



**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL**

**F.C.J.S.**

**MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

Tesis

“Sistema de justificación y situaciones límite. Una aproximación al estado de necesidad justificante en colisión de bienes de igual jerarquía”

Alumno: CANTARD, Nicolás

DNI: 32.059.464

Mail: [nico\\_cantard@yahoo.com.ar](mailto:nico_cantard@yahoo.com.ar)

Director de tesis: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando

Junio de 2019



## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Situación problemática**

El atentado del 11 de Septiembre en Nueva York ha cambiado notablemente la manera en que los Estados del mundo occidental reaccionan frente a determinadas fuentes de riesgo. La seguridad implementada en los aeropuertos de todos los países da testimonio suficiente del endurecimiento de medidas preventivas. La lucha contra el terrorismo internacional se ha convertido en el máximo fundamento de todas estas acciones.

Hay suficientes motivos para que esto sea así. En efecto, además del citado atentado de 2001 en la ciudad norteamericana, le siguieron el del 11M en Madrid, en el año 2004, el 7J en Londres al año siguiente, y los recientes ataques en París en 2015, y Bruselas en 2016. Particular relevancia tienen los tres primeros, ya que ocurrieron a través del sistema de transporte, aéreo en el primer caso, y de metros/subtes, en los dos restantes.

Entre las diversas medidas adoptadas, con el fin de evitar esas situaciones trágicas, se encuentra el dictado de una normativa por demás cuestionable. Me refiero puntualmente a aquellas decisiones gubernamentales de sancionar leyes y/o decretos que permitan derribar un avión que se encuentre fuera de control, aun cuando en dicho avión se encuentren pasajeros inocentes, esto es, ajenos al hecho que motiva la mencionada reacción.

En este punto se hace menester indicar que la situación de hecho de la que se parte es aquella en la cual se presentan, sin equivocidad alguna, las siguientes características:

1. Transporte público comandado por un sujeto plenamente responsable, en el que se encuentran pasajeros ajenos a la actividad de quien lo comanda;
2. Seguridad plena respecto de la voluntad lesiva por parte del “autor” del hecho;
3. Identificación indubitable del *objetivo* del autor;
4. Presencia de personas en el objetivo del autor, también ajenas al hecho, cuya vida se verá lesionada si no se interrumpe el trayecto del transporte;
5. En caso de que el autor logre su objetivo, se cuenta con la muerte segura de todos los pasajeros, y de las personas situadas en “el objetivo”;
6. Inexistencia de un medio alternativo menos lesivo para evitar el hecho lesivo.



Se parte de estos presupuestos, a los fines de circunscribir la discusión tomando en cuenta *esas* variables, y no todas las posibles que pudieran suscitarse, pues si incluyéramos toda la casuística posible –lo que de por sí sería impracticable, pues la realidad siempre supera lo imaginable-, podría generarse una indeterminación tal que imposibilitaría el abordaje de la cuestión.

La doctrina científica 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 jurisprudencia, donde se reproducen las diversas posturas existentes a la hora de encontrar un fundamento material que legitime, o no, tales medidas.

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 existiese el temor fundado de que el avión hubiese caído en manos de terroristas que lo usarían para atacar contra vidas humanas, y que el Tribunal Constitucional Federal de aquél país tachó de inconstitucional en Febrero de 2006<sup>1</sup>, en tanto lo consideraba incompatible con el derecho a la vida y a la dignidad humana del pasaje a bordo del avión no involucrados en el hecho.

Un camino similar ha tomado España con su Ley Orgánica de Defensa Nacional del año 2005 que, en su art. 16 inc. d), 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. Hasta el momento, el Tribunal Constitucional español no se ha expedido sobre la validez o no de dicha normativa.

En Argentina, el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 228/2016 del 21/01/2016, que declara la "Emergencia de Seguridad Pública", en las "Reglas de Protección

---

<sup>1</sup> BVerfG, 1 BvR 357/05



Aeroespacial” que figuran en el Anexo I, autoriza en su RPA 004 al derribo y/o destrucción de "vectores incursores 'declarado hostiles'"<sup>2</sup>.

Esta situación pone de manifiesto la necesidad de ahondar en la discusión sobre la legitimidad de tales medidas, las que, independientemente de su sanción, deben contener un fundamento material que pueda conciliarlas con el Estado Constitucional de Derecho. En otras palabras, si bien el mencionado Decreto N° 228/2016 acentúa lo improrrogable del análisis, la justificación material, o no, de tales medidas corre con independencia de su sanción.

Asimismo, si bien la investigación se centrará en el supuesto de derribo de aviones, nada impide que no puedan considerarse, con los mismos argumentos, los casos en que el medio empleado no sea un avión, sino otro medio de transporte de pasajeros, como autobuses, trenes, metros, etc.

## **1.2. Marco teórico**

La discusión científica en torno al problema planteado dice relación con la ubicación sistemática de la propuesta de solución y, a la vez, refiere al problema neurálgico de la fundamentación de dicha solución. 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 (2.2.1.), hasta la afirmación de la plena

---

<sup>2</sup> En el punto IV, bajo el título "Definiciones" se indica que un vector o medio hostil es aquel "[m]edio/s aéreo/s, tripulado/s o no tripulado/s que por sus características, en el marco de la situación y exigencias de la misión, implica/n una probabilidad de daño o peligro a los intereses vitales de la Nación". Asimismo, se considerará "vector incursor" a "todos aquellos medios aeroespaciales (tripulados o no) identificados o no, empleados con fines incompatibles con los establecidos en el derecho aeronáutico nacional que:

a. Circulen en el espacio aéreo contraviniendo las normas y reglamentos vigentes.

b. No respondan o no acaten las instrucciones de los servicios de control de tránsito aéreo.

c. No respondan o no acaten las instrucciones ordenadas por la autoridad aeronáutica militar responsable de la defensa aeroespacial del Sector de Defensa".



responsabilidad criminal, sin que se admita ningún factor de exclusión del ilícito, la culpabilidad o la punibilidad (2.2.2.). En el medio de ambos extremos, la solución puede provenir de: la ausencia de antijuridicidad, por operar una causa de justificación (2.2.3.); la exclusión del injusto penal por tratarse de conductas no prohibidas pero tampoco justificadas (2.2.4.); la exclusión –o atenuación- de la culpabilidad, básicamente teniendo en cuenta factores de inexigibilidad o en relación a los fines de la pena (2.2.5); o, en última instancia, la existencia de razones preventivas que obstan a la punibilidad del delito (2.2.6).

A su vez, cada una de estas razones 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 y/o la dignidad humana, son derechos insusceptibles de ponderación.

### **1.3. Hipótesis de trabajo**

La hipótesis que quiere defenderse es que la muerte de pasajeros ajenos al ataque – terceros no agresores-, estaría justificada por estado de necesidad agresivo, pues no estamos en presencia de la colisión de bienes de *igual* jerarquía, en tanto no se trata sólo de ponderar vida contra vida, en igualdad de condiciones, sino *tiempo de vida presumiblemente prolongado* contra *tiempo de vida seguramente escaso*.

### **1.4. Objetivos**

#### *1.4.1. General*

Teniendo en cuenta la gravedad de la situación antes descrita<sup>3</sup> 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

---

<sup>3</sup> 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 s.



permita conciliar el ideal preventivo con el respeto de los derechos garantizados constitucionalmente.

En este sentido, entiendo que la solución debe provenir del sistema de causas de justificación en el seno del Derecho penal, sin caer en fundamentos de índole consecuencialistas o utilitaristas, que se basan<sup>4</sup> en constatar el “saldo” de vidas resultante de la resta de aquellas salvadas por sobre las sacrificadas, por lo que si ese “saldo” diera positivo, entonces la acción estaría justificada, y si diese negativo, no.

Particularmente, dentro del sistema de causas de justificación, entiendo que la propuesta de solución más plausible se encuentra en el ámbito del *estado de necesidad*. En este sentido, creo que existe una visión desacertada sobre el punto central de la discusión, y que no se trata sólo de ponderar vida contra vida, en igualdad de condiciones, sino *tiempo de vida presumiblemente prolongado* contra *tiempo de vida seguramente escaso*.

Para ello se parte de la base de que es incorrecto que la vida sea un bien insusceptible de ponderación y, por otro lado, que el tiempo de vida es un elemento indispensable en el análisis del juicio de ponderación.

Asimismo, se pretenderá poner de manifiesto que bajo el argumento de que hay bienes, intereses, o derechos, que no pueden ser ponderados porque se afectaría la dignidad de la persona, se esconde una petición de principio que termina asumiendo la elección de un derecho por sobre otro. Esto es, *ponderando* uno por sobre otro<sup>5</sup>. A mi modo de ver esta paradoja tiene como trasfondo explicativo, entre otros, el tabú naturalista de que una acción es más grave que una omisión.

Como puede observarse, el objetivo final de esta investigación es obtener un fundamento de la mayor abstracción posible, con argumentos sólidos y perdurables en el tiempo, que no dependan de la coyuntura situacional consistente en “contar vidas”, para de

---

<sup>4</sup> Permítaseme aquí el reduccionismo. Para un análisis detallado de todas las teorías, ver *infra* 2.2.

<sup>5</sup> 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.



esta manera proponer el sustrato material necesario para poder ofrecer una solución al conflicto de los bienes jurídicos en liza.

#### *1.4.2. Específicos*

Para arribar al objetivo general mencionado, será menester cumplir con los siguientes pasos:

- a) Exponer el estado de la discusión en torno al sistema de causas de justificación asentado en la doctrina dominante;
- b) Describir las causas de justificación existentes a los fines de determinar su posible aplicación al supuesto en estudio;
- c) Desarrollar, conforme lo que ha venido sosteniendo la doctrina científica, los fundamentos y presupuestos del estado de necesidad justificante;
- d) Indicar las diferentes interpretaciones que se han hecho sobre la temática específica, y los argumentos que se han expuesto para aceptar o rechazar las acciones preventivas objeto del trabajo;
- e) Analizar críticamente los fundamentos y presupuestos anteriormente desarrollados;
- f) Ofrecer una propuesta personal de interpretación de la causa de justificación bajo análisis;
- g) Someter dicha propuesta a las posibles críticas que se le pudieran formular, y contestar a las mismas en pos de fortalecerla.
- h) Escribir una conclusión, a modo de resumen, del trabajo de investigación.

#### **1.5. Justificación**

La investigación tiene, como se ha adelantado al exponer la situación problemática, una justificación práctica de gran importancia en la actualidad. El observar que los esfuerzos preventivos por parte de los gobiernos centrales pueden hallar obstáculos en el poder judicial, como de hecho ocurrió en Alemania, en tanto no exista una debida fundamentación teórica



que respalde las medidas preventivas necesarias para la evitación de este tipo de ataques, es una razón suficiente para adentrarse en el tratamiento de la problemática.

Con este trabajo se pretende realizar un aporte científico, que permita destrabar la situación de indefinición jurídico-constitucional existente. Se trata de una investigación teórica, pero con un objetivo eminentemente práctico.

### **1.6. Metodología**

El método a utilizar será el *inductivo-deductivo* ya que, en primer lugar se tratará de establecer pautas generales a través de los presupuestos lógicos de la causa de justificación en particular, para luego de ello poder aplicarlas al caso concreto objeto del trabajo. Si bien se analizará la doctrina y jurisprudencia al respecto, ello no significa que se trate, exclusivamente, de un método *lógico jurídico*.

Asimismo, se trata de un método *cualitativo y no experimental*, ya que no está previsto realizar ningún trabajo de campo, ni estadístico al respecto.

## **2. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

### **2.1. Introducción**

La situación problemática descripta aporta los datos suficientes como para encuadrar el supuesto de hecho dentro de aquellos que en la filosofía moral se denominan “conflictos trágicos”, “casos trágicos”, o “dilemas morales”<sup>6</sup>, 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 éstas, podemos hallar situaciones con posibilidad de salvación simétrica, asimétrica o unilateral<sup>7</sup>. La primera de ellas se caracteriza por el hecho de que los bienes jurídicos se encuentran en idéntica situación de riesgo, y con idéntica posibilidad de salvación, por lo que la determinación por cualquiera de ellos llegaría a la misma

---

<sup>6</sup> Así, tratándolos como sinónimos, Lariguet, “*Conflictos trágicos y derecho. Posibles desafíos*”, p. 318, nota 3.

<sup>7</sup> Cfr. Wilenmann, “*La justificación de un delito en situaciones de necesidad*”, §§ 900.



consecuencia para el otro. Será una situación asimétrica, en cambio, si uno de los bienes jurídicos se haya 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 sólo uno de ellos goza de esa chance, mientras que el otro está condenado a perecer.

En este apartado se pretende exponer, del modo más acabado posible, las aportaciones que ha hecho la doctrina sobre la temática en cuestión, sin ofrecer una valoración crítica sobre las mismas, más allá de algunas pequeñas acotaciones. El análisis de cada una de ellas se hará en el apartado 4.5., al momento de desarrollar la propuesta que –según entiendo- resulta más plausible, tanto desde su aspecto material como del político criminal.

## **2.2. Propuestas teóricas existentes en torno a la situación problemática**

### *2.2.1. 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 cuestión<sup>8</sup>, 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.

Sin embargo podría pensarse, y sólo se trata de una hipótesis por inferencia, que hay autores que estarían dispuestos a, al menos, discutir la concurrencia de tipicidad en el caso. Me refiero a aquellos que han postulado la relevancia jurídico penal de los cursos causales hipotéticos<sup>9</sup>. En efecto, la discusión en torno a este problema de imputación, dice relación con la pregunta por si una acción que causa un resultado reemplazando, *de esa manera*, un curso

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Sancinetti, “Principio de disminución del riesgo”, p. 11, nota 34; Samson, “*Cursos causales hipotéticos...*”, pp. 95 y ss., 113 y ss.



causal ya iniciado, que hubiera producido un resultado, con una probabilidad ex ante rayana en la certeza, igual o más gravoso que aquél 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 igual<sup>10</sup> 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*”<sup>11</sup>. 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”<sup>12</sup>.

Sin embargo, algunos autores también en estos casos 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 sólo resta esperar el desenlace<sup>13</sup>. En definitiva, sólo sería relevante el curso

---

<sup>10</sup> 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, ésta, ha “acortado la vida”. Sobre ello ver *infra* 4.6.1.

<sup>11</sup> Sancinetti, “*¿Incidencia de los cursos causales hipotéticos en el Derecho penal?*”, p. 6.

<sup>12</sup> Samson, “*Cursos causales hipotéticos*”, pp. 122 y ss., pp. 138 y ss.

<sup>13</sup> Sancinetti, “*¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos...*”, p. 1600; Así también Samson, “*Cursos causales hipotéticos...*”, pp. 140 y s. refiere que el principio de asunción como restricción al de intensificación se produce en los casos en que el autor de reemplazo aun tiene que realizar toda su acción o una parte de ella, puesto que si *ya* ha realizado todo lo que debía hacer, adquiere toda su significación el principio de intensificación nuevamente, en razón de que el autor ya estaría reemplazando pura causalidad natural.



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-”*<sup>14</sup>.

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 el mismo no es realizado por el primer autor, y al segundo no se le puede imputar -por lo anteriormente dicho-, Sancinetti propone establecer un principio que denomina “responsabilidad por subrogación”<sup>15</sup>, 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- siquiera siendo responsable del curso lesivo originado por el nuevo curso”*<sup>16</sup>.

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

---

<sup>14</sup> Sancinetti, “¿Incidencia...”, pp. 6 y s.

<sup>15</sup> También puede leerse como “principio de representación”, en Sancinetti, “Cursos causales hipotéticos y teoría de la diferencia”, pp. 688 y ss.

<sup>16</sup> 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.



del trayecto e impactando contra el suelo despejado unos minutos después<sup>17</sup>. Si bien la primera variante resulta poco probable de llevar a la práctica, la segunda es perfectamente posible. Entonces, o 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”<sup>18</sup>.

### 2.2.2. 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 Paños<sup>19</sup>, 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 “[l]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”<sup>20</sup>.

### 2.2.3. 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

---

<sup>17</sup> Insinúa esta posibilidad Martínez Cantón, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad”, p. 423.

<sup>18</sup> Sancinetti, “¿Son irrelevantes...?”, con otros ejemplos, p. 1602; Samson “*Cursos causales hipotéticos...*”, pp. 96 y ss., 106 y ss. Para más detalle sobre esto, ver *infra* 4.6.1.

<sup>19</sup> Cano Paños, “Caso de la Luftsicherheitsgesetz”, pp. 911 y ss.

<sup>20</sup> Cano Paños, “Caso de la Luftsicherheitsgesetz”, p. 934.



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 consecuencialista<sup>21</sup>. Diferenciándose del mencionado grupo, otros autores proponen una solución con fundamentos sustancialistas, recurriendo a causas de justificación tradicionales, ya sea el estado de necesidad defensivo, el consentimiento<sup>22</sup> presunto, o la colisión de deberes.

Desde una perspectiva de filosofía moral se posiciona Hörnle<sup>23</sup>, quien distingue, al momento de la fundamentación de la solución de tres casos hipotéticos<sup>24</sup> en los que centra su estudio, entre tener en cuenta una perspectiva neutral en relación al autor y la víctima, una perspectiva centrada en el autor, y una perspectiva centrada en la víctima. La *perspectiva*

---

<sup>21</sup> 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 a número de muertes o de valoración de la vida (para lo cual se sirven de métodos económicos), resulte una diferencia a favor del abatimiento.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> Hörnle, “Matar para salvar muchas vidas...”.

