

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

## ¿Derribar un avión actuando en estado de necesidad? Los límites de la dogmática penal y la necesidad de analizar dilemas morales mediante la ética normativa

*Terrorism, criminal responsibility, and the role of normative ethics*

Gustavo A. Beade 

*Universidad Austral de Chile*

### RESUMEN

El objetivo del presente artículo es vincular la discusión académica sobre algunos aspectos del terrorismo, en especial, la controversia suscitada por una de las normas nacidas luego del recordado 11 de septiembre de 2001, la Ley de Seguridad Aérea alemana (*Luftverkehrsgesetz / LuftSiG*), con problemas vinculados a la filosofía moral. Tomamos como ejemplo dicho caso para demostrar que normas como ésta son difíciles de aceptar o rechazar sin tomar determinadas decisiones morales previas. A su vez, se intentará plantear una objeción a quienes interpretan estas normas y sus prácticas, como lo es derribar un avión para evitar que colisione contra la población civil, exclusivamente a partir de una interpretación jurídico-penal. La objeción se basa en que estas y otras situaciones particulares dependen de una respuesta moral que, en muchos casos, el derecho penal no tiene, o no hace explícita. En el supuesto de la Ley de Seguridad Aérea (en adelante *LuftSiG*) depende, concretamente, de una difícil decisión de ética normativa.

### PALABRAS CLAVE

Ética normativa · dogmática jurídica · Ley de Seguridad Aérea.

### ABSTRACT

In this paper I intend to link the academic discussion on some aspects of terrorism, especially the controversy raised by one of the regulations born after the remembered September 11, 2001, the German Air Safety Law (*Luftverkehrsgesetz / LuftSiG*) with problems related to moral philosophy. I will take this case as an example to show that norms like this are difficult to accept or reject without making certain prior moral decisions. I will try to raise an objection to those who understand these norms and their practices, i.e., sho-

ting down a plane to prevent it from colliding with the civilian population, exclusively based on a criminal legal theory interpretation. My objection is based on the fact that these and other situations depend on a moral response, which in many cases criminal law does not have, or does not make explicit. In the case of the Air Safety Law (hereinafter *LuftSiG*) it depends, specifically, on a difficult decision of normative ethics.

#### KEY WORDS

Criminal legal theory · normative ethics · German Air Safety Law.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años la discusión acerca de las decisiones que deben tomarse sobre las acciones terroristas ha tomado un rol protagónico sobre una gran cantidad de aspectos del derecho y la filosofía. Se discuten una serie de cuestiones que se vinculan con la propia definición de los actos terroristas, los fines del terrorismo, su plausibilidad moral, y también sus efectos. Así como la discusión académica ha generado una gran controversia en distintos ámbitos, en especial en el derecho penal en las sociedades occidentales, la preocupación se centró en la redacción de normas jurídicas denominadas preventivas, cuyo fin era evitar ataques terroristas, que resultaron ser ampliamente invasivas sobre los derechos fundamentales de los individuos.

Este texto pretende vincular estas dos cuestiones, la discusión académica sobre algunos aspectos del terrorismo, en especial, la controversia suscitada por una de las normas nacidas luego del recordado 11 de septiembre de 2001, la *LuftSiG*, con el interés de demostrar que normas como ésta son difíciles de aceptar o rechazar sin tomar determinadas decisiones morales previas. En este sentido, preguntas sobre el valor de nuestra intimidad, o la importancia que le otorgamos a la vida de los individuos, se presentan como necesarias para afrontar esta discusión. Muchas de estas preguntas no son resueltas por los teóricos del derecho penal, lo cual los lleva a defender soluciones que no pueden justificarse en forma plausible.

Este trabajo pretende plantear una objeción a quienes interpretan estas normas jurídicas y sus prácticas, como lo es derribar un avión para evitar que colisione contra la población civil, exclusivamente a partir de la utilización de herramientas que nos proporciona la dogmática penal. Nuestra objeción se basa en que estas y otras situaciones particulares dependen de una respuesta moral, que, en muchos supuestos, la dogmática penal no tiene, o no hace explícita. En el caso de la *LuftSiG* depende, concretamente, de una difícil decisión de ética normativa.

En la primera parte del texto se presentarán los presupuestos y la discusión alrededor de la *LuftSiG* (II), para luego mostrar, brevemente, la

opinión que se presentó sobre el caso en la dogmática penal alemana (III). Más adelante se expondrá que las categorías del derecho penal, en particular de la antijuridicidad, no puede resolver esta cuestión sin tomar en cuenta, previamente, ciertas decisiones morales (IV). En la última parte (V) se señalarán, brevemente, los problemas de algunas de las soluciones ofrecidas en este caso que se apoyan –implícitamente– en intuiciones utilitaristas.

