

EL § 14, PÁRR. 3, DE LA LEY DE SEGURIDAD AÉREA: ¿RUPTURA DE UN TABÚ?*

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael PAWLIK, LL.M. (Univ. Freiburg)**

Fecha de recepción: 10 de agosto de 2021

Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2021

Resumen

Este artículo examina la regulación recientemente aprobada por el *Bundestag* (Parlamento Federal) sobre la base de las disposiciones emparentadas del derecho de prevención de peligros, el derecho penal y el derecho constitucional. El autor observa el inicio de una erosión de las bases valorativas hasta ahora reconocidas.

Palabras clave: ley de seguridad aérea – derribo de aviones – dogmática penal – situaciones límite

Title: § 14, para. 3, of the Aviation Security Act: Breaking the Taboo?

Abstract

This paper examines the regulations recently passed by the Bundestag (Federal Parliament) on the basis of the related provisions of prevention of harm law, criminal law and constitutional law. The author observes the beginning of an erosion of the hitherto recognized value foundations of the law.

Keywords: Aviation Security Act – aircraft shootdown – criminal law theory – ticking time bomb scenarios

* Traducción del alemán al español de Leandro DIAS (Universidad de Würzburg). Título original: “§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?”. Publicado en: *JuristenZeitung (JZ)*, 2004, pp. 1045-1055. Se ha mantenido el formato original de citas.

** Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho (Universidad de Friburgo). Profesor *honoris causa* (Universidades de Huánuco, Ucayali y Chimbote). Doctor en Derecho (Universidad de Bonn). Master of Law (Universidad de Cambridge).

Sumario: I. Introducción; II. Dogmática de la situación normal; 1. Valoraciones del derecho de prevención de peligros; 2. Estado de necesidad justificante; 3. Estado de necesidad exculpante supralegal; III. Dogmática de la situación límite; 1. Autorización fuera del ordenamiento jurídico regular; 2. Expresión de un deber cívico; 3. Evaluación del § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG

I. Introducción

El 5 de noviembre de 2003, el Gabinete Federal aprobó¹ el proyecto de Ley de Seguridad Aérea (LuftsicherheitsG), que entró en consulta parlamentaria en enero de ese año y fue aprobado por el *Bundestag* (Parlamento Federal) el 18 de junio de 2004. El 24 de septiembre, el *Bundesrat* (Consejo Federal) se opuso a la ley. El mismo día, el *Bundestag* rechazó la oposición por mayoría de sus miembros. El debate parlamentario y académico-jurídico sobre la LuftsicherheitsG se ha centrado hasta ahora principalmente en la cuestión de si el gobierno federal ya tiene competencia para desplegar las fuerzas armadas para prevenir las amenazas aéreas según la situación constitucional actual² o si esto requeriría primero una modificación de la Ley Fundamental (GG).³ Sin embargo, el § 14 de la ley contiene una autorización para realizar injerencias que difícilmente podría tener mayor alcance. Según el párr. 3 de esta disposición, el “uso directo de la fuerza armada” contra una aeronave está permitido “si puede suponerse, dadas las circunstancias, que la aeronave va a ser utilizada contra la vida de las personas” y la fuerza armada “es el único medio para evitar este peligro actual”.

Es evidente que los redactores de la ley tenían en mente un escenario como el del 11 de septiembre de 2001. En el caso extremo, sería posible derribar un avión secuestrado antes de que pudiese estrellarse contra el objetivo previsto por los terroristas para causar daños de proporciones posiblemente incalculables. Sin embargo, para los ocupantes del avión, un derribo significa una muerte segura. Una disposición legal que permite el homicidio de seres humanos merece siempre una atención especial, sobre todo cuando —como en este caso— el número de víctimas puede

¹ Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben, BT-Drucks. 15/2361, del 14/1/2004.

² Esta es la posición del Gobierno Federal, así como de las facciones del *Bundestag* del Partido Socialdemócrata y de Los Verdes; cf. BT-Drucks. 15/2361, p. 14, así como la toma de posición de los parlamentarios *Hofmann* y *Wiefelspütz* (BT-Prot. 15/115) del 18/6/2004, (p. 10540 s.). En la doctrina científica: *Hochhuth* NZWehrR 2002, 154 ss.

³ Esto se corresponde con el punto de vista del grupo parlamentario Unión Demócrata Cristiana/ Unión Social Cristiana; cf. BT-Drucks. 15/2649, así como la contribución oral del parlamentario *Binninger* (BT-Prot. 15/89, p. 7890 s., 115(80, p. 10538) y *Bosbach* (BT-Prot. 15/89, p. 7884 s.). En la literatura científica: *Dreis* NZWehrR 2002, 133 (149 ss.); *idem*, NZWehrR 2004, 89 ss.; *Gramm* NZWehrR 2003, 89 ss.; *Linke* DÖV 2003, 890 ss.; *idem*, NZWehrR 2004, 115 ss.; *Martínez Soria* DVBl 2004, 597 (605 s.).

ascender a cientos. En particular, se plantea la cuestión de si la disposición se ajusta o no a las valoraciones del ordenamiento jurídico hasta ahora reconocidas. En cuanto a los terroristas del avión derribado, la respuesta no es difícil. Dado que fueron ellos quienes tomaron el control del avión y lo convirtieron en una bomba alada, una disposición que permite su asesinato está en consonancia con los valores tanto del derecho policial material (palabra clave: disparo mortal final) como del derecho penal (palabra clave: legítima defensa de terceros). ¿Pero qué pasa con los miembros de la tripulación y los pasajeros? No “perturban” [Störer] en el sentido del derecho de prevención de peligros, ni agresores en el sentido de la disposición sobre legítima defensa.⁴ ¿Una normativa que, en el caso extremo, también declara permitido su asesinato, no ignora el principio de que no se puede sacrificar a personas inocentes para satisfacer los intereses de otros ciudadanos o de la generalidad? ¿No socava el estado del debate de ética jurídica actual al propugnar un burdo utilitarismo?⁵ ¿Y no se trata —en palabras de MERKEL, a quien hay que agradecerle uno de los primeros debates en profundidad sobre este tema— de una “ruptura del tabú sin precedentes”?⁶ Las siguientes consideraciones están dedicadas a esta cuestión, que, sorprendentemente, no fue abordada en absoluto en la exposición de motivos del gobierno.⁷

La contribución se divide en dos secciones. Como primera cuestión, se examina si la nueva regulación puede ser abordada mediante aquellas valoraciones que se toman prestadas de una *dogmática de la situación normal*. En este contexto, se examinan las disposiciones de la UZwGBw [Ley sobre el uso de la fuerza directa y el ejercicio de facultades especiales por parte de los soldados de las Fuerzas Armadas Federales y de las Fuerzas Armadas Aliadas y los guardias civiles] y de la ME PolG [Proyecto modelo uniforme de ley de policía], así como los institutos jurídicos del estado de necesidad justificante y del estado de necesidad exculpante supralegal. Las normas en cuestión tienen en común que las situaciones de conflicto que regulan son de naturaleza puntualizada: se trata de conflictos en el seno del Estado (que en sí mismo no es cuestionado), pero no en cambio de conflictos en los que esté en juego la existencia o la identidad de derecho constitucional del propio Estado. Los conflictos de esta última clase son objeto de la llamada *dogmática de la situación límite*. A

⁴ Hoy se reconoce unánimemente que el derecho de legítima defensa solo permite injerencias en los bienes jurídicos del agresor. El hecho de que una acción lesiva se hubiese *dirigido* contra el agresor, pero afecta también los bienes de terceros, no es suficiente (BGHSt 39, 374 [380] = JZ 1994, 312 [314] con comentario de Arzt; Lenckner/Perron, en: Schönke/Schröder, Strafrechtsgesetzbuch, 26.ª ed. 2001, § 32 StGB n.º m. 31; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.ª ed. 1001, 12/28; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4.ª ed. 2002, § 7, n.º m. 84; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, t. 1, 3.ª ed. 1997, § 15, n.º m. 106; de otra opinión Frank, Das Strafrechtsgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.ª ed. 1931, § 53 StGB Anm. II [p. 162]).

⁵ Sobre la crítica a la fundamentación del derecho utilitarista, Hoffe, Ethik und Politik, 1979, pp. 142 ss.; recientemente Jahn, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004, pp. 223 ss.

⁶ Merkel, Die Zeit del 8/7/2004, p. 33.

⁷ Cf. BT-Drucks. 15/2361, p. 21.

continuación, se abordan los enfoques de interpretación del § 13, párr. 3, LuftsicherheitsG, que se derivan de esto último. Se discute si la orden de derribo de un avión representa una medida al margen del ordenamiento jurídico regular, que excluye a los ciudadanos afectados en sus derechos fundamentales, o si puede entenderse como expresión de un mayor deber de sacrificio por parte de los ciudadanos en las crisis existenciales de la comunidad.

Se verá que el § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG, se sitúa *entre* la dogmática de la situación normal y la de la situación límite. La dogmática de la situación normal en su forma actualmente practicada *ya no* se ajusta a esta normativa, y la dogmática de la situación límite *todavía no* la hace. Sea cual sea el bloque al que se asigne esta regulación, siempre se pone en marcha una erosión de los fundamentos valorativos hasta ahora reconocidos, cuyos efectos irán presumiblemente mucho más allá del caso concreto regulado.

II. Dogmática de la situación normal

1. Valoraciones del derecho de prevención de peligros

a. La regulación de la UZwGBw

En este contexto, resultan especialmente interesantes las disposiciones de la UZwGBw,⁸ ya que esta ley contiene las competencias sustantivas de derecho policial de la Bundeswehr [Fuerzas Armadas],⁹ aunque limitadas a su propia protección.¹⁰ Los §§ 15 a 17, UZwGBw regulan el uso de armas de fuego contra las personas; según el § 18, UZwGBw, estas disposiciones se aplican correspondientemente al uso de explosivos. En la primera parte de la oración del § 16, párr. 2, oración 2, la UZwGBw declara prohibido el uso de armas de fuego si “es muy probable que los transeúntes corran peligro”. La segunda mitad de la disposición contiene una restricción a esta prohibición. No se aplica si el peligro para los transeúntes “no puede ser evitado al intervenir contra

⁸ Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und verbündeter Streitkräfte sowie zivile Wachpersonen del 12/8/1965 (BGBl. I, p. 796).

⁹ Sobre el carácter de derecho policial sustantivo de la UZwGBw: *Großmann*, Bundeswehrsicherheitsrecht, 1981, 11/14; *Jess/Mann*, Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges durch die Bundeswehr, 2.^a ed. 1981, Einleitung, n.º m. 11 ss; *Lingens*, Die Polizeibefugnisse der Bundeswehr, 1982, p. 1; *Stauf*, Wehrecht II, 2002, Einl. UZwGBw n.º m. 2. En detalle *Lück*, Die polizeilichen Aufgaben der deutschen Streitkräfte, Diss. Würzburg 1999, pp. 14 ss.

