

PONDERABILIDAD DE VIDAS EN CASOS DE ESTADO NECESIDAD

PONDERABILITY OF LIVES IN CASES OF STATE OF NECESSITY

*Por Ignacio Ruiz Moreno **

Resumen: ¿Es correcto matar inocentes para salvar un número mayor de ellos? En la dogmática penal se discute respecto de si esa acción homicida puede justificarse por la causa del estado de necesidad. Tomando como base el respeto a la vida (como bien jurídico máximo, inconmensurable), la libertad (nadie puede ser utilizado como un mero medio para un fin) y la igualdad (ninguna vida vale más que otra), se cuestiona que, en esos casos, sea posible o moralmente correcto identificar un interés preponderante, que es propio del instituto del derecho de referencia: mal mayor a evitar. Este artículo intenta reproducir los principales argumentos de esa discusión y brindar razones para sostener que, en casos trágicos, sí es posible la construcción de un interés preponderante cuya preservación, justifique la acción homicida.

Abstract: Is it right to kill innocent people to save a larger number of them? In criminal legal dogmatic it is discussed if that homicidal action can be justified by the cause of the state of necessity. Based on respect for life (as a maximum, immeasurable legal good), freedom (no one can be used as a mere means to an end) and equality (no life is worth more than another), it is questioned that, in those cases, it is possible or morally correct to identify a preponderant interest, which is typical of the institute of reference: greater harm to avoid. This article attempts to reproduce the main arguments of that discussion and provide reasons to argue that, in tragic cases, it is possible to build a preponderant interest whose preservation justifies the homicidal action.

Palabras clave: estado de necesidad; ponderabilidad de vidas; consecuencialismo; deontologismo; dignidad humana.

Key words: state of necessity; ponderability of lives; consequentialism; deontology; human dignity.

* Magister en Derecho y Argumentación (UNC) y Especialista en Derecho Penal (UNC). Email: ignaruizmoreno@gmail.com

Trabajo recibido: Abril 2019; aceptado: Noviembre 2019.

Nomen Iuris, Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación

ISSN 2618-3641

Nº 2, 2019

Introducción

No toda conducta penalmente típica es ilícita. Algunas pueden ser justificadas penalmente, excluyéndose su antijuridicidad y declarándoselas “conformes a derecho”¹.

Dentro de las causales de justificación existe el estado de necesidad, cuyo fundamento es la protección del “interés preponderante”: será correcta la conducta que evite un mal mayor que el causado.

Usualmente no existen problemas en determinar el interés preponderante cuando el bien a sacrificar no es una persona (ej. se daña la propiedad para salvar vidas). Pero si la acción salvadora recae en una vida humana, por el respeto a su valor supremo y a la dignidad en el trato como iguales y libres, se discute si se puede construirse un “interés preponderante” que justifique la acción de matar para salvar.

La discusión gira en torno a si, por los valores de imponderabilidad y no cuantificabilidad de las vidas (no se puede medir el valor de las vidas y, por lo tanto, ninguna vale más que otra) y de prohibición de su instrumentalización (no utilizar las vidas como un mero medio para conseguir un fin), puede justificarse un actuar homicida salvador.

Esto aún en escenarios de estado de necesidad trágicos llamados de “comunidad de peligro”², donde: 1- sobre todas las personas pesa un mismo peligro de muerte del que no todas pueden salvarse; 2- el destino fatal no puede evitarse, por lo menos no para todos; 3- un tercero ajeno al peligro (no lo provocó, ni lo afecta), puede tomar un curso de acción salvador sólo de algunos, matando a otros; y 4- al tercero salvador, por su posición³, no le es indiferente velar e intervenir por la protección de las personas involucradas, y no lo une un vínculo personal⁴.

Ejemplo paradigmático de estos casos es el del avión secuestrado por terroristas: en su interior hay pasajeros inocentes; los secuestradores van a estrellar la aeronave en un centro urbano donde hay otros inocentes; y sólo derribándolo se puede salvar a éstos últimos pero ello implicaría, con seguridad, la muerte de todos los tripulantes del avión.

Este trabajo se ocupará de explorar las razones que aceptan o descartan la justificación penal en estos casos. Si ante conflictos trágicos de vidas puede existir un interés prevaleciente que autorice la realización de la acción de matar para salvar; y si éste, a su vez, puede respetar los valores de “vida”, la “libertad” e “igualdad”.

¹ Parto de no cuestionar que la función de las causas de justificación es seleccionar aquellos comportamientos que –aun siendo típicos– no requieren una prohibición penal, toda vez que *disminuyen* la dañosidad social cualificada que haría necesaria tal prohibición bajo pena (Günther, 1995).

² También llamados casos con “posibilidad asimétrica o unilateral de salvación”.

³ Por su rol, por ejemplo el Jefe de Seguridad Aérea, está a cargo de tomar la decisión de derribar o no el avión dirigido a un centro urbano. No le es indiferente la decisión. Está bajo su responsabilidad.

⁴ Estas aclaraciones valdrán para excluir casos de estado de necesidad donde se actúa para conservar la propia vida o la de un allegado (la discusión de si esos son casos justificados o disculpados excede la pretensión de este trabajo). Como así también excluir casos de *estado de necesidad defensivo* (la acción salvadora recae en la esfera de intereses protegidos de la persona de donde emana/proviene el peligro amenazante). Aquí interesan los casos de *estado de necesidad agresivo*, donde la acción del auxiliante afecta la esfera jurídica protegida de un sujeto ajeno a la fuente del peligro amenazante (tercero *inocente*) (cf. Vila, 2011).

Posturas que se ocupan del supuesto vidas vs. vidas

La discusión respecto a la posibilidad de existencia de un interés preponderante en estos casos se enmarca entre dos concepciones que buscan la respuesta moralmente correcta a este problema del Derecho Penal:

1- La primera, mayoritaria en la doctrina penal, denominada *deontológica*, se focaliza en la conducta en sí, con independencia de sus resultados, y descarta la posibilidad de construir un interés preponderante justificador en estos casos. Ésta se basa en el imperativo kantiano de respeto a la dignidad en el trato como libres e iguales de las personas, y entiende que no puede justificarse un actuar que utilice una vida como un “mero” vehículo para un fin (“prohibición de instrumentalización”). Niega también que se usen ponderaciones cualitativas (una vida no vale más que otra –“prohibición de valoración”-) o cuantitativas (muchas vidas no valen más que pocas –“prohibición de suma”-) para construir un interés preponderante justificador.

2- La otra, minoritaria, llamada “consecuencialista”, no tiene en miras la conducta en sí sino sus consecuencias: es correcto lo que maximice resultados buenos, en el sentido de mayor cantidad de bienes salvados⁵. A su vez, parte de considerar que el Derecho debe mostrar pleno respeto por la igual importancia de todas las vidas. Por lo cual debe ser correcta la conducta que más vidas salve. Así, admite la construcción de un interés preponderante justificador en base a ponderaciones cuantitativas: mayor cantidad de vidas salvadas.

Concepción deontológica-kantiana

Esta concepción se apoya sobre el principio Kantiano de buscar el bienestar no como una meta, sino como guía en la actitud de las conductas. Según la lectura de Dworkin, Kant toma a la vida como un valor objetivo, que se refleja en la humanidad de toda otra persona, por lo cual “debemos tratarnos a nosotros mismos como un fin en sí mismo y, por lo tanto, por autorrespeto, debemos tratar también a todos los demás como fines en sí mismos”, y nunca como un mero fin para un resultado (2014: 372). De esto surge un imperativo de respeto a la dignidad de las personas, con independencia de las consecuencias de las acciones⁶, y se construyen⁷ los siguientes postulados:

- 1- Ninguna vida puede ser utilizada como un mero vehículo para un fin (prohibición de instrumentalización).
- 2- Ninguna vida vale más que otra (prohibición de valoración).
- 3- Muchas vidas no valen más que una (prohibición de suma).