## II. DESPUÉS DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001

Desde el 12 de septiembre de 2001 existen más dificultades e incomodidades para viajar en avión, para obtener una ciudadanía o para ingresar a un país extranjero, entre otras cosas. En ese contexto post “9/11” la *Lufthansa*, tenía como finalidad autorizar la utilización de armamento militar en caso de que aviones de pasajeros fueran tomados por terroristas y pusieran en peligro inminente a alguna parte de la población civil<sup>1</sup>. Las consecuencias lógicas de la utilización de este tipo de armamento implicaban el derribo del avión comercial. Según lo que establecía el § 14 III de la *Lufthansa*, la Secretaría de Defensa podía ordenar “*el uso de armas contra la aeronave, si dadas las circunstancias no podía presumir que el avión iba a ser utilizado para atentar contra la vida de otros seres humanos, y que el uso de las armas era la única alternativa posible contra el riesgo que se presentaba*”<sup>2</sup>.

No es preciso aquí entrar en detalle en la fundamentación con la que el Tribunal Constitucional alemán declaró inconstitucional esta norma. Ciertamente, alcanza con señalar que el Tribunal utilizó dos líneas argumentativas para resolver la cuestión: la primera relacionada con la organización de la defensa según lo indicado en la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*, GG). Allí se establecen las condiciones bajo las cuales el ejército puede utilizar su arsenal militar para neutralizar determinados peligros. En este marco, el Tribunal Constitucional alemán argumentó que la Ley Fundamental no permite la utilización de armamento militar para sostener el poder de las fuerzas policiales. El segundo argumento surge a partir de preguntarse si derribar a un avión podría ser compatible con los mandatos que surgen de los distintos tratados de Derechos Humanos suscritos por Alemania. Así, el Tribunal señaló que el artículo 1.I. de la Ley Fundamental establece la cláusula que determina que la dignidad humana

<sup>1</sup> *Luftverkehrsgesetz*, de 11 de enero de 2005, *Bundesgesetzblatt* (2005). Disponible en línea: <http://www.gesetze-im-internet.de/luftsig/BJNR007810005.html>.

<sup>2</sup> Véase un resumen del caso en HÖRNLE, Tatjana, *Shooting down a Hijacked Plane-The German Discussion and Beyond*, en *Criminal Law and Philosophy*, 3 (2009) 2, pp.111-131.

es inviolable (“*Die Würde des Menschen ist unantastbar*”)<sup>3</sup>. En el caso específico de esta norma, la dignidad humana se estaría violando al atacar a un avión con pasajeros civiles para proteger a otras potenciales víctimas inocentes. Esta sentencia ha sido ampliamente discutida, desde distintos puntos de vista. Veremos a continuación cuál ha sido la opinión dominante en la dogmática penal alemana.

### III. LA POSICIÓN DOMINANTE DEL DERECHO PENAL ALEMÁN ACERCA DE LA CUESTIÓN

Dentro del derecho penal alemán la opinión dominante se inclina por rechazar la posibilidad de derribar un avión en situaciones de extremo peligro para el resto de la población, tal como lo preveía la *LuftSiG*. En principio, el análisis se agota a partir de la vinculación entre la situación de hecho (un avión tomado por secuestradores que puede colisionar contra alguna parte de la población civil), y la posibilidad de afirmar o no que es factible actuar dentro de alguno de los presupuestos de una causa de justificación (derribar el avión y concretar la muerte de sus tripulantes de forma lícita). Se sostiene que las acciones que, con seguridad, causarán la muerte de varias personas, no pueden estar justificadas dentro del Estado de Necesidad Agresivo establecido en el §34 del *StGB* (Código Penal alemán)<sup>4</sup>. Dentro de quienes comparten esta opinión también existen divergencias: desde aquellos que sostienen que este no es un criterio válido para resolver la cuestión y que debe ser excluido<sup>5</sup>, hasta que la vida de un ser humano no puede ser cuantificada<sup>6</sup>. Este último ha sido el argumento predominante en la fundamentación teórica. Se ha mantenido por sobre otros, incluso aún, en la consideración de que estas acciones podrían proteger y evitar la muerte de una cifra alta de personas. De este modo, la

<sup>3</sup> Es posible encontrar una buena presentación del argumento de la dignidad en el estudio preliminar realizado por SQUELLA NARDUCCI, Agustín y GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, en la traducción de MAIHOFFER Werner, *Estado de Derecho y dignidad humana* (Montevideo, Bdef, p. IX-XXIV).

<sup>4</sup> Entre otros, KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht AT* (6ª edición, Baden-Baden, Nomos, 2013), 17/29-30; LENCKNER Theodor y PERRON, Walter, comentario previo al §34 rn. 24, en SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, Horst (compiladores), *Strafgesetzbuch, Kommentar* (27ª edición, München, Beck, 2006).

<sup>5</sup> ROXIN, Claus, *Strafrecht AT I* (4ª edición, München, Beck, 2006), 16/88.

