podría sostenerse apelando a un criterio de causalidad con base en la *conditio sine qua non*, en el sentido de que, si ninguno de los pasajeros hubiese comprado su ticket, ese avión no hubiese realizado el viaje. De todas maneras, además de adolecer de un fundamento suficiente para tal vinculación, ello puede no ser estrictamente así, puesto que los agresores también compraron su ticket y el avión podría haber salido igualmente.

95 Recuérdese aquí que no es en absoluto pacífica la doctrina a ese respecto, y la discusión sobre qué supuestos son de justificación por colisión de deberes es tan amplia como los casos que pueden darse. Respecto de su ubicación sistemática, véase CUERDA RIEZU. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 158 y ss.; GÜNTHER. “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal”, p. 58; ROXIN. “Derecho penal. Parte general”, §16, nm. 104 y ss.; HIRSCH. “La regulación del estado de necesidad”, p. 129; Con otras referencias, cfr. JESCHECK/WEIGEND. “Tratado de derecho penal. Parte general”, §33, V, 1.; RODRÍGUEZ MOURULLO. “La omisión de socorro en el Código penal”, p. 232; Jakobs, “Derecho penal. Parte general”, §15 nm. 6; STRATENWERTH. “Derecho penal. Parte General I”, §9, nm. 118; BACIGALUPO. “Derecho penal. Parte general”, p. 381. En cuanto a la estructura de los deberes en liza, si deben ser dos de acción o uno de acción y otro de omisión, véase BALDÓ LAVILLA. “Estado de necesidad y legítima defensa”, p. 220 y ss.; y ss.; ROXIN. “Derecho penal. Parte general”, §16, nm. 101; JAKOBS. “Derecho penal. Parte general”, §15, nm. 8; MARTÍNEZ CANTÓN. “La ponderación en el estado de necesidad”, pp. 50 y ss.; FRISTER. “Derecho penal. Parte general”, §22 nm. 57; COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 197 y ss., pp. 208 y ss., pp. 384 y ss.; JESCHECK/WEIGEND. “Tratado de derecho penal. Parte general”, §33, V, 1, b); CUERDA RIEZU. “La colisión de deberes en derecho penal”, p. 256; ARMIN KAUFMANN. “Dogmática de los delitos de omisión”, p. 167; MIR PUIG. “Derecho penal. Parte general”, §17, nm. 11. En cuanto al fundamento de los deberes que coliden, ya se trate de deberes de garante y/o deberes de solidaridad general, véase ROXIN. “Derecho penal. Parte general”, §16, nm. 108; JAKOBS, “Derecho penal. Parte General”, §15 nm. 7; ARMIN KAUFMANN. “Dogmática de los delitos de omisión”, pp. 151 y ss. En contra, FRISTER. “Derecho penal. Parte General”, §22 nm. 58.

interés preponderante. Por esa razón, resulta sumamente dudoso el considerar a la colisión de deberes como una auténtica causa de justificación, cuyo ámbito de aplicación no pueda ser ya abarcado con los criterios generales del estado de necesidad⁹⁶ cuando, como aquí, se sostiene que en casos de conflictos de bienes de igual jerarquía también se excluye la antijuridicidad. La única razón que explica su consideración autónoma es la de una legislación del estado de necesidad en Alemania, que requiere una preponderancia esencial del bien salvado respecto del sacrificado. Con una regulación correcta del instituto, como la española o la argentina, no hay ningún motivo para considerar a la colisión de deberes como algo distinto del estado de necesidad.

Asimismo, al tratarse de una eximente con escaso anclaje normativo⁹⁷, las condiciones de su procedencia resultan bastante oscuras y la disparidad de criterios interpretativos no aportaría la seguridad jurídica suficiente como para regular el supuesto en estudio.

Por lo demás, también cabe recordar que es doctrina dominante que para que la colisión de deberes opere como causa de justificación debe tratarse de dos deberes

96 En favor de considerarla como un caso de estado de necesidad, cfr. MIR PUIG. "Derecho penal. Parte general", §17, nm. 12, §18, nm. 16; BACIGALUPO. "Derecho Penal. Parte General", pp. 380 y ss., directamente llama a estos casos como de "Estado de necesidad por colisión de deberes"; GIMBERNAT, en el prólogo al libro de Cuerda Riezu "La colisión de deberes en derecho penal", p. 14, habla de la colisión de deberes como subcaso del estado de necesidad; CUERDA RIEZU. "La colisión de deberes en derecho penal", p. 256; Maurach/Zipf. "Derecho penal. Parte general", p. 427.

97 Así el Código Penal español incluye dentro del capítulo de las causas que eximen de la responsabilidad penal, por una parte la causa del estado de necesidad justificante en el art. 20 inc. 5, antiguo art. 8 inc. 7 y, por otro lado, el que obrare en cumplimiento de un deber en el inc. 7 del mismo artículo, antiguo inc. 11. La situación en Alemania no es distinta en lo que a la falta de legislación refiere, pero la jurisprudencia y la doctrina era pacífica en incluir a la colisión de deberes como manifestación del estado de necesidad justificante suprallegal, atendiendo a la teoría de la ponderación de bienes y deberes, cfr. ROXIN. "Derecho penal. Parte general", §16, nm. 100. Es Armin Kaufmann quien comienza a sostener que la colisión de deberes equivalentes de acción constituye una causa de justificación autónoma, que se regula por principios distintos de los que rigen el estado de necesidad justificante, pues en este se exige un interés preponderante del bien salvado, mientras que en aquella basta con un interés equivalente, cfr. CUERDA RIEZU. "La colisión de deberes en derecho penal", p. 247. Dice ARMIN KAUFMANN. "Dogmática de los delitos de omisión", p. 152, que "para estos conflictos de deberes hay que establecer...que el cumplimiento de un 'deber superior o equivalente' excluye la antijuridicidad" (resaltado en el original). Con la reforma de 1975 al Código Penal, la situación no mejoró en esta problemática particular, pues al redactar el actual estado de necesidad justificante en el parágrafo §34, se limita a la colisión de intereses y ha renunciado expresamente a regular la colisión de deberes, ya que en la fundamentación del proyecto se dijo que residían en él "obstáculos insuperables", cfr. ROXIN. "Derecho penal. Parte general", §16, nm. 100.

de acción⁹⁸, lo que no ocurre en el presente supuesto de hecho, en el que coliden uno de acción con uno de omisión.

1.1.4. Ausencia de culpabilidad/responsabilidad

Otra de las respuestas posibles a la solución de los casos que aquí se estudian proviene de considerar que, si bien no hay razones suficientes para considerar a la muerte de los pasajeros como una acción lícita, esto es justificada, sí puede excluirse su responsabilidad penal merced a un estado de necesidad exculpante suprallegal.

En esta línea se posiciona Frister, quien consciente de que la exculpación por estado de necesidad está reservada a personas “allegadas” a los bienes jurídicos en peligro, estima que

quien salva la vida de una gran cantidad de personas por medio de la muerte de otra ajena a los hechos o bien por una lesión de ésta que vaya más allá de los límites del sacrificio del §34, StGB, si bien, por eso, no estaría justificado, bajo ciertas circunstancias podría estar exculpado, según este punto de vista, por un así llamado *estado de necesidad exculpante suprallegal*.⁹⁹ (Cursivas del autor)

Para poder sostener eso, Frister remite a los casos de “comunidad de peligro”, en los que se reconoce la exculpación cuando el muerto se encontraba entre quienes estaban en peligro y *también habría muerto posteriormente*, en breve, aún sin la acción del autor. Pero el profesor de Düsseldorf va aún más allá y, al igual que Welzel lo hiciera con el famoso “caso del guardagujas”¹⁰⁰, afirma la concurrencia de un estado de necesidad exculpante para los casos en los que el salvamento sucede por medio de la muerte de una persona *que no estaba ella misma en peligro*.

98 Así la doctrina dominante, cfr. BALDÓ LAVILLA. “Estado de necesidad y legítima defensa”, p. 220 y ss.; ROXIN. “Derecho penal. Parte general”, §16, nm. 101, pretende circunscribir la colisión de deberes a aquellos casos en los que coliden dos deberes de acción, no aceptando la posibilidad de colisión entre uno de acción y otro de omisión; JAKOBS. “Derecho penal. Parte general”, §15, nm. 8, indica que “cuando concurren un deber de actuar (mandato) y un deber de omitir (prohibición), prevalecer el deber de omitir”, lo que se fundamenta en que “el titular del interés favorecido por el deber de actuar no puede exigir que se tolere la acción de intervención en su favor hasta que decaiga el deber de omitir (la prohibición) según los principios generales. Dicho de otro modo, sólo cuando la víctima de la intervención está obligada a soportar según los principios generales, se llega a concretar el mandato en deber”; MARTÍNEZ CANTÓN. “La ponderación en el estado de necesidad”, pp. 50 y ss., refiere que si la colisión es entre deberes de acción y de omisión, el ámbito en el que se debe resolver es el estado de necesidad. Algunos autores, al considerar como viable la colisión de deberes solo cuando de dos de acción se trata, directamente tratan el tema en el capítulo referido a la omisión. Tal es el caso de FRISTER. “Derecho penal. Parte general”, §22 nm. 57, quien lo considera en el acápite perteneciente a “la justificación en el delito de omisión”.

99 FRISTER. “Derecho penal. Parte general”, §20, nm. 26.

100 Como en nota 22.

Aunque para que ello proceda, parece reservarse ciertas condiciones que no explicita, y que el número de vidas salvadas sea mayor al que se sacrifica. En palabras de Frister “en casos extremos, en los cuales esté en juego —como en el citado caso del guardagujas— la vida de un gran número de personas, habrá que exculpar, dadas ciertas circunstancias, aun la muerte de una persona ajena a los hechos”¹⁰¹.

Dentro de quienes abordan la temática desde la categoría de la culpabilidad, también se encuentra Roxin¹⁰². Aunque estrictamente él no considere a estos casos como supuestos de ausencia de culpabilidad, sino de responsabilidad penal, atento a su particular construcción de esta supracategoría, que comprendería tanto a la culpabilidad como las necesidades preventivas de pena¹⁰³.

En su análisis se opone fervientemente a la consideración de una situación de justificación, tanto por razones fácticas como jurídicas. En cuanto a las primeras¹⁰⁴, Roxin indica que nunca será posible reconocer o pronosticar de manera confiable que el derribo es realmente el único medio para evitar los ataques, y que además se asegure la supervivencia de las personas que estén donde el avión caiga¹⁰⁵. Por otro lado, afirma que la solución del derribo no es un medio idóneo en la lucha contra el terrorismo, y que el Estado debe poner su foco de atención en evitar los secuestros de aeronaves desde el comienzo.