⁵ Consecuencialismo puro o no utilitarista: esta postura no encuentra “lo bueno” en el placer o bienestar que causa una conducta (lo que sería utilitarismo), sino en la mayor cantidad de bienes protegidos que provoque la conducta.

⁶ Según Greco, “el respeto ante la dignidad humana es una consideración deontológica (en sentido kantiano) que, por tanto, es completamente independiente de la consideración de las buenas y malas consecuencias de su respeto” (2007: 16).

⁷ Dworkin decía que “las teorías filosóficas más influyentes deben su influencia no al vigor o la contundencia de sus argumentos sino al impacto imaginativo de sus conclusiones... es el caso Kant. Los principios muy generales expuesto por éste han tenido enorme influencia... Su vigorosa advertencia de que debemos tratar a los otros como fines y nunca como un mero medio se repite día a día en argumentos jurídicos y morales de gran parte del mundo” (2014: 326).

Así, esta concepción se opone a utilizar la vida de un ser humano como un mero vehículo (instrumento) para obtener un resultado deseado. Sostiene que resulta moralmente reprochable utilizar a una persona como un objeto para obtener un fin, con independencia de qué tan loable sea el fin pretendido.

Niega la justificación del actuar salvador de un tercero en casos de comunidad de peligro, toda vez que se sacrifica personas *para* salvar a otras. Las priva de su dignidad, las instrumentaliza. Aun cuando igual hubiesen muerto, en forma inmediata.

Esta concepción admite la ponderación cualitativa entre intereses de distinta entidad (ej. vida vs. propiedad). Pero siendo *vidas* el valor en juego, no admite ponderaciones: cualitativas, *prohibición de valoración* de cualidades de vida: ej. un anciano *vale* menos que un niño; o cuantitativas, *prohibición de suma*, basadas en el número de bienes jurídicos afectados, ej. vida vs. vidas⁸.

Argumentos morales de la concepción deontológica-kantiana

A continuación se enumeran los principales argumentos morales que la concepción deontológica-kantiana utiliza para justificar las prohibiciones de instrumentalización, valoración y suma en casos de estado de necesidad justificantes.

i- Instrumentalizar es privar de dignidad

Ni la vida ni la integridad física “puede[n] instrumentalizarse por nada, ni siquiera como medio para salvar la vida o la integridad física de otra persona” (Mir Puig, 2007: 465). Instrumentalizar la vida de una persona equivale a privarla de su dignidad humana, lo que es inadmisibles en un Estado de Derecho respetuoso de la libertad e igualdad, y nunca podría ser declarado conforme a derecho –justificado–.

En tal sentido, Roxin entiende que “El Derecho no puede aceptar que se sacrifique a unos pocos inocentes para salvar a muchas personas” (1997: 686)⁹.

Existe una *prohibición de jugar con el destino* (Schmidt¹⁰). El Derecho no puede justificar la intervención en un curso causal mortal derivándolo de la persona que lo acecha a otra.

⁸ Distinciones extraídas de Wilenmann von Bernath (2016).

⁹ Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Alemán utilizó ese argumento en la sentencia del 15/2/2006, declaró la inconstitucionalidad del apartado de la Ley de Seguridad del Aire que permitía derribar aviones secuestrados por terroristas con personas inocentes en su interior. Sostuvo que no se puede invocar el estado de necesidad justificante a esos casos, aunque ello fuese necesario para salvar la vida de miles de personas, toda vez que contravendría la dignidad humana de sus pasajeros inocentes, al utilizarlos como mero medio para lograr un fin (Según cita de Sánchez Defauce, 2014: 16). Aclara Rodríguez de Santiago, que el Tribunal Constitucional Alemán declara la inconstitucional de la norma del derribo por ser incompatible con el derecho a la vida y la dignidad de las personas, “en la medida en que dicha autorización afecte a sujetos distintos de los secuestradores”, enténdase: que afecte a pasajeros inocentes. Dice que “la Sentencia sí que acepta y utiliza una argumentación ponderativa para llegar a la conclusión de que el precepto no sería inconstitucional si únicamente permitiera derribar un avión en el que sólo se encuentren los que pretenden utilizar el aparato como arma contra las personas en tierra” (2006: 260-261)

¹⁰ Según análisis de Ortiz de Urbina (2011).

Ello implicaría instrumentalizarlas, privarlas de su dignidad, lo que es inadmisibles en un Estado de Derecho respetuoso de la libertad e igualdad.

ii- Fundamentación centrada en el derecho a la vida - valor intrínseco de la vida

El Estado no puede desconocer el valor que toda persona tiene por sí misma (Sánchez Dafaue, 2014). Son inadmisibles las cuantificaciones o graduaciones cualitativas y cuantitativas. Incluso en supuestos de comunidad de peligro (Roxin, 1997).

La vida tiene un valor inconmensurable, imponderable, no pasible de menoscabos graduales: se goza de vida o no. Diferente a otros bienes esenciales –como la integridad corporal o la libertad de movimiento–, que sí pueden ser graduados.

Según el análisis de Wilenmann von Bernath, la postura deontológica-kantiana toma a la vida como “condición de posibilidad del ejercicio de cualquier clase de interés o, en general, de posiciones jurídicas... la privación de la vida implica lógicamente la privación de la creación de cualquier clase de interés posterior”, lo que explica su inconmensurabilidad, y por consiguiente su “imponderabilidad” (2016: 8).

Según ello la vida tiene una estructura “ontológica”, inconmensurable. Particularidad que impide la justificación de su privación por razones de necesidad, de conveniencia.

iii. Prohibición de valoración temporal – pendiente resbaladiza

La certeza de muerte no puede justificar el homicidio de inocentes. La protección de la vida y la dignidad no puede depender de la duración de la existencia física de la persona¹¹.

Si se mata a una persona porque “de igual forma morirá”, se abandonaría el principio de que toda vida humana merece ser protegida (v.gr.: incluso la vida de un condenado a morir merece protección jurídica). Y “ya no sería explicable de modo plausible por qué no iba a ser lícito incluso *fuera* de los supuestos de comunidad de peligro matar p.ej. a un moribundo para poder mantener con vida a otras personas trasplantándoles órganos de aquel” (Roxin, 1997: 689, la cursiva me pertenece).

Aquí se utiliza el argumento de la “pendiente resbaladiza”, donde admitir cierto postulado para un caso implica que debe admitirse para otros, hasta llegar a casos no deseados.

iv. Prohibición de contar vidas como meras partidas contables

Incluso admitiéndose la diferencia cuantitativa en las consecuencias, el Derecho no puede admitir que las vidas humanas sean consideradas como meras partidas contables de un saldo global (Welzel, según el análisis de Ortiz de Urbina, 2011). Existe un

¹¹ Este argumento también fue utilizado por el Tribunal Constitucional Alemán en la declaración de inconstitucionalidad del apartado que autorizaba el derribo de aviones secuestrados por terroristas con pasajeros inocentes dentro.

“fundamento ético que prohíbe someter a la vida humana a un cálculo ponderador”, utilizándolas como meras partidas contables (Roxin, 1997: 689).

v. Imposibilidad de certeza de muerte

No se puede saber con exactitud el destino fatal de las personas inmersas en un escenario de comunidad de peligro. Que “una situación matemáticamente segura de estar condenado a la muerte es sólo una construcción intelectual; en la realidad nunca se puede saber con seguridad lo que ocurrirá” (Roxin, 1997: 689).

La base misma de los casos de comunidad de peligro (hipotéticos, improbables, de laboratorio), contiene la dificultad de no asegurar que “todos fueran a morir”. Y sin certeza de destino fatal común a todos, no puede justificarse la muerte de unos para salvar a otros.