<sup>24</sup> 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.



*neutral*<sup>25</sup> 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 sólo 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*<sup>26</sup> 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 intencionadamente<sup>27</sup>, sino sólo con conocimiento. Sin embargo, aun cuando existe esta condición, el planteo sigue siendo consecuencialista<sup>28</sup>. Finalmente, la *perspectiva centrada en la víctima*<sup>29</sup> 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 sólo 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 tanto que 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

---

<sup>25</sup> Hörnle, “Matar para salvar muchas vidas...”, p. 9.

<sup>26</sup> Hörnle, “Matar para salvar muchas vidas...”, p. 10 y ss.

<sup>27</sup> 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 sólo a los casos de aborto indirecto y de eutanasia indirecta, pp. 466, 469.

<sup>28</sup> 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 que aplicar separadamente) para el caso de la causación intencional del mal”, en “Matar para salvar muchas vidas...”, pp. 10 y s. (el resaltado me pertenece).

<sup>29</sup> Hörnle, “Matar para salvar muchas vidas...”, pp. 14 y ss.



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 personas<sup>30</sup>.

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 excepción<sup>31</sup>, del principio general que impide la ponderación de vidas humanas<sup>32</sup>. 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 sólo está pensando en las personas *efectivamente salvadas*, sino en toda la sociedad que se ve beneficiada con la evitación de una masacre<sup>33</sup>.

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”<sup>34</sup>: 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

---

<sup>30</sup> Hörnle, “Matar para salvar muchas vidas...”, p. 21.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> Sánchez Dafaue, “El abatimiento de un avión secuestrado”, p. 7.

<sup>33</sup> Sánchez Dafaue, “El abatimiento de un avión secuestrado”, p. 8.

<sup>34</sup> 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.



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 civil<sup>35</sup>.

También Wilenmann propone, igualmente orientado por criterios consecuencialistas<sup>36</sup>, la idea de una excepción como camino posible para la justificación de tales medidas cuando de lo contrario se llegaría a consecuencias “absurdas”<sup>37</sup>.

Luego de cuestionar las posturas que pretenden justificar la conducta en base a “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”<sup>38</sup>, y que los supuestos de “estado de necesidad trágico” deben ser separados de las reglas normales<sup>39</sup>, 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 asimétricas<sup>40</sup>, pero incluso también a supuestos de tortura<sup>41</sup> que “para evitar la muerte inmediata de millones puede resultar en condiciones hipotéticas justificadas”<sup>42</sup>.

---

<sup>35</sup> Sánchez Dafaue, “El abatimiento de un avión secuestrado”, p. 8 y nota 22.

<sup>36</sup> Como el propio autor lo reconoce, cfr. Wilenmann, “La justificación...”, §§ 917; El mismo, “La imponderabilidad...”, p. 41.

<sup>37</sup> Wilenmann, “Imponderabilidad...”, pág. 27, 45; El mismo, “La justificación...”, §§ 917.

<sup>38</sup> Wilenmann, “La justificación...”, §§ 912.

<sup>39</sup> Wilenmann, “La justificación...”, §§ 916.

<sup>40</sup> Wilenmann, “La justificación...”, §§ 917; En contra de la justificación por vía de excepción, Greco, “Las reglas detrás de la excepción...”, p. 10.

<sup>41</sup> Detalladamente en Wilenmann, “La justificación...”, §§ 667 y ss.

<sup>42</sup> Wilenmann, “La justificación...”, § 922; El mismo, “Imponderabilidad...”, p. 45.



Con otros argumentos, Ortiz de Urbina Gimeno entiende que de acuerdo al 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*”<sup>43</sup>.

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<sup>44</sup>, cuando se centra en una distinción –que reconoce poco frecuente entre los penalistas- entre consecuencialismo y utilitarismo, indicando<sup>45</sup> 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 que dice relación 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 consecuencialista<sup>46</sup>.

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,*

---

<sup>43</sup> Ortiz de Urbina Gimeno, “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, pp. 186 y s.

<sup>44</sup> Sobre la crítica al argumento consecuencialista en general, ver *infra* 4.6.5.

<sup>45</sup> Ortiz de Urbina Gimeno, “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, pp. 187 y s.

<sup>46</sup> Ortiz de Urbina Gimeno, “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*”.



*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*<sup>47</sup>.

Apartándose de criterios consecuencialistas, Martínez Cantón<sup>48</sup> 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 iguales<sup>49</sup>, que frente a la acción necesaria los pasajeros pueden responder –a su vez- en estado de necesidad defensivo<sup>50</sup>, 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 asimétrica<sup>51</sup>, 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”*<sup>52</sup>.

A partir de allí, considera que en la situación a ponderar no sólo 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”*<sup>53</sup>. Sin embargo esos elementos que agrega, que dicen relación con el objetivo del acto terrorista, sólo deben considerarse en caso que haya

---

<sup>47</sup> Ortiz de Urbina Gimeno, “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, pp. 190 y s.

<sup>48</sup> 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 s.

<sup>49</sup> Martínez Cantón, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, p. 417.

<sup>50</sup> Martínez Cantón, *“La ponderación en el estado de necesidad”*, p. 600.

<sup>51</sup> Cfr. Martínez Cantón, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, pp. 416, 418, 421. La misma, *“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, ver *infra* 4.6.

<sup>52</sup> Martínez Cantón, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, p. 416; La misma, *“La ponderación en el estado de necesidad”*, p. 600.

<sup>53</sup> Martínez Cantón, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, pp. 423, 435.



vidas por salvar, puesto que “*podría cambiar por completo la valoración jurídica*” del derribo si pierde su sentido “*salvador*” y sólo se trata de “*cambi[ar] el objetivo terrorista por otro algo menos dañino*”<sup>54</sup>.

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 autoridades<sup>55</sup>.

Para llegar a la solución justificante, Martínez Cantón introduce una variación a su posición anterior<sup>56</sup>, en la que negaba la aplicación del estado de necesidad cuando está en juego una situación grave para la dignidad de una persona<sup>57</sup>, 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*”<sup>58</sup>. 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

---

<sup>54</sup> Martínez Cantón, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, p. 428.

<sup>55</sup> Martínez Cantón, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, p. 443; La misma, “*La ponderación en el estado de necesidad*”, p. 600; Gimbernat, “El estado de necesidad: Un problema de antijuricidad”, pp. 229 y s.; 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 s. Ciertamente es 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.

<sup>56</sup> Como ella misma lo asume, cfr. Martínez Cantón, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, p. 437, nota 116.

<sup>57</sup> Martínez Cantón, “*La ponderación en el estado de necesidad*”, pp. 786 y ss.

<sup>58</sup> Martínez Cantón, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, p. 437.



*tiempo de ser protegido y el Estado debe actuar en consecuencia*”<sup>59</sup>. En pocas palabras, o existen dos intereses en juego y, por lo tanto, hay que ponderar, o existe un solo interés y entonces no sólo 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 Hirsch<sup>60</sup>. El profesor de Köln parte de la base de considerar a los supuestos de derribo de aviones secuestrados, o averiados<sup>61</sup>, 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”*<sup>62</sup>.

Considera que la prohibición de matar en estado de necesidad está reservada para su modalidad *agresiva*<sup>63</sup>, pero que no es así *ab initio* en supuestos de estado de necesidad defensivo<sup>64</sup>. Para fundamentar ello, y cuestionando el criterio referido a la cuantificación de vidas<sup>65</sup>, 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 peligro<sup>66</sup>, por lo que prohibir

---

<sup>59</sup> Martínez Cantón, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, pp. 438 y s. (el resaltado me pertenece).

<sup>60</sup> Hirsch, “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, pp. 1005 y ss.

<sup>61</sup> Con interesantes ejemplos reales, Hirsch, “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, pp. 1012 y s.

<sup>62</sup> Hirsch, “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, p. 1012.

<sup>63</sup> Hirsch, “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, p. 1031.

<sup>64</sup> 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 s.; Coca Vila, *“La colisión de deberes en Derecho penal”*, pp. 487 y s.

<sup>65</sup> Hirsch, “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, p. 1018.

<sup>66</sup> Hirsch, “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, p. 1019.



el derribo, obligando a ir a la muerte a los que todavía pueden salvarse, implicaría una “sobresolidarización” que no puede fundamentarse racionalmente<sup>67</sup>.

A la misma consecuencia justificante, aunque con argumentos diametralmente opuestos a los anteriormente considerados, llega Coca Vila en su reciente monografía sobre la colisión de deberes<sup>68</sup>. Cuestionando a la teoría del interés preponderante, como así también a toda fundamentación utilitarista, a las que agrupa bajo el concepto de “consecuencialistas y colectivistas”<sup>69</sup>, por entender que no resulta aceptable en un ordenamiento jurídico-liberal que respete el principio de autonomía personal<sup>70</sup>, propone una fundamentación triple basada en el principio de autonomía, el de solidaridad o, en defecto de ambos, el de razonabilidad práctica<sup>71</sup>, 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*”<sup>72</sup>.

En los supuestos de comunidad de peligros, que divide entre simétricas y asimétricas<sup>73</sup>, 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 alternativa<sup>74</sup>, 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 dispuesto, previamente, de las mismas chances de salvación que su

---

<sup>67</sup> Hirsch, “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, p. 1021.

<sup>68</sup> Coca Vila, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”.

<sup>69</sup> Coca Vila, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, p. 237.

<sup>70</sup> Coca Vila, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, p. 509.

<sup>71</sup> Coca Vila, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, p. 511.

<sup>72</sup> Coca Vila, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, pp. 509 y s.

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> Coca Vila, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, pp. 438 y ss.



contendiente en el conflicto<sup>75</sup>. Esto le permite a Coca Vila llegar a la conclusión de que actúa justificadamente el sujeto que se decide a 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<sup>76</sup>. Sin embargo, ese mismo fundamento le lleva a sostener idéntica solución para los supuestos de conflictos con posibilidades asimétricas de salvación, llegando incluso a sostener que el obligado podría, incluso, incumplir ambos deberes y también ello estar justificado o exculpado<sup>77</sup>. 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 tanto 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 intereses<sup>78</sup>.

#### 2.2.4. *Ausencia de injusto penal*

Una interesante propuesta ofrece Robles Planas, quien estima que si bien no puede hablarse de justificación, pues la víctima de la intervención no tiene ningún deber de tolerar la acción del necesitado, y por lo tanto puede defenderse legítimamente, la acción defensiva por parte del necesitado, o bien de un tercero en su lugar –cuando éste no puede empíricamente realizarla- “no constituirá un injusto penal”<sup>79</sup>, pues sucede que “la conducta en ciertas

<sup>75</sup> Coca Vila, “La colisión de deberes en Derecho penal”, pp. 471, 473, 474.

<sup>76</sup> Ver *infra* 4.6.

<sup>77</sup> 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, ver pp. 468, 492, 494. Por lo demás, es abiertamente contradictorio con otras manifestaciones en el texto, ver pp. 439 y ss.

<sup>78</sup> Coca Vila, “La colisión de deberes en Derecho penal”, pp. 483 y s.

<sup>79</sup> Robles Planas, “En los límites de la justificación...”, p. 471.



*situaciones de necesidad cae fuera de la dimensión específicamente penal porque ésta tiene como presupuesto que pueda formularse una máxima de actuación referida a situaciones concretas en las que existe una alternativa jurídica de conducta preferible”, quedando un espacio para “la no prohibición penal que no tendría que ver con la idea de exculpación y sí con la ausencia de desvalor requerido para todo injusto penal”<sup>80</sup>.*

Esto significa que el Derecho no puede emitir una norma de conducta dirigida a un ciudadano que se encuentra en una situación como la que aquí se analiza y que, a su vez, quiere mantenerse fiel al derecho. Dicha imposibilidad hace que la conducta del necesitado no pueda caracterizarse como penalmente injusta<sup>81</sup>.

Sin embargo, y pese a no configurarse un injusto penal, las facultades de defensa de la víctima de la intervención siguen intactos, por lo que puede repeler la conducta del necesitado con todos los medios a su disposición. En palabras de Robles Planas, *“la defensa seguirá siendo posible pese a que la conducta del que actúa no constituya un injusto penal”<sup>82</sup>*. Según entiendo, la consecuencia de ello es que la conducta del necesitado, aunque no sea antijurídica, no estaría justificada, pudiendo el afectado defenderse.

La base que sustenta esta solución *intermedia*<sup>83</sup> viene dada por los fundamentos de los deberes de tolerancia del sujeto afectado. Así, explica Robles Planas<sup>84</sup>, dicho deber puede surgir de la “responsabilidad por la situación de necesidad”, o bien por “solidaridad”. El primero de ellos legitimaría una intervención en la esfera del afectado con la pérdida de bienes de igual o mayor jerarquía, mientras que si el fundamento es la “solidaridad” la intromisión debería ser limitada y, en ningún caso, legitimar la pérdida de “bienes de importancia existencial”.

---

<sup>80</sup> Robles Planas, “En los límites de la justificación...”, pp. 465 y s.

<sup>81</sup> Robles Planas, “En los límites de la justificación...”, p. 468; Robles Planas, “Sobre la exclusión del injusto penal”, p. 199.

<sup>82</sup> Robles Planas, “En los límites de la justificación...”, p. 469 y s.

<sup>83</sup> Robles Planas, “Sobre la exclusión del injusto penal”, pp. 193 y ss., adhiriéndose, así, a quienes consideran la existencia de una exclusión del injusto penal entre la categoría de la antijuridicidad y la culpabilidad, en los casos de inexigibilidad.

<sup>84</sup> Robles Planas, “En los límites de la justificación...”, pp. 461 y ss.



En los casos en que se dan, como el que aquí se trata, una colisión de intereses en el que ninguno de los dos tiene que ceder ante el otro, sino que ambos merecen la misma protección por parte del ordenamiento jurídico, y además no es posible conservar a los dos bienes que, a su vez, son de igual valor, el Derecho es incapaz de resolver la situación en conflicto, por lo que *“la solución a la que fácticamente se llegue será la solución que el Derecho acoja y por ello no puede constituir un injusto penal”*<sup>85</sup>.

#### 2.2.5. 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 supralegal.

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 supralegal**”*<sup>86</sup>.

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”<sup>87</sup>, afirma la concurrencia de un estado de necesidad exculpante para los casos en los cuales el salvamento sucede por medio de la muerte de una persona *que no estaba ella misma en peligro*. Aunque para que ello proceda, parece reservarse ciertas

---

<sup>85</sup> Robles Planas, “En los límites de la justificación...”, p. 469.

<sup>86</sup> Frister, “Derecho penal. Parte general”, §20, nm. 26 (resaltado en el original).

<sup>87</sup> Como en nota 24.



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”*<sup>88</sup>.

Dentro de quienes abordan la temática desde la categoría de la culpabilidad, también se encuentra Roxin<sup>89</sup>. 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 pena<sup>90</sup>.

En su análisis se opone fervientemente a la consideración de una situación de justificación, tanto por razones fácticas como jurídicas. En cuanto a las primeras<sup>91</sup>, 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 caiga<sup>92</sup>. 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, 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 presione para que salve a las personas que se encuentren en tierra mediante el derribo de la aeronave, ciertamente*

---

<sup>88</sup> Frister, *“Derecho penal. Parte general”*, §20, nm. 28.

<sup>89</sup> Roxin, *“El derribo de aeronaves secuestradas para salvar vidas humanas”*, pp. 637 y ss.

<sup>90</sup> Roxin, *“Derecho penal. Parte general”*, §19.

<sup>91</sup> Roxin, *“El derribo de aeronaves...”*, pp. 667 y ss.

<sup>92</sup> Replica correctamente a este argumento Hirsch, *“El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”*, p. 1022.



*cargará con la culpabilidad del homicidio antijurídico de los pasajeros. Pero puede renunciarse a la pena*<sup>93</sup>.

Con anterioridad ya había manifestado la imposibilidad de hacer una ponderación de vida frente a vida<sup>94</sup>, en tanto considera que “[a]nte el Derecho toda vida humana...tiene el mismo rango; y no existe un diferente ‘valor de vida’”<sup>95</sup>, por lo tanto “matar a una persona, aunque esté perdida de todos modos, sigue siendo un acortamiento arbitrario de su vida”<sup>96</sup>. Sin embargo, y pese a la rotunda afirmación que le da título al párrafo<sup>97</sup>, luego admite que en algunos casos sí puede existir una ponderación de la vida humana en el marco del estado de necesidad justificante<sup>98</sup>.

#### 2.2.6. Ausencia de punibilidad

Por último, también hay quienes sostienen que las consecuencias jurídicas para quien derriba del avión sólo 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 Córdoba<sup>99</sup>, 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).

---

<sup>93</sup> Roxin, “El derribo de aeronaves...”, pp. 672 y s. (el resaltado no es del original).

<sup>94</sup> Roxin, “Derecho penal. Parte general”, §16, nm. 29.

<sup>95</sup> Roxin, “Derecho penal. Parte general”, §16, nm. 29.