¹⁰ *Großmann* (nota 9), II/n.º m. 79; *Jess/Mann* (nota 9), Anhang II n.º m. 1; *Lingens* (nota 9) p. 1.

una muchedumbre (§ 15, párr. 2)”. El § 15, párr. 2, UZwGBw, permite el uso de armas de fuego contra una muchedumbre en caso de que se cometan delitos con el uso de la fuerza contra la Bundeswehr que provengan de la muchedumbre o a partir de la muchedumbre, o si dichos delitos son inminentes y las medidas coercitivas contra los individuos no conducirán al resultado deseado o es evidente que no tendrán éxito. Dado que el uso de armas de fuego contra una muchedumbre a menudo no puede evitar poner en peligro a los transeúntes, esta facultad carecería en gran medida de importancia práctica sin la disposición del art. 16, párr. 2, oración 2, segunda mitad de la oración, UZwGBw.¹¹

La doctrina reciente ya no duda de que los rehenes son transeúntes en el sentido del derecho policial sobre el uso de armas de fuego.¹² Sin embargo, ¿no muestra la excepción prevista en el § 16, párr. 2, oración 2, segunda parte de la oración, UZwGBw, una estrecha relación con la regulación realizada en el § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG?¹³ ¿No existe también una amenaza por parte de los ocupantes de la aeronave en el caso de que la aeronave se convierta en un instrumento terrorista para cometer los delitos más graves y pueda evitarse este peligro únicamente mediante el uso de la fuerza armada también contra los transeúntes? En este sentido, ¿no representa la regulación de la LuftsicherheitsG simplemente la transferencia coherente de una valoración legal establecida a un caso especial particularmente expuesto?

En contra de las primeras apariencias, esto no es así, porque el grupo de secuestradores y rehenes no es equivalente a una “muchedumbre” en el sentido de la UZwGBw. El derecho de prevención de peligros entiende que una muchedumbre es un número alto de personas que, *por su número*, es posible suponer una amenaza para la seguridad y el orden público.¹⁴ No es necesario que todos los miembros de esta muchedumbre apoyen el comportamiento delictivo de los miembros

¹¹ En este sentido, *Reindl/Roth*, Die Anwendung des unmittelbaren Zwanges in der Bundeswehr, 1974, p. 100; *Heinen*, Rechtsgrundlagen Feldjägerdienst, 6.ª ed. 2003, p. 73; *Lingens* (nota 9), p. 111.

¹² Para la UZwGBw: *Großmann* (nota 9), III/§ 16 UZwGBw n.º m.14. Para el derecho policial formal: F. *Mußgnug*, Das Recht des polizeilichen Schußwaffengebrauchs, 2001, p. 133 ss; en relación con la Ley de Policía de Baviera: n.º 66.5 VollzBek zu Art. 66 PAG; *Köhler*, en: *Berner/Köhler*, Polizeiaufgabengesetz, 17.ª ed. 2004, art. 66 PAG n.º m. 9; *Beinhofner*, en: *Honnacker/Beinhofner*, Polizeiaufgabengesetz, 17.ª ed. 1999, § 66 PAG Erl. 8 - De otra opinión, más recientemente *Krey/Meyer* ZRP 1973, 4.

¹³ En esta dirección *Dreist* NZWehrR 2004, 89 (104 s.) y *Hochhuth* (nota 2), 165.

¹⁴ Así el N.º 68.1 VollzBek zu Art. 68 bayPAG; con la opinión de F. *Mußgnug* (nota 12), p. 142; *Sundermann*, Schußwaffengebrauch im Polizeirecht, Diss. Heidelberg 1984, p. 34.

individuales verbalmente o de cualquier otra manera.¹⁵ Sin embargo, para fundamentar su mayor responsabilidad en comparación con la de transeúntes ajenos a una multitud es indispensable que su presencia como tal tenga un efecto de *aumento del peligro*. No obstante, esta no es la situación en la constelación de casos en cuestión. Es obvio que el peligro de la muchedumbre, enfatizado por la antigua psicología social —la formación de una conciencia de masa, acompañada de un sentimiento exagerado de fuerza y una voluntad de masa fácilmente manipulable¹⁶—, no puede surgir de la relación entre los secuestradores y los rehenes. Pero, sobre todo, el carácter explosivo de la situación no surge ya desde un principio de la aglomeración de un mayor número de personas, sino del poder destructivo del aparato técnico. Los propios rehenes son los que corren mayor peligro; su presencia, en cambio, no contribuye en lo más mínimo al peligro para terceros. Si un solo terrorista se hace con el control de un avión de transporte con dos tripulantes, la amenaza para las personas que se encuentran en el lugar donde se pretende estrellar no es ni un ápice menor que si el avión estuviese lleno, en virtud del tamaño del avión. La situación regulada en el § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG, se refiere, por tanto, a una clase de amenaza completamente diferente a la del § 16, párr. 2, oración 2, segunda mitad de la oración, UZwGBw. Por consiguiente, esta regulación no puede ser fructífera para el problema que nos ocupa.¹⁷

b) § 41, párr. 4, oración 2, ME PolG

El § 41, párr. 4, oración 2, ME PolG,¹⁸ y las leyes policiales estatales que lo siguen (p. ej., el art. 66, párr. 4, oración 2, BayPAG) reconocen otra excepción a la prohibición de poner en peligro a los transeúntes en caso de que el uso de armas de fuego sea el único medio de evitar un peligro actual para la vida. ¿No se corresponde la idea básica de estas disposiciones con la regulación del § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG? A primera vista, parece que hay mucho que decir a favor; pero si se examina más de cerca, prevalecen nuevamente las objeciones.

¹⁵ Quien se comporta de este modo deja de ser un transeúnte; cf. N.º 66.5 VollzBek zu Art. 66 bayPAG así como *F. Mußgung* (nota 12), p. 135 s.

¹⁶ Cf. las referencias en *Buchert*, Zum polizeilichen Schußwaffengebrauch, 1975, p. 40, así como *Maiwald*, en: *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil, t. 2, 8.ª ed., § 60, n.º m. 15, 22.

¹⁷ Además, habría que remitirse a la disposición del § 16, párr. 3, de la UZwGBw. Según esta disposición, no se puede utilizar armas de fuego contra personas que parezcan niños. Por tanto, si hay niños a bordo —y esto debe esperarse, en principio, en todos los vuelos regulares—, fracasa la invocación de la idea jurídica del § 16, UZwGBw incluso bajo la interpretación más amplia.

¹⁸ *Heise/Riegel*, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, 2.ª ed. 1978, p. 120.

Según su tenor literal, la excepción mencionada no solo cubre el caso en el que la *persona en peligro* debe ser liberada de un peligro actual para su vida (eliminación de un secuestrador), sino también la constelación que aquí interesa en la que un ciudadano no implicado en la situación es puesto en peligro para liberar a *otro ciudadano* de un peligro actual para su vida.¹⁹ Sin embargo, si el § 41, párr. 4, oración 2, ME PolG y sus correspondientes leyes estatales se aplicasen sin más a esta situación, esto implicaría una profunda contradicción valorativa con la normativa sobre el estado de necesidad policial. Las disposiciones de derecho policial sobre el estado de necesidad permiten el uso de personas no perturbadoras en condiciones mucho más estrictas. Entre estas, que la persona afectada por la injerencia pueda ser utilizada “sin peligro considerable para sí misma” (§ 6, MEPolG; art. 10, bayPAG). En este sentido, se considera que existe un peligro considerable para uno mismo, en particular, si la medida contra la persona no perturbadora pone en peligro su vida o su salud.²⁰ La persona no perturbadora no debe ser “obligada, por así decirlo, a ser un héroe”.²¹ No está obligada a sacrificarse físicamente para evitar el peligro de un tercero.²²

Las disposiciones sobre el estado de necesidad del derecho policial reflejan el hecho de que los ciudadanos cumplen su responsabilidad por el bienestar de sus conciudadanos de forma indirecta, es decir, pagando sus impuestos y otros tributos.²³ Por consiguiente, la utilización directa de un ciudadano individual en beneficio de otras personas concretas —una utilización que se basa simplemente en la circunstancia de que se encuentra en el lugar del hecho— supone una carga adicional para la persona en cuestión en relación con los demás miembros de la comunidad jurídica. De acuerdo con el principio de igualdad de cargas,²⁴ solo se puede imponer algo así si se garantiza que el sacrificio que se exige sigue siendo *temporal*.²⁵ Este es el objetivo del derecho de indemnización previsto a favor de la persona obligada a actuar en estado de necesidad (§ 45, párr. 1, oración 1, ME PolG; art. 70, párr. I, bayPAG). Gracias a ello, los costes de la lucha contra una situación de necesidad individual se trasladan del destinatario concreto de la injerencia a la totalidad de los miembros del ordenamiento jurídico, como cuyo representante accidental fue utilizado inicialmente. La restricción a las víctimas temporales también explica por qué, en el marco del

¹⁹ Köhler (nota 12), Art. 66 PAG n.º m. 9.

²⁰ De modo ejemplar N.º 10.3 VollzBek zu Art. 10 bayPAG; *Habermehl*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2.ª ed. 1993, n.º m. 198; *Schenke*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 3.ª ed 2004, n.º m. 318.

²¹ *Beinhofer* (nota 12), Art. 10 PAG Erl. 9.

²² *Schmidbauer*, en: *Schmidbauer/Steiner/Roese*, *Bayerisches Polizeiaufgabengesetz*, 1999, Art. 10 PAG n.º m. 21.

²³ *Isensee*, en: *Stödter/Thieme* (eds.), *Hamburg, Deutschland, Europa* (Festschrift für Hans Peter Ipsen), 1977, p. 409 (415, 423); *idem*, *DÖV* 1982, 609 (617).

²⁴ Sobre este principio *Hofmann*, en: *Isensee/Kirchhof* (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, t. V, 1992, § 114, n.º m. 37; *Bethge* JA 1985, 249 (254 s.).

²⁵ *Bethge* (nota 24), 255.

estado de necesidad del derecho policial, solo son admisibles desde el principio las injerencias que posteriormente puedan ser indemnizadas. Si el sacrificio que le es exigido a la víctima de la injerencia es tan severo que su vida queda dañada de forma permanente, o incluso termina prematuramente, la concesión posterior de un derecho de indemnización, con independencia de cualquier compensación económica, ya no sirve.

Esta valoración también debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar el § 41, párr. 4, oración 2, ME PolG ME y las leyes estatales correspondientes. La forma más rigurosa de tenerlo en cuenta es una reducción teleológica de las normas pertinentes. De acuerdo con esto, el uso de armas de fuego —incluso si fuera el único medio para evitar un peligro actual para la vida— es inadmisiblesi la vida de un transeúnte está en peligro en el proceso.²⁶ Como mínimo, empero, los requisitos para las injerencias deben estar sujetos a un estricto estándar de proporcionalidad. El riesgo al que se expone el transeúnte debe ser comparativamente menor que el peligro al que se expone el beneficiario del uso de armas de fuego.²⁷ Sin embargo, este no es el caso en la situación del § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG. Quien decida utilizar las armas en un caso así sabe que eso significa una muerte segura para los pasajeros no implicados. Declarar que el derribo es proporcional a pesar de ello solo es posible utilizando otros aspectos en la fundamentación: la comparación del número probable de víctimas y el hecho de que las vidas *de los pasajeros* se perderían de todos modos. No obstante, este enfoque chocaría con la interpretación, hasta ahora casi indiscutible, del art. 2, párr. 2, oración 3, GG.²⁸ Las cuestiones que esto plantea se analizan en detalle en el debate sobre el estado de necesidad del derecho penal, que se abordará a continuación. Allí se confirmará que el recurso a los puntos de vista mencionados dentro de una dogmática de la situación normal es inadmisibles por razones de principio. Por consiguiente, el § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG, no puede estar basado en las valoraciones establecidas en el derecho de prevención de peligros.