Argumentos dogmáticos de la concepción deontológica en contra de la justificación

i- Falta de interés preponderante

En estos casos se excluye la justificación por estado de necesidad, dado que nunca puede hablarse de un bien de valor superior. Todas las vidas humanas son por principio y de manera inamovible iguales ante el Derecho (Welzel y Schmidt¹²).

ii. No hay un *medio adecuado*

La justificación penal del estado de necesidad requiere que se haya utilizado un medio “adecuado” para la obtención de un fin reconocido por el ordenamiento (teoría del fin). “Matar” nunca lo sería. Aún si con ese actuar se salvaran vidas. No es un medio correcto para conseguir un fin justo. Esto equivale a decir que: “adecuado” implica “no matar”.

iii. Imposibilidad de imponer una obligación de sacrificio por solidaridad

Este argumento gira en torno a que si se asume (como lo hace la mayoritaria literatura actual) que el “interés preponderante” es el fundamento del actuar en estado necesidad agresivo justificante¹³, la “contrapartida de la justificación otorgada al autor es, naturalmente, el deber de tolerar impuesto al titular del bien sacrificado, que se ha denominado también ‘deber de solidaridad recíproca’” (Bacigalupo, 1986: 372; en mismo sentido: Silva Sánchez, 1982; y Balbo La Villa, 1994). Así, el “interés preponderante” y el

¹² Según el análisis de Ortiz de Urbina, 2011: 183

¹³ Recordemos que definimos a los casos de necesidad agresivos como aquellos donde la persona sobre quien recae la acción salvadora no tuvo ningún tipo de responsabilidad en la generación del peligro amenazante.

“deber de solidaridad”¹⁴ son la legitimación moral del estado de necesidad agresivo justificante (Bacigalupo, 1986).

Ahora, ese “deber de solidaridad” no es suficiente para imponer un deber de tolerar un sacrificio de la propia vida. No pueden imponerse obligaciones de sacrificio fundados en la solidaridad, en pos de un beneficio supra-individual. Ello contravendría las bases de un Estado de Derecho respetuoso de la libertad e igualdad, donde si bien excepcionalmente por razones de solidaridad puede aceptarse que se justifique por estado de necesidad el perjuicio de un bien individual disponible (ej. la propiedad) en protección de otro mayor (ej. la vida), nunca podría justificarse la obligación de tolerar la propia muerte en base a esas razones (Wilensmann von Bernath, 2016; Hönle, 2010¹⁵).

Postura consecuencialista

Esta postura admite la ponderación de vidas en casos de estado de necesidad. Manda a fomentar que se den en el mundo la mayor cantidad de consecuencias “buenas”: las conductas deben ser juzgadas como “correctas o incorrectas” según propendan a lograr esa maximización de resultados “buenos”.

Ahora, como es sabido, su éxito o fracaso depende de cómo se defina “lo bueno”. Y en dicha tarea existen varias posturas, dentro de las que se encuentran el *utilitarismo* y el consecuencialismo *puro* (o consecuencialismo “no utilitarista”)¹⁶. Ambas son usadas por la dogmática penal para admitir la utilización de criterios de ponderación en casos de estado de necesidad donde son vidas humanas las enfrentadas.

25

Consecuencialismo utilitarista

Esta vertiente surge del “bienestarismo”, teoría del valor donde algo está más o menos justificado según el bienestar que cause en términos de felicidad o placer¹⁷, y del criterio

¹⁴ Que las esferas jurídico individuales pueden ser franqueadas excepcionalmente (la regla es su protección), bajo ciertos límites (que no recaiga sobre un bien jurídico indisponible: ej. la propiedad) y por razones de “solidaridad” (en pos de la protección de un interés “supra” individual). Sólo bajo esas circunstancias, se puede imponer un deber de tolerar una intromisión a una esfera jurídica individual, afectándola en pos de la preservación de un interés colectivo superior: ej. por “solidaridad” se puede imponer la obligación de soportar que una inundación sea direccionada a un campo de mi propiedad y perder las cosechas, si esa es la única alternativa para evitar que miles de familias mueran ahogadas.

¹⁵ “Nuestra praxis moral conoce solamente deberes de solidaridad muy restringidos. No hay un deber de sacrificar la propia vida para la salvación de otros seres humanos, ni siquiera en las relaciones de cuidado más estrechas” (p. 15).

¹⁶ Existen otras vertientes consecuencialistas que buscan definir lo bueno, sin embargo ninguna es utilizada por la dogmática penal para resolver estos casos. La perfeccionista, por ejemplo, define “lo bueno” según lo “valioso”. parte de que existe una forma de vida que se considera valiosa y el diseño de las instituciones –y la interpretación del Derecho– deben promoverlo. El moralismo, por otro lado, encuentra lo “bueno” en la aplicación del código moral que represente a la sociedad que lo impone. A ambas corrientes se les critica, entre otras cosas, no ser respetuosas de la libertad e igualdad: pretenden imponer, por medio del Derecho, una forma de vida o código moral. Por lo cual estas posturas fracasarían en intentar justificar matar inocentes para salvar a otros, dado que en sus definiciones de “lo bueno” no respetan la igualdad y la libertad.

¹⁷ Enseña Dworkin que la concepción filosófica del bienestar toma a las personas como mercancías que pueden medirse. Dicen que hay *vidas buenas*, y estas se miden según el bienestar que causen. Habría tres formas de medir el bienestar: 1- si existe excedente de placer del que goza respecto del dolor que sufre; 2- *Nomen Iuris*, *Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación* ISSN 2618-3641 N° 2, 2019

consecuencialista de decisión de corrección de las conductas¹⁸: es correcta la conducta que conlleve a maximizar el placer o felicidad de la mayor cantidad de ciudadanos posible.

Esta postura, al buscar maximizar la utilidad en la producción de felicidad, admitiría realizar ponderaciones cualitativas en la búsqueda del interés preponderante. Sin importar el número de personas salvadas/sacrificadas, decidiría su corrección en base al “bienestar” que la acción salvadora reporte para la mayor cantidad de ciudadanos posible.

En términos utilitaristas la justificación del derribo del avión secuestrado se definiría según el bienestar (utilidad) que implique: si el derribo produce un mayor o menor placer o felicidad para un mayor número de individuos.

Consecuencialismo puro o no utilitarista

Esta versión del consecuencialismo, a la que adscribe una parte minoritaria de la dogmática penal¹⁹, considera correcta la conducta que maximice consecuencias buenas, siendo ellas las que protejan la mayor cantidad posible de bienes; sin efectuar ponderaciones cualitativas, sino solo cuantitativas.

Según el consecuencialismo puro, definido en esos términos, ante un conflicto de bienes de igual naturaleza, como en el caso que nos ocupa (vida vs. vida), es justificada la conducta que salve “más cantidad” de bienes de los que sacrifica –ponderación cuantitativa–.

En cambio, si el actuar salvador vulnera la misma cantidad (o más) de los bienes que salva, no podría ser justificado. Casos donde sólo puede existir la una eventual disminución o exclusión de reproche penal por el ilícito cometido por medio de un estado de necesidad exculpante (Ortiz de Urbina, 2011; Luzón Peña, 2012).

Esta posición sopesa las vidas en juego y justifica la conducta que evita más muertes de las que causa. Si el Derecho pretende prevenir muertes, ante un caso de estado de necesidad trágico con vidas en conflicto, debe justificarse la acción que salva más vidas de las que sacrifica: con su intervención se reduce la cantidad de muertes que se producirían.

Argumentos del consecuencialismo puro

Para justificar la ponderación cuantitativa de vidas, utiliza los siguientes argumentos:

según las cantidad de ambiciones que realizar en relación a las frustraciones; y 3- según la capacidad de las personas para lograr lo que quieren. Afirma Dworkin, que “ninguna de estas conocidas concepciones filosóficas del bienestar puede representar una base plausible para una moral personal o política”, dado que los conceptos de bienestar y vida son conceptos interpretativos, y la gente discrepa en torno a la concepción correcta de lo que hace buena una vida (2014: 336).