<sup>96</sup> Roxin, “Derecho penal. Parte general”, §16, nm. 34.

<sup>97</sup> El mismo reza: “No cabe la ponderación de vida frente a vida”, cfr. “Derecho penal. Parte general”, §16, III, d).

<sup>98</sup> Roxin, “Derecho penal. Parte general”, §16, nm. 37.

<sup>99</sup> Córdoba, “Estado de necesidad y exclusión de la personalidad...”.



En cuanto a los pilotos<sup>100</sup> sostiene que la acción también estaría justificada, en base a 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 Córdoba<sup>101</sup>, respecto de los pasajeros y la tripulación a bordo, quienes no se hayan 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 tanto no concurre en él el requisito de *cercanía* que debe tener con el bien jurídico puesto en peligro.

En consecuencia sólo 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 pena<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Córdoba, “Estado de necesidad y exclusión de la personalidad...”, p. 265.

<sup>101</sup> Córdoba, “Estado de necesidad y exclusión de la personalidad...”, pp. 266 y s.

<sup>102</sup> 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



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”, en tanto que al formar parte de una “comunidad de peligro”, su supervivencia representa un peligro para la vida de un número mayor de personas, lo que genera la necesidad de su neutralización<sup>103</sup>. 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’”*<sup>104</sup>.

### **3. ANÁLISIS DE LA EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD**

#### **3.1. Introducción**

En este apartado se propone exponer el desarrollo teórico en torno a la categoría de la antijuridicidad y su exclusión (3.2.), junto al de cada una de las causas de justificación en particular que se encuentran próximas al supuesto de hecho en estudio (3.3.1. a 3.3.5.), con la finalidad de poder demarcar normativamente el marco regulativo en cuestión.

#### **3.2. Sistema de las causas de exclusión de la antijuridicidad**

Desde que la teoría del delito comenzara a desarrollarse como un *sistema* conceptual, coherentemente integrado, con etapas de análisis progresivas que se mantienen hasta nuestros días, con independencia de las variaciones del contenido en cada una de ellas, la ubicación que se les dio a las causas de justificación siempre fue en la categoría de la antijuridicidad.

---

“comunidad de peligro” en estos casos, queda explicitada en “El derribo de aeronaves secuestradas para salvar vidas humanas”, p. 671 (ver *supra* 2.2.5.).

<sup>103</sup> Córdoba, “Estado de necesidad y exclusión de la personalidad...”, p. 273.

<sup>104</sup> Córdoba, “Estado de necesidad y exclusión de la personalidad...”, p. 277.



Asimismo, y postulando la necesidad de contar con un ordenamiento jurídico sin contradicciones, es que se defiende la idea de unidad del mismo<sup>105</sup>.

Allí, en la antijuridicidad, cumplen la función de excluirla, siempre y cuando se den determinados requisitos establecidos por el legislador para su procedencia. Las mismas responden a una estructura normológica diversa de aquellas otras que determinan la conducta prohibida o mandada, según se correspondan con delitos de tipo comisivos u omisivos. Es decir que, además de las normas de determinación, contamos con normas permisivas que autorizan a realizar acciones en un supuesto particular que, en general, estarían prohibidas.

En esto hay una coincidencia prácticamente unánime<sup>106</sup>, dejando a salvo la discusión en torno a la independencia o no de tales normas permisivas respecto de aquellas de determinación y, a su vez, de la posible distinción entre las categorías del tipo y antijuridicidad frente a una concepción bipartita que agrupe a ambas bajo una misma categoría, conocida como teoría del *tipo total de injusto*<sup>107</sup>.

Donde no existe tal consenso es en la caracterización, que insinúa el título de este párrafo, de que pueda hablarse de un “sistema” de las causas de justificación que pueda

---

<sup>105</sup> Roxin, “*Derecho penal. Parte general*”, §14, nm. 30 y ss.; Jescheck/Weigend, “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, §31, III, 1; Jakobs, “*Derecho penal. Parte general*”, §11, nm. 4 y ss.; Rodríguez Devesa, “*Derecho penal español. Parte general*”, p. 502; Maurach/Zipf, “*Derecho penal. Parte general*”, pp. 427 y ss.

<sup>106</sup> La excepción viene dada por construcciones que consideran que existe un “espacio fuera del derecho”, en la que determinadas situaciones no estarían prohibidas ni permitidas, por lo que el Estado no tendría nada por decir, independientemente de cuál sea la actitud adoptada por el autor, cfr. la amplia referencia a esta teoría que hace Cuerda Riezu, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, pp. 158 y ss.; o aquellas otras que postulan una antijuridicidad penal diversa a la del resto del ordenamiento jurídico, como es el caso de Günther, “*La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal*”, p. 49 quien indica que “*causas de exclusión del injusto penal son las causas de justificación de menor intensidad. No otorgan al hecho el marchamo de ‘permitido’ o ‘correctamente actuado’, y tampoco se pronuncian sobre la cuestión de la aprobación jurídica de la acción, sino que únicamente niegan una desaprobación especialmente intensa, jurídico-penal de la misma, mostrada indiciariamente por el tipo penal*” (el resaltado es del original).

<sup>107</sup> Concepción que aquí se prefiere, ver *infra* 4.6.3.. En este tema resulta de sumo interés el aporte de Ortiz de Urbina Gimeno, “*De moscas y agresores muertos...*”; Para una clarificadora, y breve, explicación sobre las posturas en cuanto a la relación entre tipo y antijuridicidad en las distintas posiciones de la discusión penal, ver Mir Puig, “*Derecho penal. Parte general*”, §6, II, 2, y §16, I, 2. y 3.



explicar la existencia de todas las causales de exclusión del ilícito bajo una perspectiva única y no, como entiende la mayoría de la doctrina<sup>108</sup>, que se trata de causales independientes que responden a fundamentos diversos dependiendo de cuál se trate. Según esto último podemos hallar teorías monistas o pluralistas.

Se sostiene que la imposibilidad de derivar todas las causas de justificación de un fundamento único que pueda condensarlas, se explica porque *“adolecen de un carácter excesivamente abstracto, debido a su naturaleza omnicomprendiva”* y *“no aportan criterios materiales operativos que permitan aprehender el contenido y estructura de las diferentes causas de justificación”*<sup>109</sup>, que *“el contenido de las causas de justificación concretas... cabe extraerlo teniendo en cuenta el respectivo estado de la sociedad concreta, y dicho estado, en todas las sociedades no primitivas, suele ser tan complejo que no hay una ‘fórmula de sociedad- quintaescenciada’”*<sup>110</sup>, que *“el número de causas de justificación de todas las partes del ordenamiento jurídico es tan grande y está sometido... a necesidades tan cambiantes, que unos principios unitarios, y que además tengan capacidad expresiva en cuanto al contenido, en todo caso sólo pueden tener una validez limitada”*<sup>111</sup>, con lo que resultaría necesario establecer una serie de principios que pudiesen explicar, alternativa o conjuntamente, cada una de las causas de justificación en particular. En ese sentido Roxin<sup>112</sup> menciona, el “principio de protección”, el “principio de prevailecimiento del derecho”, “principio de proporcionalidad”, “principio de ponderación de bienes” y el “principio de autonomía”, o en Jakobs<sup>113</sup> se pueden hallar el “principio de la responsabilidad”, el “principio

---

<sup>108</sup> Cfr. Antón Oneca, *“Derecho penal. Parte general”*, pp. 238 y ss.; Rodríguez Devesa, *“Derecho penal español. Parte general”*, p. 503; Roxin, *“Derecho penal. Parte general”*, T. I, §14, nm. 37 y ss.; Jakobs, *“Derecho penal. Parte general”*, §11, mn. 1 y ss.; Jescheck/Weigend, *“Tratado de derecho penal. Parte general”*, §31, II.

<sup>109</sup> Baldó Lavilla, *“Estado de necesidad y legítima defensa...”*, p. 39.

<sup>110</sup> Jakobs, *“Derecho penal. Parte general”*, §11, nm. 1.

<sup>111</sup> Roxin, *“Derecho penal. Parte general”*, §14, nm. 37.

<sup>112</sup> Roxin, *“Derecho penal. Parte general”*, §14, nm. 41.

<sup>113</sup> Jakobs, *“Derecho penal. Parte general”*, §11, nm. 3.



de la definición de intereses por parte de la propia víctima de la intervención”, y el “principio de solidaridad”.

Por el contrario, quienes consideran que puede existir un principio que explique todo el sistema de causas de justificación<sup>114</sup>, aducen que aunque cada eximente tenga sus particularidades, todas responden en último término a un principio o fundamento que les es común, esto es que *“la mayor parte de las teorías pluralistas defendidas son fácilmente reconducibles a una teoría monista, si ésta se formula de manera suficientemente amplia”*<sup>115</sup>.

En este sentido, Molina Fernández refiere que *“todas las causas de justificación responden al principio de ponderación de intereses”*<sup>116</sup>, entendido en un sentido amplio, referido a la inclinación por el “mal menor”<sup>117</sup>, pero no sólo teniendo en cuenta la *“comparación del valor absoluto de los bienes inmediatos que entran en conflicto”*<sup>118</sup>, sino que *“la ponderación de intereses debe ser compleja y atender a todo lo que está en juego, sean intereses directo o indirectos, teniendo en cuenta su respectivo peso, pero también el peligro que los amenaza, tomando en consideración la posible existencia de deberes especiales de sacrificio”*<sup>119</sup>.

---

<sup>114</sup> Cobo del Rosal/Vives Antón, *“Derecho penal. Parte general”*, p. 469, fundándolo en la idea del bien o interés preponderante. Sobre las teorías monistas, con amplias referencias bibliográficas, cfr. Roxin, *“Derecho penal. Parte general”*, §14, nm. 38; Jescheck/Weigend, *“Tratado de Derecho penal. Parte General”*, §31, II, 1.

<sup>115</sup> Molina Fernández, *“El Estado de necesidad como ley general...”*, p. 19.

<sup>116</sup> Molina Fernández, *“El Estado de necesidad como ley general...”*, p. 23.

<sup>117</sup> Molina Fernández, *“El Estado de necesidad como ley general...”*, p. 26.

<sup>118</sup> Molina Fernández, *“El Estado de necesidad como ley general...”*, pp. 27 y s.; Así también Córdoba Roda, *“Las eximentes incompletas en el Código penal”*, pp. 184 y ss., indica que el legislador al hablar de “mal causado”, indica que la ponderación que debe hacerse no es de bienes, sino entre los *males*, y que ese matiz es importante en tanto *“contribuye a aclarar la propia naturaleza de la eximente, tan alejada a la de una simple ponderación de bienes que resuelve en conflicto entre los intereses en colisión según el simple criterio de atribuir la primacía al más valioso”*; Martínez Cantón, *“Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”*, p. 417.

<sup>119</sup> Molina Fernández, *“El Estado de necesidad como ley general...”*, p. 29.



Últimamente se ha propuesto, por parte de un sector doctrinal en aumento<sup>120</sup>, fundamentar el conjunto de causas de justificación desde una teoría basada en la delimitación de esferas de libertad que, a través de los principios de autonomía y solidaridad<sup>121</sup>, establecen los deberes penales negativos y positivos, respectivamente.

Por otra parte, la doctrina vuelve a coincidir<sup>122</sup> en asignarle a las causas de justificación una estructura compleja, por lo que no basta la mera concurrencia objetiva de una situación justificante para tener efectos excluyentes del ilícito, sino que además debe completarse con una faz subjetiva consistente en el conocimiento por parte del autor de que actúa al amparo de una justificante<sup>123</sup>.

Las implicancias sistemáticas que ello tuvo en la teoría del delito fueron de suma importancia en el ámbito del error, pues al complejizar el ilícito se abandonó la antigua teoría del dolo y, como consecuencia de ello, la teoría unitaria del error, para pasar a diferenciar el error de tipo y el de prohibición, como manifestaciones diversas dentro de la teoría –así llamada- de la culpabilidad<sup>124</sup>. Sin embargo, el consenso alcanzado en cuanto a la estructura compleja del ilícito, se desvanece cuando se empezaron a discutir las consecuencias sistemáticas del error sobre las causas de justificación<sup>125</sup>.

### **3.3. Causas de justificación en particular**

---

<sup>120</sup> Baldó Lavilla, “Estado de necesidad y legítima defensa”, pp. 43 y ss.; Coca, “La colisión de deberes en Derecho penal”, pp. 248 y ss.; Palermo, “La legítima defensa. Una revisión normativista”, p. 215; Wilenmann, “La justificación...”, §§ 63 y ss.

<sup>121</sup> Ver *infra* 4.3.

<sup>122</sup> Aquí la excepción viene dada por aquellos que consideran que basta la constatación objetiva de la situación justificante, ver Zaffaroni/Alagia/Slokar, “Manual de Derecho penal. Parte general”, pp. 469 y ss.; Nino, Spindel, citas en Sancinetti, “Teoría del delito y disvalor de acción”, pp. 600 y ss.; Rodríguez Devesa y Carbonell Mateu, citas en Mir Puig, “Derecho penal. Parte general”, §16, nm. 15 (nota 6).

<sup>123</sup> Stratenwerth, “Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal”, p. 59 y ss.

<sup>124</sup> Sancinetti, “Casos de Derecho penal. Parte general”, pp. 439 y ss.; Fakhouri Gómez, “Teoría del dolo vs. Teoría de la culpabilidad...”.

<sup>125</sup> Cfr. por todos, Roxin, “Derecho penal. Parte general”, §14, nm. 51 y ss.



Luego de reflejar, en lo sustancial, el estado de la cuestión en torno a la teoría general de la exclusión de la antijuridicidad, habrá que ver el ámbito de aplicación de cada una de las causas de justificación en particular y así poder determinar si la problemática objeto de esta tesis puede ser subsumida en alguna de ellas y, en su caso, en cuál. Para ello deben analizarse los requisitos que presentan en sus particularidades.

Aunque en los diversos ordenamientos jurídicos pueden encontrarse más, o menos, justificantes, se observarán aquí sólo aquellas que presentan una conexión con el tema de investigación, de tal manera que puedan ser abarcadas por ellas.

### 3.3.1. Estado de necesidad<sup>126</sup>

El que, para evitar un mal que se ciñe sobre un bien propio o ajeno, del que no es competente ni tiene el deber de soportar, afecta un bien jurídico que puede ser aquél del que emanaba el peligro o no, de tal manera que -en la ponderación de intereses en pugna- el mal causado no sea mayor que el evitado<sup>127</sup>, está justificado por la causal del estado de necesidad.

---

<sup>126</sup> El C.P. argentino, en su Art. 34, inc. 3 refiere que, no será punible, “*el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño*”, mientras que el Art. 20.5 del C.P. español refiere que, está exento de responsabilidad criminal, “*El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1) que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; 2) que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; 3) que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse*”. Por su parte, el §34 del C.P. alemán establece: “*Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado de peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro*” (trad. de López Díaz, Claudia, publicado por la Universidad Externado de Colombia, 1999).

<sup>127</sup> Por el momento podemos dejar pendiente la discusión relativa a si tiene alguna relevancia, más allá de la obvia para quienes se atienen al tenor literal del texto, la diferencia que surge de las legislaciones mencionadas en la nota anterior entre que se “*cause un mal para evitar uno mayor*”, a que “*el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar*”, o que prevalezcan “*esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados*”.



Del concepto anteriormente ofrecido pueden extraerse los elementos constitutivos que permiten el amparo de esta justificante. Éstos son: 1) Situación de peligro para un bien propio o ajeno; 2) ajenidad del sujeto respecto a la creación del peligro; 3) lesión de otro bien jurídico como única vía de protección disponible; 4) que el mal causado sea menor/no sea mayor/esencialmente menor que el evitado; 5) que el necesitado no esté, por una posición especial, obligado a soportar el peligro.

En primer lugar debe existir una situación de peligro para un bien jurídico determinado que puede ser propio del necesitado, o bien de un tercero. Pero además esa situación de peligro debe ser actual<sup>128</sup>, lo que impide que uno pueda pretender evitar la afectación de bien que aún no se encuentra en riesgo, ni tampoco actuar luego de producida la lesión. Por otra parte, el sujeto legitimado puede ser el propio necesitado, esto es ser el titular del bien amenazado o, en caso contrario, un tercero que actúe en favor del necesitado.

Las particularidades con que pueden presentarse algunos de esos elementos han hecho que la doctrina se esmere en diferenciar al estado de necesidad en *defensivo*<sup>129</sup> y en *agresivo*, según la acción defensiva recaiga sobre el bien del que emanaba el peligro o sobre un bien ajeno a éste. Asimismo, y sólo en caso en que el mal causado no sea menor que el evitado, sino uno igual o mayor, puede tratarse de un estado de necesidad *disculpante*, como causa de exclusión de la culpabilidad, pero ya no *justificante*<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> Roxin, “*Derecho penal. Parte general*”, §16, nm. 17; Jakobs, “*Derecho penal. Parte general*”, §13, nm. 12 y ss.; además de la actualidad exige un requisito de *inmediatez*, Mir Puig, “*Derecho penal. Parte general*”, §17, nm. 35.

<sup>129</sup> Pawlik, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”, p. 13, nota 1, atribuye a Lampe haber “descubierto” este instituto jurídico en 1968.