En contra de las demás consideraciones, Roxin entiende que se podría llegar a fundamentar la posibilidad de excluir de forma supralegal la responsabilidad jurídico-penal en estos casos, atendiendo a las necesidades preventivas de pena. Para dejar en claro que no es un problema de culpabilidad, sino de ausencia de necesidad de pena, indica que

cuando el piloto de un caza interceptor ha intentado desviar el avión de los terroristas sin éxito, cuando ve de muy cerca que no hay esperanzas en la situación y su conciencia lo presiona para que salve a las personas que se encuentren en tierra mediante el derribo de la aeronave, ciertamente *cargará con la culpabilidad del homicidio antijurídico de los pasajeros*. Pero puede renunciarse a la pena.¹⁰⁶ (Cursivas del autor)

101 FRISTER. “Derecho penal. Parte general”, §20, nm. 28.

102 ROXIN. “El derribo de aeronaves secuestradas para salvar vidas humanas”, pp. 637 y ss.

103 ROXIN. “Derecho penal. Parte general”, §19.

104 ROXIN. “El derribo de aeronaves...”, pp. 667 y ss.

105 Replica correctamente a este argumento HIRSCH. “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, p. 1022.

106 ROXIN. “El derribo de aeronaves...”, pp. 672 y ss.

Con anterioridad ya había manifestado la imposibilidad de hacer una ponderación de vida frente a vida¹⁰⁷, en tanto Roxin considera que “[a]nte el Derecho toda vida humana... tiene el mismo rango; y no existe un diferente ‘valor de vida’”¹⁰⁸, por lo tanto, “matar a una persona, aunque esté perdida de todos modos, sigue siendo un acortamiento arbitrario de su vida”¹⁰⁹. Sin embargo, y pese a la rotunda afirmación que le da título al párrafo¹¹⁰, luego admite que en algunos casos sí puede existir una ponderación de la vida humana en el marco del estado de necesidad justificante¹¹¹.

Como vemos, estas distintas posiciones pretenden resolver estos hechos en la categoría de la culpabilidad, ya sea por vía del estado de necesidad exculpante, ya sea por vía de teorías de la pena. Sin embargo, frente a esa concesión que se le hace al autor del derribo, se le niega el carácter de lícito al hecho. En otras palabras, quienes parten de la base de no reconocer una causa de justificación para la actuación de quien impide, derribando el avión, que el agresor logre su cometido, esto es impactar el avión contra el objetivo determinado, cuya consecuencia es la muerte de terceros que se encuentran en tal objetivo, afirman la existencia de un hecho antijurídico.

Esto debe dejarse en claro, no obstante, resulta obvio, pues implica hacerse cargo de las consecuencias sistemáticas que ello implica. En primer lugar, la actuación antijurídica por parte del autor del derribo daría lugar a que se pueda repeler en legítima defensa¹¹² de terceros, por parte de, por ejemplo, un sujeto que sin ser parte del ataque, se encuentre en tierra observando cómo el avión se estrellará. Por lo tanto, si este sujeto —insisto: ajeno al hecho relativo al ataque— derribase el avión de la Fuerza Aérea que pretende —a su vez— derribar el avión secuestrado, actúa justificadamente respecto de los pasajeros y tripulación, en cuanto opone una legítima defensa a favor de ellos y, en consecuencia, su actuación es conforme a derecho. Y ello es así, pues es pacífica doctrina¹¹³ que las causas de justificación no reclaman para su configuración, de ningún elemento especial de motivación de conformidad con el derecho, por lo que es irrelevante que quien así

107 ROXIN. “Derecho penal. Parte general”, §16, nm. 29.

108 ROXIN. “Derecho penal. Parte general”, §16, nm. 29.

109 ROXIN. “Derecho penal. Parte general”, §16, nm. 34.

110 El mismo reza: “No cabe la ponderación de vida frente a vida”, cfr. “Derecho penal. Parte general”, §16, III, d).

111 ROXIN. “Derecho penal. Parte general”, §16, nm. 37.

112 MARTÍNEZ CANTÓN. “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, p. 432.

113 Cfr. ROXIN. “Derecho penal. Parte general”, §14, nm. 94 y ss., §15, nm. 109 y ss. En contra, HIRSCH. “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, pp. 1030 y ss., requiere “la voluntad de evitación del peligro (voluntad de salvación) en el estado de necesidad, la voluntad de defensa en la legítima defensa, etc.”.

actúa lo haga por los móviles que fueran. En pocas palabras, aunque su propósito sea que el agresor logre su cometido, el hecho de actuar bajo los presupuestos de una causa de justificación, y que él mismo conozca que se dan esos presupuestos, son suficientes para tener por configurado su actuar justificado.

Esta situación deja en evidencia lo absurdo de las consecuencias a las que lleva negar una causa de justificación en el supuesto de análisis. Pues resultaría inadmisiblemente jurídicamente, así sea contraintuitivo, que eso pudiera ocurrir de forma lícita. A ello cabría adicionar la circunstancia de que dicha actuación ya no podría ser neutralizada, puesto que hay suficiente acuerdo en la doctrina en que no puede haber una legítima defensa contra una legítima defensa.

Ahora bien, más allá de los problemas sistemáticos referidos, existe detrás de esta postura —que afirma la presencia de un injusto penal— otra objeción de orden material, que tiene que ver con la imposibilidad de mencionar cuál es el comportamiento correcto¹¹⁴. De hecho, en los autores que así se expresan, esa alternativa no es siquiera mencionada. No obstante, se puede afirmar lo siguiente: quienes niegan la justificación en estos casos, deberían asumir que la omisión deliberada de actuar, por parte de las autoridades del Estado, es un comportamiento lícito¹¹⁵. Ello por la sencilla razón de que, si no existe ninguna alternativa posible para calificar un comportamiento como correcto, el que lleve a cabo no puede ser considerado antijurídico. En otras palabras, para poder predicar de una conducta su contrariedad a derecho tiene que haber existido, al menos, una alternativa de actuación que fuera correcta¹¹⁶.

Pero si esto es así, la conclusión indicaría que, ante la imposibilidad de salvar a todos los bienes en conflicto, el sujeto *debería* optar por no salvar a ninguno, dejando perecer ambos¹¹⁷. Sin embargo, ello se opone a la solución que también

114 Acertadamente crítico con este proceder, MOLINA FERNÁNDEZ. “Caso de los intermediarios de secuestros”, pp. 500 y ss.

115 HIRSCH. “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, p. 1022, considera correctamente —pues entiende esos supuestos como de justificación— que habría complicidad omisiva. Ello es así puesto que, si se entiende que hay complicidad con los terroristas al permitir el ataque, ello no puede ser consecuencia de considerar antijurídico al derribo, sino precisamente todo lo contrario.

116 Así también, con otras referencias, COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, p. 154. Incluso el propio Roxin. “Derecho penal. Parte general”, §16, nm. 104, refiere que “para poder juzgar como antijurídica una conducta, al menos ha de haber existido la alternativa teórica de una conducta conforme a Derecho... donde no haya un camino correcto y por tanto no se pueda constatar un fallo en la conducta, sólo se podrá censurar al destino y no al ser humano sujeto al mismo”. BACIGALUPO. “Derecho penal. Parte general”, p. 381, refiere que “el orden jurídico no puede poner a una persona ante el dilema de obrar de una forma u otra bajo la amenaza de que, de todos modos, lo hará antijurídicamente”.

117 MOLINA FERNÁNDEZ. “Caso de los intermediarios de secuestros”, p. 501.

la doctrina dominante¹¹⁸ propone para los casos de colisión de deberes de acción equivalentes, esta es, que en los casos en que no pueden salvarse ambos, se debe salvar al menos uno de ellos. La patente contradicción¹¹⁹ no puede explicarse, sino como una expresión más del diferente tratamiento que se dispensa a la acción respecto de la omisión. Esto es, frente a un conflicto de deberes de acción, el no hacer nada es ilícito, mientras que en una colisión entre deberes de actuar y de omitir, el no hacer nada (incumpliendo ambos deberes) justifica.

Esta crítica se extiende, lógicamente, al instituto de la inexigibilidad dentro de la categoría de la culpabilidad/responsabilidad como momento propicio para resolver aquellas cuestiones relativas a las circunstancias personales del autor¹²⁰. Se sostiene que una conducta puede ser antijurídica y, sin embargo, eximir de responsabilidad al autor por no serle exigible al momento del hecho de que, dadas ciertas circunstancias, se comporte de acuerdo con la norma.

Llama la atención que la referencia a la categoría de la inexigibilidad como elemento excluyente de la culpabilidad, o responsabilidad, venga mencionada a propósito de entender que el derecho no puede pretender conductas heroicas de los ciudadanos, sino solo en la medida de sus posibilidades¹²¹, cuando en realidad tales pretensiones —correctas, por cierto— afectan directamente a la antijuridicidad de la conducta y no a la atribución personal. En otras palabras, la norma de conducta que expresa un deber, solo tiene sentido en la medida que su cumplimiento no requiera de conductas supererogatorias¹²². En caso contrario, no es ya un deber jurídico.

A mayor abundamiento, sería difícil poder establecer aquí un verdadero criterio de inexigibilidad para el autor, cuando la situación en la que se encuentra no reclama de él un comportamiento supererogatorio para el cumplimiento de la norma, puesto que no representa para sí o para alguien cercano un sacrificio en caso de no cumplir con el deber. En todo caso, la situación parece asimilarse más a una

118 Con otras referencias, COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 468 y ss.

119 Marcando, acertadamente, esta contradicción, COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 490 y ss. WILENMANN. “Imponderabilidad de la vida humana...”, p. 30. Respecto de la sentencia del BvR 375/05, cfr. DOMÉNECH PASCUAL, “¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo...”, pp. 413 y ss.

120 Acertadamente crítico con la ubicación en la culpabilidad, ROBLES PLANAS. “Sobre la exclusión del injusto penal”, pp. 195 y ss.

121 Ya sea su fundamento el de la doble reducción de la culpabilidad o el de la ausencia de finalidades preventivas de penas, sean estas generales o especiales, cfr. por todos ROXIN. “Derecho penal. Parte general”, §22, nm. 7 y ss.

122 Así, MOLINA FERNÁNDEZ. “Caso de los intermediarios en secuestros”, p. 498, se pregunta, con razón, “¿qué clase de ley es esa que impone deberes supererogatorios y mide al ciudadano por el rasero de los héroes?”.

objección de conciencia que a una causa de exculpación. Por otro lado, se trata de alguien que ostenta una cualidad específica, pues se trata de un funcionario público que impediría la aplicación de un estado de necesidad exculpante¹²³.

Todo ello no hace más que poner de manifiesto que la salida por vía de una exclusión de la culpabilidad, solo tiene como fundamento central lo contraintuitivo de lo que sostuvieran en el análisis de la antijuridicidad del hecho, puesto que, en definitiva, el autor realiza “algo bueno”, por lo que les resulta insostenible que pueda considerarse a este hecho como un delito. En todo caso, una pretensión de coherencia sistemática imposibilitaría tratar cuestiones en la culpabilidad que son ajenas a las circunstancias individuales del autor, y un análisis consecuencialista del hecho no tiene que ver con la pregunta sobre si el autor pudo o no motivarse en la norma, sino con una valoración objetiva del hecho en sí mismo. En otras palabras, no tiene que ver con la atribución de culpabilidad, sino con la afirmación de que ha ocurrido o no un ilícito¹²⁴.

1.1.5. Ausencia de punibilidad

Por último, también hay quienes sostienen que las consecuencias jurídicas para quien derriba del avión solo pueden encontrar su lugar sistemático en el ámbito de la punibilidad. Ello significa que, pese a reconocer la existencia de un delito, el Estado decide no aplicar una consecuencia penal por existir, en el caso particular, una situación extrema que hace innecesaria su sanción.

Dentro de esta posición se encuentra Córdoba¹²⁵, quien distingue según se trate de analizar la acción respecto del terrorista, respecto de los pilotos del avión y respecto de la tripulación y pasajeros. Dejando de lado la solución respecto del terrorista, ya que existe suficiente unanimidad en que el derribo estaría justificado por legítima defensa, sí resultan importantes las propuestas que ofrece respecto de los pilotos y el resto de las personas a bordo (tripulación y pasajeros).