¹⁸ Las conductas deben juzgarse según las consecuencias: es correcta la que lleve al mejor de los estados.

¹⁹ Luzón Peña (2012), Ortiz de Urbina (2011), entre otros.

i. Minimización de la pérdida - *Males* de distinta entidad

El actuar que sacrifica unas vidas para salvar otras en un escenario de comunidad de peligro es un caso de estado de necesidad justificante, toda vez que pese a estarse ante bienes en colisión de igual valor (vidas vs. vidas), se está ante *males* de distinta entidad. Los números/consecuencias sí deben tenerse en cuenta al realizarse la ponderación y justificarse el actuar “no porque cause un mal que no es superior al que evita, sino porque evita un mal superior al que causa” (Ortiz de Urbina, 2011: 187).

En los casos trágicos de necesidad, quien puede “minimizar” la pérdida de vidas por medio de una conducta típica (homicidio), actúa justificadamente.

En una situación donde todos tienen un destino muerte impuesto por un curso de acción fatal, la conducta del tercero que interviene adelantando ese indefectible e inmediato resultado de unos para salvar a otros, maximiza el salvamento de bienes en conflicto y nos lleva mejor de los estados posibles, por lo que debe ser declarada conforme a derecho. En un sentido consecuencialista, esa acción constituye la alternativa más sensata, minimiza las consecuencias de la tragedia que la situación implicaba para todos (Wilenmann von Bernath, 2016).

Así, ante un conflicto “trágico” de vidas, donde el curso causal fatal indefectible es ajeno y no controlable por quien realiza la acción salvadora, su actuar en pos de salvar la mayor cantidad de vidas supone un mal cuantitativamente menor que su no intervención. Se está ante una situación de necesidad donde el rasgo de “destino fatal” para todas las vidas hace sea justificada la conducta que intervenga para salvar unas.

27

ii. No instrumentalización

En casos de comunidad de peligro el actuar del tercero no afecta la dignidad de las personas en el trato como libres. En estos supuestos las vidas ya se han visto comprometidas por un curso de acción fatal inminente y común a todas, y su actuar no significa una instrumentalización.

El tercero no “juega con el destino” de las vidas. No asigna un destino muerte a unas personas para salvar a otras. Ese destino trágico inminente y común para todos “ya estaba dispuesto” y no era controlable ni evitable por él. Sólo actúa en pos de minimizar las consecuencias de aquella situación trágica, adelantando lo inevitable, sin imponer un resultado que antes no pesara sobre esas vidas (Ortiz de Urbina, 2011; Luzón Peña, 2012).

No ocurriría lo mismo fuera de los casos de comunidad de peligro, donde el mal acechante no fuese “común” y “previo”. Así, por ejemplo, en supuestos como el del trasplante de órganos, donde no existe un curso fatal “común”, el actuar del agente sí implica una instrumentalización, al evitar una muerte valiéndose de la vida de otras personas, sobre las que pesaban otros destinos, también fatales e inmediatos, pero independientes entre sí. O bien el en conocido caso del aguadagujas, donde el tren sin frenos es desviado del carril que transita a otro para que atropellará a menos personas; supuesto donde se jugaría con el destino, al trasladar un peligro que acechaba a unos a otros que, “previamente”, no.

iii. Una vida no es igual a varias vidas

Existe una diferencia cuantitativa entre una vida y varias vidas. Y “es el respeto a cada una de las dignidades individuales el que exige que se le otorgue un peso individualizado en la decisión. Negar esto es afirmar que todas valen lo mismo, no en el sentido de que ninguna valga más que otra, lo cual es aceptado, sino en el sentido de que una de ellas vale tanto como todas las demás juntas” (Ortiz de Urbina, 2011: 191).

No aplicar un criterio cuantitativo de salvar la mayor cantidad de vidas posible es no tomar al valor “vida” en serio, lo que es exigido por la gravedad de la situación (Dworkin, 2014).

Críticas a los argumentos de la concepción deontológica-kantiana*Críticas a argumentos morales*

i. Crítica al argumento de instrumentalizar es privar de dignidad

Este argumento es la base de la concepción kantiana y no es discutido por la extendida doctrina. Lo que sí es controvertido es que se aplique para casos de comunidad de peligro. Como ya vimos, según la postura consecuencialista, en esos casos no se instrumentaliza a las personas y por tanto no se las priva de su dignidad en el trato como libres.

En los escenarios de comunidad de peligro, al haber una previa afectación de las personas a un curso de acción fatal e indefectible, el tercero no impone un resultado muerte a unos para salvar a otros. Ya estaba dado. Su acción sólo disminuye el daño en curso.

En estos casos la “dignidad” de las personas ya había sido comprometida por el curso de acción fatal común. El tercero salvador, no es responsable del destino muerte. Con su actuar no instrumentaliza a las personas, no las priva de su dignidad, sino que reduce cuantitativamente el resultado dañoso en curso.

ii. Crítica al argumento de la vida como valor inconmensurable

Según criterios cuantitativos de ponderación como propone el consecuencialismo puro, en la justificación de casos de estado de necesidad trágicos con comunidad de peligro no se desconoce el valor que toda persona tiene por sí misma. Por el contrario, es el respeto de cada una de las dignidades personales el que impone que se otorgue un valor cuantitativo a la decisión en esos casos (Luzón Peña, 2012; Ortiz de Urbina, 2011).

Por otro lado, el argumento de la imposibilidad de realizar ponderaciones en base al carácter de “inconmensurable” del valor vida llevaría a justificar casos que afecten la dignidad en el trato como libres. Por ejemplo, extraer compulsivamente sangre u órganos no vitales (ej. un riñón, un pulmón) de personas fuera de peligro para salvar la vida de

otro, con tal de proteger la “preservación de la vida como valor inconmensurable”. Supuesto que, intuitivamente, no debería justificarse.

Según el análisis de Wilenmenn von Bernath el argumento del valor inconmensurable de la vida asume que sólo la perspectiva individual del portador del bien jurídico es relevante. Lo que es una explicación circular del problema: “Se trata de justificar, desde la perspectiva directa del afectado, una obligación de tolerar la muerte por otro. Esta es precisamente la razón por la que la ‘incomensurabilidad’ de la vida afecta del todo a la posibilidad de tomar en cuenta el número de vidas en juego al construir un interés preponderante” (2016: 30).

Para el titular del bien jurídico su vida siempre lo será “todo”. Si el problema se ve sólo desde su óptica no podría hablarse de un interés preponderante de su muerte para salvar otras vidas. Es necesaria la determinación del balance final por parte de un sujeto observador, un tercero ajeno al conflicto que, según su enfoque, pueda decidir si la acción “salvadora” ejecutada implica un daño menor y, por tanto, protege un interés preponderante.

Desde esta perspectiva, ajena a la del propio afectado, la “vida” no tiene particularidades especiales que puedan justificar su imponderabilidad (Wilenmenn von Bernath, 2016²⁰).

Vale recordar que en el caso de comunidad de peligro que aquí tratamos ese es el escenario: un tercero, desvinculado, es quien decide intervenir en el curso causal fatal que acecha a otros. Y es desde su enfoque deberá decidirse si su acción estuvo justificada, según haya actuado motivado en preservar la mayor cantidad de vidas posible.

Así, si bien la “perspectiva de la víctima” puede explicar la prohibición de valoración por características, no es suficiente para explicar la “prohibición de suma”, dado que sí existen buenas razones para aceptar criterios cuantitativos de ponderación: preservación de vidas.

iii. Crítica al argumento de la pendiente resbaladiza

Aceptar la justificación de homicidios en casos de estado de necesidad de comunidad de peligro, no lleva a justificar homicidios “fuera” de esos casos.