²⁶ Así § 46 párr. 4 oración 2 brPolG; Arbeitskreis Polizeirecht, Alternativenentwurf einheitlicher Polizeigesetze des Bundes und der Länder, 1979, § 42 Abs. 6 S. 2 AE PolG (p. 158); *Habermehl* (nota 20), n.º m. 849.

²⁷ *Heise/Riegel* (nota 18), p. 122; *Beinhofer* (nota 12), Art. 66 PAG Erl. 9; *F. Mußgnug* (nota 12), p. 137.

²⁸ *Fehn/Brauns*, Bundeswehr und innere Sicherheit, 2003, pp. 66 ss.; *Linke NZWehR* 2004, 115 (125). Según un punto de vista asentado, el “carácter fundamental de la vida” por regla general excluye “la justificación del homicidio intencional de seres humanos a partir de fines que no consistan en repeler una agresión antijurídica” (*Murswiek*, en: *Sachs* [ed.], Grundgesetz, 3.ª ed. 2003, Art. 2 GG n.º m. 171; de modo similar *Lorenz*, en: *Isensee/Kirchhof* [nota 24], t. VI, 1989, § 128 n.º m. 42; *Kunig Jura* 1991, 415 [421]; *Rupprecht*, en: *Leibholz et al.* [eds.], Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung [Festschrift für Willi Geiger], 1974, p. 781 [785 s.]; tendencialmente algo más amplio *Sachs*, Verfassungsrecht II, 2000, p. 207 s.).

2. Estado de necesidad justificante

a) Ilícito de homicidio a pesar del estado de necesidad

A primera vista, parece imposible que el instituto del estado de necesidad justificante pueda justificar acciones de homicidio. Se corresponde con la opinión generalizada en la doctrina de derecho penal sobre el estado de necesidad que las personas inocentes no están obligadas a sacrificar sus vidas.²⁹ Tampoco debe haber compensación de cantidades de vidas; por consiguiente, en particular, la destrucción de la vida de (relativamente) pocas personas para salvar la vida de muchas también es antijurídica.³⁰

Sin embargo, si se examina más de cerca, la situación pierde su claridad superficial. Son concebibles dos caminos para justificar un deber de sacrificio más amplio por parte de la persona obligada a hacer sacrificios en un estado de necesidad, y se tomarán ambos en esta contribución. Como *primer* camino se puede señalar que la limitación del deber de sacrificio a pérdidas menores, muy por debajo del sacrificio de la vida, pretende beneficiar solo a aquellos cuya implicación en la situación de estado de necesidad fue totalmente accidental. Aquellos que han participado en la creación del peligro, que posteriormente deben evitar, están por tanto sujetos a un deber de sacrificio más amplio;³¹ la dogmática del derecho penal habla a este respecto de un estado de necesidad defensivo. Esto se tratará con más detalle en el apartado b). Un *segundo* camino es reconocer la “inocencia” de la persona utilizada, pero imponerle un deber de sacrificio mayor por otras razones —especialmente porque su vida se perdería de todos modos—. Las cuestiones vinculadas a este último camino se examinan en el apartado c).

²⁹ BGHSt 35, 347 (350) = JZ 1989, 642 s. (al respecto Küper JZ 1989, 617, 935); Erb, en: Joecks/Miebach (eds.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK), t. 1, 2003, § 34 StGB n.º m. 114; Günther, en: Rudolphi/Horn/Günther/Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK), § 34 StGB n.º m. 43 (estado: septiembre 2000); Hirsch, en: Jähne/Laufhütte/Odersky (eds.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK), t. 2, 11.ª ed. 2003, § 34 StGB n.º m. 65; Lenckner/Perron (nota 4), § 34 StGB n.º m. 11; Neumann, en: Neumann/Puppe/Schild (eds.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK), § 34 StGB n.º m. 73 (estado: enero 1997); Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts (Allgemeiner Teil), 5.ª ed. 1996, § 33 IV 3 a (p. 361); Kühl (nota 4), § 8 n.º m. 4; Roxin (nota 4), § 16 n.º m. 29.

³⁰ BGHSt 35, 347 (350); Erb (nota 29), § 34 StGB n.º m. 116; Lenckner/Perron (nota 4), § 34 StGB n.º m. 24; Schlehofer, en: MK (nota 29), t. 1, 2003, Previo a los §§ 32 ss. StGB n.º m. 214 ss.; Jescheck/Weigend (nota 29), § 33 IV 3 a (p. 361); Roxin (nota 4), § 16 n.º m. 30; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5.ª ed. 2004, § 9 n.º m. 113.

³¹ Sobre la fundamentación, en mayor detalle Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, pp. 286 ss.

b) Estado de necesidad defensivo

Bajo la categoría de estado de necesidad defensivo, la dogmática del derecho penal resume aquellos casos en los que alguien no es un “agresor” en el sentido del § 32, StGB [legítima defensa], pero causa, sin embargo, un peligro para otro de forma imputable.³² En contra de su denominación como caso de estado de necesidad, el estado de necesidad defensivo debe clasificarse más bien como un “nivel inferior” de la legítima defensa desde un punto de vista sistemático.³³ Esto se confirma también por el alcance de la facultad de injerencia que le corresponde al autor en estado de necesidad defensivo. El § 228, párr. 1, BGB, la única disposición legal sobre estado de necesidad defensivo, invierte el criterio de proporcionalidad aplicable al estado de necesidad agresivo. Si el derecho a realizar una injerencia en un estado de necesidad agresivo está *fundamentado* por la preponderancia esencial del interés protegido sobre el interés perjudicado (§ 34, oración 1, StGB), el derecho a realizar una injerencia en estado de necesidad defensivo del § 228, oración 1, BGB, está *limitado* por la prohibición de infligir un daño desproporcionado. Por tanto, en casos extremos, el homicidio de la persona peligrosa también está permitido en un estado de necesidad defensivo.³⁴

Es cierto que se discute mucho si los funcionarios públicos pueden invocar las causas generales de justificación del derecho penal, una de las cuales es el estado de necesidad defensivo.³⁵ Sin embargo, en el presente contexto, esta controversia no es decisiva. No se trata de si el derribo de una aeronave amenazante también podría estar justificado independientemente de la existencia del § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG, sino de si esta normativa es compatible con las valoraciones sobre cuya base la comunidad jurídica ha estado dispuesta hasta ahora a considerar conforme a derecho

³² Un desarrollo sintético puede encontrarse en: Pawlik (nota 31), p. 304 ss.; *idem*, Jura 2002, 26 ss.; *idem*, GA 2003, 12 ss.

³³ Kühn, en: Lackner/Kühn, Strafgesetzbuch, 24.ª ed. 2001, § 34 StGB n.º m. 9; Neumann (nota 29), § 34 StGB n.º m. 86; Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, p. 237. Solamente está discutida la cuestión constructiva de si la modificación necesaria de los requisitos de la intervención y el alcance de la intervención pueden ser leídos en el § 34 StGB (así, la opinión dominante: Erb [nota 29], § 34 StGB n.º m. 17 s., 148 ss.; Hirsch [nota 29], § 34 StGB n.º m. 1, 72, 82; Lenckner/Perron [nota 4], § 34 StGB, n.º m. 1, 30); Jescheck/Weigend [nota 29], § 33 II 3 IV 5 (p. 357, 365); Kühn [nota 4], § 8 n.º m. 57, 134; Roxin [nota 4] § 16 n.º m. 66, 98) o de si, en este sentido, es necesaria la asunción de una causa de justificación autónoma y no escrita de “estado de necesidad defensivo” (así Neumann, *idem*, § 34 StGB n.º m. 86; Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2.ª ed. 1988, p. 82, 176 ss.; Jakobs [nota 4], 13/46 ss.; Pawlik [nota 31], pp. 140 ss.).

³⁴ Erb (nota 29), § 34 StGB n.º m. 156; Günther (nota 29), § 34 StGB n.º m. 43; Hirsch (nota 29), § 34 StGB n.º m. 74; Kühn (nota 33), § 34 StGB n.º m. 9; Jakobs (nota 4), 13/46; Pawlik (nota 31), p. 316, con referencias adicionales. De otra opinión, especialmente Lenckner/Perron (nota 4), § 34 StGB, n.º m. 24, 40 s.

³⁵ Al respecto, recientemente y en detalle Jahn (nota 5), p. 273 ss.; cf. también Pawlik (nota 31), pp. 186 ss.

determinadas acciones de homicidio. Para determinar estas valoraciones, también interesa el estado de necesidad justificante defensivo.

El ámbito de circunstancias de las que es responsable el destinatario de la injerencia es comprensiblemente mayor en el caso del estado de necesidad defensivo que en el de la legítima defensa. La opinión más extendida es que incluso una persona que se ha convertido en una fuente de peligro para otras personas sin culpa alguna es responsable en virtud del estado de necesidad defensivo.³⁶ En consecuencia, se pueden tomar medidas según los principios del estado de necesidad defensivo contra el alpinista que se cae al escalar una montaña y que está amenazando con arrastrar a su compañero de cuerda hacia abajo con él, incluso si no es responsable de la caída. Al fin y al cabo, el alpinista se habría expuesto a los riesgos de la montaña y a sus posibles consecuencias de forma libremente responsable. Tendría que asumir la responsabilidad de la pérdida de control sobre su cuerpo.³⁷

Sin embargo, el derribo de un avión secuestrado no puede justificarse ni siquiera sobre la base de los principios del estado de necesidad defensivo, incluso si se los entiende de forma amplia. En cuanto a los pasajeros secuestrados, su “contribución al hecho” fue simplemente haberse subido al avión. Pero al hacerlo no aumentaron de forma relevante el peligro para las víctimas de un choque con este avión. El avión habría despegado (al menos en el caso de un vuelo programado normal) incluso sin ellos y en este caso tendría el mismo efecto destructivo que si estuviera completamente lleno. Sobre todo, no se les pueden imputar a los pasajeros ni a los miembros de la tripulación la utilización criminal del avión. Los principios de imputación personal concretan las ideas de autodeterminación y auto-responsabilidad.³⁸ Por consiguiente, la responsabilidad por estado de necesidad defensivo, sobre la base de la pérdida de control imputable, queda excluida cuando alguien abusa de la esfera jurídica de otro para perjudicar a un tercero sin que el intermediario tenga

³⁶ En detalle, al respecto *Pawlik* (nota 31), pp. 321 ss.; *idem*, GA 2003, pp. 19 ss.

³⁷ Con apelación a los principios del estado de necesidad defensivo consideran conforme a derecho el homicidio del montañista que se cae: *Günther* (nota 29), § 34 StGB n.º m. 20; *Hirsch* (nota 29), § 34 StGB n.º m. 74; *Renzikowski*, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 266 s.; *Pawlik* (nota 31), p. 326 s. De otra opinión, la doctrina dominante: *Lenckner/Perron* (nota 4), § 34 StGB n.º m. 24; *Jakobs* (nota 4), 13/23; *Kühl* (nota 4), § 8, n.º m. 154 s.; *Maurach/Zipf*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 1, 8.ª ed. 1992, § 27 n.º m. 25 s.; *Roxin* (nota 4), § 16 n.º m. 34 s.; *Wessels/Beulke*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 33.ª ed. 2003, n.º m. 316; *Küper*, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979, p. 48 ss.; *idem*, *JuS* 1981, 785 (792 ss.).