<sup>130</sup> La, así llamada, teoría de la diferenciación es la doctrina ampliamente dominante tanto en España como en Alemania; Cfr. Cobo del Rosal/Vives Antón, “*Derecho penal. Parte general*”, p. 518; Antón Oneca, “*Derecho penal. Parte general*”, pp. 237, 263 y ss., 271 y ss.; Rodríguez Devesa, “*Derecho penal español. Parte general*”, p. 579; Silva Sánchez, “Sobre las actuaciones en una situación de necesidad...”, p. 156; Jescheck/Weigend, “*Tratado de Derecho penal. Parte General*”, §31, I, 4, §33, I; con matices respecto a la legislación española, Mir Puig, “*Derecho penal. Parte general*”, §17, nm. 29 y ss., aunque asumiendo que la legislación alemana favorece a la teoría de la diferenciación, parte de considerar que los casos de estado de necesidad exculpante deben ser reconducidos al miedo insuperable del art. 20.6 o en una eximente análoga, por



Esta última distinción es cuestionada por quienes, en absoluta minoría, propician una consideración unitaria del estado de necesidad que siempre excluiría la antijuridicidad, independientemente del valor de los intereses en pugna<sup>131</sup>. De lo cual se derivan consecuencias sistemáticas en materia de participación, de la imposibilidad de repeler en legítima defensa tales acciones, como así también en materia de error<sup>132</sup>.

Como reza el dicho popular, “no hay dos sin tres”. Y la tercera posición aquí viene dada por aquellos que, si bien basados en una concepción del injusto diferente, tratan a los casos de estado de necesidad por colisión de bienes de igual jerarquía como supuestos de “ausencia de responsabilidad por el hecho”<sup>133</sup>, o como pertenecientes al “ámbito libre del derecho”<sup>134</sup>, que no justificarían la conducta, pero tampoco la consideran antijurídica, o bien entienden que excluye el injusto merecedor de pena<sup>135</sup>. Esto es, se trata de casos “no prohibidos” por el Derecho penal.

### 3.3.2. *Legítima defensa*

---

lo que comparte con la teoría de la unidad que el estado de necesidad es siempre justificante, pero difiere con ella en que también lo sean las situaciones de conflictos de bienes equivalentes.

<sup>131</sup> Defienden la teoría de la unidad, en supuestos de equivalencia de los intereses en pugna, Gimbernat Ordeig, “El estado de necesidad: Un problema de antijuridicidad”, pp. 224 y ss.; Cuerda Riezu, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, p. 314; Tomás-Valiente Lanuza, “*El efecto oclusivo entre causas de justificación*”, p. 90; Córdoba Roda, “*Las eximentes incompletas en el Código penal*”, pp. 193 y ss.; Molina Fernández, “Caso de los intermediarios...”, pp. 501 y ss., con la salvedad de que introduce la categoría de la *justificación personalmente condicionada* para los casos en que se defienden intereses propios o de personas allegadas.

<sup>132</sup> Marcando las inconsistencias sistemáticas de la doctrina dominante en las consecuencias, Gimbernat, “El estado de necesidad: Un problema de antijuridicidad”, pp. 222 y ss.

<sup>133</sup> Así Bacigalupo, “*Derecho penal. parte general*”, pp. 387 y ss.; Maurach, “*Tratado de Derecho penal*”, T. II, §33, I, B; Hellmuth Mayer, citado por Gimbernat, “El estado de necesidad: Un problema de antijuridicidad”, pp. 219 y s.

<sup>134</sup> Arthur Kaufmann, “*Filosofía del derecho*”, pp. 405 y ss. Crítico con la misma, Cuerda Riezu “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, pp. 158 y ss., 223 y ss.

<sup>135</sup> Günther, “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal”, pp. 58 y s.; Robles Planas, “En los límites de la justificación...”, p. 469; El mismo, “Sobre la exclusión del injusto penal”, pp. 193 y ss.



La legítima defensa es, quizás, la causa de justificación menos cuestionada en la discusión científica en cuanto a su ubicación sistemática y requisitos constitutivos. En este sentido, siempre se le ha asignado la función de excluir la antijuridicidad del hecho a quien, para repeler una agresión ilegítima, de la cual no es competente, lesiona a otro mediante la utilización de un medio racionalmente necesario. Por el contrario, sí pueden identificarse diferencias, si bien no determinantes, respecto a los fundamentos legitimantes<sup>136</sup>.

El consenso alcanzado respecto a esta justificante, viene dado, en gran medida, gracias a las escasas diferencias legislativas que existen en los diversos ordenamientos jurídicos<sup>137</sup>. Por ello, la doctrina absolutamente dominante<sup>138</sup> entiende que el tipo objetivo de la legítima defensa, se compone de: 1) la agresión ilegítima; 2) la necesidad de defenderse (del modo en el que se lo hizo), y; 3) la falta de provocación por parte de quien se defiende.

---

<sup>136</sup> Roxin, “*Derecho penal. Parte general*”, §15, nm. 1 y ss., habla de los principios de “protección individual” y de “prevalencimiento del derecho”; Jakobs, “*Derecho penal. Parte general*”, §11, nm. 3, menciona al “principio de la responsabilidad”; Mir Puig, “*Derecho penal. Parte general*”, §16, nm. 39 y 40, menciona un aspecto individual y otro colectivo, y refiere que el fundamento es la “*defensa del Derecho en el marco de los bienes jurídicos individuales*”; Molina Fernández, “El estado de necesidad como ley general”, p. 33, defiende la idea del interés preponderante como fundamento único de las causas de justificación y, por ende, también de la legítima defensa.

<sup>137</sup> Así, según el C.P. argentino, en el art. 34 inc. 6, actualmente vigente, para que una persona pueda oponer una defensa legítima deben concurrir: 1- una agresión ilegítima; 2- una necesidad racional en el medio empleado al defenderse, y; 3- no debe haber existido una provocación por parte del agredido. El C.P. alemán, en su § 32, inc. 2, menciona el requisito de *necesariedad*, aunque sin requerir “racionalidad” en la misma, y a la agresión antijurídica le agrega el adverbio de “*actual*”. Por su parte, el C.P. español, en su art. 20, inc. 4º, es idéntico al argentino en cuanto a los presupuestos, aunque se encarga de aclarar qué se entiende por agresión ilegítima en cuanto al ataque de bienes y del domicilio.

<sup>138</sup> Cfr., con otras referencias, Jescheck/Weigend, “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, §32; Roxin, “*Derecho penal. Parte general*”, §15; Jakobs, “*Derecho penal. Parte general*”, §12; Stratenwerth, “*Derecho penal. Parte General I*”, §9, nm. 58 y ss.



En cuanto al primer requisito mencionado, que la agresión sea ilegítima quiere decir que sea antijurídica<sup>139</sup> y, por lo tanto, que provenga de una conducta humana. Con ella quedan fuera del ámbito de esta justificante, la defensa contra el ataque de animales, o contra riesgos que provengan de la naturaleza, los que podrían ser contrarrestados con los límites del estado de necesidad.

Por lo tanto, parece claro que si bien la legítima defensa es el ámbito de aplicación para la actuación contra los autores, pues éstos son los únicos *agresores*, no se encuentran dados los requisitos para justificar la muerte del resto de los involucrados, tanto pasaje como tripulación. En tanto estos últimos no cometen ningún hecho antijurídico, ninguna acción en su contra estaría justificada por legítima defensa.

### 3.3.3. *Colisión de deberes*

Se encuentra ante una colisión de deberes aquel sujeto que, en una misma situación, tiene ante sí dos normas de determinación en conflicto, que a su vez poseen un contenido normativo axiológicamente equivalente<sup>140</sup>, de tal manera que el cumplimiento de una, acarrea la infracción de la otra.

Según la doctrina dominante, cuando de colisión de deberes se habla, se trata de aquellas situaciones en las que las normas de conducta en pugna son de igual jerarquía, pues de otra manera estaríamos dentro del campo del estado de necesidad justificante.

Las opiniones en torno a la ubicación de la colisión de deberes dentro de la teoría del delito presentan una variedad tal, que no se condice con la cercanía de las consecuencias

---

<sup>139</sup> Diferente, entre otros, Jakobs, "*Derecho penal. Parte general*", §12, nm. 16 y ss.; Molina Fernández, "La legítima defensa del derecho penal", pp. 25 y ss.; Pawlik, "El Estado de necesidad defensivo...", pp. 18 y s., consideran que la agresión debe ser "culpable".

<sup>140</sup> Prefiero hablar de equivalencia valorativa de los deberes, y no de los bienes, puesto que existen situaciones en las que, a igualdad de bienes jurídicos, uno puede estar garantizado con un deber específico –por ej. por medio de un garante–, mientras que el otro con un deber genérico, lo que en mi opinión resulta determinante al momento de realizar la ponderación. Asimismo, esta definición, permite diferenciarlo de las situaciones en las que sí existe una equivalencia de bienes jurídicos, que la doctrina dominante sitúa al amparo del estado de necesidad exculpante, ver nota 130.



prácticas de cada una. Dejando de lado a autores que aisladamente consideran que se trata de situaciones que se encuentran en un ámbito libre o exento del derecho<sup>141</sup>, o que la impunidad se da por decaer el merecimiento de pena, debido a la disminución del injusto<sup>142</sup>, o bien que se trata de circunstancias que se resuelven a nivel de tipicidad<sup>143</sup>, la discusión mayoritaria gira en torno de considerar estos supuestos como una causa de justificación suprallegal independiente, quienes la entienden como una expresión ya del estado de necesidad justificante, ya del obrar en cumplimiento de un deber, y por último quienes la consideran como una causa de exculpación.

En la doctrina española las opiniones se encuentran divididas en cuanto a tratar la colisión de deberes como un supuesto de estado de necesidad justificante o dentro de la causal del obrar en cumplimiento de un deber<sup>144</sup>. Esto se debe a la falta de una regulación específica sobre el tema, pues el Código Penal español incluye dentro del capítulo de las causas que eximen de la responsabilidad penal, por una parte al estado de necesidad justificante en el art. 20 inc. 5, antiguo art. 8 inc. 7, y por otro lado la del 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<sup>145</sup>. Es Armin Kaufmann quien, en 1959, comienza a sostener

---

<sup>141</sup> Como en nota 106.

<sup>142</sup> Günther, “La clasificación de las causas de justificación”, pp. 58 y s.

<sup>143</sup> Así, en referencia a la colisión de dos deberes de acción, Baldó Lavilla, “Estado de necesidad y legítima defensa”, pp. 220 y ss.; Coca Vila, “La Colisión de deberes en Derecho penal”, pp. 190 y ss.

<sup>144</sup> 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 s., quien 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. En contra, incluyéndola dentro de la causal del 20.7, Cerezo Mir, “Derecho Penal. Parte General”, pp. 568 y s.

<sup>145</sup> Roxin, “Derecho penal. Parte general”, §16, nm. 100.



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 éste se exige un interés preponderante del bien salvado, mientras que en aquella basta con un interés equivalente<sup>146</sup>. 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 párrafo §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”<sup>147</sup>.

No obstante los obstáculos legislativos mencionados, sigue siendo mayoritaria la opinión que, cuando se trata de deberes equivalentes, considera que se trata de una causa de justificación supralegal<sup>148</sup>, independiente del estado de necesidad, mientras que la postura minoritaria prefiere tratarlo como supuestos de exculpación<sup>149</sup>.

En cuanto al fundamento para considerarlo como una causa de justificación y no como una de exculpación se han esgrimido distintos argumentos. Para Roxin se trata de 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*

---

<sup>146</sup> 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).

<sup>147</sup> Cfr. Roxin, “*Derecho Penal. Parte General*”, §16, nm. 100.

<sup>148</sup> Roxin, “*Derecho penal. Parte general*”, §16, nm. 107, indica que es “*una causa supralegal de justificación junto al estado de necesidad justificante, que no se puede abarcar por el §34, porque los intereses que hay tras los deberes son igualmente dignos de protección, mientras que el §34 requiere la preponderancia sustancial de uno de los intereses*”; Hirsch, “*La regulación del estado de necesidad*”, p. 129, sostiene que “*es suficiente para la justificación la igualdad de los deberes de acción que colisionan. Aquí se deja a la discreción del destinatario de la norma cumplir el deber de salvar la vida de A o el de salvar la de B; la omisión de salvar una de ambas vidas está, por tanto justificada*”.

<sup>149</sup> Con otras referencias, cfr. Jescheck/Weigend, “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, §33, V; Rodríguez Mourullo, “*La omisión de socorro en el Código penal*”, p. 232.



humano sujeto al mismo”<sup>150</sup>. Para Jakobs, si bien “la víctima a la que se desatiende tiene motivo para sentirse defraudada...la defraudación de la víctima afecta a expectativas no garantizadas jurídicamente”<sup>151</sup>. Stratenwerth encuentra el fundamento de la justificación en que el autor tiene que cumplir al menos uno de los deberes y si de este modo “se le hace imposible cumplir también el otro deber, su conducta, al estar en consonancia con un mandato jurídico, no puede ser anti-jurídica”<sup>152</sup>. Similar fundamento encuentra Bacigalupo al decir 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”<sup>153</sup>.

Otra particularidad a considerar es si, para hablar de una auténtica colisión de deberes, deben colidir sólo dos deberes de acción<sup>154</sup> o, también, se puede dar en caso que colidan uno de acción con uno de omisión. Ejemplo del primero caso es el supuesto en el que un padre se encuentra en una situación en la que varios de sus hijos están en peligro de muerte, pudiendo

---

<sup>150</sup> Roxin, “Derecho penal. Parte general”, §16, nm. 104.

<sup>151</sup> Jakobs, “Derecho Penal. Parte General”, §15 nm. 6, coincide con Arthur Kaufmann en que los casos en que coliden dos deberes de actuar de igual rango, “y sólo en ésta” (medida), se trata de un “ámbito exento de Derecho”, ver nota 11.

<sup>152</sup> Stratenwerth, “Derecho Penal. Parte General I”, §9, nm. 118.

<sup>153</sup> Bacigalupo, “Derecho Penal. Parte General”, p. 381.

<sup>154</sup> 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 s., 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 sólo 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”.



salvar sólo a uno y no a todos. Ejemplo del segundo caso se da cuando un médico para salvarle la vida a un paciente (deber de actuar) le trasplanta un riñón de otro paciente que se hallaba internado (deber de omisión). El ejemplo es drástico, pero debe recordarse que el requisito de la colisión de deberes es que estemos ante deberes de similar jerarquía, pues en caso contrario quedarían abarcados ya por el estado de necesidad. Si bien uno podría objetar que en el caso mencionado estamos frente a una lesión gravísima versus el salvamento de una vida, y esa diferencia habilitaría la justificación por estado de necesidad, debe recordarse que no será antijurídica siempre que *“la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana”*<sup>155</sup>.

En definitiva, la doctrina mayoritaria sostiene que la única situación de colisión de deberes que admitiría una justificación sería aquella en la que coliden dos mandatos, por lo que en los casos de conflictos entre deberes de actuar y de omitir, que tratan bajo el estado de necesidad agresivo, sólo estaría justificado quien respeta el deber de omisión, a menos que el de actuar prepondere *esencialmente* sobre el de omitir.

Ésta posición es criticada por quienes consideran, según creo yo con razón, que *“no siempre las conductas omisivas representan un injusto menor cuando el referido deber viene caracterizado no como una mera exigencia activa sino por una especial posición de garante de su destinatario de evitación del resultado”*<sup>156</sup>. También Mir Puig, entre otros<sup>157</sup>, se manifiesta en contra de la aplicación exclusiva a aquellos supuestos de colisión de deberes de acción, entendiendo que *“se da tanto en caso de concurrencia de **dos deberes de actuar,***

<sup>155</sup> Cerezo Mir, *“Derecho Penal. Parte General”*, p. 589.

<sup>156</sup> Álvarez, *“Aproximación a la colisión de deberes”*, p. 47.

<sup>157</sup> Así también 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, considera que debe encuadrarse la colisión de deberes bajo el supraconcepto del estado de necesidad, *“sean equivalentes o no, sean de acción o de omisión”*; Armin Kaufmann, *“Dogmática de los delitos de omisión”*, p. 167, incluso pareciera otorgarle preponderancia al deber de actuar por sobre el deber de omitir, siempre que sean equivalentes (ver nota 53), pues entiende que *“la magnitud valorativa del cumplimiento de deberes de obrar es –a igualdad del bien jurídico que ha de protegerse– mayor que la de deberes de omisión, porque el cumplimiento de un mandato plantea exigencias superiores que la observancia de una prohibición”*.



como cuando coliden *un deber de actuar y otro de omitir*<sup>158</sup>. En esta línea se pronunció la jurisprudencia del Reino Unido en el conocido “Caso de las siamesas”<sup>159</sup>, cuando se indicó que “*es importante recalcar que no hay ninguna diferencia según el matar se produzca por acción u omisión*”, puesto que la obligación negativa de respetar la vida no prevalece inexorablemente sobre la obligación positiva de protegerla<sup>160</sup>.