<sup>6</sup> FRISTER, Helmut, *Strafrecht AT* (6ª edición, München, Beck, 2013), 17/14. Agrega que no hay más valor en una vida que en otras, y que, mediando en otras circunstancias, tomar una vida para la protección de otra, o de otros intereses protegidos, no puede ser considerado predominante.

acción militar no estaría tampoco justificada de acuerdo con el §34, dado que, según ciertos autores, no es posible hacer distinciones cuantitativas<sup>7</sup> o sujetarse a “consideraciones utilitaristas”<sup>8</sup>.

Sin embargo, existen autores que sostienen que esto es incorrecto y que no es posible negar la única solución a un dilema tan complejo. Dichos autores sostienen que, en estos casos, los pasajeros, de todos modos, perderán la vida. El argumento se centra entonces en que es posible disponer de la vida de los pasajeros del vuelo dado que, en definitiva, se está adelantando un desenlace que ocurrirá irremediablemente<sup>9</sup>. Asimismo, hay quienes comparten, en algún aspecto, las opiniones críticas aceptando la posibilidad de derribar el avión, aunque circunscribiendo la acción a casos marginales y puntales<sup>10</sup> o también a fin de evitar una catástrofe mayor<sup>11</sup>.

La discusión en estas obras es más bien acotada a la posibilidad o la imposibilidad de interpretar los hechos como un estado de necesidad defensivo. Los comentarios en relación con la problemática tratada por las normas o las implicancias morales que pudiera tener son soslayados notablemente. Ingresaremos en esta discusión más adelante, sin embargo, resulta interesante advertir que pese a que la argumentación jurídica es por demás imprecisa y oscilante, la opinión dominante sostiene que no es plausible justificar el derribamiento del avión para salvar otras vidas. Este constituye el punto de partida de las críticas de algunos de los autores que han cuestionado esta decisión. Nos concentraremos en lo que sigue en las críticas de Tatjana Hörnle.

<sup>7</sup> LACKNER, Karl y KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterung, Kommentar* (26ª edición, München, Beck, 2007), §34 rn. 8.

<sup>8</sup> KÜHL, Kristian, *Strafrecht AT* (7ª edición, München, Beck, 2012), 8/8.

<sup>9</sup> ERB, Volker, comentario previo al §34 rn.118 en JOECKS, Wolfgang y MIEBACH, Klaus, *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, §§1-51 (München, Beck, 2003).

<sup>10</sup> NEUMANN, Ulfrid, comentario previo al §34 rn.77/78, en KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfried; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (editores), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch* (3ª edición, Baden-Baden, Nomos, 2010), I. Neumann afirma que esto solo es admisible en los casos en que el deber de solidaridad es sobre exigido, por ejemplo, en donde la vida de las personas se perdería irremediadamente.

<sup>11</sup> ROSENAU, Henning, comentario previo al §34 rn 6, en SATZGER, Helmut; SCHMITT, Bertram; WIDMAIER, Gunter (compiladores), *StGB, Strafgesetzbuch Kommentar* (Köln, Heymanns, 2009).

## IV. LA POSICIÓN CRÍTICA DE HÖRNLE

En un interesante artículo, Tatjana Hörnle<sup>12</sup> plantea una defensa de la Ley de Seguridad Aérea sosteniendo dos cuestiones relevantes. En primer lugar, la interpretación del art. 1.I de la Ley Fundamental que realiza el Tribunal Constitucional es incorrecta, pues no hay una afectación de acuerdo al art. 1.I al derribar un avión en vuelo. Según Hörnle, el Tribunal Constitucional optó por descripciones más vagas al analizar el significado del art. 1. I de la Ley Fundamental, basándose en varias ocasiones en una frase que reaparece en la sentencia sobre el § 14 III *LuftSiG*: el tratamiento de los seres humanos como “meros objetos”. El tribunal argumentó que las personas en el avión serían tratadas como “meros objetos” si fueran derribados. Aunque no se menciona explícitamente a Immanuel Kant, la fuente es obvia: la expresión “mero objeto” se remonta a “El Segundo Imperativo Categórico” de Kant. Sin embargo, las referencias al “Segundo Imperativo Categórico” no son muy útiles por, al menos, dos razones. En primer lugar, Kant lo desarrolló como base para el razonamiento moral. Hay que tener en cuenta que una de las principales características de su trabajo fue establecer una clara distinción entre la teoría moral (*Tugendlehre*) y la teoría jurídica (*Rechtslehre*). Transferir un criterio muy general de la filosofía moral de Kant para explicar las estructuras jurídicas es problemático, pues los conceptos jurídicos son diferentes de los conceptos morales, cuestión de la que Kant era muy consciente. En segundo lugar, agrega Hörnle que la fórmula es demasiado vaga para ser aplicada a problemas específicos<sup>13</sup>.