El argumento de la “pendiente resbaladiza” no es convincente de por sí, sino sólo si es “probable que el paso dado por el reconocimiento de la excepción en cuestión lleve a un estadio ulterior y, además, que ese estadio ulterior sería moralmente inaceptable” (Wilenmenn von Bernath, 2016: 42). Ese paso posterior inaceptable (después de aceptar sumar vidas en casos de “comunidad de peligro”) sería matar a una persona “fuera” del supuesto de comunidad de peligro, con el fin de salvar a otras. Pero no hay nada en la admisión de la cuantificación (suma de vidas) en casos de “comunidad de peligro” que haga pensar que se extienda a esos otros casos “no” trágicos o “sin” comunidad de peligro (ej. quitar órganos a un moribundo para trasplantárselo a otros pacientes que sin ello no vivirían –no hay comunidad de peligro–; o matar a alguien que no está bajo

²⁰ “... la pretensión de que la vida es epistemológica o axiológicamente inconmensurable para su titular se torna irrelevante en relación a las ponderaciones y evaluaciones que la propia sociedad puede hacer. El concepto mismo de vida no tiene potencial de fundamentación para justificar que sólo la perspectiva de los individuos debe ser tomada en cuenta” (Wilenmann von Bernath, 2016: 18).

ningún peligro *para* salvar a otros –caso no trágico–). Ese salto de razonamiento no está justificado.

iv. Crítica a la prohibición de considerar vidas como meras partidas contables

Este argumento alega que existe un valor ético que reusa que el Derecho admita que vidas humanas sean consideradas como “meras partidas contables” de un saldo global, incluso existiendo diferencias cuantitativas de resultados (mal menor).

Ahora, se le critica que las ponderaciones cuantitativas persiguen un *valor ético* de la preservación de la vida. Que no puede ser contraria a derecho una conducta que tienda a disminuir un daño mayor inevitable de vidas humanas (Luzón Peña, 2012; Ortiz de Urbina, 2011). Y que desde la perspectiva del tercero salvador es inevitable que las vidas sean “contadas”, ya que sólo así podrá decidir qué acción salva más vidas, ante una situación de estado de necesidad trágico con comunidad de peligro (Wilenmann von Bernath, 2016).

Existen casos donde el Derecho muestra que las vidas sí deben contarse: casos de colisión de deberes donde, por ejemplo, una persona con obligaciones de rescate de cumplimiento alternativo, debe efectuar la que le permita salvar más vidas. El caso aquí relevante de derribo de aviones secuestrados parece que nos posiciona en esa disyuntiva. Donde el sujeto “debe” tomar el curso de acción que le permita salvar más vidas.

Este enfoque distinto, el del agente en necesidad (ej. el Jefe de Seguridad Aérea que puede derribar el avión secuestrado) es el que debe contar a la hora de decidir o no la justificación de su actuar.

Si se encuentra obligado a proteger a los afectados por la fuente de peligro común, la decisión de su actuar debería ser efectuada según qué optimiza el cumplimiento de sus obligaciones de protección: debe “contar” vidas.

Por lo cual, si las personas a sacrificar indefectiblemente van a morir –de todos modos iban a morir– y su acción homicida puede salvar otras vidas, debería realizarla, toda vez así se optimizaría el cumplimiento de su obligación de protección, reduciéndose la cantidad de muertes que el curso fatal tenía en marcha.

Incluso deben “contarse” vidas en el caso de que su acción tenga el riesgo de que mueran igual o más cantidad de personas que las implicadas en el peligro común. Este sería el caso de que por la cercanía del avión a otros centros urbanos la acción del derribo contiene un previsible riesgo²¹ de impactar en ellos y terminar causando más muertes que las antes destinadas por el curso de acción fatal.

Para ese supuesto, al producirse un daño igual o mayor al que iba a producirse por el curso fatal previo, la conducta no puede ser declarada conforme a derecho, por no disminuir el mal en curso. Sólo podría subsumirse de un estado de necesidad exculpante, donde eventualmente se aminore o excluya el reproche penal por el injusto penal cometido.

²¹ Con “previsible riesgo” intento referirme a que es un caso de *dolo eventual*: el agente se representa el resultado dañoso como probable, y si bien no quiere que suceda, lo acepta y actúa de todos modos. Distinto sería el caso si los daños colaterales no hubieran sido previsible, toda vez que el hecho se transformaría en culposo, y el reproche penal cambiaría.

v. Crítica al argumento de imposibilidad de certeza de muerte

Este argumento confunde planos. Mezcla lo dogmático-conceptual con la posibilidad de conocimiento empírico. Lo arduo, dificultoso o improbable que puede ser probar una indefectible fatalidad no es suficiente para descartar el problema normativo en sí. Como tampoco que se trate de casos hipotéticos o improbables. De hecho, es posible que existan esos casos y que no haya duda de sus circunstancias fácticas²².

*Críticas a argumentos dogmáticos*i. Crítica al argumento de la *falta de interés preponderante*

Según este argumento en conflicto entre vidas se excluye la aplicación del estado de necesidad justificante porque todas las vidas son iguales ante el derecho y, por lo tanto, no puede hablarse de un interés preponderante, un valor superior.

A esto se puede responder que aun siendo todas iguales (prohibición de valoración cualitativa, no discutida), existe una diferencia cuantitativa entre una y varias, que se traduce un valor superior, preponderante, suficiente para aquella causal de justificación.

Una vida no puede valer igual que muchas. No en términos cuantitativos (Luzón Peña, 2012; Ortiz de Urbina, 2011).

Como todas las vidas son iguales ante el derecho, una no puede “valer” más que otra. Y si existe una disyuntiva de salvar a pocas o muchas de una situación trágica, la opción correcta debería ser salvar la mayor cantidad posible. Justamente en respeto a cada una de sus dignidades individuales.

ii. Crítica al argumento de que matar no es un “medio adecuado” para un fin justo

En contra de este argumento puede decirse es falso decir que “matar” siempre es disvalioso. Un actuar homicida puede ser correcto tanto en casos de legítima defensa como en circunstancias de estado de necesidad con “comunidad de peligro”, donde sobre todos pesaba un mismo curso fatal previo.

Si matar “nunca” puede ser un medio adecuado, no se podría justificar el actuar de quien mata en legítima defensa. Acción homicida que, pese a su gravedad, sí puede resultar adecuada, conforme a derecho, según las circunstancias del caso²³.

Y, conforme lo dicho, en casos de comunidad de peligro matar sí puede ser un medio adecuado para conseguir un fin justo: no hay un disvalor en esa conducta, dado que de hecho todos iban a morir; es la única forma de salvar vidas.

²² Ej. caso de siamesas con diagnóstico médico de certeza de muerte inminente en caso de no ser operadas para separarse; pero que a su vez hay un diagnóstico médico de certeza de muerte que de ser separadas una de ellas no vivirá. Este es un caso real (siamesas Jodie y Mary) extraído de Rachels (2006).

²³ Haber actuado en defensa propia o de un tercero ante una agresión ilegítima. No haber provocado, en forma suficiente, la situación de peligro. Haber utilizado, en la defensa, un racional respecto de la agresión. *Nomen Iuris, Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación* ISSN 2618-3641 N° 2, 2019

iii. Crítica al argumento de imposibilidad de imponer una obligación de sacrificio por solidaridad

Este argumento tiene, al menos, estos problemas:

1- Al igual que en la fundamentación centrada en el derecho a la vida, aquel “deber de tolerar” es una observación parcial del problema. Es sólo el punto de vista de la víctima, lo que lo torna circular: si sólo importa la visión de la víctima, obviamente que será injusto obligarla a tolerar el accionar (Wilenmann von Bernath, 2016).