Las posiciones vuelven a dispersarse en torno a discutir si está justificada la conducta del autor en caso que los deberes que coliden tengan un fundamento diverso, por ejemplo uno derivado de una posición de garantía y otro del deber general de solidaridad, y el sujeto se inclinara por cumplir aquél genérico, infringiendo el deber derivado de su posición de garante. Un caso de este tipo se daría cuando un padre, al ver a su propio hijo, junto a otros niños, en una casa que arde en llamas, salva primeramente a otro niño, no logrando salvar a su propio hijo.

En este debate, la doctrina dominante se inclina por otorgar prevalencia al deber que se origina en una posición de garante sobre el deber “simple”. No obstante vale aclarar que esta premisa no es absoluta y habrá que considerarla en el caso concreto con los bienes e intereses que entren en juego, atendiendo al criterio de ponderación<sup>161</sup>.

Con ello vuelve a quedar claro que, independientemente de las particularidades que presente cada postura al respecto, lo decisivo a la hora de determinar la corrección o no de la conducta del sujeto es estar al principio rector del interés preponderante. Por esa razón, es que todavía hoy puede dudarse de lo adecuado de considerar a la colisión de deberes como una

<sup>158</sup> Mir Puig, “*Derecho penal. Parte general*”, §17, nm. 11 (resaltado en el original).

<sup>159</sup> Brevemente, el caso trata de unas hermanas siamesas, cuya vida conjunta no era viable más allá de unos pocos meses, y la operación quirúrgica para separarlas sólo permitiría la sobrevivencia de una de ellas, y la inexorable muerte de la otra. Para más detalles sobre el caso, ver Doménech Pascual, “¿Puede el estado abatir un avión con inocentes a bordo...”, pp. 394 y s.; Silva Sánchez, “Kant, el Derecho y el ‘caso de las siamesas’”.

<sup>160</sup> Cita en Doménech Pascual, “¿Puede el estado abatir un avión con inocentes a bordo...”, p. 395.

<sup>161</sup> 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 s. En contra, Frister, “*Derecho Penal. Parte General*”, §22 nm. 58, considera igualmente justificada la conducta, pues “*para el ordenamiento jurídico la vida de ambos niños tiene el mismo valor, de modo que la omisión de salvar al propio hijo está justificada por el salvamento del hijo ajeno*”.



auténtica causa de justificación, cuyos ámbitos de aplicación no puedan ser ya abarcados con los criterios generales del estado de necesidad<sup>162</sup>.

#### 3.3.4. *Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho*

Como consecuencia de considerar que existe una unidad del ordenamiento jurídico<sup>163</sup>, que, por lo tanto, presume de ser un sistema coherente pese a existir una multiplicidad de normas con jerarquías y ámbitos de aplicación de los más diversos, es lógico que exista una cláusula que deba manifestar, expresamente, lo obvio. Esto es, que no puede actuar contra derecho quien cumple aquello que el mismo derecho le obliga, o le concede, a hacer u omitir<sup>164</sup>.

Las distintas legislaciones penales coinciden, en gran medida, en la redacción de esta causa de justificación. Así, el código penal argentino<sup>165</sup> y el español<sup>166</sup> tienen una regulación casi idéntica, diferenciándose solamente en que el primero habla de “autoridad”, mientras que el segundo de “oficio”. En el ámbito alemán, por su parte, el código penal no tiene regulada una causal semejante, sin embargo la doctrina no ha cuestionado su existencia<sup>167</sup>.

Esta eximente contempla aquellos supuestos en que un sujeto realiza un hecho típico, en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, derivado de su oficio o

---

<sup>162</sup> Cfr. Maurach/Zipf, “*Derecho penal. Parte general*”, p. 427.

<sup>163</sup> Cfr. la discusión al respecto, en nota 106; Mir Puig, “*Derecho penal. Parte general*”, §18 nm. 3, considera que no es únicamente ése el fundamento de esta justificante, sino también la función de *última ratio* del Derecho penal dentro del conjunto unitario del ordenamiento jurídico.

<sup>164</sup> Cfr. Rodríguez Mourullo, “*Comentarios al Código penal*”, p. 105, plantea que sería “*el mayor de los contrasentidos que el ordenamiento jurídico, que obliga o autoriza a obrar de determinada manera, considerase luego esa misma conducta debida o permitida como antijurídica*”; Molina Fernández, “El estado de necesidad como ley general”, p. 42, considera que el obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho “*no es en sí misma una verdadera causa de justificación*”, por resultar superflua, pero que sirve “*para reconocer que existen reglas específicas de resolución de conflictos, que se diseminan por todo el ordenamiento jurídico y que toman la forma de derechos o deberes singulares*”.

<sup>165</sup> Art. 34, inc. 4°.

<sup>166</sup> Art. 20.7.

<sup>167</sup> Cfr. Jescheck/Weigend, “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, §35.



cargo, sea éste público o privado. La *especificidad*, tanto del deber o derecho como de la situación de procedibilidad, es lo que diferenciaría a esta eximente de otras semejantes, v.gr. de la colisión de deberes o el estado de necesidad. En otras palabras, aquí el sujeto lesiona un bien específico que está regulado por el propio ordenamiento, mientras que en las restantes mencionadas se trata de situaciones no previstas expresamente por el legislador, y por lo tanto quedan sometidas a un criterio de ponderación interpretativo. Otra diferencia viene dada por la cualidad del sujeto sobre el que recae el deber o derecho, que en estos casos sólo puede serlo aquél que tiene el deber o es titular del derecho, lo que no sucede con las otras eximentes, en los que el sujeto habilitado a actuar bajo su amparo es indeterminado. En este sentido se puede hablar de una *justificante especial propia*, de manera similar a lo que ocurre en la tipicidad con los delitos de infracción de deber<sup>168</sup>.

Con independencia de la discusión sobre la necesidad de contar con una justificante como la analizada<sup>169</sup>, se le atribuyen a la misma los siguientes requisitos: 1) Legitimación activa en el sujeto. Sólo están amparados por esta causa de justificación aquellos sujetos que tienen el deber jurídico, o bien son titulares del derecho, de actuar. Y además lo hacen en ejercicio de su cargo u oficio. 2) Necesidad. La acción lesiva debe ser necesaria para cumplir con el deber o ejercer su derecho, pues de otro modo no habrá justificación alguna o, en todo caso, un exceso por parte del agente.

Así las cosas, esta eximente sólo podría entrar en consideración en la medida en que exista una regulación específica que determine quién, cuándo y de qué manera se encuentra obligado a actuar. Mientras ello no sea así, no podrá proporcionar la solución al caso en estudio.

### 3.3.5. *Consentimiento presunto*

Se dejan de lado aquí las posibilidades de contar con un consentimiento expreso por parte de la víctima, en tanto resulta impracticable, por las propias características del supuesto

---

<sup>168</sup> Roxin, “*Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*”, pp. 385 y ss., pp. 742 y ss.

<sup>169</sup> Le adscribe un “rigor lógico un tanto discutible” Córdoba Roda, “*Comentarios al Código Penal*”, p. 360.



de hecho analizado, poder recabar dicha manifestación de la voluntad en el momento crítico en el que debe resolverse el modo de actuación.

Parte de la doctrina<sup>170</sup> considera que puede salvarse ese obstáculo 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. La inviabilidad de la propuesta es patente, puesto que la manifestación de voluntad así expresada no puede ser considerada como verdaderamente “libre”, en tanto de ninguna manera el firmante se encuentra ante sí con una situación como la que experimentará en el hecho concreto. En otras palabras, ante la alternativa de un improbable –en términos estadísticos- ataque terrorista en el avión que va a abordar y la imposibilidad de realizar el viaje, es obvio que el pasajero firmará el compromiso, sin que ello signifique que *en el caso concreto* preste su consentimiento para el derribo.

Por ello, sólo puede considerarse la posibilidad de un supuesto consentimiento presunto que permitiría justificar la acción de derribo. El mismo consistiría en que, dadas las circunstancias de hecho de las que se parte, el pasajero ante la certeza de una muerte segura consentiría el adelantamiento de su destino mortal en pos de evitar idéntico final para otras personas inocentes. Este argumento parte de la base de una supuesta actitud altruista del ser humano que, por más valiosa que sea, no puede presumirse. Menos aun tratándose del sacrificio de bienes personalísimos.

Por otro lado, tampoco se dan los requisitos que la doctrina ha considerado que deben darse para que la presunción del consentimiento del titular resulte válida y, por lo tanto, tenga un efecto justificante. Ello así porque es opinión absolutamente dominante<sup>171</sup> que los delitos

---

<sup>170</sup> 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.

<sup>171</sup> Cfr. Mir Puig, “Derecho penal. Parte general”, §19, nm. 14 y ss.; Jescheck/Weigend, “Tratado de Derecho penal. Parte General”, §34, II, 3; Cobo del Rosal/Vives Antón, “Derecho penal. Parte general”, p. 493; Rodríguez Devesa, “Derecho penal español. Parte general”, p. 506, menciona que debe haber un derecho de “disposición” sobre el bien jurídico.



contra la vida quedan excluidos del ámbito justificante por esta eximente. Especialmente si tenemos en cuenta que la actuación no redunda en beneficio alguno para el titular del bien sacrificado<sup>172</sup>.

## **4. DESARROLLO**

### **4.1. Introducción**

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 (4.2.), y cuáles son sus fundamentos (4.3.). Luego de ello, se verá que muchas de las propuestas dogmáticas de solución al conflicto deberían ser desacreditadas, pues parten de una premisa que considero errónea. Me refiero a la supuesta imponderabilidad de la vida humana (4.4.).

Asimismo, y como pudo observarse a lo largo de la exposición sobre el estado actual de las discusiones al respecto, resulta claro que detrás de las propuestas dogmáticas analizadas relativas a los conflictos de bienes de igual jerarquía, se encuentran distintas propuestas de solución, que deberán ser sometidas a su correspondiente crítica (4.5.1. a 4.5.4.).

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 (4.6.1.), pero también sobre las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta al realizar el juicio de ponderación (4.6.2.), y los fundamentos del deber de actuar que tiene el sujeto obligado (4.6.3.). 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 (4.6.4.) Finalmente, se expondrán las razones por las cuales el planteo que se ofrece no es puramente consecuencialista (4.6.5.).

### **4.2. El estado de necesidad agresivo como solución en el marco de la justificación**

---

<sup>172</sup> Cfr. Roxin “*Derecho penal. Parte general*”, §18, nm. 15 y ss.; Maurach/Zipf, “*Derecho penal. Parte general*”, §28, nm. 8 y ss.



El título que encabeza el párrafo tiene sentido frente a la inexistencia de una normativa específica que determine la 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 específica<sup>173</sup>.

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 éste, se trata de una defensa *agresiva*, en tanto las víctimas de la intervención –los pasajeros- son ajenas a la situación de peligro existente<sup>174</sup>. Y, 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 sólo 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.

---

<sup>173</sup> Molina Fernández, “El Estado de necesidad como ley general...”, pp. 51 y ss.; El mismo, “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.

<sup>174</sup> En contra, Hirsch, “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, pág. 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*”.



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, en tanto se parte de la base de que la colisión de deberes es una más de las manifestaciones en que puede presentarse el estado de necesidad<sup>175</sup>.

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 sólo 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 éste varía según la modalidad en la que se presente.

### **4.3. Fundamentos**

La pregunta por los fundamentos de un instituto dice relación con los motivos y/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. A modo de pregunta, ¿cuál es el motivo por el cual un hecho lesivo es, pese a ello, jurídicamente correcto?. Y si hablamos del estado de necesidad en particular, la pregunta por su fundamento tiene que estar orientada a determinar porqué 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 preponderante<sup>176</sup>. Que la noción del interés preponderante deba ir necesariamente adherida a alguna variante del utilitarismo, o deba basarse en un sistema jurídico de corte

---

<sup>175</sup> En un sentido inverso al aquí defendido, cfr. Coca Vila, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, p. 513. Sobre esta discusión ver *supra* 3.3.3.

<sup>176</sup> Para una crítica exhaustiva a la teoría del interés preponderantes, cfr. Coca, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, pp. 83 y ss., pp. 222 y ss., 509 y ss.; Cfr. Wilenmann, “*La justificación...*”, §§ 905 y s.; El mismo, “*Imponderabilidad de la vida humana...*”, pp. 31 y s.



consecuencialista y colectivista, no es, en absoluto, obvio<sup>177</sup>. 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 mismo<sup>178</sup>.

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 arribe, 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, permita 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 el alcance de las mismas, 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 personal<sup>179</sup>. A mi entender, el yerro proviene de la vinculación irreflexiva que se hace de esta teoría al consecuencialismo utilitarista. La noción del interés preponderante como criterio rector para la solución de conflictos, no implica que el sujeto individual deba sacrificarse en pos de la comunidad sin más<sup>180</sup>, sino que, dada una situación de conflicto en la

---

<sup>177</sup> Así, sin embargo, Coca, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, pp. 247.

<sup>178</sup> Advierte esta confusión terminológica Ortiz de Urbina, “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, pp. 187 y s.

<sup>179</sup> Coca, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, pp. 509 y s.

<sup>180</sup> Es más, en situación de conflicto entre intereses colectivos frente a intereses individuales, en principio se debe estar a la prevalencia de estos últimos.



que coliden dos o más intereses, esto es, dos o más sujetos individuales con sus respectivas autonomías personales<sup>181</sup>, la solución correcta deberá ser aquella en la que, ante la imposibilidad de satisfacer ambos, se salvaguarde el que prevalezca sobre el otro en un juicio de ponderación lo más amplio posible<sup>182</sup>.

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, 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, 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 solidaridad<sup>183</sup>, que es en esencia una institución que diluye al individuo en favor de un colectivo<sup>184</sup>. 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<sup>185</sup>.

---

<sup>181</sup> Baldó Lavilla, “Estado de necesidad y legítima defensa”, p. 46, habla de “interferencia entre esferas de intereses autónomas”.

<sup>182</sup> En este sentido también Molina Fernández, “El estado de necesidad como ley general...”, p. 34.

<sup>183</sup> Baldó Lavilla, “Estado de necesidad y legítima defensa”, pp. 163 y ss.; Coca Vila, “Entre la responsabilidad y la solidaridad...”, pp. 28 y ss.

<sup>184</sup> 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.

<sup>185</sup> Ver *infra* 4.6.4.



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 ambos<sup>186</sup>. Esta situación es, precisamente, la que ocurre en el supuesto en estudio. Así, es claro que el principio de autonomía no puede fundamentar la injerencia porque aquél 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*<sup>187</sup>, a menos que se esté dispuesto a aceptar la pérdida de todas las vidas en conflicto.

#### **4.4. El dogma de la imponderabilidad**

Según hemos visto en las distintas aportaciones doctrinarias referenciadas<sup>188</sup>, 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 humana<sup>189</sup>. Esto impediría, siguiendo ese argumento, la consideración

---

<sup>186</sup> Extrañamente ignora este supuesto, tratando los restantes, Pawlik, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”, p. 27 y ss.

<sup>187</sup> 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.

<sup>188</sup> *Supra* 2.2.

<sup>189</sup> En este sentido, la sentencia del BVerfG, 1 BvR 357/05; Sánchez Dafaue, “El abatimiento de un avión secuestrado”; Cerezo Mir, “*Derecho Penal. Parte General*”, pp. 588 y s.; Roxin, “El derribo de aeronaves...”; refiriéndose a la imponderabilidad de la dignidad humana, El mismo, “*Derecho penal. Parte general*”, §16, nm.



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 lo cual 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”*<sup>190</sup>. Ahora bien, esa “superioridad” sólo 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”*<sup>191</sup>. En definitiva, el citado autor 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 de la persona, o incluso del derecho como orden que debe ser mantenido frente a agresiones ilícitas, todo ello debe ser tomado en consideración”*<sup>192</sup>.

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 Wilenmann<sup>193</sup> a la teoría del interés preponderante, a la que le atribuye pretender *“esconder la*

---

29, nn.mm. 83/86; 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.

<sup>190</sup> 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”.

<sup>191</sup> Molina Fernández, “El estado de necesidad como ley general...”, p. 32.

<sup>192</sup> Molina Fernández, “El estado de necesidad como ley general...”, p. 34 (resaltado en el original).

<sup>193</sup> Cfr. Wilenmann, “La justificación...”, §§ 905/906.



*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 sólo es impracticable sino, incluso, indeseable. Y es que el análisis completo de las circunstancias que rodean el caso en cuestión, y en base a las cuales deberá realizarse el juicio de ponderación, sólo podrían hacerse en concreto.

Ahora bien, retomando la discusión en torno al "dogma", y como fuera adelantado en la *Introducción*, 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 el mismo entraña una petición de principio que termina justificando -sin fundamento alguno- la elección de un derecho sobre otro. Esto es, *ponderando* uno sobre otro<sup>194</sup>. Tengo para mí que 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.

Por otra parte, 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. Entre ellas estaría el entender que la

---

<sup>194</sup> Así también Coca Vila, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, p. 492; Robles Planas, “En los límites de la justificación...”, p. 472, 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”.



vida<sup>195</sup> se encuentra en un nivel inferior de ponderación respecto de la dignidad<sup>196</sup>. 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.