³⁸ Al respecto, en los detalles *Pawlik*, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pp. 15 ss.

que aceptar el comportamiento del actuante como expresión de su libertad de organización.³⁹ Este es el caso del secuestro y desvío de un avión por parte de terroristas. No se trata de un hecho que estuviera en manos de los demás pasajeros para evitarlo, sino de un acto de delincuencia grave. No es aceptable imputarles esto a sus principales víctimas.⁴⁰

c) La vida de los pasajeros se perderá de todos modos

Sin embargo, los casos regulados en el § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG, se caracterizan por el hecho de que la vida de los pasajeros se perderá con toda probabilidad. Si no mueren al ser derribado el avión, entonces morirán poco tiempo después, al estrellarse el avión contra el objetivo de los terroristas. En esta situación desesperada, ¿no podemos exigirles que sacrifiquen los pocos minutos de vida que les quedan para que, al menos, se puedan preservar las vidas de sus conciudadanos que se encuentran en el lugar del objetivo de los terroristas, que de otro modo también estarían perdidas? Esta idea no carece en absoluto de cierta plausibilidad en materia de ética jurídica; incluso en la filosofía moral católica, que tradicionalmente le concede un valor muy elevado al derecho a la vida, ha encontrado recientemente aprobación.⁴¹ Sin embargo, dentro de la dogmática jurídico-penal del estado de necesidad del derecho penal se le niega predominantemente la capacidad de ser tenida en cuenta. Esta última posición merece preferencia en sus conclusiones.⁴²

Quien, basándose en supuestas buenas razones, se otorga a sí mismo la autorización para disponer de la vida de otro, le niega a la persona afectada el derecho a determinar por *sí misma* lo que reconoce como una buena razón para su muerte prematura. En algunos ámbitos límites de la eutanasia médica —se piensa en la eutanasia temprana, p. ej.— esta forma de proceder puede ser inevitable.⁴³ Allí, por supuesto, se invoca el presunto *interés de la propia persona afectada*. Se asume tácitamente que todos los seres humanos comparten un cierto interés pre-moral en liberarse del dolor y que, por tanto, la terminación temprana de una vida de la que su dueño no puede esperar más que la más severa agonía protege adecuadamente sus intereses. Los casos contemplados en el § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG, son diferentes. Según esto, el derribo no se justifica por el hecho de evitarles a los

³⁹ *Jakobs* (nota 4), 13/47; *Pawlik* (nota 31), p. 324; *idem* Jura 2002, 28; *idem* GA 2003, p. 22.

⁴⁰ Del mismo modo *Merkel* (nota 6), p. 33.

⁴¹ *Rhonheimer*, *Abtreibung und Lebensschutz*, 2004, pp. 137 ss., 189 ss.

⁴² *Lenckner/Perron* (nota 4), § 34 StGB n.º m. 24; *Jakobs* (nota 4), 13/23; *Kühl* (nota 4), § 8 n.º m. 154 s.; *Roxin* (nota 4), § 16 n.º m. 34 s.; *Stratenwerth/Kuhlen* (nota 30), § 9 n.º m. 109; *Wessels/Beulke* (nota 37), n.º m. 316; *Gallas*, *Beiträge zur Verbrechenlehre*, 1968, p. 71; *Jerouschek*, en: *Amelung et al.* (eds.), *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie* (Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber), 2003, p. 185 (193 s.); *Küper* JuS 1981, 785 ss.

⁴³ Un análisis jurídico-penal profundo de los casos de eutanasia temprana es brindado por *Merkel*, *Früheuthanasie*, 2001, pp. 521 ss.

desafortunados pasajeros los terribles últimos minutos, sino únicamente por el hecho de que solo así se podrían salvar muchas otras vidas humanas. Quien se encargase de fundamentarles a los pasajeros lo que debería hacerse con ellos tendría que explicarles que alguien en su posición tiene el *deber* de sacrificar su vida por el bien de los demás. En otras palabras, no se le permitiría dirigirse a ellos como titulares de ciertos *intereses pre-morales*, sino como portadores de *consideraciones de ética jurídica*. La pregunta es, por consiguiente, si la mencionada exigencia de ética jurídica forma parte tan inseparable del acervo básico de una concepción liberal del derecho que se les pueda exigir a los potenciales destinatarios de la intervención que la acepten sin concederles un derecho a oponerse —derecho cuya ejecución implicaría entonces el cese de la injerencia—.

Recientemente, NEUMANN y ERB, en particular, se han pronunciado a favor de responder afirmativamente esta pregunta.⁴⁴ En sus palabras, el hecho de que quienes perderán inevitablemente su vida exijan llevar con ellos a los demás a una muerte segura no representa, debido a su ausencia de sentido, una apelación legítima a los límites del propio deber de solidaridad, sino una extralimitación de la solidaridad de los demás.⁴⁵ Un principio jurídico que llevase a que todos los amenazados tuviesen que perecer juntos invertiría la función de protección de la vida de la prohibición de matar y la convertiría en su contrario.⁴⁶ Sin embargo, el uso que ambos autores hacen aquí del término solidaridad es muy engañoso. El derecho del “inocente” a no ser matado no está sistemáticamente en el mismo nivel que su derecho a recibir ayuda en una situación de necesidad. Este no se vincula a un deber de solidaridad de los demás, sino que surge de la pretensión de la persona afectada de que se respete su esfera de derechos.⁴⁷ Este derecho al respeto es por excelencia constitutivo de un entendimiento liberal del derecho. Por esta razón, también es una distorsión del contexto de teoría de las normas describir la demanda de la persona cuya vida está irremediablemente perdida frente a las demás personas en el sentido de una exigencia de que la acompañen a una muerte segura. Lo que quien se encuentra condenado a morir exige es más bien esto: los demás deberían respetar su poder de decisión sobre su vida incluso en esta trágica situación. Queda por aclarar si a la insistencia en esta exigencia se opone su *propio* deber de solidaridad; pero en cualquier caso, esto no constituye una extralimitación de la solidaridad *de los demás*.

⁴⁴ Neumann (nota 29), § 34 StGB n.º m. 76 s.; Erb (nota 29), § 34 StGB n.º m. 118 ss. (expresamente también para los casos como el del 11/9/2001). Del mismo modo Otto, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7.ª ed. 2004, § 8 n.º m. 193; *idem*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3.ª ed. 1978, p. 82 s.; Hochhuth (nota 2), p. 165 s., así como Merkel ZStW 114 (2002), 437 (452 s.) (sobre la posición actual de Merkel, véase *infra* III.2.).

⁴⁵ Neumann (nota 29), § 34 StGB n.º m. 77; Erb (nota 29), § 34 StGB n.º m. 119.

⁴⁶ Erb (nota 29), § 34 StGB n.º m. 120.

⁴⁷ Pawlik (nota 31), pp. 14 ss.

Por supuesto, NEUMANN y ERB siguen manteniendo que no tiene sentido atenerse al rigor habitual de la prohibición de homicidio en una situación así; esto es prácticamente una inversión de la idea de la protección de la vida. Para justificar esta tesis, sus defensores deben demostrar dos cosas: en *primer lugar*, tienen que demostrar por qué el hecho de que la víctima esté perdida de todos modos debilita su posición jurídica de tal manera que se le puede hacer algo que va mucho más allá de lo que es permitido en situaciones ordinarias de estado de necesidad. En *segundo lugar*, deben demostrarlo mediante una fundamentación suficientemente selectiva, en el sentido de que no abra la puerta a una ponderación general entre cantidades de vidas respecto de la cual nadie estaría de acuerdo. En ambos puntos, la posición de NEUMANN y ERB plantea serias dudas.

La afirmación de que la vida de una persona se perderá de todos modos es en sí misma un mero pronóstico sobre hechos; en ausencia de un componente normativo, no representa ni un argumento de dogmática jurídica, ni un argumento de ética jurídica. Por consiguiente, para poder sustentar la conclusión pretendida —la afirmación de un deber de sacrificio—, esta afirmación requiere una transformación normativa. Esto conduce inevitablemente a la tesis de que la vida de una persona irremediablemente perdida es menos digna de protección y, por tanto, de valor comparativamente inferior a la vida presumiblemente con más futuro. Esta fundamentación, sin embargo, rompe con los principios de imputación que se aplican en el derecho penal en los demás casos —y también en el derecho del estado de necesidad—. ⁴⁸ Según estos principios, solo los deberes institucionales especiales de la persona obligada en un estado de necesidad, así como una contribución inculpativa a la creación de la situación de conflicto (¡estado de necesidad defensivo!), son capaces de ampliar su deber usual de sacrificio. ⁴⁹ La base normativa de la posición de NEUMANN y ERB no es, pues, generalizable dentro del sistema.

Por otra parte, la afirmación del menor valor de la vida ya marcada por la muerte reclama un ámbito de aplicación que va mucho más allá del grupo de casos que aquí se discuten. ⁵⁰ Si se acepta el método de evaluación comparativa de las cantidades de vida, no hay ninguna razón de peso para limitarlo a las constelaciones en las que el tiempo de vida restante y el correspondiente valor de la vida de uno de los participantes es casi nulo. Un relativismo metodológico no es compatible con límites absolutos. Dado que, además, lo que usualmente hace que una vida más larga parezca

⁴⁸ De modo similar *Schlehofer* (nota 30), Previo a los §§ 32 ss. StGB n.º m. 215.

⁴⁹ Al respecto, detalladamente *Pawlik* (nota 31), pp. 281 ss., 304 ss.

⁵⁰ Esto es criticado también por *Küper* JuS 1981, 792 ss. y *Wessels/Beulke* (nota 37), n.º m. 316.

deseable para las personas es su “calidad”, la mencionada tesis, llevada a cabo de forma coherente, conduce en última instancia a admitir una comparación exhaustiva de la “calidad de vida” que presumiblemente puede esperar cada una de las partes del conflicto. Por tanto, esta consecuencia, generalmente rechazada —incluso por los propios NEUMANN y ERB—,⁵¹ solo puede ser evitada de forma convincente sobre la base de la opinión dominante.⁵²

De ahí que el deber de sacrificar la vida pueda imponérseles como máximo a los destinatarios de la injerencia con la concesión de un derecho a oponerse. Su lugar sistemático no es, pues, el estado de necesidad justificante, en el que la aprobación del destinatario de la injerencia es por definición prescindible, sino el consentimiento. En la *praxis*, en esta constelación de casos solo puede considerarse el *consentimiento presunto*. Sin embargo, el recurso a este instituto jurídico también extendería demasiado la pretensión de obligatoriedad del derecho penal. Aunque los ocupantes de la aeronave tendrían ahora formalmente un derecho de objeción, no podrían ejercerlo realmente. Pero este razonamiento se toparía, por sobre todo, con la regulación del § 216, StGB. Según esto, ni siquiera el deseo explícito y grave de la persona matada tiene un efecto justificante, sino que simplemente conduce a la aplicación de una escala penal más leve; el mero deseo presunto de muerte —y más aún, el consentimiento presunto en una solicitud del autor supuesta de forma hipotética— ni siquiera tiene este efecto. Incluso sobre la base de la más progresista de las interpretaciones del § 216, StGB actualmente sostenidas —la opinión de que “un pedido de ser matado que sea expresado por buenas razones generalmente reconocidas como plausibles no

⁵¹ Claramente, p. ej., *Roxin* (nota 4), § 16 n.º m. 29; además *Neumann* (nota 29), § 34 StGB n.º m. 75 y *Erb* (nota 29), § 34 StGB n.º m. 115.