El análisis de la justificación de la muerte no puede centrarse en los intereses individuales del sujeto sobre quien recae la acción. Si bien en un Estado de Derecho respetuoso de la igualdad y libertad no pueden imponerse obligaciones de tolerar el propio sacrificio por solidaridad, todavía resta preguntarse si puede justificarse el actuar del tercero que en casos de estado de necesidad actúa en base al número de vidas que puede salvar.

2- El “deber de tolerar” una intromisión a una esfera individual para justificar un estado de necesidad sólo funciona para casos que no son de comunidad de peligro vitales; para casos de estado de necesidad agresivo generales, en el sentido de que no son vidas humanas los bienes en conflicto. Casos donde el actuar del tercero significa imponer al afectado un peligro que antes no le pesaba sobre un bien conmensurable (ej. la propiedad) con el fin de evitar otro mayor; y que tendrá el deber de soportar, toda vez que reporta beneficios supra-individuales. Por ejemplo: desviar una inundación a un campo sembrado para evitar que arrase con residencias habitadas, sacrificándose la propiedad del dueño del campo (bien disponible) en pos de salvar las vidas/integridad física de los residentes. En este ejemplo de estado de necesidad “general” (en el sentido de que no son vidas humanas los bienes contrapuestos) se impone un destino perjudicial al dueño del campo que antes no pesaba sobre él, en base a un deber de solidaridad supra-individual que habilita, en forma excepcional, a vulnerar su esfera individual en pos de la preservación de un interés mayor.

En cambio, en los supuestos de comunidad de peligro vitales no nos encontramos ante esos casos. Aquí la fundamentación no surge del deber de tolerar de parte del titular del bien afectado, sino exclusivamente de la protección de un “interés preponderante” (disminución del mal). Al ser un supuesto de comunidad de peligro (destino fatal, inminente, previo y común a todos) el destino muerte no es impuesto por el tercero, y por tanto no es modificado para que unos mueran y otros no. No se impone al afectado un deber de tolerar un destino distinto de que ya tenía. No se pide al afectado que soporte un peligro que le era extraño, que asuma una situación de muerte nueva que deba tolerar. El tercero, en vistas a evitar un daño mayor, interviene en aquel curso fatal ya impuesto, y anticipa el resultado que se iba a producir, para impedir un daño mayor.

Así, aquella imposición de una obligación de sacrificio por solidaridad en casos de comunidad de peligro no es tal. El tercero no impone un destino fatal que ya no pesara sobre la persona y que por solidaridad deba aceptar. Ya dado aquel destino, actúa movido por la preservación de un interés preponderante.

*Críticas a argumentos morales de la concepción consecuencialista**Críticas al utilitarismo*

El utilitarismo consecuencialista en su búsqueda de “lo bueno” sólo pondera la importancia de los bienes en juego en base a la utilidad en términos de bienestar, y no según el número de vidas a salvar. Lo que podría devenir en resultados intuitivamente injustos, que nieguen la autonomía de las personas, la libertad y la igualdad²⁴.

Permitiría realizar ponderaciones cualitativas: salvar a una persona feliz, dejando morir a muchas infelices (mayor placer), a una instruida antes que muchas analfabetas (mayor utilidad). Según ésta las personas pasan a formar parte de un cálculo de utilidades, lo que es inadmisibles por el Derecho (Chiesa, 2011; Luzón Peña, 2012; Ortiz de Urbina, 2011).

A esas críticas pueden sumarse algunas objeciones desarrolladas por Lorenzo (2011):

1- Objeción técnica. Existe una dificultad para calcular las utilidades interpersonales, dada la falta de una medida valorativa de validez general, que permita saber qué reporta más o menos utilidad social (v.gr.: qué cosecha representa más bienestar para los vecinos).

2- Objeción normativa. Se le critica al utilitarismo obviar la autonomía del individuo (libertad, dignidad), la que no puede pasarse por alto al justificar las injerencias en las esferas jurídicas individuales. Al utilitarismo sólo le importa el beneficio global de una acción para la sociedad, prescindiendo de las repercusiones que pueda tener para sus miembros el sacrificio de sus derechos en pos del bienestar general.

3- Objeciones técnico-dogmáticas. Al prescindir el utilitarismo de la autonomía individual, y sólo fijarse en la mayor satisfacción del interés general, se acarrearán problemas con la configuración habitual de la causa de justificación, como la provocación del estado de necesidad, la distinción entre estado de necesidad defensivo y agresivo, etc. Para el utilitarismo sería indiferente, por ejemplo, que el titular del bien mayor (a salvar, destruyéndose el de otro, menor) sea el responsable de la amenaza inminente.

Crítica al consecuencialismo puro

Si bien considero que esta es la posición que debe mantenerse, su argumento de “mayor cantidad de bienes jurídicos salvados” es insuficiente para justificar la muerte de personas en casos de estado de necesidad. A ello necesariamente, como sostiene Luzón Peña, debe agregarse un límite en la dignidad personal²⁵: la no instrumentalización de las personas

²⁴ Se critica al modelo utilitarista penal de las justificaciones diciendo que: “aunque la sociedad en su conjunto resulte beneficiada con la preservación de un bien mayor de un individuo a costa del sacrificio de un bien menor de otro, el Estado no puede permanecer indiferente ante esa utilización de ciertos individuos en provecho de otros e indirectamente de la sociedad en su conjunto” (Nino, 1980: 476).

²⁵ En este sentido afirma que es fundamental “meritar la previa afectación” o no por peligro de los bienes en conflicto. No es lo mismo un bien jurídico intacto, que no esté en peligro, que un bien jurídico en peligro, dañado o destruido. La prioridad va disminuyendo en ese orden. A su vez, añade el autor que existe un límite a la ponderación en la dignidad de la persona. Afirma que hay consenso en que la dignidad humana es un límite infranqueable a la actuación en estado de necesidad y la ponderación de intereses. No *Nomen Iuris, Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación* ISSN 2618-3641 N° 2, 2019

(2012). Circunstancia que existirá sólo si es un caso de “comunidad de peligro”, donde las personas comparten un mismo curso fatal e inminente.

Así, si una conducta salva una mayor cantidad de vidas pero no respeta la dignidad de las personas en su trato como libres, por instrumentalizarlas, asignándoles un destino trágico que antes les era ajeno, no puede ser declarada conforme a derecho (v.gr.: caso del aguardagujas). Al igual que tampoco podría justificarse el homicidio de personas sobre quienes pesan distintos cursos fatales inminentes, ajenos entre sí, independientes (v.gr.: caso del trasplante de órganos).

Conclusiones

Entiendo que debe justificarse el actuar de quien mata a inocentes para salvar a otros si se trata de un caso de estado de necesidad con “comunidad de peligro”, donde la acción homicida “disminuye” la cantidad de muertes a producirse. Tal conducta no menosprecia el valor de la vida, ni la dignidad en el trato como libres e iguales.

De las posturas que se ocupan de discutir estos casos estados de necesidad con vidas en juego, considero que debe seguirse al consecuencialismo puro, pero con un límite en la dignidad personal. Ésta brinda una respuesta coherente con la protección de aquellos valores.

Del imperativo kantiano se derivan prohibiciones de valoración e instrumentalización, que son por demás valiosas. El Derecho no puede justificar conductas que no las respeten. Utilizar a una persona como un “mero medio” para un fin es una violencia a su consideración como persona autónoma, a su trato como libre, lo que no puede ser considerado correcto. Al igual que tampoco puede serlo un trato desigual en base a consideraciones intrínsecas de la persona, como raza, religión, sexo, etc.

Así, un saldo positivo de intereses (consecuencialismo puro) no es suficiente para la justificación de una acción típica realizada en estado de necesidad. Necesariamente, el interés preponderante de la conducta debe respetar la libertad e igualdad.