#### **4.5. Valoración crítica de las soluciones ofrecidas**

De lo esbozado hasta aquí resulta posible distinguir dos grandes grupos de propuestas de solución, de acuerdo con la tradicional distinción entre injusto y culpabilidad<sup>197</sup>, que merecen un análisis diverso. No obstante ello, aunque minoritarias, también merecen rebatirse aquellas propuestas que se ofrecen en la categoría de la punibilidad o en una categoría intermedia entre el ilícito y la culpabilidad.

##### *4.5.1. La exclusión de la punibilidad*

Si bien es absolutamente minoritaria la posición que observa que la solución a la situación problemática sólo debe considerar una exclusión de la punibilidad por faltar razones preventivas de pena, no por ello debe obviarse su tratamiento.

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 sólo 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.

---

<sup>195</sup> Siempre que mediante la muerte no se instrumentalice a su titular con fines ajenos, lo que ya sería violatorio de la dignidad humana.

<sup>196</sup> 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*”.

<sup>197</sup> Distinción que es cuestionada por calificada doctrina, Cfr. Molina Fernández, “El concepto de injusto en la evolución de la teoría del delito”; el mismo, “*Antijuridicidad penal y sistema del delito*”, pp. 501 y ss.



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 (vbg. 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 considerar a los mismos como elementos necesarios para afirmar la culpabilidad en sentido amplio del autor. Sin embargo esta variante es diferente a la aquí planteada, y la misma se analizará en el siguiente apartado.

#### *4.5.2. La exclusión de la culpabilidad*

Un importante sector doctrinario pretende 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 resultar 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 defensa<sup>198</sup> de

---

<sup>198</sup> Martínez Cantón, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, p. 432.



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 tanto opone una legítima defensa a favor de ellos, y en consecuencia, su actuación es conforme a derecho. Y ello es así pues es pacífica doctrina<sup>199</sup> 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 actúa lo haga por los móviles que fueran. En pocas palabras, aunque su propósito sea que el objetivo se cumpla, el hecho de actuar bajo los presupuestos de una causa de justificación, y que el mismo conozca que se dan esos presupuestos, son suficientes para tener por configurado su actuar conforme a derecho.

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 inadmisibles jurídicamente, amén de lo 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 correcto<sup>200</sup>. 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

---

<sup>199</sup> Cfr. Roxin, “*Derecho penal. Parte General*”, §14, nm. 94 y ss.; En contra, Hirsch, “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, pp. 1030 y s., requiere “*la voluntad de evitación del peligro (voluntad de salvación) en el estado de necesidad, la voluntad de defensa en la legítima defensa, etc.*”.

<sup>200</sup> Acertadamente crítico con este proceder, Molina Fernández, “Caso de los intermediarios de secuestros”, pp. 500 y s.



comportamiento lícito<sup>201</sup>. Ello por la sencilla razón de que, si no existe ninguna alternativa posible para calificar un comportamiento como correcto, 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 correcta<sup>202</sup>.

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 ambos<sup>203</sup>. Sin embargo ello se opone a la solución que, también la doctrina dominante<sup>204</sup>, propone para los casos de colisión de deberes de acción equivalente, esto es, que en los casos en que no pueden salvarse ambos, se debe salvar al menos uno de ellos. La patente contradicción<sup>205</sup> 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 justifica.

---

<sup>201</sup> 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.

<sup>202</sup> Así también, con otras referencias, Coca Vila “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, p. 154. 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*”.

<sup>203</sup> Molina Fernández, “Caso de los intermediarios de secuestros”, pp. 501.

<sup>204</sup> Con otras referencias, Coca Vila, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, p. 468 y ss.

<sup>205</sup> Marcando, acertadamente, esta contradicción, Coca Vila, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, pp. 490 y s.; 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 s.



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 autor<sup>206</sup>. Se sostiene que una conducta puede ser antijurídica y, sin embargo, eximir de responsabilidad al autor por no serle exigible al momento del hecho que, dadas ciertas circunstancias, se comporte de acuerdo a 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 posibilidades<sup>207</sup>, cuando en realidad tales pretensiones –correctas, por cierto– afectan directamente a la antijuridicidad de la conducta y no la atribución personal. En otras palabras, la norma de conducta que expresa un deber, sólo es tal en la medida de que su cumplimiento no requiera de conductas supererogatorias<sup>208</sup>. 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 -por un lado- 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 objeción de conciencia que a una causa de exculpación. Por el otro lado, se trata de alguien que ostenta una cualidad específica, pues se trata de un funcionario público, que impediría la vía de un estado de necesidad exculpante.

Todo ello no hace más que poner de manifiesto que la salida por vía de una exclusión de la culpabilidad, sólo tiene como fundamento central lo contraintuitivo de lo que resolvieran

---

<sup>206</sup> Acertadamente crítico con la ubicación en la culpabilidad, Robles Planas, “Sobre la exclusión del injusto penal”, pp. 195 y s.

<sup>207</sup> Ya sea su fundamento el de la doble reducción de la culpabilidad, o el de la ausencia de finalidades preventivas de penas, sean éstas generales o especiales, cfr. por todos Roxin, *“Derecho penal. Parte general”*, §22, nm. 7 y ss.

<sup>208</sup> 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?”.



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 que ha ocurrido o no un ilícito<sup>209</sup>.

#### 4.5.3. *La exclusión del injusto penal*

En cuanto a las posiciones que ofrecen una solución intermedia, como la de la exclusión del injusto penal, no serán aquí refutadas en cuanto a sus consecuencias, sino más bien en cuanto a sus fundamentos generales. En efecto, aquí se rechaza la idea que considera la existencia de una categoría autónoma entre la antijuridicidad y la culpabilidad, por distintas razones.

Respecto a aquellas posiciones que asumen la posibilidad de que existan conductas que no estén justificadas, esto es que sean antijurídicas, y sin embargo sean no-prohibidas, entiendo que contrarían la estructura lógica en la que se mueve el Derecho, en general, y las normas jurídico-penales, en particular, que es una lógica binaria. Una conducta es lícita o es ilícita, conforme a derecho o contraria a derecho, no existen matices en esas consecuencias.

Sin embargo, uno podría argumentar que toda ciencia social, y el Derecho es una de ellas, goza (o sufre) de la imposibilidad de ofrecer respuestas determinantes, puesto que todo

---

<sup>209</sup> 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 sólo 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 s.



está sujeto a criterios interpretativos, que pueden refutarse y, por lo tanto, son relativos. En otras palabras, en el Derecho no existen las verdades absolutas. Esto es cierto, pero precisa una aclaración. El Derecho, como herramienta reguladora de las relaciones sociales, es flexible, permeable, valorable, cambiante, porque el propio objeto de estudio lo es. Sin embargo, si todavía pretendemos que al Derecho se lo pueda catalogar de científico, las respuestas que se den a un determinado conflicto, tienen que ser susceptibles de calificarse como correctas o incorrectas, esto es, deben poder ser sometidas a un examen de falsación.

Por supuesto que no existe, al estilo de las denominadas “ciencias duras”, un método estricto para la formulación de proposiciones, como tampoco existe uno para someterlo a falsación. De todo lo que el Derecho dispone es de la argumentación, tanto para decir, como para contradecir. Pero dicha argumentación tiene que ser susceptible de ser falseada, es decir, de ser catalogada de correcta o de incorrecta. En caso contrario, todo vale, todo es lo mismo, en suma: el Derecho es todo, menos una ciencia.

Pues bien, como se dijo al principio de este párrafo, la lógica binaria de las normas jurídico-penales no implica que deba negarse que la sociedad se mueva en un plano extraño a toda rigidez. No reconocer ello, hasta donde alcanzo, fue el gran error epistemológico del finalismo. Sin embargo, lo dicho no es óbice para sostener que el Derecho se pronuncia sobre la corrección e incorrección de las conductas, de acuerdo a sus propios enunciados.

En definitiva, los matices sí existen en los hechos que deben calificarse, pero no en la calificación misma. En nuestro ámbito jurídico, ello es patente en el ámbito del ilícito penal cuando decimos que una acción tiene determinadas causas que la excluyen, que hay conductas típicas o atípicas, antijurídicas o justificadas, culpables o no culpables. Por supuesto que tanto el ilícito como la culpabilidad son graduables, y ello es lo que permite determinar la pena dentro de un marco penal con mínimos y máximos<sup>210</sup>, pero ello no significa que la pronunciación sea, al fin y al cabo, que hubo un ilícito o no, o que se actuó de manera culpable o no.

#### *4.5.4. La exclusión de la antijuridicidad*

---

<sup>210</sup> Cantard, “Acerca de la función del disvalor de resultado...”, pp. 24 y s.



Como puede observarse, aquí se comparte la idea de que la solución al derribo de aviones es la de considerarlo un hecho justificado, sin embargo los fundamentos que, dentro de este esquema, se pueden encontrar, son variados, y no todos ellos son compatibles con la idea que aquí se defiende.

Así, la mayoría de quienes consideran justificados los actos de derribo lo hacen apelando a consideraciones de tipo –netamente- consecuencialista, esto es 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<sup>211</sup>. Ambas posturas son criticadas, con razón, por Greco<sup>212</sup>.

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 sólo 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”<sup>213</sup>. 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”<sup>214</sup>. 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*.

---

<sup>211</sup> Ver *supra* 2.2.3.

<sup>212</sup> Greco, “Las reglas detrás de la excepción...”.

<sup>213</sup> Greco, “Las reglas detrás de la excepción...”, pp. 10 y s.

<sup>214</sup> Greco, “Las reglas detrás de la excepción...”, p. 14.



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”<sup>215</sup>, le opone que la dignidad humana es una consideración deontológica independiente de la consideración de las buenas y malas consecuencias de su respecto<sup>216</sup>.

En consonancia con ello, aquí también se critican las posiciones netamente consecuencialistas<sup>217</sup>, como también aquellas otras basadas en justificación por vía de excepción, proponiéndose, por el contrario, un fundamento general y de corte deontológico basado en las reglas de ponderación, para los casos de comunidades de peligro con posibilidades unilaterales de salvación<sup>218</sup>.

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 arbitrariedad<sup>219</sup>. 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

---

<sup>215</sup> Greco, “Las reglas detrás de la excepción...”, p. 12.

<sup>216</sup> Greco, “Las reglas detrás de la excepción...”, p. 16.

<sup>217</sup> Así *infra* 4.6.5.

<sup>218</sup> Ver *infra* 4.6.

<sup>219</sup> Fundamental sobre esto el trabajo de Gimbernat, “¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal...”.



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 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, sin serlo, son asimétricos.

Distinto es el caso de quienes postulan una justificación con base en un estado de necesidad *defensivo*<sup>220</sup>, o bien por entender que se da una colisión de deberes<sup>221</sup>, ya que ambas posiciones ofrecen argumentos sustancialistas y se muestran críticas con aquellas otras de corte consecuencialista. No obstante, tengo para mí que no logran adecuar el supuesto de hecho de manera correcta.

En el primer caso porque el supuesto de hecho en estudio no contiene los elementos que posibilitarían su concurrencia, y solo de manera forzosa podría llevarse a su ámbito de

---

<sup>220</sup> Así Martínez Cantón, "La ponderación en el estado de necesidad", p. 600; también en "Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...", pp. 416, 418, 421; Hirsch, "El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana", pp. 1005 y ss. Para más detalle sobre estas posiciones, ver *supra* 2.2.3.

<sup>221</sup> Así Coca Vila, "La colisión de deberes en Derecho penal". Ver *supra* 2.2.3.



aplicación. Puntualmente, la diferencia entre el estado de necesidad en *defensivo*<sup>222</sup> del *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 conflicto<sup>223</sup>.

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 ajenedad al hecho de los atacantes, pueden ser considerados como una parte integrante de la fuente de peligro, para poder predicar que respecto de ellos se actúa en estado de necesidad *defensivo*.

En este sentido, tengo para mí que ello no puede ocurrir sin *despersonalizar* a la víctima de la intervención, es decir, a los pasajeros. Ello así porque pretender considerar a los mismos 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"<sup>224</sup>. Por lo demás, cabría preguntarse si mantendrían la misma solución cuando exista el sólo hecho de ser una "parte indisoluble de la fuente de peligro" y pueda saberse *ex ante* que su vida no corre peligro. Una variación del ejemplo del guardagujas propuesta por Wilenmann pone de relieve la situación descripta<sup>225</sup>: "*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?*".

Por otro lado, resulta sumamente difícil poder hallar en estos casos alguna vinculación jurídica entre el pasaje y la fuente de peligro<sup>226</sup>, aunque más no sea la relación contractual vinculante por el trayecto correspondiente. Sin embargo de ella no puede derivarse ninguna

---

<sup>222</sup> 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.

<sup>223</sup> Cfr. Coca Vila, "Entre la responsabilidad y la solidaridad...", p. 4.

<sup>224</sup> En este sentido, Córdoba, "Estado de necesidad y exclusión de la personalidad...", p. 277.

<sup>225</sup> Wilenmann, "Imponderabilidad de la vida humana...", pp. 39 y s.

<sup>226</sup> Así también Wilenmann, "Imponderabilidad de la vida humana...", pp. 35 y s.



responsabilidad o -mejor- competencia por la situación del conflicto, que habilite una reacción necesaria en su perjuicio<sup>227</sup>. Por lo tanto, sólo 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 intervención<sup>228</sup>. Ese mínimo de imputación debería estar dado por la asociación del peligro a algún aporte causal al peligro en cuestión, y ello no puede vislumbrarse en el supuesto de hecho aquí analizado<sup>229</sup>.

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 no<sup>230</sup>, *lo decisivo* a la hora de determinar la corrección o no de la

---

<sup>227</sup> Como aquí, negando la posibilidad de un estado de necesidad defensivo, Hörnle, "Matar para salvar muchas vidas...", nota 57.

<sup>228</sup> 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 s.

<sup>229</sup> Hasta donde alcanzo, ello sólo 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.

<sup>230</sup> Recuérdense 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



conducta del sujeto sobre el que se ciernen ambos deberes en liza, es estar al principio rector del interés preponderante. Por esa razón, es que resulta hartamente dudoso el considerar a la colisión de deberes como una auténtica causa de justificación, cuyos ámbitos de aplicación no puedan ser ya abarcados con los criterios generales del estado de necesidad<sup>231</sup> cuando, como aquí, se sostiene que en casos de conflictos de bienes de igual jerarquía también se excluye la antijuridicidad.

---

ubicación sistemática, ver 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, ver 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 s.; Frister, *“Derecho penal. Parte general”*, §22 nm. 57; Álvarez, *“Aproximación a la colisión de deberes”*, p. 47; 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, ver 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 s. En contra, Frister, *“Derecho Penal. Parte General”*, §22 nm. 58.

<sup>231</sup> 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 s., 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.



Asimismo, al tratarse de una eximente con escaso anclaje normativo<sup>232</sup>, las condiciones de su procedencia se encuentran 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 de acción<sup>233</sup>, lo que no ocurre en el presente supuesto de hecho, en el que coliden uno de acción con uno de omisión.

#### **4.6. Posición personal a la situación problemática**

Ya hemos indicado<sup>234</sup> que la situación fáctica que analizamos se enmarca dentro de los supuestos que se consideran como de comunidad de peligro con posibilidades unilaterales de

---

<sup>232</sup> 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 supralegal, 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 éste 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.

<sup>233</sup> Ver nota 154.

<sup>234</sup> Ver *supra* 2.1.



salvación<sup>235</sup>. Esto es que, ante una situación de necesidad en la que se encuentran en conflicto dos o más intereses involucrados, sólo puede ser salvado específicamente uno de ellos, no así los demás y que, de no intervenir, todos ellos se lesionarán. También se ha dicho<sup>236</sup> que la situación puede, fácticamente, incluirse dentro del catálogo de colisiones de deberes, pero que, en cualquier caso, se debe analizar en el marco del estado de necesidad justificante.

Por otra parte, como también se indicó<sup>237</sup>, se analiza la situación problemática desde la inexistencia de una norma específica que regule la actuación en el caso concreto, ya sea porque nunca se dictó una o porque se declaró su invalidez, puesto que de lo contrario, el derribo estaría justificado por la actuación en cumplimiento de un deber.

Ahora bien, 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 ponderativo. 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 la toma de una decisión lo más acabada posible, a los fines de decidir sobre cuál es la conducta correcta.

#### *4.6.1. Acerca del bien jurídico y su protección*

Independientemente de que la teoría que se siga sobre la función del Derecho penal como protección de bienes jurídicos, o bien como la de mantener la vigencia de la norma<sup>238</sup>, aquí se hablará de bien jurídico en sentido amplio, por tanto lo que aquí se diga puede

---

<sup>235</sup> Consideran, en cambio, estos casos como de posibilidades asimétricas de salvación, con otras referencias, Martínez Cantón, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros...”, pp. 416, 418, 421. La misma, “*La ponderación en el estado de necesidad*”, p. 599; Coca Vila, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, p. 464.

<sup>236</sup> Ver *supra* 4.2. y 4.5.4.

<sup>237</sup> Ver *supra* 4.2.

<sup>238</sup> Relativizando también esa discusión en este punto, Sancinetti, “Cursos causales hipotéticos y teoría de la diferencia”, p. 665.