⁵² *Erb* (nota 29), § 34 StGB n.º m. 120 intenta limitar el ámbito de aplicación de la fundamentación que él propone al señalar que una justificación por estado de necesidad solo sería admisible en aquellos casos en los cuales la víctima de la intervención no es sometida a un nuevo curso dañoso, sino que antes bien se acelera la realización de un riesgo ya puesto en marcha y que resulta inevitable para el afectado. Este intento de restricción está destinado al fracaso. Es posible describir y aislar riesgos según grados de abstracción absolutamente diferentes. Si uno se remite a un riesgo de muerte como tal, entonces cada acción de homicidio hace las veces de una realización acelerada de ese destino inevitable. Si, en cambio, se recurre a las circunstancias concretas de la muerte, entonces el lanzamiento de un misil muy probablemente sea la puesta en marcha de un nuevo curso dañino frente a la muerte posterior al estrellarse el avión. *Erb* se decide tácitamente por un nivel de descripción que se encuentra en un nivel intermedio entre estos dos. Pero esta clase de aislamiento del riesgo no es de ninguna manera forzosa sustantivamente y, por consiguiente, tampoco permite brindar el potencial de fundamentación que considera *Erb*.

entraría en el ámbito de aplicación de esta disposición ya desde el principio”⁵³ la prohibición de homicidio a petición sigue siendo, por tanto, un obstáculo insuperable en el presente caso.⁵⁴

3. Estado de necesidad exculpante supralegal

La dogmática de la situación normal debe, por tanto, dirigir su atención al nivel del concepto de delito posterior al de la justificación. ¿El derribo de una aeronave en las condiciones establecidas en el § 14, párr. 3, LuftverkehrsG, no podría, al menos, estar exculpado según los criterios de evaluación establecidos? En un primer momento se puede pensar en un paralelismo con el estado de necesidad exculpante (§ 35, StGB) en este contexto. Sin embargo, esta idea no conduce a la meta, porque ni el Ministro de Defensa responsable de ordenar el derribo según el § 14, párr. 4, LuftverkehrsG, ni el soldado que ejecuta esta orden, tienen la relación especialmente estrecha con las personas salvadas como resultado de sus acciones que exige el § 35, párr. 1, oración 1, StGB. Frente a esto, el recurso al estado de necesidad exculpante supralegal parece imponerse.⁵⁵ Esta figura jurídica se desarrolló ante casos tan trágicos como la constelación que aquí se juzga. Se trata de la actuación de los médicos de las instituciones de salud mental que, durante el nacionalsocialismo, entregaron a algunos de los enfermos mentales que les fueron confiados para que los mataran con el fin de salvar a la mayoría de los pacientes. Según la opinión dominante, estos médicos no merecen un reproche penal.⁵⁶ El oportuno sacrificio de unos pocos bienes ya perdidos en una situación de necesidad sería tan adecuado a la situación como el deber de tolerar jurídicamente

⁵³ *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998, pp. 25 ss.

⁵⁴ Del mismo modo *Jeruschek* (nota 42), p. 188.

⁵⁵ En el debate del *Bundestag* sobre la Ley de Seguridad Aérea se recurrió repetidamente a este instituto jurídico; cf. las manifestaciones de los parlamentarios *Burgbacher*, *Stadler* y *Ströbele* (BT-Prot. 15/89, p. 7888, 7893 ss.). Cercano a esto *Jäger* ZStW 115 (2003), 765 (789 s.).

⁵⁶ *Hirsch* (nota 29), Previo al § 32 StGB n.º m. 212; *Lenckner*, en: *Schönke/Schröder* (nota 4), Comentario previo a los §§ 32 ss. StGB n.º m. 117; *Paeffgen*, en: NK (nota 29), Previo al § 32 StGB n.º m. 282 (estado: agosto 2001); *Jakobs* (nota 4), 20/41 s.; *Jescheck/Weigend* (nota 29), § 47 I 2 (pp. 501 ss.); *Köhler* (nota 33), p. 341 s.; *Kühl* (nota 4), § 12 n.º m. 92 ss.; *Roxin* (nota 4), § 22 n.º m. 146 ss.; *Stratenwerth/Kuhlen* (nota 30), § 10 n.º m. 128; *Wessels/Beulke* (nota 37), n.º m. 452; *Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, pp. 52 ss. La jurisprudencia aboga, en cambio, por una causa personal de exclusión de la pena (*OGHSt* 1, 321 [331 ss.]). Contra esto, empero, y con razón: *Jakobs*, ídem, 20/41 nota al pie 64: se trataría del peso criminal del hecho, no de causas ajenas al derecho penal a favor de prescindir de la pena.

exigido de la pérdida de *todos* los bienes en peligro. Por tanto, el hecho podría ser explicado fuera de la situación de necesidad y más allá del autor.⁵⁷

Una exculpación en virtud de un estado de necesidad supralegal tiene tres requisitos: en primer lugar, el interés salvado debería tener también un peso existencial; en segundo lugar, el interés lesionado debería perderse de todos modos; y en tercer lugar, no debería haber otras opciones disponibles para preservar el interés salvado.⁵⁸ En los casos contemplados en el § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG, se cumplen estos requisitos. Sin embargo, de esto solo se deduce que el soldado *individual* que lleva a cabo el derribo en esta situación no tiene que temer ser castigado por ello. La norma *potestativa* del § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG, no puede ser legitimada de este modo.⁵⁹ Esta disposición se basa en la decisión política fundamental de darle a la *institución Bundeswehr* — representada por la cadena de mando entre el ministro que da la orden y el soldado ejecutor— una opción de actuación de gran alcance en una situación delicada desde el punto de vista de la ética jurídica. Sin embargo, la responsabilidad decisoria del legislador quedaría desvirtuada hasta el punto de hacerse irreconocible si la citada disposición se interpretara como la manifestación de un instituto jurídico destinado a tener en cuenta la situación desesperada y la angustia de conciencia de un individuo condenado a actuar.⁶⁰

Una mirada a las consecuencias dogmáticas de una construcción de una exculpación confirma esta conclusión. Una acción exculpada sigue siendo antijurídica, aunque el autor no sea reprochado personalmente. Así, el Ministro de Defensa ordenaría un homicidio en masa antijurídico y la tripulación del avión encargado de realizar el derribo cometería uno. Por consiguiente, los soldados en cuestión serían considerados agresores en el sentido del § 32, StGB [legítima defensa], por lo que a su vez (teóricamente) podrían ser derribados en beneficio de los pasajeros. Frente a una acción en estado de necesidad meramente exculpada, la legítima defensa (incluida la legítima defensa de

⁵⁷ *Jakobs* (nota 4), 20/41. Sobre otras fundamentaciones de este resultado informa *Kühl* (nota 4), § 12, n.º m. 98.

⁵⁸ *Jakobs* (nota 4), 20/42. De modo similar *Lenckner* (nota 56), Cometario previo a los §§ 32 ss. StGB n.º m. 117; *Wessels/Beulke* (nota 37), n.º m. 452.

⁵⁹ Del mismo modo *Merkel* (nota 6), p. 33.

⁶⁰ Esta causa fue considerada decisiva por los representantes del grupo parlamentario del gobierno para adoptar una disposición sobre el derribo de aviones en la Ley de Seguridad Aérea; cf. Bundesinnenminister *Schily* (BT-Prot. 15/89, p. 7883), así como los parlamentarios *Hofmann* (BT-Prot. 15/89, p. 7889 y BT-Prot. 15/115, p. 10544) y *Stokar von Neuforn* (BT-Prot. 15/115, p. 10540).

terceros) sigue siendo permisible según las reglas normales.⁶¹ Si la ejecución de esa orden puede ser exigida a los soldados resulta absolutamente dudoso.⁶² La solicitud de dispararles a cientos de personas inocentes hasta la muerte es, en sí misma, una severa prueba de la voluntad de obedecer de los subordinados. Pero el hecho de que el subordinado, tan pronto como se prepara para obedecer la orden, sea descalificado como autor de una agresión antijurídica por el mismo Estado cuyo Ministro de Defensa ordena el derribo sería francamente intolerable. Un Estado de Derecho no puede verse envuelto en una contradicción valorativa tan grande. Así, el último de los posibles modelos de interpretación de una dogmática de la situación normal se revela como inadecuado.

III. Dogmática de la situación límite

1. Autorización fuera del ordenamiento jurídico regular

Hasta ahora, la normativa del § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG, se ha enfrentado a las valoraciones que se han desarrollado para tratar los conflictos puntuales dentro del Estado (que en sí mismo no es puesto en duda). Los conflictos de esta clase deben distinguirse de las situaciones de necesidad en las que está en juego la *existencia o la identidad constitucional del propio Estado*. En tales casos, ¿tiene el Estado la autorización para imponerles severas cargas a transeúntes, en el caso extremo incluso el sacrificio de la vida, y puede interpretarse el § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG a partir de esta dogmática de la situación límite? Estas cuestiones se abordan en esta sección.

MERKEL responde a esta pregunta de la forma más radical que se pueda imaginar. Propone leer el § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG, como una disposición que se sitúa totalmente fuera del

⁶¹ Jäger niega esta consecuencia. Si en los casos de derribos “a causa de una valoración ética global” se reconoce un estado de necesidad suprallegal excluyente de la responsabilidad, “entonces el derecho no puede aprobarlo en el marco de las restricciones ético-sociales a la legítima defensa de terceros, cuando el conflicto es solucionado en sentido contrario por un tercero” (Jäger [nota 55], 789). Esto no es convincente. La circunstancia de que el Estado, en ciertas circunstancias, pueda prescindir de la imposición de la pena al autor es en principio absolutamente indiferente para el alcance de los derechos de defensa de la víctima —y a esto pertenece también la ayuda que puede recibir de un tercero—. Todo depende de si la fundamentación de la exclusión de la pena también resulta plausible frente a la víctima concreta. Como se muestra en 2.c) esto no sucede respecto de la consideración de que el afectado de todos modos perecería.