En tal sentido, es sabido que la ponderación de intereses es un escenario más amplio que una mera comparación de bienes en conflicto. Se deben considerar otras circunstancias relevantes que la mera comparación jerárquica o cuantitativa de bienes²⁶. Hay casos

se puede efectuar una intervención en estado de necesidad que vulnere directamente la dignidad personal, pese existir intereses *prima facie* superiores (ej. vidas en peligro de otras personas) (Luzón Peña, 2012).

²⁶ Luzón Peña señala que al instituto del estado de necesidad no le interesa salvar el bien más valioso, sino sobrellevar el conflicto de la mejor manera posible, justificándose la conducta que nos lleve al “menor de los males posibles” (Luzón Peña, 2012: 430)

En misma línea de pensamiento Silva Sánchez dice que al estado de necesidad interesa “solventar el conflicto surgido con la menor perturbación posible del ‘statu quo’, es decir, de las condiciones preexistentes en la sociedad antes de la aparición de aquél”. Afirma que al hablarse de males y no de bienes, se “encierra una cuestión de vital importancia. Porque frente a un planteamiento causal naturalístico anclado en la mera ponderación de bienes lesionados, una perspectiva valorativa, como es la que corresponde a un término del cariz de ‘mal’, debe examinar la pluralidad de aspectos y elementos concurrentes en la situación” (Silva Sánchez, 1982: 665).

donde pese a existir bienes preponderantes, la acción salvadora no puede ser justificada por no ser un medio adecuado para resolver el conflicto de intereses²⁷.

Una conducta que pese a salvar más vidas de las que sacrifica, lo hace a costa de la dignidad siempre será un “mal mayor” para la sociedad. Si se acepta traspasar ese límite se abre una caja de Pandora, una pendiente resbaladiza²⁸, en la cual se tendrían que justificar casos que intuitivamente no estaríamos dispuestos, como matar a una persona para sacarle sus órganos y así salvar a cinco (jugar con el destino) o torturar a una persona para conseguir x fin²⁹, o matar a personas de x religión por x motivo.

Así, nunca podrá haber un “interés preponderante” justificador del estado de necesidad si se actúa en base a ponderaciones cualitativas o instrumentalización de personas. Sin perjuicio de que en el caso en concreto puedan salvarse más bienes, el mal causado será mayor: provoca un estado del mundo disvalioso, donde se permite quebrantar la dignidad.

No toda vulneración a la vida implica una vulneración a la dignidad.

La anterior consideración parte de la base de que no toda acción homicida ataca la dignidad humana. Pueden distinguirse conductas que además de vulnerar la vida, también quebrantan la dignidad. La diferencia está en si se utiliza a la persona como un *mero* instrumento para un fin o no, o si se afecta el trato como iguales. Se puede quitar la vida a alguien sin, *adicionalmente*, instrumentalizarla como un mero medio para un fin, o sin hacerlo en base a consideraciones cualitativas de su valor. Como, también, vulnerarse la dignidad humana y no la vida (ej. torturar con determinado fin).

Así, como señala Hörnle (2010) pueden diferenciarse homicidios donde se lesiona la dignidad, como por ejemplo derribar el avión porque en los pasajeros de su interior son de x raza o x religión o incultos, o porque traerá menos costos económicos; de otros donde el matar sólo obedece a un motivo cuantitativo de salvar a una mayor cantidad de personas, sin franquearse, *adicionalmente*, la dignidad: en los que no se impone un curso fatal inminente e indefectible que antes no pesara; ni se toma la acción en base a

²⁷ “En otras palabras: la sola preponderancia de un interés no es suficiente para la justificación; se requiere además un juicio sobre la adecuación social del medio utilizado para resolver el conflicto de intereses” (Bacigalupo, 1986: 378-379)

²⁸ Aquí el argumento de la pendiente resbaladiza sí funciona, ya que si se vulnera la dignidad en estos casos, después no existe razón para que se vulnere en otros.

²⁹ Existe amplio consenso en que la tortura atenta contra la dignidad humana (Greco, 2007). No obstante lo dicho, comparto con Mariona Llobet Anglís que si bien el torturar no puede ser justificado mediante estado de necesidad, casos como el del *ticking bomb* sí pueden ser justificados mediante legítima defensa de terceros, sólo si se dan determinadas circunstancias: que el torturado sea responsable del mal que amenaza a terceros; que el mal sea inminente; que inocentes estén en peligro de muerte; que sea la única forma de evitar el mal. Bajo esas circunstancias, el caso se asemeja a la estructura de cualquier legítima defensa de terceros, que es “estructuralmente idéntico a aquél en el que un sujeto está a punto de apretar el dispositivo de una bomba y un agente de la autoridad le tiene a tiro” (Mariona Llobet Anglís, 2010: 23.) Caso que sería también idéntico en estructura al supuesto donde en el avión secuestrado por terroristas que se dirige a un centro urbano sólo se encuentren en su interior *culpables*, y no pasajeros inocente. En estos casos es de aplicación la legítima defensa de terceros, donde la situación de defensa necesaria “requiere intervenir en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos del sujeto penalmente competente por la fuente de peligro amenazante” (Balbo Lavilla, 1994: 263.), es el agresor quien debe cargar con las consecuencias del curso lesivo que él mismo ha generado responsablemente, lo que lo diferencia con el estado de necesidad, ya que el crimen se comete contra la persona que ha infringido la ley atacando a otros.

consideraciones cualitativas de las personas. Condiciones que reúne el matar inocentes en supuestos de “comunidad de peligro”.

Armonía del consecuencialismo puro con límite en la dignidad y el imperativo kantiano

Kant decía “actúa de tal manera que utilices a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, en todo momento como un fin y nunca meramente como instrumento”³⁰.

De esto surgen deberes de tratos como iguales (prohibición de valoración³¹) y libres (prohibición de instrumentalización³²), imperativos que no son controvertidos por la dogmática penal. Pero no una restricción de “contar vidas” (prohibición de suma: varias vidas no valen más que pocas), postulado que la doctrina dominante construye, a raíz del imperativo kantiano, para denegar la justificación de estos casos.

Considero que prohibición de suma es una errada derivación de la de valoración (si “ninguna vida vale más que otra”, entonces “muchas vidas no valen más que una”); que sólo puede tener sentido si es leída en términos cualitativos (“como ninguna vida vale más que otra, entonces una vida alfabeta no vale más que muchas analfabetas”).

Ahora, ese postulado no tiene sentido en términos cuantitativos, de suma. Como señala Luzón Peña (2012), hay un error lógico en considerar que si una vida no vale más que otra, entonces muchas vidas valen igual que una.

Este yerro podría traducirse en “si uno es igual a uno, entonces uno es igual a mil”. En términos proposicionales: $1 \leftrightarrow 1 \rightarrow 1 \leftrightarrow 1000$; lo que ostensiblemente no respeta las reglas de un razonamiento correcto.

Lo que surge del imperativo kantiano es la prohibición de valoración, que también vale para prohibir sumas de valoraciones: no puede justificarse el actuar de un tercero desvinculado que ante la situación trágica decide salvar a muchos alfabetos antes que a pocos analfabetos. Pero no una prohibición de suma netamente cuantitativa, desprovista de valoraciones cualitativas. Por lo cual, si nos interesa el trato de las personas como iguales, no debe negarse que más vidas valen más que pocas. Esto en la medida de que el razonamiento sea efectuado en términos cuantitativos, y no cualitativos.

De esto puede concluirse que en el caso que nos ocupa los números (consecuencias) sí pueden tenerse en cuenta en la construcción de un interés preponderante justificador, y esto no vulnera, necesariamente, el trato imparcial y de todas las personas y sus autonomías.