123 Así también LLOBET ANGLÍ. “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, p. 36.

124 Acertadamente Schünemann ha afirmado 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 antijuridicidad, cita en HÖRNLE. “Matar para salvar muchas vidas...”, p. 25. Puppe, en referencia a las soluciones de la doctrina dominante respecto de problemas que ella estima son de causalidad, indica que “causa perplejidad lo absurdo de las consecuencias que pueden ser neutralizadas, si es que pueden serlo, en posteriores estadios de la estructura del delito solo aplicando criterios correctivos indeterminados como el de la adecuación social o artillería tan pesada como el estado de necesidad suprallegal”, “El resultado y su explicación causal en Derecho penal”, pp. 3 y ss.

125 CÓRDOBA, “Estado de necesidad y exclusión de la personalidad...”.

En cuanto a los pilotos¹²⁶, Córdoba sostiene que la acción también estaría justificada, con base en un estado de necesidad defensivo, si es que consideramos que se hallan frente a un “riesgo especial” en el que tienen el deber de evitar los daños que se deriven de su utilización. En este sentido, el autor sacrificaría un bien —la vida— de la persona —el piloto—, de cuyo ámbito de organización procede el peligro, lo que habilitaría la justificación por estado de necesidad defensivo, en tanto que el daño producido no es *desproporcionadamente* mayor que el evitado, ya que se trata de bienes iguales.

Pero, continúa Córdoba¹²⁷, respecto de los pasajeros y la tripulación a bordo, quienes no se hallan en la especial posición que se mencionara anteriormente, sino que son ajenos tanto a la agresión como al deber de gestionar el riesgo especial, la solución no puede hallarse en el ámbito del estado de necesidad justificante. Asimismo, entiende que tampoco se beneficiaría al autor con una exclusión de la culpabilidad por estado de necesidad *exculpante*, en cuanto no concurre en él el requisito de *cercanía* que debe tener con el bien jurídico puesto en peligro.

En consecuencia, solo podría concederse una exclusión de la punibilidad, basado en un estado de necesidad *supralegal*, por cuanto las víctimas pueden ser tratadas desde la perspectiva de los casos llamados de “comunidad de peligro”, en los que a causa de la particular excepcionalidad de la situación en la que se hallan, y de la que el autor no es responsable, resulta insatisfactorio sancionar este tipo de conductas, ya que no resultarían justificadas desde los fines preventivos de la pena¹²⁸.

Su propuesta implica, según explica el propio Córdoba, *despersonalizar* a los pasajeros y miembros de la tripulación y, con ello, tratarlos, siguiendo a Jakobs, como “enemigos”, puesto que al formar parte de una “comunidad de peligro”, su supervivencia representa un peligro para la vida de un número mayor de personas,

126 CÓRDOBA, “Estado de necesidad y exclusión de la personalidad...”, p. 265.

127 CÓRDOBA, “Estado de necesidad y exclusión de la personalidad...”, pp. 266 y ss.

128 Resulta llamativo que Córdoba utilice los argumentos de Roxin, al cual cita en ese pasaje, para sustentar lo que viene diciendo, en tanto Roxin considera que cuando no existan necesidades preventivas de pena, como en el caso mencionado, no habrá responsabilidad penal, por lo que no se trata de una mera ausencia de punibilidad, sino ya de la ausencia de delito. Por lo que resulta dudoso si para Córdoba son casos de exclusión de la pena o ya de la responsabilidad. Sin embargo, podría pensarse que Córdoba no adhiere a la construcción que hace Roxin de la categoría de la *responsabilidad* y prefiere seguir distinguiendo entre necesidades preventivas de pena y culpabilidad, por lo que —aún con los mismos argumentos— cada autor lo resolvería en una categoría sistemática distinta. Si bien entiendo que esta es la razón, y no que existe una contradicción sistemática, debería haberse aclarado para evitar confusiones. Por lo demás, la postura de Roxin en contra de la consideración de una “comunidad de peligro” en estos casos, queda explicitada en “El derribo de aeronaves secuestradas para salvar vidas humanas”, p. 671.

lo que genera la necesidad de su neutralización¹²⁹. Y el autor se hace cargo de ello, concluyendo de manera contundente que

también la solución del estado de necesidad *supralegal* implica la despersonalización de los pasajeros y del resto de la tripulación (azafatas y comisarios de abordaje), que son excluidos de su derecho a la vida por el peligro que representa su subsistencia para un mayor número de personas. Es decir, que, cualquiera sea la solución que se intente, se trata siempre de un caso de 'derecho del enemigo'.¹³⁰

Parece poco razonable, a la luz de los argumentos que sus propios defensores esgrimen, que la situación fáctica que estamos analizando no pueda ser resuelta, no ya a nivel de injusto, sino ni siquiera a nivel de culpabilidad, dejando solo a buen resguardo una consecuencia de impunidad por meras razones preventivas de pena que nada tengan que ver con la lesividad del hecho, ni con la ausencia de motivación en la norma por parte del autor al encontrarse en una situación fáctica excepcional que tornarían inexigible su cumplimiento.

Son bien conocidos, por extraordinarios, los supuestos que impiden la aplicación de una pena por motivos que son ajenos al ilícito culpable y que tienen que ver con criterios de política criminal a los fines de garantizar el libre desempeño de determinados sujetos que el propio Estado no quiere que se vean perseguidos en el ejercicio de sus funciones (v. gr., inmunidad de arresto e indemnidades parlamentarias). Pero allí no es la situación fáctica lo que justifica tales concesiones, sino la salvaguarda del libre ejercicio de una función pública cuya independencia no pueda verse en peligro merced a persecuciones políticas, so pretexto de tratarse de acciones delictivas.

Nada de ello puede observarse en la presente situación, por lo que diferir el tratamiento material de la solución correcta a un momento impertinente para su abordaje, a los únicos fines de que el autor no reciba una pena, es improponible. La única manera posible que veo de poder conciliar los fines preventivos de pena con la teoría del delito, sería considerarlos como elementos necesarios para afirmar la culpabilidad en sentido amplio del autor. Sin embargo, esta variante es diferente a la aquí planteada y sus extremos ya fueron puestos de manifiesto.

2. UN ENFOQUE ALTERNATIVO

En este apartado se expondrá por qué se sostiene aquí que la situación debe ser analizada desde la causal de justificación del estado de necesidad agresivo (2.1.),

129 CÓRDOBA, "Estado de necesidad y exclusión de la personalidad...", p. 273.

130 CÓRDOBA, "Estado de necesidad y exclusión de la personalidad...", p. 277.

y cuáles son sus fundamentos (2.2.). Luego de ello, se verá que muchas de las propuestas dogmáticas de solución al conflicto deberían ser rechazadas, pues parten de una premisa que considero errónea. Me refiero a la supuesta imponderabilidad de la vida humana (2.3.).

Finalmente se ofrecerá una propuesta de solución al caso concreto que nos llevará a indagar sobre qué se entiende por “vida humana” o, lo que es lo mismo, qué se entiende por “dar muerte” a una persona (2.4.1.), pero también sobre las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta al realizar el juicio de ponderación (2.4.2.). Asimismo, como se verá, no basta con establecer las condiciones por las cuales un sujeto debe actuar en defensa de otro, sino también por qué razón la víctima de la acción defensiva debe soportar esa injerencia en su ámbito de libertad (2.4.3.) Finalmente, se expondrán las razones por las cuales el planteamiento que se ofrece no es puramente consecuencialista (2.4.4.).

2.1. El estado de necesidad agresivo como solución en el marco de la justificación

El título que encabeza el párrafo tiene sentido frente a la inexistencia de una normativa específica que determine las formas de procedencia en un caso como el que aquí se trata. Los motivos de la inexistencia son irrelevantes, puesto que la situación es idéntica allí donde se declaró la inconstitucionalidad de una norma dictada, como en aquel lugar donde nunca se ha legislado al respecto.

Por ello es importante señalar que, de existir una regulación específica, cuya validez no sea cuestionada, no sería el estado de necesidad el ámbito en el cual deba analizarse la legitimidad de la intervención, sino el del obrar en cumplimiento de un deber. Así las cosas, existiendo una norma de esas características, operaría el efecto oclusivo que impide acudir al estado de necesidad y evitar de esa manera que se manipule el ámbito de aplicación de otra causa de justificación específica¹³¹.

Aclarado este punto, y dejando de lado la justificación de la muerte de los terroristas agresores, en virtud de una legítima defensa de terceros, en el caso del resto de los pasajeros a bordo la única circunstancia que se encuentra en condiciones de abarcar al supuesto de hecho en estudio es el estado de necesidad. Asimismo, y dentro de este, se trata de una defensa *agresiva*, en tanto las víctimas de la intervención —los pasajeros— son ajenas a la situación de peligro existente¹³². Y,

131 MOLINA FERNÁNDEZ. “El Estado de necesidad como ley general...”, pp. 51 y ss.; “Naturaleza del sistema de justificación en derecho penal”, pp. 97 y ss.; TOMAS-VALIENTE LANUZA. “El efecto oclusivo entre causas de justificación”, pp. 91 y ss.

132 Así también SILVA SÁNCHEZ, “La legítima defensa que ‘recae sobre tercero’”, entiende que se trata —respecto de estos terceros— de un estado de necesidad agresivo, p. 794, aunque manifiesta dudas sobre su carácter justificante en estos supuestos, pp. 796 y ss. En contra, HIRSCH,

además, se presenta en modo de *auxilio de terceros*, pues no es en beneficio del propio actuante, sino de otras personas que no pueden llevar a cabo la acción de salvamento por sí mismas. En este sentido, tenemos que existe una situación de peligro para el bien jurídico del necesitado, cuya evitación solo puede hacerse a costa de causar un mal grave en las víctimas de la intervención, a cuya competencia no es atribuible la situación de peligro, pero que resulta menos grave que el que se logra evitar.

Desde luego que con esto no se resuelve nada, sino que apenas se establece cuál sería *prima facie* el ámbito propicio para el tratamiento de la cuestión. Que la situación pueda presentarse, fácticamente, como una colisión de deberes —de actuar y de omitir—, no aporta ni quita nada al tratamiento que aquí se ofrece, puesto que se parte de la base de que la colisión de deberes es una más de las manifestaciones en que puede presentarse el estado de necesidad¹³³.

Dicho esto, cabe preguntarse si es posible justificar el homicidio doloso al amparo de un estado de necesidad agresivo o, como aduce la doctrina absolutamente dominante, ello sería siempre antijurídico, y solo se podrían admitir en casos de legítima defensa o en algunos supuestos de estado de necesidad defensivo. Para responder a esta pregunta es necesario establecer cuál es el fundamento del estado de necesidad y, en todo caso, indicar si este varía según la modalidad en la que se presente.

2.2. Fundamentos

La pregunta por los fundamentos de un instituto se relaciona con los motivos o razones que justifican una decisión en un sentido determinado. Tratándose de una eximente, la respuesta tiene que explicar el porqué de la corrección de una conducta que entraña una lesión o menoscabo de un bien jurídicamente protegido. Esto es, determinar la razón por la cual, en una situación de conflicto en la que se encuentran dos intereses en pugna, el derecho define la corrección de la prevalencia de uno sobre el otro.

El fundamento del estado de necesidad, en cualquiera de sus variantes, es el del interés preponderante¹³⁴. Que la noción del interés preponderante deba ir necesari-

“El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, p. 1012, considera a este supuesto como de estado de necesidad defensivo, en tanto “se trata de la defensa frente a una amenaza que parte de una fuente de peligro en la que están espacialmente englobados de modo inseparable”.