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 aquél de 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 afectación<sup>239</sup>. 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 a 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 sea determinate 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 T2 o se rompa en el aire en el momento T1 porque un segundo sujeto le disparó mientras caía, es irrelevante en cuanto a la lesión contra la propiedad en caso 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 decisivo<sup>240</sup>. En otras palabras, la vida no debe ser entendida como una entidad abstracta, sino como el derecho de vivirla, y por lo tanto la norma que prohíbe atentar contra ella pretende evitar que determinadas conductas se encaminen a acortar esa expectativa, esto es a acortar el tiempo de vida<sup>241</sup>.

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

---

<sup>239</sup> Similar, Samson, "*Cursos causales hipotéticos...*", pp. 98 y s., 106.

<sup>240</sup> También Mañalich, "*Norma, causalidad y acción...*", al entender al resultado típico como *un evento* y no como *un hecho*, pp. 35 y s., 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.

<sup>241</sup> En este sentido, Frister, "*Derecho penal. Parte general*", §9, nm. 18; Samson, "*Cursos causales hipotéticos...*", pp. 96 y ss., 106 y ss.



implica, como muchas veces se confunde<sup>242</sup>, 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 sólo con la vida, sino que ocurre también con bienes que sin dudas pueden cuantificarse, por ejemplo la propiedad, y sin embargo el derecho le otorgue 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 arrebatara 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 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 agredido<sup>243</sup>.

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

---

<sup>242</sup> Ello 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 s.

<sup>243</sup> Ya sea la idea de “la protección individual y el prevailecimiento 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.



disminución del riesgo<sup>244</sup>, el del comportamiento alternativo conforme a derecho<sup>245</sup>, 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”<sup>246</sup> de la situación del bien jurídico en relación al *mismo riesgo*<sup>247</sup> que ya lo amenazaba.

También podría ocurrir que ese “mejoramiento” se produzca, no sólo 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 T1 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 el aeronave, y realizar un aterrizaje forzoso<sup>248</sup>. Que ello se verifique o no *ex post* no implica que

---

<sup>244</sup> Roxin, “*Derecho penal. Parte general*”, §11, nm. 43; Sancinetti, “Principio de disminución del riesgo...”, pp. 5 y ss.

<sup>245</sup> Frisch, “*Comportamiento típico e imputación del resultado*”, pp. 569 y ss.; El mismo, “*Tipo penal e imputación objetiva*”, pp. 52 y ss., pp. 77 y ss.

<sup>246</sup> 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 s.; 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.

<sup>247</sup> 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.

<sup>248</sup> 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*.

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 T1 al momento T2, 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.

#### 4.6.2. 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 ponderación<sup>249</sup>.

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 situaciones<sup>250</sup>. Ello sólo puede

<sup>249</sup> Cfr. Coca Vila, “La colisión de deberes en Derecho penal”, pp. 226 y ss.; Wilenmann, “La justificación...”, §§ 905/906.

<sup>250</sup> 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.



tener sentido, si lo indicamos como un criterio orientativo, en abstracto. No obstante, se trata de una presunción *iuris tantum*, que puede no presentarse en el caso concreto. Por ejemplo, todos estaríamos de acuerdo a 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 del mismo, 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 sólo 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 torturarlo<sup>251</sup> de tal manera que el sujeto termina proporcionando la combinación, y la víctima es rescatada con vida.

Seguramente, la doctrina dominante afirmarí 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 secuestrado<sup>252</sup>. En cualquier caso, ambos ejemplos pretenden poner de resalto que los bienes jurídicos no son entidades abstractas cuya valoración esté predeterminada, sino que dicha valoración debe realizarse en el caso concreto de acuerdo a las circunstancias en que dicho bien se encuentra.

---

<sup>251</sup> Se utiliza el término “tortura” en un sentido coloquial y no típico, puesto que el delito de “vejaciones”, “apremios ilegales”, o “tortura”, en muchas legislaciones se trata de un delito especial, que sólo puede ser cometido por funcionarios públicos. En cualquier caso, el caso bien podría modificarse para satisfacer ese requisito típico, sin que ello modifique el sentido que el ejemplo pretende ilustrar.

<sup>252</sup> Si bien analiza supuestos de tortura por parte del Estado y no de particulares, ver Molina Fernández, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema...”.



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 dice relación 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 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, y por lo tanto puede repelerse en legítima defensa, aun cuando pudiera ocurrir que el agresor se infarte en un momento previo 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 la vida de la víctima estaba en peligro. 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 otra.

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 ella<sup>253</sup>, esto significa que el análisis sobre su infracción debe hacerse con una perspectiva *ex ante*<sup>254</sup>. Pretender un camino diferente es inconcebible.

---

<sup>253</sup> 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”.



#### 4.6.3. *Naturaleza de la norma de justificación*

En cuanto al contenido deóntico de las eximentes, tengo para mí que sólo tienen el carácter de *facultativas* o *permisivas* para el propio sujeto involucrado, pero no así para el tercero auxiliador, para quien sí se trata de un *deber*<sup>255</sup>, cuando los agredidos son bienes jurídicos de carácter personalísimo<sup>256</sup>. Así, cada quien es libre de decidir no actuar en su propio beneficio sin que ello importe ninguna infracción penal, como tampoco la hay en el juicio de tipicidad para las autolesiones<sup>257</sup>. Por el contrario, cuando del auxilio de terceros se trata, la norma expresa una directiva de conducta para el sujeto, en clave de mandato, por lo que para él no es una elección sobre si actuar o no, y las consecuencias que de ello se derivan dependerán del tipo de fuente del deber respectivo, al igual que ocurre en la fundamentación del ilícito en los tipos de omisión, esto es deberes especiales de garante, o bien deberes de solidaridad.

---

<sup>254</sup> 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.

<sup>255</sup> Así también, solo respecto a las situaciones de comunidad de peligro, Coca Vila, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, pp. 475, 496. Sin embargo, inmediatamente, de manera sorprendente refiere que el sujeto obligado podría no ejercer su *facultad*, cfr. p. 496, nota 327. Llama la atención cómo resuelve determinadas situaciones, luego de haber sostenido el carácter obligatorio de la norma. Textualmente indica: “*Aquí...se ha afirmado que el auxiliante no solo está facultado a cumplir con una de las razones en liza, sino que está obligado a ello. Ante conflictos asimétricos esto no parece suponer ningún problema, pues la concesión al obligado de la facultad de escoger nos sitúa en un escenario prácticamente idéntico al que defienden los autores que admiten la justificación en situaciones bilaterales. 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 un hijo o no intervenir, respetando de ese modo la prohibición*”, p. 496 (resaltado por mi).

<sup>256</sup> La excepción a ello sólo podría darse cuando lo que se defiende es la propiedad, donde sí se trata de una auténtica facultad de actuación, incluso para el tercero.

<sup>257</sup> Por esa razón considero que no lleva razón Dopico Gómez-Aller, citado por -y coincidiendo con él- Silva Sánchez, “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, p. 47, cuando entiende que el sujeto necesitado es un garante de sí mismo.



Esto no resultaría difícil de advertir si no fuese porque existe -aun hoy- la extendida opinión de que las normas permisivas son independientes de las normas de determinación<sup>258</sup>. En este sentido, las únicas normas que poseen un carácter imperativo serían las últimas, mientras que las que habilitan a actuar en el marco de la justificación tendrían un contenido permisivo, facultativo o potestativo, para poder *infringir* la norma de determinación, sin que ello resulte antijurídico.

Por el contrario, para quienes, como aquí<sup>259</sup>, sostienen que sólo existe una única norma y que las llamadas “permisiones” son meros recortes de aquella norma<sup>260</sup>, la situación se clarifica. En efecto, esta visión de la teoría de las normas, conocida como tipo total de injusto, indica que quien actúa de manera justificada en ningún momento infringió ninguna norma de determinación, pues la única norma existente establece que están prohibidas o exigidas aquellas conductas lesivas, *siempre que* no exista una causa de justificación. Esto es, no es que se exceptúa su incumplimiento, sino que nunca hubo tal incumplimiento<sup>261</sup>.

Así, en los supuestos de auxilio necesario o de legítima defensa de terceros, siempre tendremos un *deber* opuesto al expresado en el tipo positivo que deberá ser cumplido, pues aquél ya ha desaparecido, y, por lo tanto, se infringirá el único deber existente que era el de actuar/omitir justificadamente.

Ejemplo: Para poder llevar a su hijo al hospital en caso de urgencia, el padre rompe el vidrio de un automóvil que se encontraba estacionado en la acera, y lo usa sin la autorización

---

<sup>258</sup> En este tema resulta de sumo interés el aporte de Ortiz de Urbina Gimeno, “De moscas y agresores muertos...”; Para una clarificadora, y breve, explicación sobre las posturas en cuanto a la relación entre tipo y antijuridicidad en las distintas posiciones de la discusión penal, ver Mir Puig, “*Derecho penal. Parte general*”, §6, II. 2, y §16, I. 2. y 3; Mañalich, “La exculpación como categoría del razonamiento práctico”, p. 4.

<sup>259</sup> Para más detalles, cfr. Cantard, “Acerca de la función del disvalor de resultado...”, pp. 13 y ss.

<sup>260</sup> Cfr., por todos, Silva Sánchez, “*Aproximación...*”, pp. 610 y ss.

<sup>261</sup> Mañalich “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, pp. 179 y ss., en cambio, sostiene una tesis intermedia entre las dos mencionadas en el texto, indicando que las normas permisivas son *dependientes* de las prohibitivas o de mandato, pero que sin embargo son normas distintas, tratándose las primeras de “normas excluyentes” de las segundas.



de su dueño. Las circunstancias de hecho son tales que es posible afirmar la concurrencia de los presupuestos de un estado de necesidad justificante.

En este caso tenemos, en un delito de comisión, la siguiente estructura: Una prohibición de no dañar, en la tipicidad positiva, y un mandato de dañar en la tipicidad negativa. Si cumple con el mandato, nunca infringió la prohibición. Hasta aquí, nada novedoso. Pero si no cumple con el mandato de la tipicidad negativa, es decir si no daña el automóvil, no infringe la prohibición de la tipicidad positiva, pero subsiste la imputación por omisión.

Ahora veamos qué ocurre en la estructura inversa, para los delitos de omisión.

Ejemplo: El padre lleva a su hijo hacia el hospital en su auto, también en caso de emergencia, cuando observa un accidentado que se encuentra en el pavimento con evidentes signos que requerirían de su auxilio. Debido a que no puede socorrer al tercero sin que su hijo no llegue al hospital a tiempo, decide continuar su trayecto. De nuevo, las circunstancias están dadas de tal manera que se dan los presupuestos de un estado de necesidad justificante.

Aquí tenemos un mandato de auxiliar en la tipicidad positiva del delito de omisión de socorro, y una prohibición -no auxiliar- en la tipicidad negativa. Si no socorre al tercero, cumple con la prohibición y nunca infringió el mandato, en tanto el “no auxilio” está justificado. Si socorre al tercero, cumple con el mandato, pero infringe la prohibición y se le imputa, no ya la omisión de socorro para con su hijo, sino el resultado de muerte –en comisión por omisión- por ser garante.

Estos ejemplos, que podrían ser trasladados sin mayores inconvenientes a supuestos de legítima defensa de terceros, permiten observar de qué manera se complementan en un sistema coherente la teoría del tipo total de injusto con lo sostenido previamente de que las causas de justificación en favor de terceros implican verdaderos *deberes* y no sólo *facultades* de actuación.

Sin embargo, como ya se indicó, cuando la acción justificante es en beneficio del propio actuante, sí hay que hablar de una facultad y no de un deber, puesto que la autodeterminación responsable hacia la autolesión es atípica, sea ésta por acción o por omisión.



La doctrina dominante, por el contrario, no podría justificar una consecuencia jurídica para el padre que se decidiera por no dañar el auto, o por auxiliar al tercero, puesto que sólo no ha ejercido una mera facultad. Ello así desde una teoría de la norma como la que sostienen. Sin embargo, se dirá, que los casos propuestos son supuestos de colisión de deberes, en los que el sujeto sí tiene un deber de cumplir con el prevalente, por lo que el padre no quedaría impune de ninguna manera.

Aquí sólo se pone de manifiesto una incoherencia sistemática, y sólo ello, pues la colisión de deberes aquí se entiende como un supuesto más dentro de las situaciones resolubles por estado de necesidad<sup>262</sup>.

#### *4.6.4. 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 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, sólo 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 porque 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

---

<sup>262</sup> Ver *supra* 4.2. y 4.5.4.



defensiva constituye un ilícito, sólo 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, sólo 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 injerencia<sup>263</sup>. Por otro lado están quienes, sin aceptar la existencia de una posible exclusión del injusto penal como categoría intermedia, sino que consideran justificada la acción en estas situaciones, siguen concediendo el derecho a un estado de necesidad contra la acción.

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 Vila<sup>264</sup>, indicando que los conflictos de equivalencia de intereses, que él 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 individual<sup>265</sup>, que impide todo tipo de consideración consecuencialista y colectivista<sup>266</sup>, por lo que el fundamento del

---

<sup>263</sup> Robles Planas, “Sobre la exclusión del injusto penal”, p. 199; Robles Planas, “En los límites de la justificación...”, pp. 469 y s.

<sup>264</sup> En su excelente monografía “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, pp. 461 y ss.

<sup>265</sup> Coca Vila, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, p. 284 (nota 399), pp. 503 y s.



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 perjudicado<sup>267</sup>. 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 conflicto<sup>268</sup>.

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 Coca Vila<sup>269</sup>, 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 irremediablemente acabará por perderse”*<sup>270</sup>, y que *“las dos situaciones de comunidad de peligro... ameritan un*

---

<sup>266</sup> Incluyendo dentro de esa perspectiva al principio del interés preponderante, cf. Coca Vila, *“La colisión de deberes en Derecho penal”*, pp. 235 y ss.

<sup>267</sup> 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”*.

<sup>268</sup> Coca Vila, *“La colisión de deberes en Derecho penal”*, pp. 471, 473, 474.

<sup>269</sup> 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”*.

<sup>270</sup> Coca Vila, *“La colisión de deberes en Derecho penal”*, pp. 483 y s.



*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*<sup>271</sup>.

Con ello, considera justificada la conducta del obligado que escoge dejar perecer a todos los bienes en liza, lo que, además de resultar profundamente contraintuitivo<sup>272</sup>, 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*”<sup>273</sup>.

Ahora bien, de qué manera se vincula la idea del interés preponderante con la necesidad de legitimar la intervención en perjuicio de un tercero que no es competente por la situación del conflicto, es uno de aquellos aspectos que la investigación debería poder aportar. En otras palabras, 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. Tengo para mí que, en estos supuestos de estado de necesidad agresivo, la idea de solidaridad<sup>274</sup> 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

---

<sup>271</sup> Coca Vila, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, p. 491.

<sup>272</sup> 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 (resaltado por mí).

<sup>273</sup> Coca Vila, “*La colisión de deberes en Derecho penal*”, pp. 493 y s., asimismo ver 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”.

<sup>274</sup> Sobre la insuficiencia del concepto de solidaridad para fundamentar deberes de tolerancia, Frisch, “*Derecho penal y solidaridad...*”, pp. 6 y ss.



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.

Por ello entiendo que la justificación debe encontrarse en la vinculación originaria entre Estado y ciudadano, a través de la cual éste 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 como individuo social<sup>275</sup>. 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 órganos<sup>276</sup>.

Claro está que ello sólo 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"<sup>277</sup>. 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 sensatamente<sup>278</sup>?

---

<sup>275</sup> 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*".

<sup>276</sup> Los criterios objetivos, que incluyen a los "bioéticos", "médicos" y de "regionalidad", en Argentina están publicados en la página 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> (consultado el 23/04/19).

<sup>277</sup> Rawls, "*Teoría de la justicia*", § 24. De otra opinión Robles Planas, "En los límites de la justificación...", pp. 455 y ss.

<sup>278</sup> Rawls hace referencia a la necesidad de presuponer la "racionalidad" de las partes bajo el velo de la ignorancia, "*Teoría de la justicia*", § 25.



Creo que no. De la misma manera que nadie cuestionaría bajo "el velo de ignorancia" que, en materia de trasplantes de órganos, la regulación indica 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 necesidad<sup>279</sup>, 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 inevitable de conflicto dicha lesión o peligro sea necesaria para impedir un mal mayor, valorando todo lo que está en juego*"<sup>280</sup>. 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.

Por su parte, también lo que se sostuvo previamente en relación a la estructura de la norma permisiva, explica el deber de tolerar la acción defensiva en auxilio de terceros, aun cuando se dé en el marco de un estado de necesidad agresivo.

Con ello, se respondería fácilmente a quienes entienden que frente a conductas meramente facultativas o permisivas, no cabe ningún deber de tolerancia. Por lo tanto, entendiéndolo como un *deber* que, a su vez, se da en el marco de una situación de necesidad de un tercero, el accionar de quien impide su ejercicio puede encuadrarse dentro de los supuestos conocidos como de "interrupción de cursos causales salvadores"<sup>281</sup>, lo que significa que el deber de tolerar la agresión existe.

---

<sup>279</sup> De otra opinión, Frisch, "Derecho penal y solidaridad...", pp. 12 y ss.

<sup>280</sup> Molina Fernández, "Naturaleza del sistema de justificación", p. 103.

<sup>281</sup> Así también Silva Sánchez, "Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia", pp. 43 y ss., pp. 48 y s., p. 54; El mismo, "Réplica", pp. 187 y ss.; Baldó Lavilla, "Estado de necesidad...", pp. 189.