Las razones del consecuencialismo puro con límite en la dignidad, en casos de comunidad de peligro, brinda una respuesta consecuente con el respeto a la vida, la libertad e igualdad, al justificar la conducta de matar para salvar vidas.

Sin realizar valoraciones cualitativas declara correcta la conducta que maximice el resultado de mayor cantidad de vidas preservadas. Lo que es armonioso con el respeto a

³⁰ Cita extraída de Hörnle (2010: 18).

³¹ “... como en la persona de cualquier otro...”.

³² “... y nunca meramente como instrumento.”

la igualdad y al valor vida (entendido como bien de mayor importancia, inconmensurable); y con el trato el trato como libres: el tercero, en esos casos, no instrumentaliza a las personas; no asigna o transfiere un mal de unos a otros; sólo interviene en un curso causal trágico previo y común, y aminora sus consecuencias.

Así, existen buenas razones para justificar el derribo de un avión secuestrado a punto de impactar con un centro urbano o todo otro supuesto³³ de comunidad de peligro donde la conducta salvadora no verse en trasladar el peligro de una esfera a otra “para” salvarla, sino que sólo verse en minimizar el daño que en curso sobre todas las esferas individuales.

Por el contrario, no deberían justificarse casos fuera éstos, como el del trasplante de órganos o el del agudagujas (o el desvío del avión hacia otro centro urbano donde hubiera menos personas), donde sobre las personas no pesa un peligro común.

Bibliografía

ARMAZA GALDOS, Julio E. (1993). “El estado de necesidad justificante”, Anuario de Derecho Penal, Alicante, disponible en: [«http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1993_04.pdf»](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1993_04.pdf)

BACIGALUPO, Enrique (1986). Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad, Buenos Aires, Ed. La Ley.

----- (1999). Derecho penal, Parte general, 2da. Ed., Bs. As. Ed. Hammurabi.

BALBO LA VILLA, Francisco (1994). Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las “situaciones de necesidad”, Barcelona, Passim.

BOUZT, Andrés, CANTARO, Alejandro S. y NAVARRO, Pablo E. (2007). “El fundamento Jurídico de un Derecho de Necesidad”, Discusiones N° 7, pp. 113-153.

CHIESA, Luis E. (2011). “La Mignonette”, en Sánchez Ostiz, P. (Coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, Madrid, La Lay, Madrid.

CORTÉS DE ARABIA, Ana M. (2005). “Causas de justificación”, en Lascano, Carlos J (Dir), Derecho Penal, Parte General, 1ed., Córdoba, Advocatus, Córdoba, Lección 12, pp. 441-467.

DE LA RUA, Jorge y TARDITTI, Aida (2014). Derecho Penal. Parte General, Tomo 1, Buenos Aires, Hammurabi.

DWORKIN, Ronald (2014). Justicia para erizos, 1era. Ed, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, Política y Derecho.

FRISCH Wolfgang (2016). “Derecho penal y solidaridad”, InDret 4, Barcelona, disponible en [«http://www.Indret.com/pdf/1255.pdf»](http://www.Indret.com/pdf/1255.pdf)

³³ Por ejemplo: la operación de siamesas.

- GARRIDO, Aleksandro P. (2016). “La lucha antiterrorista y el nuevo sistema de seguridad internacional tras el 11 de septiembre: ¿una consecuencia lógica?”, *Foro int [online]*, vol.56, n.4, pp.941-976, disponible en: [«http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/doctrina44534.pdf»](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/doctrina44534.pdf)
- GRECO Luis (2007). “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs”, *InDret*, 2, Barcelona, disponible en: http://www.Indret.com/pdf/423_es.pdf
- GÜNTHER, Hans-Ludwig (1995). “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal”, trad. Luzón Peña, en Luzón Peña/Mir Puig (Coord.), *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, Pamplona, Ed. Aranzadi, p. 45.
- HÖRNLE, Tatjana (2010). “Matar para salvar muchas vidas”, *InDret*, 2, Barcelona, disponible en: [«http://www.Indret.com/pdf/744_es.pdf»](http://www.Indret.com/pdf/744_es.pdf)
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel (2006). *Derecho penal del enemigo*, 2° ed., Madrid, Thomson.
- JÖRG Luther (s.f.). “Razonabilidad y dignidad humana”, disponible en: [«http://www.ugr.es/~redce/REDCE7pdf/13JorgLUTHER.pdf»](http://www.ugr.es/~redce/REDCE7pdf/13JorgLUTHER.pdf)
- LLOBET ANGLI, Mariona (2010). “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, *InDret*, Barcelona, disponible en: [«http://www.raco.cat/index.php/Indret/article/viewFile/226143/307716»](http://www.raco.cat/index.php/Indret/article/viewFile/226143/307716)
- LUZÓN PEÑA, Diego M. (2012). *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2° ed., Valencia, Tirant.
- MARTÍN LORENZO, María (2011). “Los límites de la justificación o reivindicación de un espacio para las excusas”, *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Eds. del Puerto 2009/B.
- MIR PUIG, Santiago (2007). *Derecho Penal Parte General*, 7° ed., Barcelona, Reppertor.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (2011). “Caso de los intermediarios en secuestros”, en Sánchez Ostiz, P. (Coord), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, capítulo 26, Madrid, La Ley.
- (2006). “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura?”, en *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*, Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, disponible en: [«https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/ponderacion-extrema-justificable-tortura-323919»](https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/ponderacion-extrema-justificable-tortura-323919).
- NILSEN, Kevin B. (2016) “Ley de derribo. Necesidad y conveniencia. Entre la demagogia punitiva y el riesgo real”, *Revista de Pensamiento Penal*, Buenos Aires, disponible en: [«http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/02/doctrina42874.pdf»](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/02/doctrina42874.pdf)

- NINO, Carlos (1980). Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito, Buenos Aires, Astrea.
- NÚÑEZ, Ricardo C. (2009). Manual de Derecho Pena, Parte General, 5ta. Ed, actualizada por Spinka, R., Córdoba, Lerner.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (2011). “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, en Pablo Sánchez Ostiz (Coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, Madrid, La Ley, capítulo 8, pp. 177-192.
- PAWLIK, Michael (2015). “Una teoría del estado de necesidad exculpante”, InDret, 4, Barcelona, disponible en: «<http://www.InDret.com/pdf/1175.pdf>»
- RACHELS, James (2006). Introducción a la filosofía moral, traducción de Gustavo Ortiz Millán, México, 1ra Ed. Español Fondo de Cultura Económica.
- ROIG Miguel A. y RUIZ Carlos Alb. (2006). “La valoración de la vida humana”, InDret, 4, Barcelona, disponible en: «<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122203/169323>»
- ROXIN, Claus (1997). Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Ed. Civitas S.A.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M. (2006). “La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de febrero de 2006, sobre la Ley de Seguridad Aérea, que autoriza a derribar el avión secuestrado para acometer un atentado terrorista, una cuestión de principios”, Revista española de derecho constitucional, nº 26, Madrid, disponible en: «<file:///C:/Users/ignar/Downloads/REDC77.010.pdf>»
- SÁNCHEZ DEFAUCE, Mario (2014). “El abatimiento de un avión secuestrado”, InDret, 4, Barcelona, disponible en: «<http://www.Indret.com/pdf/1076.pdf>»
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (1982). “Sobre el estado de necesidad en el derecho penal español”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fascículo III, p. 671, Madrid.
- VILA, Ivó Coca (2011). “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, InDret 1, Barcelona, disponible en: «<http://www.InDret.com/pdf/789.pdf>»
- WILENMANN VON BERNATH, Javier (2016). “Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad”, InDret 1, Barcelona, disponible en: «<http://www.InDret.com/pdf/1201.pdf>»



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons

Atribución – No Comercial – Sin Obra Derivada 4.0 Internacional