133 En un sentido inverso al aquí defendido, cfr. COCA VILA. “La colisión de deberes en Derecho penal”, p. 513.

134 Para una crítica exhaustiva a la teoría del interés preponderantes, cfr. COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 83 y ss., pp. 222 y ss., 509 y ss.; cfr. WILENMANN, “La justificación...”, §§ 905 y ss.; “Imponderabilidad de la vida humana...”, pp. 31 y ss.

riamente adherida a alguna variante del utilitarismo, o deba basarse en un sistema jurídico de corte consecuencialista y colectivista, no es, en absoluto, obvio¹³⁵. En primer lugar, habría que determinar qué se entiende por cada uno de esos conceptos, pues no está claro que siempre se hable de lo mismo¹³⁶.

Si se entiende en el sentido de que la justificación de una conducta dependerá de los resultados del juicio de ponderación, es decir, de las *consecuencias* a las que se arrije, pudiendo indicar cuál de los dos prepondera sobre el otro, no habría nada que objetar. Por el contrario, si lo que quiere decirse es que el consecuencialismo implica sostener un criterio *puramente* cuantitativo del conflicto para determinar la solución adecuada, la teoría del interés preponderante no podría equipararse *ipso facto* a aquella.

En definitiva, para evitar un fraude de etiquetas habrá que establecer a qué se considera una postura consecuencialista para luego poder decir si determinada propuesta responde a aquella visión y, lo más importante, se puedan ofrecer razones que la desacrediten como argumento válido de solución. Si bien existen distintas variantes dentro de aquellas, y no se desconoce el intenso debate sobre su alcance, y de su diferenciación con otras de índole utilitaristas, aquí se hará referencia como “consecuencialistas” a aquellas posiciones que ofrecen una solución a los supuestos de comunidad de peligro basada en argumentos centrados en la cuantificación de vidas como criterio decisivo.

Tampoco es correcto que la idea del interés preponderante sea contraria al de un ordenamiento jurídico-liberal, porque —así se argumenta— atentaría contra el principio de autonomía personal¹³⁷. A mi entender, el error proviene de la vinculación irreflexiva que se hace de esta teoría al utilitarismo. La noción del interés preponderante como criterio rector para la solución de conflictos, no implica que el sujeto individual deba sacrificarse en favor de la comunidad sin más¹³⁸, sino que, dada una situación de conflicto en la que coliden dos o más intereses, esto es, dos o más sujetos individuales con sus respectivas autonomías personales¹³⁹, la solución correcta deberá ser aquella en la que, ante la imposibilidad de satisfacer

135 Así, sin embargo, COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 247.

136 Advierte esta confusión terminológica Ortiz de Urbina, “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, pp. 187 y ss.

137 COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 509 y s.

138 Es más, en situación de conflicto entre intereses colectivos frente a intereses individuales, en principio se debe estar a la prevalencia de estos últimos.

139 BALDÓ LAVILLA. “Estado de necesidad y legítima defensa”, p. 46, habla de “interferencia entre esferas de intereses autónomas”.

ambos, se salvaguarde el que prevalezca sobre el otro en un juicio de ponderación lo más amplio posible¹⁴⁰.

Así, en dicho juicio, y sin establecer *prima facie* un rango de preferencia ni pretensión de taxatividad, se deberán tener en cuenta cuáles son los bienes jurídicos en liza (existen términos sinónimos: pugna, lucha, rivalidad, etc.), el tipo de deber del obligado, la competencia por la situación de necesidad, la posibilidad de maximizar la protección del bien jurídico, la probabilidad *ex ante* de salvación de cada uno de ellos y los posibles deberes de sacrificio de los involucrados.

Por lo demás, resulta paradójico que quienes argumentan en contra del interés preponderante indicando que iría en contra de un Estado que garantice libertades individuales, vertebren sus fundamentos en la idea de solidaridad¹⁴¹, que es en esencia una institución que diluye al individuo en favor de un colectivo¹⁴². Sin perjuicio de compartir, en líneas generales, la idea de que existen deberes negativos y positivos sobre los que se estructuran las distribuciones de competencias y, consecuentemente, de responsabilidades, lo cierto es que plantea cierta perplejidad que quienes pretenden dejar a buen resguardo los principios de un ordenamiento jurídico-liberal, busquen en la idea de solidaridad el fundamento de un deber de tolerar agresiones. Aquí no se controvierte que la responsabilidad por organización y los criterios de solidaridad intersubjetiva sean indispensables para las bases fundamentadoras del estado de necesidad, sino que se trata de elementos a tener en cuenta —junto con otros— en el juicio de ponderación.

Por lo demás, las teorías que proponen un fundamento basado en la idea de solidaridad y deberes de tolerancia, derivados de la distribución de competencias por la situación de necesidad encuentran obstáculos en la justificación de conflictos de cuya generación no es competente ninguno de los titulares de los bienes jurídicos en liza, sino que es un tercero, y que deben ser resueltos en perjuicio de alguno de ellos o de ambos¹⁴³. Esta situación es, precisamente, la que ocurre en el supuesto en estudio. Así, es claro que el principio de autonomía no puede fundamentar la

140 En este sentido, también MOLINA FERNÁNDEZ, “El estado de necesidad como ley general...”, p. 34.

141 BALDÓ LAVILLA. “Estado de necesidad y legítima defensa”, pp. 163 y ss.; COCA VILA. “Entre la responsabilidad y la solidaridad...”, pp. 28 y ss.

142 Reconoce la estricta vinculación que existe entre solidaridad y utilitarismo, WILENMANN, “La justificación...”, §§ 83 (nota 118). Baldó Lavilla. “Estado de necesidad y legítima defensa”, p. 44, habla de la solidaridad intersubjetiva como una idea rectora derivada del Estado social. Una excepción a ello, lo constituyen las teorías contractualistas de la solidaridad, en tanto entienden que dicha institución tiene sentido en virtud de la decisión racional que toma el individuo, frente a la posibilidad de que en un futuro sea él mismo el que se vea favorecido por ello. En este sentido, FRISCH. “Derecho penal y solidaridad”, pp. 14 y ss.

143 Extrañamente ignora este supuesto, tratando los restantes, PAWLIK, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”, pp. 27 y ss.

injerencia porque aquel no se encuentra limitado por ninguna responsabilidad de la víctima de la intervención en la situación del conflicto, como tampoco puede serlo el principio de solidaridad en tanto implicaría una exigencia supererogatoria para el sujeto y tampoco puede resolverse en virtud del *casum sentit dominus*¹⁴⁴, a menos que se esté dispuesto a aceptar la pérdida de todas las vidas en conflicto.

2.3. El dogma de la imponderabilidad

Según hemos visto en las distintas aportaciones doctrinarias referenciadas, en muchas de ellas se parte de una premisa axiológica que establece que la vida es un bien jurídico que no está sujeto a ponderación alguna, pues, así se afirma, ello atentaría contra la dignidad de la persona humana¹⁴⁵. Esto impediría, siguiendo ese argumento, la consideración de una justificación por estado de necesidad, y solo podría sostenerse —cuanto más— una causa de exculpación.

El dogma de la imponderabilidad es cuestionado por Molina Fernández, quien considera que “no hay ninguna razón para excluir a la dignidad de la persona de la ponderación, por más que se trate de un bien especialmente importante”, no obstante, sostiene que no existe ningún otro bien que, en la ponderación, esté por encima de ese, “por muchos intereses que entren en conflicto con ella”¹⁴⁶. Ahora bien, esa “superioridad” solo se da cuando se trata de la dignidad en su “núcleo básico”, como es el caso de la tortura, pero eso “no significa que no pueda ceder en otras manifestaciones menos relevantes del mismo derecho”¹⁴⁷. En definitiva, entiende que

la teoría del interés preponderante, como expresión última de toda causa de justificación, se limita a decir algo tan neutro y a la vez tan obvio como que los conflictos de intereses en el seno de un sistema jurídico deben resolverse a favor de los intereses preponderantes conforme a las valoraciones de dicho sistema jurídico, pero *no pone límites a lo que pueda ponderarse*. Tanto si se trata de bienes patrimoniales, como de la propia dignidad y autonomía

144 Al menos no, desde una atribución físico-natural. Sobre las implicancias de este principio en la atribución del deber de soportar la desgracia, COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 387 y ss.

145 En este sentido, la sentencia del BVerfG, 1 BvR 357/05; SÁNCHEZ DAFAUCE. “El abatimiento de un avión secuestrado”; CEREZO MIR. “Derecho penal. Parte general”, pp. 588 y ss.; ROXIN. “El derribo de aeronaves...”; refiriéndose a la imponderabilidad de la dignidad humana; “Derecho penal. Parte general”, §16, nm. 29, nn.mm. 83 y ss.; SILVA SÁNCHEZ. “Kant, el derecho y el ‘caso de las siamesas’”; GÓMEZ BENÍTEZ. “Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes...”, p. 971.

146 MOLINA FERNÁNDEZ. “El estado de necesidad como ley general...”, p. 31, tomando como fundamento el art. 15 de la Constitución española, donde taxativamente se expresa que las torturas o tratos inhumanos o degradantes “en ningún caso podrán cometerse”.

147 MOLINA FERNÁNDEZ. “El estado de necesidad como ley general...”, p. 32.

de la persona, o incluso del derecho como orden que debe ser mantenido frente a agresiones ilícitas, todo ello debe ser tomado en consideración.¹⁴⁸

Con ello queda claro que la discusión se traslada a poder determinar cuándo la dignidad adquiere una manifestación lo suficientemente relevante como para ubicarla dentro del “núcleo básico” y cuándo no.

Parte de esa imprecisión, a mi modo de ver, es lo que explica la crítica realizada por Wilenmann¹⁴⁹ a la teoría del interés preponderante, a la que le atribuye pretender “esconder la cuestión”, acrecentando “el peligro sistemático que encierra en sí la categoría del estado de necesidad”, en tanto que dicha teoría asume “bajo indicación de una ‘ponderación y mirada total’” que está “construida con criterios blandos de pura conveniencia”, concluyendo que “la teoría del interés preponderante no puede ella misma entregar argumentos a favor de la justificación del homicidio en comunidades de peligro con distribución unilateral de posibilidades de salvación; solo puede contribuir a señalar que se trata de un caso difícil”.

Ahora bien, pretender establecer precisiones *a priori* cuando de ponderar derechos se trata no solo es impracticable sino, incluso, indeseable. Es necesario efectuar el análisis completo de las circunstancias que rodean el caso en cuestión y, con base en estas, deberá realizarse el juicio de ponderación, de modo que solo podrían hacerse tales precisiones en concreto.

Por otro lado, si observamos en detalle el argumento de que hay bienes que no pueden ser ponderados porque se afectaría la dignidad de la persona, resulta que este entraña una petición de principio que termina justificando —sin fundamento alguno— la elección de un derecho sobre otro. Esto es, *ponderando* uno sobre otro¹⁵⁰. Según entiendo, ello se debe, entre otras, a la idea bastante extendida en la doctrina de que una acción es más grave que una omisión, puesto que lo que se está diciendo es que es preferible infringir el mandato a infringir la prohibición.

Además, si se parte de la base de que, en el juicio de ponderación, la dignidad humana se encuentra *siempre* por encima de cualquier otro interés posible y, por lo tanto, sería antijurídica toda vulneración de aquel principio, independientemente de cuál sea el bien/interés salvaguardado, las consecuencias que de ello se derivarían tendrían que ser igualmente aceptadas por quienes así se pronuncian.

148 MOLINA FERNÁNDEZ. “El estado de necesidad como ley general...”, p. 34 (resaltado en el original).

149 Cfr. WILENMANN. “La justificación...”, §§ 905/906.

150 Así también ROBLES PLANAS, refiriéndose al argumento del atentado a la dignidad humana, indica que “[l]a absolutización de la dignidad de una parte relativiza necesariamente la de la otra, por lo que la solución no puede hallarse en el nivel de la dignidad”, en “En los límites de la justificación...”, p. 472; COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, p. 492.