Hörnle considera un caso probable si el funcionario encargado de decidir derribar el avión tuviera en cuenta para resolver la cuestión, por ejemplo, que los tripulantes de la nave fueran extranjeros y que eso lo llevara a resolver que merecen menos protección que un alemán, por lo que estos últimos deberían ser protegidos en tierra, a costa de los primeros. O si en un supuesto distinto, se decidiera derribar el avión pese a que iba a colisionar con un estadio para los Juegos Olímpicos recién construido y no inaugurado, sólo porque el gasto que ocasionaría la reconstrucción de ese estadio sería muy alto. Pero un escenario más realista sería asumir que el gobierno utiliza su fuerza militar para proteger las vidas de muchas personas en la tierra, dado que quienes controlan el avión pretenden colisionar contra un área muy poblada o pretenden utilizar el avión para esparcir agentes tóxicos sobre la ciudad. En esta medida, derribar un avión sería un recurso para salvar muchas vidas que de otra manera se perderían.

<sup>12</sup> HÖRNLE, cit. (n. 2).

<sup>13</sup> HÖRNLE, cit. (n. 2), p. 117.

El segundo punto que trabaja Hörnle se puede presentar vinculando dos argumentos que ella trabajó por separado para analizarlos conjuntamente. Hörnle puntualiza que existe una respuesta basada en un núcleo fuerte de derechos en Alemania, que impide a los académicos más importantes de la dogmática penal sostener una posición como la que ella sostiene. Esta especie de tabú puede deberse al pasado violento de su país, según su propia visión. Este punto incluye, por supuesto, a los teóricos del derecho penal que no admiten esta cuestión ni aún bajo la figura del estado de necesidad. Este argumento de Hörnle parece de los más provocadores dentro del derecho penal alemán<sup>14</sup>. Sin embargo, presenta el problema desde un punto de vista distinto al que proponemos discutir en este trabajo.

Básicamente, dentro de la bibliografía básica en la dogmática penal alemana, la mención al caso es mínima, y la argumentación es escasa y divergente. En principio esto se debe a que resulta difícil resolver este dilema moral desde una teoría de la responsabilidad penal estructurada del modo en el que lo hace el derecho penal alemán. Los presupuestos que establecen para resolver estas circunstancias son limitados, y estos casos difícilmente pueden ser analizados de un modo tan acotado. El problema debería ser resuelto como un dilema moral y, en todo caso, pensar luego de resolver el dilema las medidas que habría que tomar para poder implementar esa solución filosófica en términos jurídicos. Sin perjuicio de ello, ninguna de esas propuestas debería incluir una intervención del derecho penal. Es decir, no es posible interpretar hechos como los que dieron origen a la *LuftSiG* como un problema de estado de necesidad.

Es evidente que la discusión se ha planteado originariamente como un problema de colisión de derechos fundamentales y este es el marco en el cual se ha debatido esta decisión del Tribunal Constitucional alemán<sup>15</sup>. Sin embargo, nuestra preocupación es más general y tiene como excusa el caso de la Ley de Seguridad Aérea para pensar el modo en que los dogmáticos penales pretenden resolver determinadas cuestiones que exigen

---

<sup>14</sup> Sin embargo, ver también los comentarios críticos cuestionando la decisión del Tribunal Constitucional de MÖLLER, Kai, *On Treating Persons as Ends: The German Aviation Security Act, Human Dignity, and the Federal Constitutional Court*, en *Public Law* 3 (2006), pp. 457-466 y BRUGGER, Winfried y SCHLINK, Bernhard, *Darf der Staat foltern? – Eine Podiumsdiskussion*, en *Humboldt Forum Recht* 4 (2002), pp. 45-68.

<sup>15</sup> En ese sentido he enfocado mi contribución anterior sobre el tema. Ver BEADE, Gustavo A., *Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes*, en *Rechtstheorie* 44 (2013) 3, pp. 371-393.

decisiones éticas previas que deben ser necesariamente exteriorizadas en la argumentación jurídica. Quienes brindan una respuesta jurídica a un problema moral sin analizar las consideraciones morales que están detrás del argumento generan el siguiente problema: por un lado, “trafican” moral porque en cada una de esas decisiones hay detrás argumentos morales no declarados<sup>16</sup>. En otro tanto, presentan la solución jurídica en un plano de discusión limitado (la teoría del delito), que restringe notablemente el campo de análisis sin ninguna justificación plausible. En este sentido, si bien Hörnle ve bien el dilema, nuestro argumento disiente con su planteamiento que también asume puntos de vista de la dogmática penal. Si bien es posible afirmar que la decisión del Tribunal Constitucional se apoya en la ética deontológica kantiana, esto me parece algo razonable por el contexto de la decisión. Contrariamente a lo que plantea Hörnle en su texto, no creo que sea equivocado hacerlo de este modo. Quizá, como bien señala Hörnle, sea necesario realizar una aclaración antes de trasladar los argumentos morales a la decisión jurídica. Esto no funciona automáticamente. En todo caso, de nuevo, nuestro argumento no pretende defender o cuestionar la decisión del Tribunal Constitucional, sino centralizar nuestra crítica en el modo de analizar la cuestión que nos ofrece la dogmática penal. En lo que sigue, intentaremos demostrar que es posible y preferible analizar el dilema desde un punto de vista moral.