Por otra parte, es bastante común leer en la doctrina que sólo un derecho genera en los demás el deber de soportar su ejercicio, mientras que una facultad no. Ello explicaría por qué no hay deberes de tolerancia frente al ejercicio de un estado de necesidad<sup>282</sup>.

Sin embargo, tengo para mí que la presunta contraposición entre facultades y derechos está mal enfocada, confundiendo la naturaleza deóntica de las normas con el ejercicio de las acciones de que las mismas dimanen. El binomio no es facultad-derecho, sino facultad-obligación y derecho-deber. Así las cosas, un sujeto puede tener un derecho y la facultad de ejercerlo o no (por ej. el de petionar ante las autoridades, o el de votar en aquellos países donde no es obligatorio), o tener un derecho y la obligación de ejercerlo (como por ej. el sufragio en la Argentina). A su vez, con los deberes sucede lo mismo. Hay deberes facultativos (como las “obligaciones naturales” del derecho civil<sup>283</sup>), y deberes obligatorios, que son la mayoría. Ahora bien, tanto los derechos como los deberes, cuando son facultativos, sólo lo son *ab initio*, pero una vez que se ejercen se convierten en verdaderos derechos, los unos, y obligaciones, los otros. De tal manera que pierden ese carácter potestativo y son, por lo tanto, oponibles *erga omnes*. Esto es, que los demás deban tolerar su ejercicio.

Este aspecto se pierde muchas veces de vista, y es lo que explica que todos debamos tolerar el accionar justificado por parte del sujeto involucrado. Una vez que ha decidido ejercer su derecho de defensa, ya sea en legítima defensa, ya sea en estado de necesidad, genera en el resto de los ciudadanos el deber de no impedirla.

Distinto es el caso, como ya se mencionó, de los deberes de auxilio por parte de terceros. En estos no existe tal facultad, sino que se trata de verdaderos deberes de cumplimiento y, por lo tanto, tampoco pueden ser impedidos.

#### 4.6.5. ¿Consecuencialismo?

---

<sup>282</sup> Marcando lo paradójico que resultaría que la víctima de la intervención en estado de necesidad agresivo no tenga un deber de tolerancia, Silva Sánchez, "Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia", p. 27.

<sup>283</sup> Si bien es cierto que se podría cuestionar que se trate de auténticos “deberes” cuando su cumplimiento no sea obligatorio, permítaseme aquí la licencia del ejemplo al sólo efecto de pretender ilustrar lo que se quiere significar.



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 ésta una postura que pueda denominarse consecuencialista, pues no está orientada a una determinación de lo bueno o lo correcto de acuerdo a 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 formarán 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 materiales<sup>284</sup>. 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 sólo 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.

Ejemplo 2: El guardavidas -garante- que advierte que tres niños, dos de los cuales están juntos y uno más alejado, se están ahogando y sólo cuenta con la chance de ir hacia uno de los dos puntos en conflicto, pues el tiempo no le alcanza para nadar hasta ambos lados, debe dirigirse hacia donde pueda salvar a dos, en vez de a uno.

---

<sup>284</sup> 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.



## 5. CONCLUSIÓN

Luego de haber analizado críticamente el estado de la cuestión en torno a la situación problemática que justificara el abordaje, y de acuerdo a la posición personal que fuera ofrecida como la correcta solución al conflicto en cuestión, se puede confirmar aquello que se insinuara como hipótesis al inicio de la investigación.

Así las cosas, 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, pues allí la ponderación se inclina a favor del único que aún se reserva la expectativa de vida.

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

En cambio, no podría sostenerse lo mismo para los casos en que las posibilidades de solución son simétricas, pues allí la ponderación no arroja un resultado determinante sobre cuál es el bien que debe salvarse. No existe en este caso un claro interés preponderante. Sin embargo, en tanto el derecho no le pueda ofrecer al sujeto una actuación correcta determinada, cualquier opción salvadora que se elija no podrá ser antijurídica. En otras palabras, aun cuando el derecho no pueda definir cuál de las dos es la correcta, sí puede establecer que lo sea cualquiera de las dos.

Por otro lado, y aun cuando en estas situaciones el derecho no pueda indicar la opción correcta, sí puede definir cuál sí es incorrecta y, por lo tanto, antijurídica. Esto sucede cuando, en todas las variantes de comunidades de peligro, 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 pueden ser antijurídicas, pero sí es antijurídica realizar la opción C”.



Como se puede observar a lo largo del trabajo, 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 práctica<sup>285</sup>. Por el contrario, el análisis de estos supuestos sirve para someter a crítica aquellas posturas teóricas que ya se vislumbran como “verdades” dogmáticas<sup>286</sup>, y con ello coadyuvar al progreso de la ciencia penal.

---

<sup>285</sup> 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.

<sup>286</sup> 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.



## INDICE TEMÁTICO

### **1. INTRODUCCIÓN**

#### **1.1. Situación problemática**

#### **1.2. Marco teórico**

#### **1.3. Hipótesis de trabajo**

#### **1.4. Objetivos**

##### *1.4.1. General*

##### *1.4.2. Específicos*

#### **1.5. Justificación**

#### **1.6. Metodología**

### **2. ESTADO DE LA CUESTION**

#### **2.1. Introducción**

#### **2.2. Propuestas teóricas existentes en torno a la situación problemática**

##### *2.2.1. Atipicidad*

##### *2.2.2. Plena responsabilidad*

##### *2.2.3. Justificación*

##### *2.2.4. Ausencia de injusto penal*

##### *2.2.5. Ausencia de culpabilidad/responsabilidad*

##### *2.2.6. Ausencia de punibilidad*

### **3. ANÁLISIS DE LA EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD**

#### **3.1. Introducción**

#### **3.2. Sistema de las causas de exclusión de la antijuridicidad**

#### **3.3. Causas de justificación en particular**

##### *3.3.1. Estado de necesidad*

##### *3.3.2. Legítima defensa*

##### *3.3.3. Colisión de deberes*

##### *3.3.4. Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho*

##### *3.3.5. Consentimiento presunto*



#### **4. DESARROLLO**

##### **4.1. Introducción**

##### **4.2. El estado de necesidad como solución en el marco de la justificación**

##### **4.3. Fundamentos**

##### **4.4. El dogma de la imponderabilidad**

##### **4.5. Valoración crítica de las soluciones ofrecidas**

*4.5.1. La exclusión de la punibilidad*

*4.5.2. La exclusión de culpabilidad*

*4.5.3. La exclusión del injusto penal*

*4.5.4. La exclusión de la antijuridicidad*

##### **4.6. Posición personal a la situación problemática**

*4.6.1. Acerca del bien jurídico y su protección*

*4.6.2. Elementos para un juicio de ponderación idóneo*

*4.6.3. Naturaleza de la norma de justificación*

*4.6.4. Legitimación desde la perspectiva de la víctima*

*4.6.5. ¿Consecuencialismo?*

#### **5. CONCLUSIONES**



## **BIBLIOGRAFÍA**

- ÁLVAREZ, Ricardo C.M., “Aproximación a la colisión de deberes”, publicado en la Colección *Temas de Derecho Penal*, N° 39, de la Secretaría de Posgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, Santa Fe, pp. 23-51.
- BACIGALUPO, Enrique, “*Derecho Penal. Parte General*”, 2da reimp. de la 2da ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 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*”, J.M. Bosch, 1994.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Caso de la *Luftsicherheitsgesetz*”, en SÁNCHEZ OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*, 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*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, publicación semestral, año 5, número 16, Santa Fe, 2015, pp. 9-30.
- CEREZO MIR, José “*Derecho Penal. Parte General*”, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2008.
- CHIESA, Luis E., “Caso La Mignonette”, en SÁNCHEZ OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*, Wolters, Madrid, 2011, pp. 95-109.
- COCA VILA, Ivó, “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, en *InDret*, N° 1, Barcelona, Enero de 2011.
  - “*La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*”, Atelier, Barcelona, 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 BRUZZONE (coord.), *Cuestiones penales. Homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Righi*, Ad-Hoc, Bs. As., 2012, pp. 261-277.



- CÓRDOBA RODA, Juan, “*Las eximentes incompletas en el Código Penal*”, Publicaciones Del Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966.
- CÓRDOBA RODA, Juan/RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “*Comentarios al Código penal*”, T. 1, Reimp., Ariel, Barcelona, 1976.
- CUERDA RIEZU, Antonio, “*La colisión de deberes en derecho penal*”, Ed. Tecnos, España, 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*, Nº 170, Madrid, 2006, pp. 389-425.
- FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, “Teoría del dolo vs. Teoría de la culpabilidad – Un modelo para afrontar la cuestión del error en Derecho penal”, en *InDret*, Nº 4, Barcelona, Octubre de 2009.
- FRISCH, Wolfgang, “Comportamiento típico e imputación del resultado”, CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ de MURILLO (trads.), Marcial Pons, Madrid, 2004.
  - “Derecho penal y solidaridad. A la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro”, en *InDret*, Nº 4, Barcelona, Octubre de 2016.
  - “*Tipo penal e imputación objetiva*”, BACIGALUPO (dir.) CANCIO MELIÁ (trad.), Colex, Madrid, 1995.
- FRISTER, Helmut, “*Derecho penal. Parte general*”, SANCINETTI (trad.), Hammurabi, Bs. As., 2011.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “El estado de necesidad: un problema de antijuricidad”, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 218-230.
  - “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 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 GARCÍA VALDÉS (ed.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 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 bombs*”, en *InDret*, N° 4, Barcelona, Abril de 2007.

- 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 Diego Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig (coord.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 45-66.

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

- “La regulación del estado de necesidad”, en *Derecho Penal. Obras completas*, Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 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° 2, Barcelona, Julio de 2010.

- JAKOBS, Günther, “*Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*”, 2ª ed., CUELLO CONTRERAS - SERRANO GONZALEZ DE MURILLO (trads.), Marcial Pons, Madrid, 1997.

- “Concurrencia de riesgos: curso lesivos y curso hipotético en Derecho penal”, en *Estudios de Derecho penal*, SUÁREZ GONZÁLEZ - CANCIO MELIÁ (trads.), Civitas-UAM Ediciones, Madrid, 1997, pp. 271-292.

- JESCHECK, Hans Heinrich/WEIGEND, Thomas, “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”, OLMEDO CARDENETE (trad.), 5ta ed., Comares, Granada, 2002.



- KAUFMANN, Armin, “*Dogmática de los delitos de omisión*”, 2ª ed., CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZALEZ DE MURILLO (trads.), Marcial Pons, Madrid, 2006.
- KAUFMANN, Arthur, “*Filosofía del derecho*”, 2ª ed., VILLAR BORDA/MONTOYA (trads.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- LARIGUET, Guillermo, “Conflictos trágicos y derecho. Posibles desafíos”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 27, 2004, pp. 317-348.
- LERMAN, Marcelo D., “Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante”, en *InDret*, N° 1, Barcelona, Enero de 2017.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Aspectos esenciales de la legítima defensa”, 2da ed., en FERNÁNDEZ (dir.), *Maestros del Derecho Penal*, N° 8, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2002.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “La exculpación como categoría del razonamiento práctico”, en *InDret*, N° 1, Barcelona, Enero de 2013.
  - “*Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*”, Marcial Pons, Bs. As., 2014.
  - “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, en AA.VV. *La antijuridicidad en el Derecho penal*, publicado en SILVA SÁNCHEZ (dir.) MAÑALICH (coord.), *Estudios y debates en Derecho penal*, N° 7, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2015.
- MARTÍNEZ CANTÓN, Silvia, “*La ponderación en el estado de necesidad*”, Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, León, 2006.
  - “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad”, en LUZÓN PEÑA (ed.), *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*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 405-444.
- MAURACH, Reinhart, “*Tratado de Derecho penal*”, T. II, CORDOBA RODA (trad.), Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.



- MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz, “*Derecho penal. Parte general 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*”, 7ª ed., BOFILL GENZSCH y AIMONE GIBSON (trads.), Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MIR PUIG, Santiago, “*Derecho penal. Parte general*”, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “*Antijuricidad penal y sistema del delito*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
  - “Caso de los intermediarios en secuestros”, en SÁNCHEZ OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*, Wolters, Madrid, 2011, 485-507.
  - “El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, N° 2, 1995, pp. 265-296.
  - “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, Ibañez, Bogotá, 2009, pp. 13-82.
  - “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal”, en Jorge BARREIRO (ed.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2005, pp. 691-742.
  - “La legítima defensa del derecho penal”, en *RJUAM*, N° 25, 2012-I, pp. 19-48.
  - “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, Ibañez, Bogotá, 2009, pp. 107-131.
  - “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, Ibañez, Bogotá, 2009, pp. 83-106.
- ORTIZ de URBINA GIMENO, Íñigo, “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, en SÁNCHEZ OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*, Wolters, Madrid, 2011, pp. 177-192.



– “De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo”, en *InDret*, N° 3, Barcelona, Julio de 2008.

• PALERMO, Omar, “*La legítima defensa. Una revisión normativista*”, Hammurabi, Bs. As., 2007.

• PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”, Hernán Darío OROZCO LÓPEZ (trad.), en *Revista Derecho penal y Criminología*, Vol. 34, N° 36, Bogotá, enero-junio 2013, pp. 13-29.

• PUPPE, Ingeborg, “El resultado y su explicación causal en Derecho penal”, en *InDret*, N° 4, Barcelona, Octubre de 2008.

• RAWLS, John, “*Teoría de la justicia*”, GONZÁLEZ MARÍA DOLORES (trad.), 2da ed., FCE, D.F., México, 2014.

• ROBLES PLANAS, Ricardo, “Deberes de solidaridad”, en *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 93-100. **(leer)**

– “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, en LUZÓN PEÑA (ed.), *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*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 445-473.

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

• RODRÍGUEZ DEVESA, José María, “*Derecho penal español. Parte general*”, 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994.

• RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, AA.VV. “*Comentarios al Código penal*”, Civitas, Madrid, 1997.

– “*La omisión de socorro en el Código penal*”, Tecnos, Madrid, 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° 4, Barcelona, Octubre de 2006.
- ROXIN, Claus, “*Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*”, Tomo I, 2da ed., LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DE VICENTE REMESAL (trad.), 5ta. Reimp., Civitas, Madrid, 2008.
  - “El derribo de aeronaves secuestradas para salvar vidas humanas”, JOSÉ BÉGUELIN (trad.), en Gabriela CÓRDOBA *et al.* (Coords.) *Sistema del hecho punible/2. Ilícito y justificación*, de la Colección *Obras selectas de Claus Roxin* (3), Hammurabi, Buenos Aires, 2015, pp. 637-673.
- SAMSON, Erich, “*Cursos causales hipotéticos en el derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad*”, SANCINETTI y ZIFFER (trads.), Hammurabi, Bs. As., 2003.
- SÁNCHEZ DAFAUCE, Mario, “El abatimiento de un avión secuestrado”, en *InDret*, N° 4, Barcelona, Octubre de 2014.
- SANCINETTI, Marcelo A., “*Casos de Derecho penal. Parte general*”, 3a ed., Hammurabi, Bs. As., 2006.
  - “Cursos causales hipotéticos y teoría de la diferencia”, en SANCINETTI (Comp.), *Causalidad, riesgo e imputación*, Hammurabi, Bs. As., 2016.
  - “¿Incidencia de los cursos causales hipotéticos en el Derecho penal?”, publicado en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080604\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080604_02.pdf) (consultado el 14/07/17).
  - “Principio de disminución del riesgo versus relevancia del disvalor de resultado en la teoría del ilícito”, en *InDret*, N° 3, Barcelona, Julio de 2008.
  - “¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos para la responsabilidad penal?”, en GARCÍA VALDÉS (ed.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1579-1607.
  - “*Teoría del delito y disvalor de acción*”, 1ra ed., 2da. reimp., Hammurabi, Bs. As., 2004.



- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Aproximación al derecho penal contemporáneo”, 2da ed., en FERNÁNDEZ (dir.), *Maestros del Derecho Penal*, N° 31, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012.
  - “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, en *Revista Discusiones* [online], N° 7, 2007, pp. 25-56.
  - “Kant, el Derecho y el ‘caso de las siamesas’”, en SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos de Derecho penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pp. 113-116.
  - “Réplica”, en *Revista Discusiones* [online], N° 7, 2007, pp. 177-199.
  - “Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado”, en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, USC, Santiago de Compostela, 1989, pp. 677-687.
  - “Sobre las actuaciones en una ‘situación de necesidad’ que no implican deberes de tolerancia”, en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (eds.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 155-184.
- STRATENWERTH, Günter “*Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*”, (CANCIO MELIÁ y SANCINETTI trad.), 4ta ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
  - “*Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*”, 2da ed., trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- TOMAS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “El efecto oclusivo entre causas de justificación”, en ROMEO CASABONA (dir.) *Estudios de Derecho penal y Criminología*, N° 104, Comares, Granada, 2009.
- WILENMANN, Javier, “Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad”, en *InDret*, N° 1, Enero de 2016.
  - “*La justificación de un delito en situaciones de necesidad*”, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR Alejandro, “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”, 2ª ed., 8va. reimp., EDIAR, Bs. As., 2014.