

LA VIDA NO ES IMPONDERABLE

Prof. Dr. Dr. Frauke ROSTALSKI*

Fecha de recepción: 27 de agosto de 2020
Fecha de aceptación: 5 de septiembre de 2020

Viajes, guarderías, eventos culturales: ¿Qué queremos permitir en la flexibilización, incluso cuando esto implique un peligro para la vida? Se trata de ponderar riesgos y no de sopesar bienes jurídicos absolutos.

Poco a poco las incisivas medidas contra el Corona se van flexibilizando. Se están levantando las restricciones de viaje, se vuelven a abrir las guarderías y escuelas y la gente está volviendo a sus trabajos. Y, sin embargo, todavía está el riesgo de contraer el virus e incluso de morir.

En este debate, el Presidente del Bundestag, el Dr. Wolfgang Schäuble (CDU), ha provocado una discusión por la siguiente declaración: a la vida humana no se le concede una protección absoluta.¹ Recibió muchas críticas por esto, pero también muchos elogios. Desde una perspectiva jurídica, la atención pública prestada a su declaración es sorprendente, dado que, en realidad, se trata de una obviedad.

Cada medida de flexibilización es el resultado de una ponderación, pero no entre bienes jurídicos protegidos de un modo absoluto, sino de riesgos para la vida. La pregunta es: ¿qué tipo de flexibilización queremos permitir, aunque implique un peligro para la vida?

I. No hay una protección absoluta de la vida en el derecho constitucional alemán

El derecho alemán no garantiza una protección absoluta a la vida. Solo la dignidad humana, art. 1, párr. 1 de la Ley Fundamental [Grundgesetz], está protegida frente a cualquier clase de ponderación. De hecho, la vida y la dignidad humana se relacionan de un modo significativo, ya que

* Profesora titular de cátedra de derecho penal, procesal penal, filosofía del derecho y derecho comparado, y directora del Instituto de derecho penal y procesal penal de la Universidad de Colonia. Desde abril de 2020 integra el Consejo alemán de Ética. Traducción: María Lucila Tuñón Corti (Universität Würzburg). Revisión: Leandro A. Dias (Universität Würzburg).

¹ Ver <https://www.tagesspiegel.de/politik/bundestagspraesident-zur-corona-krise-schauble-will-dem-schutz-des-lebens-nicht-alles-unterordnen/25770466.html> [enlace verificado el 14 de septiembre de 2020].

la vida es, de alguna manera, el fundamento de todos los demás bienes jurídicos y, por lo tanto, también de la dignidad humana. Por eso, la vida es parte de la protección inviolable a la dignidad humana.

No obstante, también esto da lugar a que la vida no sea imponderable. Más bien, se sigue manteniendo que incluso la vida misma está sometida a una ponderación con otros bienes jurídicos. Es evidente que la gran importancia que la vida tiene para el individuo como fundamento de su ser conlleva a que, por regla general, la ponderación se decida a su favor. Pero también hay otros casos. Piénsese únicamente en las constelaciones de casos de legítima defensa.

II. “Una vida no debe ser ponderada con otra vida” – una imprecisión lingüística

¿Pero cómo se compatibiliza esto con el principio – que se enseña ya en los primeros semestres de la carrera de abogacía – según el cual la vida no debe ser ponderada con otra vida? Conocemos este principio a partir de los ejemplos clásicos de los manuales en los que, por ejemplo, un padre se encuentra a la orilla de un río, en cuyas aguas sus dos hijos amenazan con ahogarse, pero durante el tiempo que él dispone, y según las posibilidades dadas, solamente puede salvar a un niño. Tales situaciones dilemáticas se han convertido, por su parte, en una triste realidad durante la pandemia.

Dado que la vida individual no puede ser valorada desde el punto de vista del Derecho, no es punible el médico que tiene que decidir entre dos pacientes cuando hay un solo respirador, dejando así al otro frente a muerte prácticamente segura.

Quien lo vea así puede preguntarse, ¿cómo puede ser posible que la vida a veces tenga que retroceder incluso frente a bienes jurídicos de menor rango, como, por ejemplo, la propiedad? Sin embargo, la contradicción aquí destacada solo es aparente. Esta es provocada por inexactitudes lingüísticas que a veces se escapan en este contexto. Aquí se hace referencia a la expresión de que la vida se pondera con otros bienes jurídicos.

Con esta formulación, el enunciado está demasiado abreviado y oculta un aspecto esencial que, sin embargo, es decisivo para la valoración del caso respectivo: debe diferenciarse entre la ponderación de los bienes jurídicos y la ponderación de riesgos. Es una diferencia esencial la cuestión de si la vida, como bien jurídico absoluto, se pondera, por ejemplo, con la propiedad en su valor absoluto. Quien se haga la pregunta de esta manera, encuentra sin más la —única— respuesta correcta: la vida humana en su valor absoluto tiene más valor que la propiedad.