## V. ÉTICA NORMATIVA Y EL CASO DEL TRANVÍA

En general, tanto las opiniones resumidas de las obras más amplias, como las de los artículos específicos como el de Hörnle tienden a argumentar a favor de la decisión del Tribunal Constitucional, o en contra, siempre desde un punto de vista dogmático, lo cual consideramos erróneo. Como hemos visto, en las obras el análisis es bien escueto: es posible subsumir la conducta analizada bajo el supuesto del §34 o no lo es. En algunos casos, se argumenta que en la interpretación de dicho artículo no es posible hacer consideraciones utilitaristas. Una vez resuelta esta cuestión es posible dar argumentos para fundar la decisión. Daremos algunas respuestas a esos argumentos más adelante, pero primero cuestionaremos esta forma de razonamiento de la dogmática penal en general.

Entendemos que no es posible responder la pregunta de si es plausible o implausible derribar un avión secuestrado sin una argumentación moral

---

<sup>16</sup> Esta cuestión ha sido planteada hace muchos años por NINO, Carlos. *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)* (México D.F., Ediciones Coyoacán, 2011).



que sustente la respuesta. Este es nuestro argumento central: cualquier discusión respecto de casos como el de la *LuftSiG* siempre debe estar basado en razones morales. No es correcto responder a partir de la inclusión de la respuesta en una categoría u otra de la teoría del delito o de un artículo del código penal. Se trata de dar argumentos morales, no de analizar la posibilidad de categorizar o no el hecho. Estos argumentos morales deben necesariamente vincularse con la ética a la que particularmente los teóricos adoptan para resolver cuestiones jurídicas. Esto ocurre a menudo con los teóricos del derecho penal, quienes, en general, no presentan expresamente en sus construcciones teóricas argumentos morales para sostenerlas. Esto, obviamente, lleva a confusiones y malos entendidos. Basta con mencionar las inconsistencias que surgen a partir de todos aquellos teóricos que adhieren o sostienen que el castigo debe estructurarse a partir de una teoría de la prevención general negativa, básicamente una teoría utilitarista que se preocupa por disuadir a la mayor cantidad de personas dispuestas a cometer delitos mediante el castigo a quien comete un delito pero que, sin embargo, defienden una ética deontológica al interpretar el §34 del *StGB*. La ausencia de una definición concreta respecto de la ética adoptada por el teórico impide conocer las respuestas que pueda dar ante ciertas situaciones, transformándose su argumentación siempre en una de tipo *ad-hoc*. Estas inconsistencias deberían llevarlos a replantear muchos de sus postulados teóricos.

A nuestro juicio, no es posible resolver una situación tan extrema como la de derribar un avión matando personas inocentes para salvar a otras también inocentes solo determinando si deben aplicarse o no los criterios jurídicos del estado de necesidad. Esta colisión de intereses debe resolverse necesariamente a partir de una posición ética determinada que puede ser utilitarista o deontológica. Por supuesto que esto debería ser decidido en base a argumentos concretos. Tomar partido por una u otra posición requiere tiempo y reflexión. En parte, el ejercicio mental de reflexionar sobre estos dilemas morales tiene ese objetivo. Esto, por supuesto, llevaría a otros problemas morales, como la discusión acerca de la equivalencia o la diferencia que pudiera existir entre actuar u omitir. Las circunstancias planteadas han sido discutidas en la filosofía moral desde hace décadas a partir de un clásico artículo de Judith J. Thomson que contenía una serie de ejemplos que ponían a prueba las intuiciones morales del lector acerca de estas dos cuestiones: la equivalencia entre la acción y la omisión y la posibilidad de tener juicios éticos discordantes según diferentes situaciones de hecho<sup>17</sup>. Los casos hipotéticos de Thomson se tomaron cuerpo real a

---

<sup>17</sup> THOMSON, Judith J., *Killing, Letting Die and the Trolley Problem* (1976), ahora, en LA

partir de las situaciones planteadas por la *LuftSiG*. Veamos cómo eran algunos de estos ejemplos.

El ejemplo más famoso fue el “*Trolley Case*” o “Caso del tranvía”, el que sin perjuicio de una serie de variantes que Thomson incluía, propone una situación idéntica a los casos de aviones secuestrados que prevé la *LuftSiG*. Thomson básicamente establece una situación hipotética en la que un tranvía, sin posibilidad de detenerse, se dirige directamente a colisionar con una persona que se encuentra distraída en la “vía A”. Existe la posibilidad de desviar el tranvía para evitar la muerte de la persona, pero esta desviación va a terminar con la vida de otras cinco personas que se encuentran en la “vía B”. La posibilidad de desviar o no desviar el tranvía dependía de un espectador externo que tenía que decidir si actuaba y salvaba a la persona que se encontraba en la vía A o a las otras cinco que se encontraban en la vía B. Las variables del caso permitían discutir la posibilidad de actuar u omitir según la consideración que el decisor pudiera tener de la cantidad de personas intervinientes y de la relevancia que le otorgara a las acciones y a las omisiones.