Entre ellas estaría el entender que la vida¹⁵¹ se encuentra en un nivel inferior de ponderación respecto de la dignidad¹⁵². Así, por ejemplo, debería considerarse justificada por estado de necesidad la conducta de quien mata a un amigo que ese día sería torturado, evitando de esa manera —con su muerte— que no se afecte su dignidad humana.

2.4. Los argumentos en favor de la justificación

Una vez establecido el marco teórico sobre el que corresponde analizar la situación, se torna decisivo comenzar a profundizar sobre distintos aspectos que se deben tener en cuenta al momento de realizar el juicio de ponderación. En ese sentido, el caso en estudio presenta una variedad de componentes que resultan determinantes en su propia configuración para ofrecer al intérprete la mayor cantidad de herramientas posibles que le permitan tomar una decisión lo más acabada posible, a fin de decidir sobre cuál es la conducta correcta.

2.4.1. Acerca del bien jurídico y su protección

Independientemente de la teoría que se siga sobre la función del derecho penal, ya sea como protección de bienes jurídicos, o bien la de mantener la vigencia de la norma¹⁵³, aquí se hablará de *bien jurídico* en sentido amplio, por lo tanto, lo que aquí se diga puede también sostenerse aun negando a tal concepto el rol fundamentador que otros pretenden asignarles.

Así las cosas, sabemos que existen diferentes bienes jurídicos y la manera de afectarlos también diferirá según cuál sea del que se trate. Si bien algunos estarán sometidos a un criterio de análisis relativo a la intensidad de la lesión, otros lo estarán en relación con el tiempo de duración de la afectación¹⁵⁴. Así, por ejemplo, la propiedad puede afectarse en mayor o menor medida según el grado de intensidad, mientras que la libertad, por ejemplo, lo será en relación con su duración. Por supuesto que ambas dimensiones no son excluyentes, sino complementarias para el juicio de desvalor del ilícito, pero eso no significa que el peso de una dimensión no

151 Siempre que mediante la muerte no se instrumentalice a su titular con fines ajenos, lo que ya sería violatorio de la dignidad humana.

152 Explica, con razón, DOMÉNECH PASCUAL. “¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo...”, p. 408, que ello no siempre es así, y que “nos podemos llevar la sorpresa de que, en un caso concreto, el deber de no instrumentalizar a una persona colisiona con el deber de evitar que se instrumentalice a otra persona o con derechos fundamentales —v. gr., la vida— que también merecen consideración”. Llobet Anglís destaca la debilidad argumentativa de esa afirmación, “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, pp. 26 y 35.

153 Relativizando también esa discusión en este punto, SANCINETTI. “Cursos causales hipotéticos y teoría de la diferencia”, p. 665.

154 SIMILAR, SAMSON, “*Cursos causales hipotéticos...*”, pp. 98 y ss., 106.

sea determinante sobre la otra dependiendo del bien jurídico de que se trate. Así, por ejemplo, si una persona arroja un valioso jarrón por el balcón de un edificio, el hecho de que se estrelle contra el piso en el momento T_2 o se rompa en el aire en el momento T_1 , porque un segundo sujeto le disparó mientras caía, es irrelevante en cuanto a la lesión contra la propiedad en caso de que la irreparabilidad del daño sea la misma. En cambio, si tomamos el supuesto de la afectación de la libertad, allí el factor decisivo será el del tiempo.

En este sentido, el bien jurídico vida forma parte del grupo en el que *el tiempo* se convierte en un factor decisivo¹⁵⁵. En otras palabras, la vida, en cuanto bien jurídico, no debe ser entendida como una entidad abstracta, sino como el derecho de vivirla y, por lo tanto, la norma que prohíbe atacar contra ella pretende evitar que determinadas conductas se encaminen a acortar esa expectativa, esto es a acortar el tiempo de vida¹⁵⁶.

En ese sentido, la mayor o menor expectativa de vida es uno de los elementos a tener en cuenta en el juicio de ponderación, aunque no es el único, ni es el excluyente. Esto no implica, como muchas veces se confunde¹⁵⁷, desconocer el principio según el cual todas las vidas “valen” lo mismo, o que la dignidad humana es un atributo de la personalidad que posee todo ser humano con independencia de sus particularidades. Sin embargo, ello no significa que en una situación de conflicto el derecho no pueda establecer una preferencia objetiva, razonable y fundada, por uno de los dos bienes en pugna. Pero no solo con la vida, sino que ocurre también con bienes que sin dudas pueden cuantificarse, por ejemplo, la propiedad, y, sin embargo, el derecho le otorga esa preferencia al de menor valor. Así, por ejemplo, el caso que se propone en situaciones de estado de necesidad agresivo en el cual un sujeto que durante una lluvia, y para evitar que se arruine su costoso traje, le arrebató el paraguas a un tercero.

Esto no es ninguna novedad, pues en las situaciones de legítima defensa nadie argumenta que la acción defensiva está justificada porque su vida tenga más valor que la vida del agresor, o que este último ha perdido parte de su dignidad al infringir una norma y que, por lo tanto, ello sea lo que justifica su muerte. Por el contrario, los argumentos que avalan tal afectación, y que se han consolidado a

155 También MAÑALICH, “Norma, causalidad y acción...”, al entender al resultado típico como *un evento* y no como *un hecho*, pp. 35 y ss., incluye al *momento* de la ocurrencia del resultado como un factor a tener en cuenta a los fines de la imputación, pp. 58 y ss.

156 En este sentido, FRISTER. “Derecho penal. Parte general”, §9, nm. 18; Samson. “Cursos causales hipotéticos...”, pp. 96 y ss., 106 y ss.

157 Lo que se observa en autores como GÓMEZ BENÍTEZ. “Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes...”, p. 964; SILVA SÁNCHEZ. “Kant, el Derecho y el ‘caso de las siamesas’”, pp. 114 y ss.

lo largo de más de dos siglos de producción científica, se sustentan en criterios objetivos que permiten inclinar la balanza del conflicto a favor del agredido¹⁵⁸.

Que *el momento* de la lesión efectiva tenga incidencia en el análisis del caso no es algo extraño a la dogmática jurídico-penal. Así puede observarse también en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva cuando se tienen en cuenta diferentes criterios, como el de la disminución del riesgo¹⁵⁹, el del comportamiento alternativo conforme a derecho¹⁶⁰, entre otros, para definir o no la responsabilidad del sujeto.

Con todo, también debería quedar en claro que, si en el caso concreto la acción de derribo produce la muerte de los pasajeros en un momento *posterior* al que hubiera ocurrido en caso de que no se realizara, la conducta será atípica, pues allí se produjo un “mejoramiento”¹⁶¹ de la situación del bien jurídico en relación con *el mismo riesgo*¹⁶² que ya lo amenazaba.

También podría ocurrir que ese “mejoramiento” se produzca, no solo por el retraso del momento de la lesión, sino por la disminución del riesgo que *ex ante* favorece la situación del bien jurídico. Por ejemplo, si el derribo consistiera en romper una turbina del avión que haría que pierda el control desviándose del objetivo en el que se estrellaría en el momento T_1 con una seguridad del 100 % de muerte para todos los ocupantes, logrando que se desvíe hacia otro sector de tierra, o a un río, las probabilidades de sobrevivida podrían aumentar o, lo que es lo mismo, disminuir las probabilidades de muerte, en caso de que el piloto pueda planear la aeronave y

158 Ya sea la idea de “la protección individual y el prevalecimiento del derecho”, cfr. ROXIN. “Derecho penal. Parte general”, §15, nm. 1; o la de “principio del ocasionamiento por parte de la víctima de la intervención”, cfr. JAKOBS, “Derecho penal. Parte general”, §11, nm. 3; que “el agresor actúa en contradicción con una prohibición”, cfr. HIRSCH, “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, p. 1008; en “la infracción de un deber negativo del agresor”, cfr. PALERMO, “La legítima defensa”, pp. 239 y ss.; en “la necesidad de defensa del bien jurídico particular, y... la necesidad de defensa del orden jurídico”, cfr. LUZÓN PEÑA, “Aspectos esenciales...”, pp. 64 y ss.

159 ROXIN. “Derecho penal. Parte general”, §11, nm. 43; SANCINETTI. “Principio de disminución del riesgo...”, pp. 5 y ss.

160 FRISCH. “Comportamiento típico e imputación del resultado”, pp. 569 y ss.; “Tipo penal e imputación objetiva”, pp. 52 y ss., pp. 77 y ss.

161 Esto no es más que el reverso de considerar a la lesión al bien jurídico como un “empeoramiento” de la situación del mismo. En este sentido, SAMSON, “Cursos causales hipotéticos...”, pp. 98 y ss.; SIMILAR PUPPE. “El resultado y su explicación causal en derecho penal”, pp. 16 y ss., indica que el resultado debe ser entendido como “proceso de modificación de circunstancias, y, por cierto, como una modificación perjudicial para el bien jurídico”; MAÑALICH. “Norma, causalidad y acción...”, pp. 35 y ss., 52 y ss., 58 y ss.

162 Distinto podría ser el caso en que el “mejoramiento” se produzca a raíz de la sustitución de un riesgo por otro, así ROXIN. “Derecho penal. Parte general”, §11, nm. 44; JAKOBS. “Concurrencia de riesgos...”, pp. 274 y ss.; en contra de la relevancia de esta distinción Samson, “Cursos causales hipotéticos...”, pp. 110 y ss.

realizar un aterrizaje forzoso¹⁶³. Que ello se verifique o no *ex post* no implica que no pueda sostenerse que *ex ante* la situación del bien jurídico se vio mejorada, ya sea por un retraso en el momento del impacto del momento T_1 al momento T_2 , ya por el hecho de haber disminuido el riesgo de lesión, bajando las probabilidades de muerte, o bien por la conjunción de ambas.

Esto es consecuencia directa de entender a la protección de los bienes jurídicos de la manera que aquí se sostiene, no como conceptos abstractos, sino como objetos de tutela por medio de una norma que garantiza su disfrute en la medida de sus posibilidades. En otras palabras, la norma sigue teniendo sentido frente a bienes que todavía conservan una garantía de incolumidad.

2.4.2. Elementos para un juicio de ponderación idóneo

Según hemos visto, una de las críticas más repetidas a la idea del interés preponderante, es aquella según la cual no es capaz de establecer claramente cuáles son los criterios que terminarían por definir hacia dónde se inclina la balanza de la ponderación¹⁶⁴.

Teniendo en cuenta que la ponderación debe hacerse considerando todas las circunstancias que están involucradas en el hecho, el juicio versará sobre los bienes jurídicos en liza, el tipo de deber del obligado, la responsabilidad por la situación de necesidad, la posibilidad de maximizar la protección del bien jurídico, la probabilidad *ex ante* de salvación de cada uno de ellos, los posibles deberes de sacrificio de los involucrados y demás elementos que puedan llegar a tener relevancia.

Ahora bien, es fundamental poder establecer ciertas precisiones sobre cada uno de ellos. En primer lugar, porque la enunciación no dice nada sobre la forma de realizar la ponderación y, en segundo lugar, porque hay que evitar resultados equívocos.