III. La vida como tal no es menos importante que otras libertades

Pero las cosas pueden ser de otra manera si no se pone a prueba el rango de los respectivos intereses y su relación entre sí, sino los meros riesgos para los respectivos bienes. Esto puede verse claramente gracias al actual debate sobre la proporcionalidad de cada medida para el control de la infección: por ejemplo, cuando se pregunta si se debe permitir que las guarderías y los negocios vuelvan a abrir o si se debe aumentar el número permitido de personas con las que es posible tener contacto, no sopesamos directamente a la vida y a la salud con otros intereses como la libertad de circulación o la libertad de profesión.

Por lo tanto, no decimos: la vida como tal vale menos que otras libertades. Más bien, estamos diciendo que ponderamos un riesgo específico para la vida humana con injerencias en otros bienes jurídicos. Por cierto, eso es básicamente también en la constelación de casos de Triage,² aunque esta circunstancia es menos clara. Pues siempre tenemos que enfrentarnos con una probabilidad rayana a la certeza de muerte de aquel que no es beneficiado.

Sin embargo, cuando estamos seguros de que morirá un paciente que no está conectado a un respirador, los riesgos para los que están en peligro de muerte son equivalentes. Solo bajo esta premisa, el valor absoluto del respectivo bien jurídico alcanza su significado, ya que la afirmación “la vida no debe ser ponderada con otra vida” entra en escena, con razón, en el marco del Triage.

IV. El debate sobre la apertura gira en torno a la ponderación de riesgos, no en torno a bienes jurídicos absolutos

Por el contrario, en el debate sobre la apertura después del Shutdown, en principio, no hay una ponderación de bienes jurídicos como valores absolutos, sino más bien como la mera ponderación de los riesgos para los intereses en conflicto. Por lo tanto, se trata de lo que permitimos, aunque esto esté vinculado al riesgo de un aumento de infecciones y, entonces, también al riesgo de que las personas mueran.

A diferencia de lo que sucede con el Triage, la cuestión relativa a si se permiten más flexibilizaciones de las medidas de control de las infecciones no tiene que ver con un riesgo para la

² Ver <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/> [enlace verificado el 14 de septiembre de 2020].

vida que se realizará con una probabilidad rayana a la certeza. Más bien, el alcance de este riesgo depende del número de infecciones existentes y, en particular, de la disponibilidad de equipos de tratamiento para salvar vidas. Así, en la ponderación con otras libertades, el único factor que debe tenerse en cuenta es un riesgo para la vida más o menos elevado, que debe determinarse sobre la base del estado actual de la pandemia.

Por otra parte, existe la posibilidad de dañar otros bienes jurídicos, que —en comparación con los peligros para la vida y el cuerpo— es prácticamente segura. De manera que sobre la base de esta distribución del riesgo debe evaluarse en qué dimensión está justificada la restricción de los intereses de libertad en favor de la protección de la vida. Se trata de una pregunta clásica, que, por su parte, debe ser discutida con mayor urgencia en una pandemia: ¿Cómo se configura exactamente el riesgo general para la vida en tiempos del Corona?

V. Riesgo general para la vida en tiempos de pandemia

Los riesgos para la propia vida existen siempre y en todas partes. Cuando se camina por el bosque existe el peligro de ser golpeado por un árbol. Sin embargo, el Estado no corta todos los árboles. Por cierto, los peligros para la vida no resultan solamente de fenómenos naturales. El mejor ejemplo de ello es el tránsito vial, que se cobra muchas víctimas cada año. Sin embargo, dadas las ventajas del tránsito vial, la sociedad ha optado, en principio, por aceptar estos peligros. Por lo tanto, no existe una protección absoluta de la vida, tampoco con respecto al comportamiento de los demás; por el contrario, depende de la evaluación del riesgo ya descrita, que traza los perfiles de lo que se considera un riesgo aceptable para la vida en nuestra sociedad. Dentro de estos límites, el individuo es, en principio, el único responsable de la protección de sus bienes.

¿Por dónde pasan los límites del riesgo general para la vida en la pandemia? ¿Hasta qué punto el Estado debe tomar medidas para proteger la vida y en qué momento ya no es necesario? Aquí juegan un papel importante, por un lado, el nivel de riesgo para la vida medido en relación con el estado respectivo de la pandemia y, por otro lado, los intereses de terceros. Al ponderar estos dos factores resulta particularmente difícil determinar el nivel de riesgo para la vida a causa de los considerables déficits cognitivos.

Además, hay que señalar que si bien la vida humana representa uno de los valores más importantes de nuestro ordenamiento jurídico, también otras libertades tienen un peso relevante. Este aumenta con la creciente duración de su restricción. En este contexto, parece importante

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

examinar y debatir continuamente durante la pandemia cuál es la valoración adecuada de los riesgos y, en particular, no permanecer en un *statu quo*, que posiblemente pueda restringir desproporcionadamente las libertades civiles.