Para quienes la diferencia entre actuar y omitir es moralmente significativa, optarían por no desviar el tranvía y dejar morir a cinco personas, dado que la no modificación del curso causal es relevante para enjuiciar moralmente su conducta. Quienes deciden de este modo podrían explicar sus intuiciones morales a partir de que –según el caso de Thomson–, las personas de todos modos iban a morir. Por otra parte, con relación a qué tipo de ética adoptamos, la evaluación de la acción o la omisión se basaba a partir de estar más cerca del consecuencialismo o del deontologismo. De esta forma, quien decide ubicar a lo bueno por sobre lo correcto decidirá de acuerdo a lo que logre la mayor felicidad para la mayor cantidad de personas, esto es, de acuerdo a una moral utilitarista, la variante más conocida del consecuencialismo. En cambio, si el decisor entendiera que lo correcto

---

MISMA, *Rights, Restitution, and Risk: essays in Moral Theory* (Cambridge, Harvard University Press, 1986). La gran cantidad de discusiones que han surgido luego de este trabajo son numerosas. El caso fue presentado originalmente en FOOT, Philippa, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect* (1967), ahora, en LA MISMA, *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy* (Oxford, Blackwell, 1978). Distintas versiones de dicho caso, con referencias concretas a la diferencia entre acciones, omisiones y soluciones basadas en argumentos utilitaristas y deontológicos (y en algunas ocasiones al castigo estatal) pueden verse en THOMSON, Judith J., *Turning the Trolley*, en *Philosophy and Public Affairs* 36 (2008), pp. 359-374; SCANLON, Thomas M., *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame* (Cambridge, M.A., Harvard University Press) y TADROS, Victor, *The Ends of Harm* (Oxford, Oxford University Press, 2011). La discusión más reciente está en KAMM, Frances M., *The Trolley Problem Mysteries* (Oxford, Oxford University Press, 2016).

se encuentra en un lugar privilegiado por sobre lo bueno, resolvería ignorando las cantidades involucradas en la situación de hecho. Así, para quien resolviera de esta forma, no es relevante que en el tranvía viaje una persona o que viajen cincuenta, pues sus juicios morales le impiden sacrificar una vida humana para beneficiar a otra cantidad mayor, dado que no se trata de objetos que puedan ser sujetos de una comparación.

## VI. DEL CASO DEL TRANVÍA A LA *LUFTSiG*

Las semejanzas de los supuestos hipotéticos del “Caso del tranvía” con la *LuftSiG* son amplias. La decisión debería versar sobre los criterios que surgen del “Caso del tranvía” y nuestras intuiciones morales acerca de estas cuestiones críticas. Así, las posibilidades son pocas. La primera sería adoptar una ética utilitarista y sostener la necesidad de proteger a la mayor cantidad de individuos, naturalmente, los que se encuentran en tierra firme. Es posible agregar a la argumentación la circunstancia de que estas vidas están irremediamente perdidas y que existe una amplia posibilidad de salvar mayor cantidad de seres humanos derribando el avión. En estos casos los números cuentan, y de existir posibilidades de actuar es necesario hacerlo para garantizar la mayor felicidad del mayor número de personas. Esta argumentación sería plausible para resolver este caso sin mayores inconvenientes. De hecho, es la adoptada, aunque con argumentos contingentes, a mi juicio, por la doctrina minoritaria en el derecho penal alemán.

Sin embargo, habría dos cuestionamientos que hacer a esta postura. El primero se vincula con el consentimiento de los pasajeros inocentes que se encuentran en el avión. Sería necesario para que esta argumentación ganara peso, el que los pasajeros inocentes que viajan dentro del avión consintieran en que, en caso de ser secuestrado el vuelo, el Estado podría derribar el avión para salvar a otros ciudadanos. Esto no sería problemático de implementar, quizá con alguna cláusula en la compra del billete de vuelo en que los pasajeros podrían expresar su consentimiento escrito para volar<sup>18</sup>. Ahora, resultaría compleja la cuestión del pasajero que no consienta en ello y pretenda, a su vez, tomar un vuelo. Habría que preguntarse si tomar un vuelo, esto es, contratar con una empresa privada un servicio,

---

<sup>18</sup> Es importante destacar lo difícil que podría ser otorgar un consentimiento respecto de una situación hipotética como el secuestro de un avión. De hecho, estas circunstancias pueden ser completamente improbables en un primer momento. En algunos países se ha solicitado prestar consentimiento para distintas cuestiones como la donación de órganos, la eutanasia, el homicidio piadoso, etc.