Cuando se hace referencia a los bienes jurídicos, está claro que no puede establecerse *prima facie* un orden de preferencia que valga para todas las situaciones¹⁶⁵. Ello solo puede tener sentido, si lo indicamos como un criterio orientativo, en abstracto. No obstante, se trata de una presunción *iuris tantum*, que puede no

163 ROXIN. "Derecho penal. Parte general", §11, nm. 43. Claro que en el caso que nos ocupa, el piloto resulta ser uno de los agresores y podría no considerar atractiva la posibilidad de salir ileso de esa situación, sin embargo, ello tampoco puede descartarse, puesto que el hecho ya no se le presenta con las condiciones que lo motivaran *ab initio*.

164 Cfr. COCA VILA. "La colisión de deberes en derecho penal", pp. 226 y ss.; WILENMANN, "La justificación...", §§ 905/906.

165 Así también LERMAN, "Colisión de competencias en estado de necesidad exculpante", p. 15, aunque refiriéndose a las circunstancias que originan las distintas competencias que justifican el deber de tolerar acciones en estado de necesidad exculpante.

presentarse en el caso concreto. Por ejemplo, todos estaríamos de acuerdo con que la libertad tiene un valor superior a la propiedad, como así también la vida frente a la integridad física. Esto es claro, como se dijo, en abstracto. Pero puede ocurrir que, en la particularidad del caso, ello no sea así.

Ejemplo 1: durante una inundación en uno de los galpones de una fábrica textil, sin peligro para la vida de los empleados, el empresario decide aislar el galpón cerrando las puertas por dos horas con los trabajadores dentro de este, lo que le daría el tiempo suficiente para trasladar la producción de los restantes galpones a un lugar seguro, y con ello evitar pérdidas económicas considerables.

Ejemplo 2: un hombre encierra dentro de una caja fuerte hermética, cuya combinación de apertura solo él conoce, a su enemigo. La familia de la víctima logra dar con el paradero cuando aún se encuentra con vida en el interior de la caja fuerte, aunque ya empieza a manifestar dificultades respiratorias. Ante la negativa del autor de proporcionar la clave de apertura, los familiares comienzan a torturarlo¹⁶⁶ de tal manera que el sujeto termina proporcionando la combinación, y la víctima es rescatada con vida.

Seguramente, la doctrina dominante afirmaría un estado de necesidad justificante en el empresario que privó de la libertad a algunos de sus empleados por dos horas, para poder evitar grandes pérdidas económicas. Sin embargo, en el segundo ejemplo, pareciera que no se admitiría una justificación de las lesiones físicas para salvar la vida del secuestrado¹⁶⁷. En cualquier caso, ambos ejemplos pretenden poner en evidencia que los bienes jurídicos no son entidades abstractas cuya valoración esté predeterminada, sino que dicha valoración debe realizarse en el caso concreto de acuerdo con las circunstancias en que dicho bien se encuentra.

Por otra parte, uno de los argumentos que se esgrimen en contra de la consideración de un estado de necesidad es de naturaleza pragmática, y se relaciona con la imposibilidad de contar *ex ante* con una certeza sobre la realización del hecho lesivo, por lo que resultaría inadmisibles a los fines de la ponderación. El argumento parte de una premisa que es correcta y, sin embargo, llega a una conclusión falsa. Es cierto que nunca podrá contarse *ex ante* con la certeza de la producción del hecho lesivo. En efecto, siempre que se trabaje sobre la base de pronósticos se

166 Se utiliza el término *tortura* en un sentido coloquial y no típico, puesto que el delito de “vejeciones”, “apremios ilegales” o “tortura”, en muchas legislaciones se trata de un delito especial, que solo puede ser cometido por funcionarios públicos. En cualquier caso, el ejemplo bien podría modificarse para satisfacer ese requisito típico, sin que ello modifique el sentido que pretende ilustrar.

167 Si bien analiza supuestos de tortura por parte del Estado y no de particulares, véase Molina Fernández. “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema...”.

contará con esa incertidumbre. Ahora bien, que ello sea motivo de una imposible incorporación como elemento ponderativo, es incorrecto.

La noción de *riesgo o peligro* es probabilística y, por lo tanto, hipotética. Cuando una persona está apuntando con un arma a la cabeza de otra, afirmamos que existe la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado para con el bien jurídico vida, por lo que puede repelerse en legítima defensa, aun cuando pudiera ocurrir que el agresor se infarte en un momento anterior a efectuar el disparo. Sin embargo, nadie estaría dispuesto a no reconocer tal derecho de defensa, basándose en la imposibilidad de acreditar con certeza que el agresor efectivamente terminaría disparando. Se dirá, entonces, que las probabilidades de que ocurra lo uno —el homicidio— o lo otro —el infarto— son exageradamente desproporcionadas y, por lo tanto, se debe actuar conforme a si lo que vaya a suceder fuera lo primero. Pues bien, entonces todo se reduce a cuantificar probabilidades y establecer un límite en el que todavía es posible establecer razonablemente que las cosas sucederán en una dirección u otra¹⁶⁸.

Si las normas se dirigen a los ciudadanos expresando para uno —el sujeto determinado— una directiva de conducta y para otros —las potenciales víctimas— una expectativa de comportamiento conforme a ella¹⁶⁹, esto significa que el análisis sobre su infracción debe hacerse con una perspectiva *ex ante*¹⁷⁰. Pretender un camino diferente es inconcebible.

2.4.3. Legitimación desde la perspectiva de la víctima

¿Por qué razón la víctima de la intervención tiene que soportar que un tercero afecte sus bienes jurídicos, incluso aquellos que hacen a su propia existencia como ser humano y, en todo caso, bajo qué condiciones? En otras palabras, ¿existe un deber de la víctima de tolerar la acción defensiva por parte del necesitado o de un tercero en su auxilio?

Me permito comenzar este párrafo con una pregunta, aunque en dos formulaciones, porque la cuestión de la legitimación desde la perspectiva de la víctima en los casos de estado de necesidad agresivo es básicamente responder a los

168 Por cierto, como bien destaca LLOBET ANGLÍ, ese estado de certeza tampoco se reclama respecto de las posibilidades de salvación, “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, p. 32.

169 Sobre esta concepción bifronte de la norma, cfr. CANTARD, “Acerca de la función del disvalor de resultado...”, pp. 13 y ss. Así también, aunque tímidamente, COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, p. 149 (nota 98), indica que “[le] parece plausible afirmar que la norma imperativa, además de motivar al potencial autor, puede reafirmar las expectativas de conducta de quienes esperan un comportamiento adecuado a la norma”.

170 MIR PUIG. “La perspectiva ‘ex ante’ en el derecho penal”, pp. 1 y ss.; Silva Sánchez, “Aproximación al derecho penal contemporáneo...”, pp. 622 y ss.

interrogantes señalados. Quien no esté en condiciones de ofrecer una respuesta a esa pregunta, estará obviando una parte del problema.

La doctrina mayoritaria resuelve este problema de manera sencilla; si no se da una preponderancia esencial del bien salvado sobre el lesionado, solo habrá exculpación. Con ello, se encuentra una salida satisfactoria a la (no) justificación de un deber de tolerancia en la víctima de la intervención. En cuanto al estado de necesidad justificante, el fundamento del deber de tolerancia, se dice, se encuentra en un deber de solidaridad mínima, merced al cual la víctima de la intervención debe tolerar la lesión de su interés por que la pérdida es muy poca en comparación con la salvaguarda del correspondiente interés del necesitado. Mientras que si no se da esa preponderancia *esencial*, no existe tal deber de tolerancia y, como la acción defensiva constituye un ilícito, solo que no culpable, se puede repeler en legítima defensa o en estado de necesidad defensivo.

Claramente el problema adquiere mayor relevancia en los supuestos en los que, por un lado, no hay un interés que prepondere *esencialmente* sobre el otro y, por otro lado, se propicia su tratamiento dentro del nivel del ilícito y no de la culpabilidad.

Dentro de quienes consideran que aún los casos de equivalencia de intereses deben ser tratados como supuestos de exclusión del ilícito, el fundamento del deber de tolerancia presenta particularidades. Así, quienes proponen una categoría intermedia de exclusión del injusto penal, aunque el hecho siga siendo antijurídico para el ordenamiento jurídico en general, solo que no prohibido penalmente, indican que ello les permite dejar a resguardo el derecho de defenderse a la víctima de la intervención, esto es, que no tiene el deber de tolerar la injerencia¹⁷¹. Por otro lado, están quienes, aun considerando justificada la acción en estas situaciones, siguen concediendo el derecho a un estado de necesidad defensivo contra ella¹⁷².

Por lo visto, entonces, parece no haber un camino alternativo que considere al estado de necesidad, ante situaciones de conflicto equivalente o de preponderancia *no esencial* de los intereses en pugna, como una auténtica causa de justificación que, a su vez, genere en la víctima del conflicto el deber de tolerar la acción defensiva. Pues bien, aquí se tratará de demostrar que ese “parecer” es incorrecto.

Este mismo camino, aunque con una fundamentación diversa, ha emprendido Coca Vila¹⁷³, indicando que los conflictos de equivalencia de intereses, que él

171 Esta es la posición que mantiene ROBLES PLANAS. “Sobre la exclusión del injusto penal”; “En los límites de la justificación...”.

172 MARTÍNEZ CANTÓN. “La ponderación en el estado de necesidad”, p. 600.

173 En su excelente monografía “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 461 y ss.

ubica dentro de la colisión de deberes, son auténticas causas de justificación que implican deberes de tolerancia en la víctima de la intervención.

Coca Vila parte de la base de un planteamiento principialista individual¹⁷⁴, que impide todo tipo de consideración consecuencialista y colectivista¹⁷⁵, por lo que el fundamento del deber de tolerancia tiene que provenir exclusivamente de la perspectiva individual de quien sufre la intervención y no de criterios más generales que trasciendan al propio sujeto perjudicado¹⁷⁶. Por ello, entiende que tal fundamento es la existencia de un *deber alternativo* en el sujeto obligado, que le permita cumplir con su deber salvando *cualesquiera* de los dos intereses en liza —en esto reside la alternatividad—, con lo que la víctima no salvada no podría objetar esa decisión por haber dispuesto, previamente, de las mismas chances de salvación que su contendiente en el conflicto¹⁷⁷.

Ello resulta inobjetable en algunos supuestos de comunidades de peligro con posibilidades simétricas de solución, sin embargo, no puede aceptarse en los casos de asimetría o de unilateralidad. Por un lado, el argumento necesariamente se tergiversa, puesto que, como reconoce el propio autor¹⁷⁸, en este tipo de situaciones no existen *las mismas* chances de salvación y, por lo tanto, construir en estos supuestos un deber alternativo que fundamente, *de igual manera*, el deber de tolerancia es, por lo menos, forzado. Por otro lado, las consecuencias prácticas a las que ese proceder lo lleva son, directamente, inaceptables. Al tratar de sostener el deber de tolerancia en estos casos, indica que

la única solución legítima frente a los tres agentes involucrados es la imposición al obligado de una obligación alternativa. El obligado habrá de escoger si desea cumplir la razón de obligación que le impone una conducta salvadora o si, por el contrario, prefiere respetar la razón de obligación que le impide acelerar la destrucción de aquello que irremediamente acabará por perderse.¹⁷⁹

174 COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, p. 284 (nota 399), pp. 503 y ss.

175 Incluyendo dentro de esa perspectiva al principio del interés preponderante, cf. COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 235 y ss.

176 COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, p. 493, indicando que “la víctima final no debe tolerar su fatal destino por razones de solidaridad, nadie le debe a nadie solidaridad hasta tal punto”.

177 COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 471, 473, 474.

178 COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, p. 483, refiere que “[a] diferencia de lo que sucedía en los conflictos simétricos, en los que la renuncia bilateral a la protección de la prohibición garantizaba una opción de salvaguarda del propio interés, no hay razón ahora por la que el titular del interés que necesariamente perecerá habría de renunciar a la protección jurídica de dicho interés”.