⁶² Más allá de los casos mencionados en el § 11, párr. 1, oración 3, SG, se reconoce que las órdenes que interfieren desproporcionadamente en la esfera personal del subordinado tampoco son vinculantes (Alff, en: Scherer / Alff, Soldatengesetz, 7.ª ed 2003, § 11 SG n.º m. 17; Stauff, Wehrrecht I, 2002, § 11 SG n.º m. 13).

ordenamiento jurídico regular.⁶³ El esquema de fundamentación que utiliza MERKEL se remonta a Thomas HOBBS. HOBBS argumenta de manera radicalmente individualista. El ser humano individual tiene un interés primordial en la autopreservación. Se somete al Estado porque y en la medida en que ve la satisfacción de este interés mejor garantizado en el Estado que en el estado de naturaleza. La obediencia es, pues, el producto de un cálculo racional.⁶⁴ “El fin de la obediencia es la protección”.⁶⁵ Por tanto, el Estado debe ofrecerle al ciudadano la prestación de “protección” para recibir de él a cambio la prestación de “obediencia”. Pueden darse situaciones en las que el soberano deba retirarle la protección a algunos de sus súbditos para mantener el nivel de protección necesario para los demás. HOBBS trata esta situación en particular utilizando el ejemplo de la pena. Es evidente para él que el soberano puede utilizar el medio del castigo para “instar a la voluntad humana a la obediencia”.⁶⁶ Sin embargo, no existe ninguna obligación jurídica por parte del súbdito individual de tolerar el castigo, sino que la relación entre el soberano y el delincuente más bien regresa al estado de naturaleza pre-jurídico.⁶⁷ Esta consecuencia es convincente dentro del sistema de HOBBS. Dado que la razón del deber jurídico de obediencia es el interés de autopreservación de cada individuo, la persona cuyo ser físico amenaza con extinguirse o verse gravemente perjudicado no puede ser obligada a tolerar este acto en sí mismo.

MERKEL le aplica el mismo esquema de razonamiento a la interpretación del § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG. El paralelismo de sus explicaciones con la argumentación de HOBBS se extiende a la elección de las palabras. En primer lugar, se trata del papel del Estado. Según MERKEL, los atentados terroristas no se dirigen principalmente a las víctimas que son asesinadas, sino

al corazón del Estado: a su papel como titular del monopolio del uso de la fuerza que le permite garantizar el ordenamiento jurídico de la paz. Esta capacidad es una condición necesaria para su legitimidad. Solo en la medida en que pueda salvaguardar suficientemente la función protectora de sus normas podrá exigir

⁶³ Merkel (nota 6), p. 34. Originalmente Merkel había buscado la solución todavía *dentro* del estado de necesidad justificante (Merkel [nota 44], 452 s.); sobre esa argumentación *supra* II.2.c).

⁶⁴ Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1994, pp. 69 ss.

⁶⁵ Hobbes, Leviathan, ed. por Fetscher, 5.ª ed. 1992, capítulo 21, p. 171.

⁶⁶ Hobbes (nota 65), capítulo 28, p. 237.

⁶⁷ Hobbes (nota 65), capítulo 21, p. 171 s.: “Sin embargo, si se mantiene a alguien en prisión o con grilletes, o si no se le concede la libertad del cuerpo, esto no puede interpretarse como que está contractualmente obligado a someterse, y por lo tanto puede utilizar todos los medios disponibles para escapar”.

obediencia para estas y frente a estas. Por tanto, los atentados que ponen en duda esta capacidad del Estado ya como cuestión de principios amenazan los fundamentos normativos de su existencia.⁶⁸

Al igual que HOBBS, MERKEL también asume un fundamento teórico individualista del derecho, basado en la idea de interés.⁶⁹ Por tanto, no considera ya de antemano la posibilidad de que el ciudadano individual pueda deberle incluso el sacrificio de su vida a la comunidad política fuera de las relaciones especiales estrechamente limitadas. En consecuencia, según MERKEL, este sacrificio solo puede ser fundamentado en términos externos al derecho. Su consecuencia para la clasificación del § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG está, por eso, exactamente en línea con lo esbozado por HOBBS: si la función de garantía del Estado para la existencia de todo el ordenamiento normativo está amenazada, entonces su obligación con las máximas internas de este ordenamiento puede, en casos extremos, perder su sentido. MERKEL expresa claramente lo que esto significa: al derribar a los pasajeros, el Estado pone fin a su condición de ciudadanos, los excluye de sus derechos fundamentales.⁷⁰

Esta consecuencia va mucho más allá del tan denostado derecho penal del enemigo en el sentido de JAKOBS. Si el destino de la despersonalización parcial solo entra en consideración para aquellos individuos que han defraudado de forma permanente y rotunda la expectativa de un comportamiento conforme a derecho,⁷¹ entonces, según la interpretación de MERKEL, el destino de la exclusión también afecta a aquellos que son reconocidos como inocentes. Este procedimiento no puede ser legitimado en un Estado de Derecho. Una comunidad que se autodenomina Estado de Derecho, pero que no puede preservar su existencia de otra manera que no sea mediante la exclusión de los ciudadanos fieles al derecho, se enreda en una autocontradicción performativa.⁷² Aunque sigue reivindicando la categoría de juridicidad como su elemento constitucional, se despidе de esta con su actuación. Si esta fuese la única interpretación del § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG, que puede entrar en consideración seriamente, el veredicto sobre esta disposición sería claro: sería indigna de un Estado constitucional. Pero, de hecho, las asunciones básicas de filosofía del derecho

⁶⁸ Merkel (nota 6), p. 34.

⁶⁹ Cf. Merkel (nota 43), pp. 439 ss.; *idem*, en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (eds.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, p. 171 (182 ss.).

⁷⁰ Merkel (nota 6), p. 34.

⁷¹ Jakobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 40 ss.; *idem*, *HRR-Strafrecht 2004*, 88 ss. Recientemente de modo crítico: Jahn (nota 5), pp. 234 ss.; Gaede en: *Camprubi* (ed.), *Angst und Streben nach Sicherheit in Gesetzgebung und Praxis*, p. 155 (175 ss.).

⁷² De modo similar Jahn (nota 5), p. 201.

de MERKEL no son en absoluto convincentes. A continuación, se examinará si con un fundamento de filosofía del derecho diferente resulta un juicio más favorable sobre esta disposición.

2. Expresión de un deber cívico

El modelo contrario a la concepción reduccionista de la persona de HOBBS se encuentra de forma paradigmática en ROUSSEAU. Mientras el primero se limita a concederle al ser humano la condición de animal inteligente, el segundo lo entiende como un *ser de libertad*. Como ser de libertad, el ser humano pretende regirse por leyes que puede reconocer como expresión de su propia voluntad.⁷³ Sin embargo, solo pueden esperar ver realizada esta pretensión quienes, por su parte, han incorporado a su voluntad la promoción de los intereses generales.⁷⁴ El ser humano, que se ve a sí mismo como un ser de libertad en el sentido de ROUSSEAU, reconoce por tanto su corresponsabilidad en la existencia y prosperidad de su comunidad política. Esto incluye, si es necesario, defender a esta comunidad con su vida en caso de amenazas existenciales. “El que quiere conservar su vida a costa de los demás debe también dar su vida por ellos si es necesario” es como expresa este pensamiento el creador del *Contrato Social*.⁷⁵

Incluso aquellos que desconfían de su énfasis republicano pueden estar de acuerdo con la conclusión de ROUSSEAU.⁷⁶ El deber de todos los pares en el ordenamiento jurídico de defenderse unos a otros —según ISENSEE, el *primum principium* de la unidad estatal⁷⁷— también puede *fundamentarse* de una manera mucho más sencilla que en ROUSSEAU: invocando la idea de *fairness*.⁷⁸ El argumento es, entonces: dado que el ciudadano individual se ha beneficiado hasta ahora de los servicios del Estado de libertades, también está obligado a “organizar y mantener el Estado de la libertad”.⁷⁹ Quien así argumenta, al igual que ROUSSEAU, libera a la persona del cerco del esquema satisfacción/insatisfacción, que en HOBBS la aprisiona ineludiblemente. Solo así se hacen posibles las obligaciones en el verdadero sentido, es decir, las obligaciones a pesar de un cálculo negativo de

⁷³ Rousseau, *Vom Gesellschaftsvertrag*, ed. por Brockard, 1977, 1. Buch, capítulo 8, p. 23: “... la obediencia a una ley autoimpuesta es libertad”.

⁷⁴ Rousseau (nota 73), Libro Cuarto, capítulo 1, p. 112.

⁷⁵ Rousseau (nota 73), Libro Segundo, capítulo 5, p. 37.

⁷⁶ Sobre la crítica a Rousseau cf. Pawlik, *Der Staat* 38 (1999), 21 (30 ss.); *idem*, en: Joerden / Wittmann (eds.), *Rechts und Politik* (ARSP-Beiheft 93), 2004, p. 115 (116 ss.).

⁷⁷ Isensee, en: *idem* / Kirchhof (nota 24), t. I, 1987, § 13 n.º m. 112.

⁷⁸ Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1979, p. 133.

⁷⁹ Hofmann (nota 24), § 114 n.º m. 36.

costes y beneficios en los casos individuales.⁸⁰ Las obligaciones fundamentadas por el recurso a la idea de *fairness* no se limitan, sin embargo, en este aspecto a diferencia de las del filósofo ginebrino, a los ciudadanos en el sentido de un derecho de estatus. Por el contrario, abarcan potencialmente a *todos* aquellos a los que el ordenamiento jurídico ahora amenazado les ha brindado la libertad de su existencia. Si un atentado, como es usual p. ej. en el terrorismo islamista, se dirige menos a un Estado concreto y más a toda una comunidad de Estados que está unida por razones jurídicas comunes a través de generaciones, entonces el mencionado deber de sacrificio se extiende incluso a todas las personas que hasta ahora han podido beneficiarse de este sistema de juridicidad.

Incluso el derecho positivo alemán no desconoce en absoluto la idea de que, en caso de amenaza existencial para la comunidad, el ciudadano debe aceptar en el caso más extremo el sacrificio de su vida. Consideremos, p. ej., la situación en la que las instituciones del Estado ya han dejado de funcionar y, por tanto, los ciudadanos están abandonados a su suerte. La *sedes materiae* de esta “situación límite política por excelencia”⁸¹ es el art. 20, párr. 4, GG, que se insertó en la Ley Fundamental en 1968 en el curso de la constitución del estado de necesidad. Según este artículo, todos los alemanes tienen el derecho de resistencia contra cualquiera que intente eliminar el orden constitucional, si no hay otro remedio posible. El hecho de que se les permita a los ciudadanos actuar contra los autores del intento de golpe de Estado⁸² y causarles daños masivos a la propiedad de transeúntes con este fin, ya se desprende de las valoraciones de los derechos ordinarios de necesidad en el derecho penal.⁸³ El art. 20, párr. 4, GG, solo tiene su propio ámbito de regulación si se asume a partir de esta disposición la autorización para perjudicar a otras personas en el curso de las actividades de resistencia de una manera que no esté permitida por los derechos normales de necesidad.⁸⁴ Las consecuencias colaterales justificadas según esta disposición con respecto a los

⁸⁰ *Kaiser*, *Widerspruch und harte Behandlung*, 1999, p. 43. Con mayor detalle al respecto, *Jakobs*, *Norm, Person, Gesellschaft*, 1997, pp. 38 ss., 44 ss.

⁸¹ *Isensee*, *Das legalisierte Widerstandsrecht*, 1969, p. 80.

⁸² En caso de emergencia también en forma de muerte: *Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. II, 1980, § 57 III 9 (p. 1523); *Dolzer*, en: *Isensee/Kirchhof* (nota 24), t. VII, 1992, § 171 n.º m. 39; *Isensee* (nota 81), p. 64.

⁸³ *Jakobs* (nota 4), 15/4; *Stern* (nota 82), § 57 III 8 d (p. 1522).