implica poner mi propia vida a disposición de algún Estado por el que el vuelo atravesara. Al parecer esto resulta más difícil de lo que se preveía. Solo sería posible tomar un vuelo si se otorgara el consentimiento a la “X” cantidad de países por donde el vuelo transcurra para derribar el avión y terminar con mi vida si ocurriera la situación “Y”. Difícil resulta también aquí la situación “Y”. ¿Habría que decir que el avión fue secuestrado? Esta sería una opción. Pero qué ocurre si se pierde comunicación con el avión, que es posible identificar en un radar, pero con cuyo piloto es imposible dialogar ¿valdría como presunción? Por otra parte ¿en qué circunstancias habría de tomarse la decisión de derribar al avión? ¿cuándo es secuestrado para intentar derribarlo en lugares poco habitados? ¿o habría que esperar que se aproxime el momento de la colisión para actuar? Si es el propio Estado quien, por ineficacia en sus controles previos, generó esta situación ¿está en la mejor posición moral para resolverlo a costa de los pasajeros? Por lo que vemos, las circunstancias que surgen a partir de solicitar el consentimiento a los ciudadanos dificultan la cuestión. El consentimiento parece ser uno de los puntos más relevantes para su análisis, lo que hemos intentado abordar en otros momentos<sup>19</sup>.

Por otra parte, es posible decir que, si de todos modos el avión va a colisionar, la tripulación va a morir en la caída. Se trata de un bien que se encuentra irremediabilmente expuesto a su pérdida, por lo que la pregunta sería, si estas personas morirán de todos modos, antes o después: ¿no sería conveniente intentar salvar a las otras? La forma clara de hacerlo sería derribando el avión. Ahora, bien, aunque pudiéramos afirmar con certeza que todos los pasajeros morirán o bien por el impacto contra la tierra o bien por el derribo decidido por las fuerzas de seguridad correspondientes, el criterio de “adelantar” la muerte es claramente incorrecto. Esto ha sido discutido en la dogmática penal, sin que de allí puedan extraerse reglas claras. Günther Jakobs señala, sin dudar, que en ciertas situaciones en donde está en juego un bien personalísimo, el respeto hacia el bien probablemente se vería mermado si se pudiese destruir sin ninguna razón plausible, simplemente porque ya no es posible salvarlo. A modo de ejemplo, si un barco inexorablemente naufraga con su tripulación, podría ponerse en duda que los hoyos que alguien produce sin motivo en el casco del barco sigan constituyendo un delito de daño; pero el carácter persona-

---

<sup>19</sup> Algunas de estas cuestiones las he desarrollado en *El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin con relación al caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana*, en BEADE, GUSTAVO A. y CLÉRICO, LAURA (editores), *Desafíos a la ponderación* (Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2011), pp. 253-298.

lísimo de la vida, sustraído de cuantificaciones, no permitirá, sin embargo, que surjan dudas de esa índole respecto del homicidio en caso de disparos a la cabeza de los miembros de la tripulación. Así, nuevamente con un ejemplo, si es posible destruir una cosa que de todas maneras está perdida, también debería entonces ser atípica la destrucción de una cosa asegurada, si de no ser así se perdiese una cosa más valiosa del mismo titular<sup>20</sup>. Jakobs resalta que el hecho de que el ordenamiento vigente solo tenga en cuenta esta clase de conflictos en el ámbito de la justificación, demuestra que esta teoría no es correcta. Sin embargo, es un hecho que no existe autorización jurídica alguna en ningún ordenamiento del mundo que sea amplia en este aspecto.

Por último, tomar una decisión de este tipo respecto de un ciudadano autónomo y capaz no es tomarlo en serio como individuo. El argumento utilizado por algunos teóricos penales acerca de que el final de la vida de estos tripulantes está determinado de todas formas, no es un razonamiento con el que se pueda llegar muy lejos. Este problema es bien identificado por Helmut Frister, quien es partidario de no derribar el avión. Según Frister, el problema radica en la ausencia del consentimiento en las víctimas inocentes, y pone a prueba, al igual que lo hace Thomson con sus dilemas morales, la fortaleza de nuestras intuiciones. De esta manera, Frister traslada esta cuestión y la equipara con los casos en los que efectuar un daño en la salud de una persona para salvar a otras, como tomar un riñón de una persona sin su consentimiento para proteger la vida de un tercero, tampoco está justificado por el §34 del *StGB*<sup>21</sup>. Más allá de la regulación jurídica, los ejemplos teóricos que se presentan en la literatura sobre ética normativa nos muestran que es moralmente dudoso que todos quienes sostienen que hay que desviar el tranvía en el caso para salvar a cinco personas (o derribar el avión para salvar mayor cantidad de vidas inocentes) estén dispuestos a sostener que sería deseable extraer un órgano vital a una persona para salvar a cinco pacientes con riesgo de muerte. Es difícil sostener, también, que, en la creencia de que moralmente es peor actuar que omitir, resulta posible dejar morir a un paciente para luego extraerle el órgano necesitado y salvar a cinco pacientes graves. Sin embargo, es importante volver a esos casos hipotéticos para, por un lado, testear nuestras intuiciones morales y, por el otro, advertir que tenemos

<sup>20</sup> Véase, sin embargo, JAKOBS, Günther, *Concurrencia de riesgos. Curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal* (traducción de Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá), en SANCINETTI, Marcelo (compilador), *Causalidad, riesgo e imputación* (Buenos Aires, Hammurabi, 2009), pp. 325 y ss.