179 COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 483 y ss.

Y que

las dos situaciones de comunidad de peligro... ameritan un tratamiento idéntico al que se dispensa a los conflictos de deberes clásicos, también cuando están en juego vidas humanas, pues la obligación alternativa constituye nuevamente aquí la mejor de las soluciones posibles frente a los sujetos involucrados en la situación de necesidad.¹⁸⁰

Con ello, considera justificada la conducta del obligado que escoge dejar perecer a todos los bienes en liza, lo que, además de resultar profundamente contraintuitivo¹⁸¹, contradice aquello que sostuviera previamente de manera tajante, esto es que “el Ordenamiento jurídico no puede en situaciones de conflicto obligar a todos los sujetos involucrados a tolerar su propia muerte, como mínimo, no donde existen opciones reales de salvación para una parte de los agentes involucrados”¹⁸².

Entonces, de qué manera se justifica que el afectado por la acción de un tercero en estado de necesidad agresivo deba soportar semejante intromisión en su esfera de autonomía. Considero que, en estos supuestos de estado de necesidad agresivo, la idea de solidaridad¹⁸³ es insuficiente para poder fundamentar un deber de tolerancia en la víctima de la intervención, puesto que a nadie se le puede exigir razonablemente que tenga semejante nivel de solidaridad como para aceptar su destino fatal. Ello implicaría diluir por completo la noción de individuo en pos de la generalidad, lo cual riñe en demasía con los postulados de un Estado liberal.

Entiendo que la justificación debe encontrarse en la vinculación originaria entre Estado y ciudadano, a través de la cual este renuncia a una porción de su libertad al someterse a las normas institucionales que regulan la vida en sociedad, pues sabe que de ello se obtiene también una ventaja para su propia configuración

180 COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, p. 491.

181 Paradigmático resultan los siguientes ejemplos que pone: “El padre obligado para con los dos hijos que cuelgan de una única cuerda, siendo ya imposible salvar a uno de los dos hijos, estará obligado por dos razones de obligación de competencia plena equivalentes, pudiendo escoger si desea salvar a un hijo o no intervenir, respetando de ese modo la prohibición”, cfr. p. 496; o cuando reconoce una solución por vía de inexigibilidad al “padre que por motivos de conciencia no se decide a salvar a sus *dos hijos* arrojando *un tercero* al mar, no habrá de ser castigado por la muerte de sus *tres hijos*”, cfr. p. 497 (cursivas del autor).

182 COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 493 y ss., asimismo véase pp. 467 y ss., particularmente en p. 468 indica que “[o]ptar por retirar el deber al obligado cuando las dos razones de obligación son equivalentes resulta inaceptable desde cualquier comprensión plausible de la razonabilidad práctica en la solución de conflictos”.

183 Sobre la insuficiencia del concepto de *solidaridad* para fundamentar deberes de tolerancia, FRISCH. “Derecho penal y solidaridad...”, pp. 6 y ss.

como individuo social¹⁸⁴. Se pueden encontrar ejemplos en distintos ámbitos de la vida en los que todos estamos de acuerdo, previamente, en que las condiciones de relación interpersonales estén organizadas de determinada manera, aunque en el caso concreto ello nos perjudique. Baste un ejemplo para poner de manifiesto esto: el orden de preferencia que se establece para los trasplantes de órganos¹⁸⁵.

Claro está que ello solo es posible, si nos abstraemos de la situación concreta en que cada uno se encontraría, que es lo que en términos de filosofía política se conoce como el “velo de ignorancia”¹⁸⁶. En otras palabras, frente a una regulación que diga

en caso de una posible colisión entre un transporte público de pasajeros, en la cual la muerte de sus ocupantes es completamente segura, contra un sitio en el que se encuentran otras personas que también morirán *sólo si* la colisión se produce, se estará a la evitación menos lesiva de la misma, aun cuando con ella se adelante la muerte de los ocupantes del transporte público.

¿Podría alguien —que no sabe en qué lugar estaría en el caso concreto— cuestionarla sensatamente¹⁸⁷? Creo que no.

De la misma manera que nadie cuestionaría bajo “el velo de ignorancia” que, en materia de trasplantes de órganos, la regulación indique que tendrá prioridad el paciente en espera que en mayor urgencia se encuentre, aun cuando en el caso concreto uno se vea perjudicado —incluso con riesgo de muerte— por no ser el “primero de la lista”.

Esto se vincula directamente con la idea del interés preponderante como fundamento del estado de necesidad¹⁸⁸, puesto que, como diría Molina Fernández, todo el derecho podría ser concebido —si lo redujésemos hipotéticamente a la mínima expresión— de la siguiente manera “[e]stá prohibido lesionar o poner en peligro gravemente bienes jurídicos fundamentales ajenos, salvo que en una situación

184 FRISCH. “Derecho penal y solidaridad...”, pp. 14 y ss., indica que se trata de los “sacrificios que se corresponden con la decisión autónoma de los miembros de una comunidad racional”.

185 Los criterios objetivos, que incluyen a los “bioéticos”, “médicos” y de “regionalidad”, en Argentina están publicados en la página web del INCUCAI (Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante), <https://www.incucai.gov.ar/index.php/pacientes/hacia-el-trasplante/distribucion-de-organos> (consulta: 23 de abril de 2019).

186 RAWLS. “*Teoría de la justicia*”, § 24. De otra opinión, ROBLES PLANAS. “En los límites de la justificación...”, pp. 455 y ss.

187 Rawls hace referencia a la necesidad de presuponer la “racionalidad” de las partes bajo el velo de la ignorancia, “*Teoría de la justicia*”, § 25.

188 De otra opinión, FRISCH. “Derecho penal y solidaridad...”, pp. 12 y ss.

inevitable de conflicto dicha lesión o peligro sea necesaria para impedir un mal mayor, valorando todo lo que está en juego”¹⁸⁹.

Esto significa, en otras palabras, que la idea del interés preponderante establece una fundamentación tan obvia como incontrovertible para cualquier sujeto racional que esté en posición de analizar la aceptación de una regla que establezca *ex ante* una solución al problema de una situación de necesidad, desconociendo en qué lugar se encontrará situado en el caso concreto.

2.4.4. *¿Consecuencialismo?*

Como se podrá observar, todo lo que aquí se sostiene vale con independencia del número de vidas en la situación de conflicto, tanto de los pasajeros como de quienes se encuentran en el objetivo, pues en la ponderación no se tiene en cuenta “el saldo” como el único elemento constitutivo, sino como un componente más en la medida que los otros elementos a considerar no puedan arrojar una diferencia a favor de uno de los intereses que coliden. Esto no se da en el caso en estudio, en el que sí puede establecerse una diferencia en la ponderación con independencia del número de vidas en conflicto, lo que significa que, aun cuando se encontrara solo una persona en el objetivo y 200 pasajeros en el avión, el derribo estará justificado.

Con ello se deja en claro que no es esta una postura que pueda denominarse consecuencialista, con el alcance que aquí se le ha dado a dicho término, pues no está orientada a una determinación de lo bueno o lo correcto de acuerdo con criterios cuantitativos. No siempre salvar un mayor número de personas será lo correcto, no siempre la maximización de utilidades será lo que determine la licitud de una conducta. Sin embargo, sí formará parte de los elementos a tener en cuenta en el juicio de ponderación.

Así, por ejemplo, el número de vidas en conflicto puede ser determinante en aquellos supuestos en los que el juicio de ponderación no pueda arrojar diferencias con base en otros criterios materiales¹⁹⁰. Ello podría suceder en determinados casos de comunidades de peligro con posibilidades simétricas de salvación, en las que el sujeto actuante no tenga ningún deber específico sobre ninguna de las víctimas, o lo tenga para con todas.

Ejemplo 1: el particular —no garante— que solo tiene tiempo para entrar a una de las habitaciones de una vivienda en llamas, y no a todas, deberá hacerlo en aquella que tenga el mayor número de personas adentro.

189 MOLINA FERNÁNDEZ. “Naturaleza del sistema de justificación”, p. 103.

190 En contra, COCA VILA. “La colisión de deberes en derecho penal”, pp. 503 y ss., manteniendo inalterada la libertad de elección del obligado por cualquiera de las dos alternativas posibles.

Ejemplo 2: el guardavidia —garante— que advierte que tres niños se están ahogando, dos de los cuales están juntos y el restante solo, y que solo cuenta con la posibilidad de ir hacia una de las dos direcciones —equidistantes—, pues el tiempo no le alcanza para nadar hasta ambos lados, debe dirigirse hacia donde pueda salvar a dos, en vez de a uno.

CONCLUSIONES

La dificultad del tema en estudio, puesta de manifiesto en la diversidad de criterios, tanto en las soluciones ofrecidas como en la fundamentación de estas, no ha encontrado en la doctrina mayoritaria una respuesta que pueda sostenerse de una manera sistemáticamente coherente y, a la vez, político-criminalmente satisfactoria. La incertidumbre que ello genera se ha trasladado, como es lógico, a los operadores jurídicos en general, y a los tribunales en particular. La propuesta que aquí se hace pretende resolver la cuestión, ofreciendo la seguridad jurídica que la situación reclama para quienes deban actuar en una situación semejante y, a su vez, respetando las garantías del Estado de derecho.

A modo de resumen, y según lo que aquí se ha defendido, si la acción del derribo produjese una mejora en la situación del bien jurídico, ya sea disminuyendo el riesgo *ex ante*, o bien retrasando el momento de la lesión, resultaría una conducta atípica. Por otra parte, si existiese una norma específica que habilite la intervención de las fuerzas de seguridad, derribando el avión, en una situación concreta como la analizada, la conducta estaría justificada por el obrar en cumplimiento de un deber.

En caso contrario, las situaciones de necesidad en comunidades de peligro con posibilidades unilaterales de solución, como el supuesto de hecho aquí en estudio, deben resolverse en el ámbito de la justificación por estado de necesidad agresivo, pues allí la ponderación se inclina, en principio, a favor del único bien que aún se reserva la expectativa de salvación.

Lo mismo podría valer, aunque no de manera tan clara, en situaciones de posibilidades asimétricas de solución del conflicto. Aquí también la ponderación se inclinaría a favor del bien que mayores expectativas de salvaguarda tiene.

En cambio, para los casos en que las posibilidades de solución son simétricas, allí los criterios materiales podrían no arrojar un resultado determinante sobre cuál es el bien que debe salvarse y, por ello, no existir en el caso un claro interés preponderante. Aquí sí, y solo aquí hasta donde puedo imaginar, la situación puede ser definida en términos consecuencialistas.

Finalmente, mientras el derecho no le pueda indicar al sujeto cuál es la actuación correcta, lo que sucedería en el caso que *todos* los elementos a ponderar sean

equivalentes, cualquier opción salvadora que se elija no podrá ser considerada antijurídica. En otras palabras, aun cuando el derecho no pueda definir cuál de las dos opciones es la correcta, sí puede establecer que lo sea cualquiera de las dos. Ello no obsta, sin embargo, a que cuando no se pueda indicar la opción correcta, se pueda todavía definir cuál sí es incorrecta y, por lo tanto, antijurídica. Esto último sucede cuando, en comunidades de peligro simétricas, el sujeto decide no intervenir, dejando perecer todos los bienes jurídicos involucrados. En una situación así, en la que las opciones son salvar a X (opción A), salvar a Y (opción B) o no intervenir (opción C) y, de esa manera, dejar que se pierdan las vidas de X y de Y, el derecho dice “como no puedo establecer la corrección de las conductas A o B, cualquiera de ambas que el sujeto decida no puede ser antijurídicas, pero sí es antijurídica realizar la opción C”.