⁸⁴ *Herzog*, en: *Maunz/Dürig et al.*, *Grundgesetz*, t. II (estado: febrero 2003), Art. 20 GG n.º m. IX.56; *idem*, en: *Imboden et al.* (eds.), *Festschrift für Adolf J. Merkl*, 1970, p. 99 (105); *Dolzer* (nota 82), § 171 n.º m. 39; *Stern* (nota 82), § 57 III 9 (p. 1522 s.); *Isensee* (nota 81), p. 58; *Kröger*, *Widerstandsrecht und demokratische Verfassung*, 1971, p. 15. De otra opinión (solo serían admisibles las afectaciones de posiciones jurídicas del agresor según el art. 20, párr. 4, GG); *Hirsch* (nota 29), Previo al § 32 StGB n.º m. 87; *Sachs*, en: *idem* (ed.) (nota 28), Art. 20 GG, n.º m. 174 s.; *Bertram*, *Das Widerstandsrecht*

bienes de transeúntes también incluyen el homicidio; si se interpretase de forma más estricta, el art. 20, párr. 4, GG, perdería todo su significado práctico.⁸⁵ Así, p. ej., el bombardeo de una posición de los insurgentes, del que también son víctimas algunos residentes no implicados, estaría justificado según el art. 20, párr. 4, GG.

Esta disposición —ISENSEE la llama “el agregado de necesidad de la estatalidad”⁸⁶— no se dirige, por supuesto, a la organización pública y a las personas que la constituyen. Si estas pudiesen saltarse sus condiciones jurídicas en los casos-límite invocando el derecho de resistencia, esas condiciones —especialmente la constitución del estado de necesidad cuidadosamente equilibrada— quedarían en gran medida privadas de su fuerza normativa.⁸⁷ Sin embargo, incluso en el contexto de la actividad militar institucionalizada, son fácilmente concebibles situaciones en las que el sacrificio de ciudadanos inocentes es inevitable en interés de la continuidad del Estado y de su ordenamiento jurídico. Así, en el caso de la defensa, el soldado está obligado a sacrificar su vida.⁸⁸ Pero a los miembros de la población civil también se les puede requerir que sacrifiquen sus vidas en caso de necesidad extrema. Imagínese un Estado enemigo ocupando parte del territorio de la República Federal de Alemania, un escenario que no era en absoluto descabellado hasta el final de la Guerra Fría. Para liberar este territorio, sería necesario un despliegue masivo de armas pesadas, como resultado del cual, previsiblemente, algunos civiles también perderán la vida. Declarar inadmisibles la acción militar en cuestión por este motivo sería hacer prácticamente imposible la defensa nacional efectiva en un Estado tan densamente poblado como la República Federal. Por consiguiente, un

des Grundgesetzes, 1970, p. 59 ss.; *Schneider*, *Widerstand im Rechtsstaat*, 1969, p. 16, 19; *Gusy*, en: *Bemmann/Manoledakis* (eds.), *Der strafrechtliche Schutz des Staates*, 1987, p. 45 (51); v. *Peter DÖV* 1968, 719 (721).

⁸⁵ *Herzog* (nota 84), Art. 20 GG n.º m. X.60; *Jakobs* (nota 4), 13/21, 15/4; *idem*, en: *Eser/Nishihara* (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. IV, 1994, p. 143 (166); *Kühl* (nota 4), § 9 n.º m. 103; *Isensee* (nota 81), pp. 77, 91; probablemente también *Dolzer* (nota 82), § 171 n.º m. 41.

⁸⁶ *Isensee* (nota 81), p. 83.

⁸⁷ *Herzog* (nota 84), Art. 20 GG n.º m. IX.49; *Dolzer* (nota 82), § 171 n.º m. 31; *Stern* (nota 82), § 57 III 5 c (p. 1515); *Sommermann*, en: *Starck* (ed.), *Das Bonner Grundgesetz*, t. 2, 4.ª ed. 2000, Art. 20 Abs. 4 GG n.º m. 332; *Isensee* (nota 81), p. 48; *Schöller Der Staat* 8 (1968), 19 (35 s.). De otra opinión, *Antoni*, en: *Seifert/Hömig*, *Grundgesetz*, 7.ª ed. 2003, Art. 20 GG n.º m. 10; *Jakobs* (nota 4), 15/1; *Kühl* (nota 4), § 9 n.º m. 95; *Schneider* (nota 84), p. 16.

⁸⁸ Esto en general es visto como irrepachable para el derecho constitucional; cf. *Lorenz* (nota 28), § 128 n.º m. 33, 38, 42; *Schulze-Fielitz*, en: *Dreier* (ed.), *Grundgesetz*, t. I, 1996, Art. 2 II GG n.º m. 42; *Starck*, en: *idem* (ed.) (nota 87), t. 1, 4.ª ed. 1999, Art. GG n.º m. 189; *Leisner*, en *idem/Goerlich*, *Das Recht auf Leben*, 1976, p. 36 ss.; *Doehring*, en: *Bernhardt et al.* (eds.), *Völkerrecht als Rechtsordnung* (Festschrift für Hermann Mosler), 1983, p. 154 (155 s.); *Zippelius Jus* 1983, 659 (662).

encadenamiento tan rígido de la *Bundeswehr* sería difícilmente compatible con el compromiso constitucional de la defensa militar (art. 87a, párr. 1, oración 1, GG).⁸⁹

De ahí que no haya dudas de que la *imposición* de daños colaterales letales está permitida en estos casos, pero sí hay dudas en lo que respecta al *alcance* máximo de dichos daños. Se trata, como señala MUBGNUG, de “una pregunta incómoda”.⁹⁰ Por ello, se la aborda de forma vacilante en la doctrina. Por regla general, solo se afirma que la UZwGBw no se aplica a las misiones de combate de la *Bundeswehr*⁹¹ y que en este caso se permitiría que los propios nacionales sufriesen daños a la vida, a la integridad física o a la propiedad en una medida muy superior a la permitida por el § 16, párr. 2, oración 2, UZwGB.⁹² Sin embargo, no se puede discutir que los valores del *derecho internacional humanitario* marcan el límite superior de lo que la *Bundeswehr* puede hacerles a sus propios nacionales en tiempos de guerra. De acuerdo con la disposición del art. 51, párr. 5, letra b, PAI,⁹³ las

⁸⁹ Fundamental R. *Mußgnug* DÖV 1989, 917 ss., en especial 922. Más allá de esto, este diagnóstico prácticamente nunca es señalado con la claridad que merece. Antes bien parece que en cada postura domina lo que *Rachor* caracterizó con otras palabras respecto de otro tema delicado (el tirar a matar de la policía): “Si bien en ocasiones es ineludible tener que matar a una persona, de todos modos es mucho mejor no hablar del tema” (*Rachor*, en: *Lisken/Denninger* [eds.], *Handbuch des Polizeirechts*, 3.ª ed., 2001, F 867). Esta estrategia del silencio encuentra su continuación en la cuestión de qué facultades se les conceden a las fuerzas armadas en el marco de sus actividades de protección de objetos según el art. 87a, párr. 3, oración 1, GG. Este tema es discutido casi exclusivamente desde el punto de vista de las consecuencias para el agresor. En lo que respecta a las soluciones ofrecidas para los transeúntes la cuestión queda por lo general sin una respuesta: la de si quienes están a favor de una solución de derecho policial (*Dürig*, en: *Maunz/Dürig* [nota 84], t. IV [estado: febrero 2003], Art. 87a GG, n.º m. 54 ss.; *Kakott*, en: *Sachs* [ed.] [nota 28], Art. 87a GG n.º m. 41) piensan tomar realmente en serio el § 16, párr. 2, UZwGBw, o la de si quienes defienden una solución del derecho internacional de la guerra (*Frank*, en: *Wassermann* [ed.], *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, t. 2, 2.ª ed. 1989, Abschn. X a. n.º m. 109; *Hernekamp*, en: *von Münch/Kunig* [eds.], *Grundgesetz-Kommentar*, t. 3, 4./5.ª ed., 2003, Art. 87a GG n.º m. 21; *Heun*, en: *Dreier* [ed.] [nota 88], t. III, 2000, Art. 87a GG, n.º m. 22; *Graf Vitzhum*, en: *Isensee/Kirchhof* [nota 24], t. VII, 1992, § 170 n.º m. 18) estarían dispuestos a exigirle a la propia población civil la totalidad del alcance de los daños colaterales permitidos según ese segmento del derecho internacional. Lo que se señala, si es que se señala algo, es simplemente la temática, esencialmente menos delicada, de los requisitos de la autorización de injerencias en posiciones jurídicas *neutrales* de transeúntes civiles. Estas deberían regirse según la Ley de prestaciones federales (*Bundesleistungsgesetz*) y, subsidiariamente, según las reglas del estado de necesidad policial (*Baldus*, en: *Starck* [ed.] [nota 87], t. 3, 4.ª ed. 2001, Art. 87a GG n.º m. 64; *Hernekamp* idem, n.º m. 21a; *Heun* idem; *Jess/Mann* [nota 9], Einl. n.º m. 51; *Fennel*, *Probleme der Rechtsstellung der zum Objektschutz und zur Verkehrsregelung eingesetzten Soldaten*, Diss. Würzburg 1975, p. 100 ss.; *Puder Bundeswehrverwaltung* 1974, 73 s.).

⁹⁰ R. *Mußgnug* (nota 89), 922.

⁹¹ BT-Drucks. 4/1004, p. 7 (exposición de motivos del gobierno); BT-Drucks. 4/3390, p. 1 (dictamen de la Comisión de Defensa); *Großmann* (nota 9), II/n.º m. 188; *Jess/Mann* (nota 9), Einl. n.º m. 53; *Lingens* (nota 9), p. 1.

⁹² Así *Großmann* (nota 9), II/n.º m. 188.

⁹³ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 8/6/1977.

agresiones militares (también) dentro de Alemania son por consiguiente inadmisibles en cualquier caso si las víctimas civiles —en particular la pérdida de vidas humanas— son desproporcionadas a la ventaja militar concreta y directa esperada. Para justificar este resultado no es decisivo si se parte de una aplicabilidad directa del art. 51, PAI a la propia población civil del Estado agredido⁹⁴ o si antes bien uno se inclina por la posición de que el PAI, como tratado interestatal que no pertenece a la protección de los derechos humanos en sentido estricto, solo se refiere a la respectiva población civil del adversario, como lo aclara el art. 4, párr. 1, CG IV,⁹⁵ explícitamente en lo que refiere a ese tratado. Incluso quienes sostienen esta última opinión deben considerar “un absurdo totalmente incompatible con la naturaleza de las cosas” que la *Bundeswehr* le deba más consideración a la población civil del enemigo que a su propia población.⁹⁶

A la inversa, incluso hay mucho que decir a favor de concederle a la propia población civil *más protección* que a la población enemiga.⁹⁷ La versión del principio de proporcionalidad elegida en el art. 51, párr. 5, letra b, PAI se aproxima a la *fórmula del estado de necesidad defensivo* de nuestro derecho penal nacional, según la cual una injerencia solo es desproporcionada si el interés afectado supera sustancialmente el interés protegido.⁹⁸ Para fundamentar una facultad de injerencia de tan amplio alcance se requiere un fundamento específico de imputación, en principio no diferente al del derecho nacional. En el caso de los civiles enemigos, se podría recurrir a la idea rudimentaria de la responsabilidad colectiva de todos los miembros del Estado enemigo.⁹⁹ Sin embargo, con respecto a la propia población civil, no existe una base comparable para la imputación. Por consiguiente, parece más apropiado seguir aquí las valoraciones del *estado de necesidad agresivo*. En consecuencia, una agresión militar solo es admisible bajo la condición de que, teniendo en cuenta las pérdidas civiles previstas, pueda esperarse un *balance coste-beneficio claramente positivo*.