Como se ha podido observar, las particularidades analizadas son demostrativas de la complejidad de la situación bajo análisis, la que no puede ser desacreditada con la mera referencia a que se trata de una situación límite y, por lo tanto, excepcional, de escasa ocurrencia práctica¹⁹¹. Por el contrario, el análisis de estos supuestos sirve para someter a crítica aquellas posturas teóricas que se presentan como “verdades” dogmáticas¹⁹², y con ello realizar un aporte —aunque pequeño— al progreso de la ciencia penal.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, ENRIQUE. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

BALDÓ LAVILLA, FRANCISCO. *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las ‘situaciones de necesidad’ de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, J.M. Bosch, 1994.

191 Correctamente Puppe indica que a pesar de que “la mayoría de los casos académicos son bien ajenos a la vida cotidiana y aun aquellos que no son tan improbables casi nunca se presentarán en los tribunales... no se debería desechar como mera señal de ajenidad al mundo y vanidosa amistad con los juegos dogmáticos de perlas de vidrio el que estas constelaciones de casos no dejen de atormentar a los teóricos del derecho penal”, “El resultado y su explicación causal en derecho penal”, p. 3.

192 En este sentido, Lerman sostiene que “la aplicación de teorías generales a casos límite en términos dogmáticos hace posible corroborar la capacidad persuasiva de estas teorías. Por ello la utilidad de un análisis de esta clase de casos no debe buscarse en la posible ocurrencia efectiva de tales casos (lo que por cierto, tampoco debe descartarse), sino en la posibilidad de corroborar con ellos la completitud y coherencia del sistema de imputación y exculpación”, en “Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante”, p. 3.

CANO PAÑOS, MIGUEL ÁNGEL. “Caso de la Luftsicherheitsgesetz”, en AA.VV. *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*. Sánchez Ostiz (coord.), Wolters, Madrid, 2011, pp. 911-934.

CANTARD, NICOLÁS. “Acerca de la función del disvalor de resultado en Derecho penal”, en *Papeles del Centro de Investigaciones*, publicación semestral, año 5, n.º 16, 2015, pp. 9-30.

CEREZO MIR, JOSÉ. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, BdeF, 2008.

CHIESA, LUIS E. “Caso La Mignonette”, en AA.VV. *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*. Sánchez Ostiz (coord.), Wolters, Madrid, 2011, pp. 95-109.

COCA VILA, IVÓ. “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, en *InDret*, n.º 1, 2011.

COCA VILA, IVÓ. *La colisión de deberes en derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona, Atelier, 2016.

CÓRDOBA, FERNANDO. “Estado de necesidad y exclusión de la personalidad. La autorización para derribar un avión con pasajeros en caso de ataques terroristas (§ 14, III, de la Ley de Seguridad Aérea alemana [LuftSiG])”, en AA.VV. *Cuestiones penales. Homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Righi*. Bruzzone (coord.), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, pp. 261-277.

CUERDA RIEZU, ANTONIO. *La colisión de deberes en derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1984.

DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL. “¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 170, Madrid, 2006, pp. 389-425.

FRISCH, WOLFGANG. *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Cuello Contreras y Serrano González de Murillo (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2004.

FRISCH, WOLFGANG. “Derecho penal y solidaridad. A la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro”, en *InDret*, n.º 4, 2016.

FRISCH, WOLFGANG. *Tipo penal e imputación objetiva*, Bacigalupo (dir.) Cancio Meliá (trad.), Madrid, Colex, 1995.

FRISTER, HELMUT. *Derecho penal. Parte general*, Sancinetti (trad.), Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. “El estado de necesidad: un problema de antijuricidad”, en *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed., Madrid, Tecnos, 1990, pp. 218-230.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed., Madrid, Tecnos, 1990, pp. 140-161.

GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL. “Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo derecho penal y procesal de la injusticia tolerable”, en AA.VV. *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, García Valdés (ed.), Tomo 1, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 949-973.

GRECO, LUIS. “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bomb*”, en *InDret*, n.º 4, Barcelona, 2007.

GRECO, LUIS. “Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión”, en AA.VV. *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 1, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 485-494.

GUERRA ESPINOSA, RODRIGO ANDRÉS. *Estado de necesidad como conflicto de intereses: Una propuesta de interpretación del Art. 10 N° 11 del Código Penal chileno desde la inevitabilidad*, Tesis doctoral defendida en la Universidad de los Andes de Chile, en Santiago de Chile, año 2015.

GÜNTHER, HANS-LUDWIG. “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal”, en AA.VV. *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Diego Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig (coord.), Pamplona, Aranzadi, 1995, pp. 45-66.

HIRSCH, HANS JOACHIM. “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, en AA.VV. *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, GARCÍA VALDÉS (ed.), Tomo 1, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 1005-1031.

HIRSCH, HANS JOACHIM. “La regulación del estado de necesidad”, en *Derecho Penal. Obras completas*, Tomo I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.

HÖRNLE, TATJANA. “Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal”, Pastor Muñoz (trad.), en *InDret*, n.º 2, Barcelona, 2010.

JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed., Cuello Contreras–Serrano González de Murillo (trad.), Madrid, Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, GÜNTHER. “Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal”, en *Estudios de derecho penal*, Suárez González–Cancio Meliá (trad.), Madrid, Civitas-UAM Ediciones, 1997, pp. 271-292.

JESCHECK, HANS HEINRICH y THOMAS WEIGEND. *Tratado de derecho penal. Parte General*, Olmedo Cardenete (trad.), 5.ª ed., Granada, Comares, 2002.

KAUFMANN, ARMIN. *Dogmática de los delitos de omisión*, 2.ª ed., Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2006.

LARIGUET, GUILLERMO. “Conflictos trágicos y derecho. Posibles desafíos”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 27, 2004, pp. 317-348.

LERMAN, MARCELO D. “Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante”, en *InDret*, n.º 1, Barcelona, 2017.

LLOBET ANGLÍ, MARIONA. “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, en *InDret*, n.º 3, Barcelona, 2010.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL. “Aspectos esenciales de la legítima defensa”, 2.ª ed., en Fernández (dir.), *Maestros del derecho penal*, n.º 8, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2002.

MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014.

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

MARTÍNEZ CANTÓN, SILVIA. “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad”, en AA.VV. *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig por su doctorado Honoris Causa en la Universidad de Alcalá*. Luzón Peña (ed.), Madrid, La Ley, 2010, pp. 405-444.

MAURACH, REINHART/ZIPF, HEINZ. *Derecho penal. Parte general I. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, 7.ª ed., Bofill Genzsch y Aimone Gibson (trad.), Buenos Aires, Astrea, 1994.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona, Repertor, 2016.

MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO. “Caso de los intermediarios en secuestros”, en AA.VV. *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, Sánchez Ostiz (coord.), Madrid, Wolters, 2011, pp. 485-507.

MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO. “El Estado de necesidad como ley general: Aproximación a un sistema de causas de justificación”, en *Estado de Necesidad y Justificación Penal. ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?*, Universidad de Santo Tomás, Bogotá, Ibáñez, 2009, pp. 13-82.

MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO. “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal”, en AA.VV. *Libro Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Jorge Barreiro (ed.), Pamplona, Thomson-Civitas, 2005, pp. 691-742.

MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO. “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema. ¿Es justificable la tortura?”, en *Estado de Necesidad y Justificación Penal. ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?*, Universidad de Santo Tomás, Bogotá, Ibáñez, 2009, pp. 107-131.

MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO. “Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal”, en *Estado de Necesidad y Justificación Penal. ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?*, Universidad de Santo Tomás, Bogotá, Ibáñez, 2009, pp. 83-106.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO. “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, en AA.VV. *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, Sánchez Ostiz (coord.), Wolters, Madrid, 2011, pp. 177-192.

PALERMO, OMAR. *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

PAWLIK, MICHAEL. “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”, en *Revista Derecho penal y Criminología*, vol. 34, n.º 36, Bogotá, enero-junio 2013, pp. 13-29.

PUPPE, INGEBORG. “El resultado y su explicación causal en derecho penal”, en *InDret*, n.º 4, Barcelona, 2008.

RAWLS, JOHN. *Teoría de la justicia*, González María Dolores (trad.), 2.ª ed., D.F., México, FCE, 2014.

ROBLES PLANAS, RICARDO. “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, en AA.VV. *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a*

Santiago Mir Puig por su doctorado *Honoris Causa* en la Universidad de Alcalá. Luzón Peña (ed.), Madrid, La Ley, 2010, pp. 445-473.

ROBLES PLANAS, RICARDO. “Sobre la exclusión del injusto penal”, en *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2014, pp. 185-200.

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO. *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, Tecnos, 1966.

ROIG DAVISON, MIGUEL ÁNGEL/RUÍZ GARCÍA, CARLOS ALB. “La valoración de la vida humana. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15.2.2006”, en *InDret*, n.º 4, Barcelona, 2006.

ROXIN, CLAUS. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Tomo I, 2.ª ed., Luzón Peña/Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal (trad.), 5ta. Reimp., Madrid, Civitas, 2008.

ROXIN, CLAUS. “El derribo de aeronaves secuestradas para salvar vidas humanas”, en *Sistema del hecho punible/2. Ilícito y justificación*, de la Colección *Obras selectas de Claus Roxin* (3). José Béguelin (trad.), Gabriela Córdoba *et al.* (Coords.), Buenos Aires, Hammurabi, 2015, pp. 637-673.

SAMSON, ERICH. *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad*, Sancinetti y Ziffer (trad.), Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

SÁNCHEZ DAFAUCE, MARIO. “El abatimiento de un avión secuestrado”, en *InDret*, n.º 4, Barcelona, 2014.

SANCINETTI, MARCELO A. “¿Incidencia de los cursos causales hipotéticos en el Derecho penal?”, publicado en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080604_02.pdf (consulta: el 14/07/17), 2007.

SANCINETTI, MARCELO A. “Cursos causales hipotéticos y teoría de la diferencia”, en AA.VV. *Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*, Sancinetti (Comp.), Buenos Aires, Hammurabi, 2008, pp. 639-693.

SANCINETTI, MARCELO A. “Principio de disminución del riesgo versus relevancia del disvalor de resultado en la teoría del ilícito”, en *InDret*, n.º 3, Barcelona, 2008.

SANCINETTI, MARCELO A. “¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos para la responsabilidad penal?”, en AA.VV. *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, García Valdés (ed.), Tomo II, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 1579-1607.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. “Aproximación al derecho penal contemporáneo”, 2.ª ed., en *Maestros del derecho penal*. Fernández (dir.), n.º 31, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, en *Revista Discusiones* [online], n.º 7, 2007, pp. 25-56.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. “Kant, el derecho y el ‘caso de las siamesas’”, en Silva Sánchez, *Tiempos de derecho penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pp. 113-116.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. “La legítima defensa que ‘recae sobre tercero’”, en AA.VV. *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 1, Madrid, UAM Ediciones, 2019, pp. 785-798.

STRATENWERTH, GÜNTER. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, (Cancio Meliá y Sancinetti trad.), 4.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

TOMAS-VALIENTE LANUZA, CARMEN. “El efecto oclusivo entre causas de justificación”, en *Estudios de derecho penal y criminología*, Romeo Casabona (dir.), n.º 104, Comares, Granada, 2009.

WILENMANN, JAVIER. “Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad”, en *InDret*, n.º 1, Barcelona, 2016.

WILENMANN, JAVIER. *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid, Marcial Pons, 2017.