3. Evaluación del § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG

⁹⁴ Así *Kimminich*, *Schutz der Menschen in bewaffneten Konflikten*, 1979, pp. 160 ss.

⁹⁵ IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 12/8/1949.

⁹⁶ R. *Mußgnug* (nota 89), 921.

⁹⁷ De otro modo, probablemente K. *Ipsen*, según cuya opinión el uso de las fuerzas armas federales con fines de autodefensa se rige “en toda su actuación” según las reglas del derecho de los conflictos armados internacionales (en: *Schwarz* [ed.], *Sicherheitspolitik*, 3.ª ed. 1978, p. 615 [627]).

⁹⁸ Acertadamente *Kreß*, *Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht nach der Satzung der Vereinten Nationen bei staatlicher Verwicklung in Gewaltakte Private*, 1995, p. 298.

⁹⁹ De modo similar *Kreß* (nota 98), p. 300.

Una regulación que permita el derribo de un avión civil peligroso solo puede ser axiológicamente convincente si se ajusta cuidadosamente a la estructura de valoraciones antes expuesta.¹⁰⁰ Individualmente, debe cumplir tres requisitos previos:

En primer lugar, debe limitarse a las situaciones de peligro que, por su peso, son aproximadamente equivalentes a las situaciones de crisis que acabamos de mencionar. Solo cuando se trata de *evitar una amenaza existencial para la comunidad jurídica*, esta última puede exigirles el máximo sacrificio, la entrega de la propia vida, a las personas que están bajo su protección. Por tanto, la acción que ha de evitarse debe suponer un peligro potencial que se corresponda aproximadamente al de una agresión con fuerza armada en el sentido del art. 115a, párr. 1, GG (caso de defensa) o una agresión armada en el sentido del art. 51, Carta de la ONU (derecho de legítima defensa).¹⁰¹ Además, las circunstancias deben indicar que se trata de una acción terrorista —es decir, que no se trata, p. ej., el acto de un psicópata movido por una ira destructiva ciega—

¹⁰²

En segundo lugar, debe esperarse que el derribo tenga un *balance coste-beneficio claramente positivo*. Aunque no todos los ocupantes del avión sean ciudadanos alemanes —y esto es lo que ocurre habitualmente—, ellos no están en absoluto “del lado de los terroristas”. Por tanto, no merecen menos protección que los propios nacionales. En el marco de la ponderación correspondiente, no obstante, también puede tenerse en cuenta el hecho de que las vidas de los derribados se perderían

¹⁰⁰ En cambio, rechazan categóricamente una disposición de esta clase con apelación al art. 2, párr. 2, GG *Fehn/Brauns* (nota 28), p. 71.

¹⁰¹ Según el punto de vista tradicional, solo la agresión de un Estado o de un grupo estatal puede representar un “conflicto armado” en el sentido de la Carta de la ONU y, por tanto, dar lugar a un caso de defensa (cf. *Grote*, en: *Starck* [ed.] [nota 87], t. 3, 4.ª ed. 2001, Art. 115a GG n.º m. 42; *Kersting*, Bündnisfall und Verteidigungsfall, Diss. Bochum, p. 132). Sin embargo, la comunidad internacional y la ciencia del derecho internacional se aparta de esta opinión, a partir del impacto de los hechos del 11/9/2001 (cf. *Bruha/Bortfeld* VN 2001, 161 [163 ss.], *Heintschel v. Heinegg/Gries* AVR 40 [2002], 145 [153 ss.]; *Krajewski* KJ 2001, 363 [374 ss.]; *Tomuschat* EuGRZ 2002, 535 [540 ss.]; *Wiefelspütz* NZWehR 2003, 45 [51 s.]). Así, el Consejo de Seguridad de la ONU ha clasificado los atentados terroristas de la red de Al Qaeda implícitamente como “agresión armada”, pues en las resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) el Consejo de Seguridad, con apelación a la Carta de la ONU, ha reafirmado el derecho a la autodefensa frente a estos atentados terroristas (ILM 40 [2001], 1277 ss.). Frente a la estrecha vinculación del término de la ley fundamental “agresión con violencia armada” con el concepto de derecho internacional de agresión (*Grote* ídem, n.º m. 37; *Kersting* ídem, p. 129 ss.), mucho habla a favor de que también la interpretación del art. 115a, párr. 1, GG, se adapte a la nueva situación de amenaza (así, también en lo fundamental, *Deiseroth*, en: *Umbach/Clemens* [eds.], Grundgesetz, t. II, 2002, Art. 115a GG n.º m. 9; v. *Danwitz*, Rechtsfragen terroristischer Angriffe auf Kernkraftwerke, 2002, p. 53 s.; *Krings/Burkiczak* DÖV 2002, 501 [502 s.]).

¹⁰² Sobre los elementos típicos de una acción terrorista: *Tomuschat* (nota 101), p. 538.

de todos modos. La razón que impidió el uso de este aspecto en el contexto del § 34, StGB —la imponderabilidad de la vida humana inocente ya como una cuestión fundamental de principios— no se aplica en el presente caso. La quintaesencia de las consideraciones de este apartado es precisamente que, en el caso de una amenaza existencial para el ser comunitario, la ampliación del deber de sacrificio de los ciudadanos hasta el punto de dar la vida no es una opción ilegítima como cuestión fundamental de principios fundamental. Sin embargo, cuanto mayor sea la probabilidad de que los afectados de todos modos no salgan vivos de la situación crítica, menor será la exigencia.

En tercer y último lugar, al igual que se prevé respecto de la utilización de no perturbadores en un estado de necesidad policial¹⁰³ y que se reconoce en el marco del art. 4, párr. 4, GG con respecto a las pérdidas de los transeúntes,¹⁰⁴ debe regularse una indemnización por sacrificio a favor de las víctimas inocentes del derribo (o sus supervivientes). En todos estos casos, un ciudadano hace un sacrificio especial por la comunidad jurídica que merece ser compensado.

El legislador de la Ley de Seguridad Aérea se ha ocupado de esto último en el § 16, donde se hace referencia a las normas de compensación de los §§ 51 ss. Se hace referencia a las BGSg [Ley de la Guardia Federal de Fronteras]. Sin embargo, los dos primeros puntos, que son mucho más importantes, se han descuidado enormemente. Lejos de limitar las injerencias según el § 14, párr. 3, a la defensa contra atentados terroristas de peso considerable, la ley les permite para la prevención de accidentes especialmente graves en el sentido del art. 35, párr. 2, oración 2, párr. 3, GG (§ 14, párr. 1, en relación con el §. 13, párr. 1, LuftsicherheitsG). Que el peligro se deba a que el piloto esté mentalmente trastornado¹⁰⁵ o a que terroristas decididos a todo hayan secuestrado el avión es irrelevante según la intención de los redactores de la ley.¹⁰⁶ En consecuencia, el § 14, párr. 3, describe la situación de injerencia en términos puramente individualistas: el uso de la fuerza armada es permisible si se puede suponer que la aeronave va a ser utilizada contra la vida de las personas. Reducido a su contenido esencial, esto significa: para salvar vidas, se pueden destruir vidas.

¹⁰³ Al respecto, *supra* II.1.b.

¹⁰⁴ Herzog (nota 84), Art. 20 GG n.º m. IX0.61 s.; Dolzer (nota 82), § 171 n.º m. 44; Isensee (nota 81), p. 92.

¹⁰⁵ Este fue el caso del estudiante con problemas mentales que sobrevoló el centro de Frankfurt en una avioneta durante dos horas el 5/1/2003, amenazando con estrellarse contra un edificio alto.

¹⁰⁶ Cf. BT-Drucks. 15/2361, p. 14. La equiparación subyacente entre lo incompatible es criticada también por Merkel (nota 6), p. 34.

De esta forma, la disposición representa efectivamente la ruptura del tabú criticada por MERKEL. Amenaza con reducir la convicción bien establecida de la dogmática del estado de necesidad de que es inadmisibles ponderar vidas contra vidas a una consideración marginal. El responsable de ello es un legislador que no refleja suficientemente la diferencia entre la situación normal y la situación límite y que, por tanto, ha extendido una norma de injerencia que solo encaja en la estructura valorativa del ordenamiento jurídico cuando se limita estrictamente a las situaciones-límite según la teoría del Estado, a situaciones delicadas dentro de la situación normal del Estado invocando el topos todoterreno de la “prevención de peligros”.¹⁰⁷ Para hacer frente a escenarios de crisis de esta última clase solo entra en consideración el estado de necesidad exculpante suprallegal, con todos los inconvenientes inherentes a este instituto jurídico.

El requisito de un saldo positivo de bienes tampoco se refleja en el texto del § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG. Esta disposición solo contiene el elemento de necesidad (“el único medio para evitar este peligro actual”), pero ninguna cláusula de proporcionalidad en sentido estricto. Por consiguiente, es obvio recurrir a la disposición del 14, párr. 2, LuftsicherheitsG, aunque esta solo se refiera directamente a las medidas según el párr. 1 cuando se trata de medidas operativas de la fuerza aérea por debajo del uso de la fuerza armada. Sin embargo, en términos de contenido, la situación legal sigue siendo muy insatisfactoria. El párr. 3, oración 2, se limita a exigir que la medida adoptada no suponga una desventaja “claramente desproporcionada con respecto al resultado deseado”. Traducido a la terminología del derecho penal, lo que se establece allí no es la variante del principio de proporcionalidad del estado de necesidad agresivo, sino la variante del estado de necesidad defensivo. Las víctimas civiles del “propio bando” son, por tanto, tratadas de la misma manera que los civiles enemigos. Desde el punto de vista valorativo, esta no es una solución convincente.

Es posible admitir sin problemas que las enmiendas propuestas aquí harían aún más difícil el manejo del § 14, párr. 3., LuftsicherheitsG, en un caso grave. Sin embargo, incluso en su versión actual, la aplicación de esta disposición está plagada de enormes incertidumbres.¹⁰⁸ Si una aeronave se encuentra en estado de necesidad aéreo y, por tanto, requiere asistencia, o si ha caído en manos de un grupo de terroristas sin escrúpulos, a menudo solo puede evaluarse con cierto grado de certeza, si es que es posible hacerlo, en un momento en que la aeronave ya se encuentra sobre zonas densamente pobladas. Pero, sobre todo, es el efecto de derrame jurídico y político de la normativa

¹⁰⁷ Cf. BT-Drucks. 15/2361, p. 14, 20, así como los parlamentarios *Hofmann*, BT-Prot. 15/115, p. 10544: “Queremos prevención de peligros, no guerra”.

¹⁰⁸ Al respecto, con una buena impresión, *Harth* FAZ del 19/6/2004, p. 7.

prevista lo que llama a la cautela. Con el § 14, párr. 3, LuftsicherheitsG, el *Bundestag* se ha atrevido a abordar uno de los dilemas de ética jurídica más difíciles de imaginar. Un legislador que no considere suficientemente practicable una solución razonablemente adecuada al problema haría mejor en abstenerse por completo de emitir una regulación, antes que infectar el resto del ordenamiento jurídico con valoraciones sin suficiente reflexión.