<sup>21</sup> FRISTER, cit. (n. 6), 17/15.

serias contradicciones morales que trasladamos a nuestros razonamientos jurídicos.

Por otra parte, este criterio tampoco funcionaría en donde la configuración del caso sea algo diferente, pero el dilema moral sea el mismo: ¿sería posible matar intencionadamente o dejar morir a una persona que de todos modos moriría a causa de que padece una enfermedad terminal? Las consecuencias de esto no importan para el caso, pero podrían ser varias: salvar a personas enfermas, pero curables, disponer de mayor lugar dentro del hospital, permitir ahorrar dinero al Estado que gasta en un paciente que no tiene cura, etc. Resolver acelerando la muerte de los pasajeros en estos casos sería altamente implausible.

Un argumento adicional podría ser sostener que un Estado no puede aceptar que alguien viole su seguridad y su soberanía de forma tan flagrante. Aquí, no invocando un argumento utilitarista en el sentido antes criticado, se puede utilizar un argumento de este estilo, pero orientado hacia otro aspecto que tiene que ver con la (por demás abstracta) soberanía del Estado. Así, el daño que sufre un Estado o una ciudad atacada por terroristas es de tal magnitud que debe impedirse a toda costa. Nadie puede atentar contra el orden establecido y de hacerlo sufrirá las consecuencias. El Estado no puede estar impasible ante semejantes ataques.

Todos estos argumentos en favor del derribamiento del avión tienen serios problemas para ser defendidos plausiblemente. En algún punto se trata de argumentos débiles, que pueden ser contestados casi con la misma respuesta. En el primer caso, la cuestión de que las vidas del avión son vidas que de todos se perderían no parece un criterio jurídico ni moral plausible para resolver estas situaciones. En los casos concretos, difícilmente alguien pudiera expresar este argumento de un modo satisfactorio. Existen cuestiones azarosas que permiten rodear el caso de una alta indeterminación: el lugar dónde exactamente colisionará el avión (lo cual depende en parte de las habilidades del conductor), la presencia de circunstancias que afecten la maniobrabilidad de la nave, el control que puedan tener los atacantes de la tripulación, etc. No es lo mismo conducir un avión de día que de noche, con niebla o con lluvia. Tampoco puede descartarse que los individuos que tomaron el avión dejen bajar a los tripulantes con paracaídas, o que éstos finalmente neutralicen a los terroristas y, en el mejor de los casos, puedan descender a salvo o, al menos, desviar la nave hacia otro lugar. Sin perjuicio de estas consideraciones, en la configuración del caso concreto en donde el avión fuera a colisionar directamente contra una zona poblada, la posibilidad del salvamento de las personas inocentes es altamente improbable, aunque no imposible (¿sería factible pensar en “evacuar” la zona de impacto?).

Por último, no se puede dejar de lado el hecho de que la circunstancia de que un avión está siendo secuestrado responde, de algún modo, a un error en la seguridad que un Estado determinado debería garantizar preventivamente. Los controles de seguridad en los aeropuertos, las regulaciones que tienen que cumplir las compañías aéreas, los controles migratorios, etc., cumplen una función determinada. Si un avión es secuestrado quiere decir que todas estas medidas fueron ineficaces. Así, el Estado no puede tomar la decisión de derribar un avión que fue secuestrado por su propia ineficiencia. En algún punto, el Estado es responsable de la situación y tiene que tomar una decisión considerando dicha circunstancia.

Es evidente que estas críticas a las soluciones utilitaristas implican una defensa de lo resuelto por el Tribunal Constitucional alemán. Esa solución tiene una base deontológica, pues no es posible eliminar vidas inocentes para salvar vidas inocentes. Lo correcto es no matar a otro, pese a que lo bueno sería tratar de matar para salvar a la mayor cantidad de vidas. De manera coherente con las soluciones analizadas, instrumentalizan las vidas de los ciudadanos. Como señalé al comienzo, la decisión analizada solo ha sido utilizada como un ejemplo para discutir el supuesto de hecho como un dilema moral. En esta medida, las soluciones que se afirman desde una ética utilitarista permiten, sin dudas, derribar al avión que el supuesto de la *LuftSiG* quiso resolver. Solo en este punto, el presente trabajo ha intentado mostrar que la implementación de esas soluciones utilitaristas es problemática. Es probable que, al analizar un dilema moral, estas sugerencias no alcancen a ser concluyentes. Sin embargo, pretenden mostrar la riqueza de analizar un problema en estos términos.

Volvemos al comienzo. Los teóricos del derecho penal intentan resolver un dilema moral como un problema de antijuridicidad, sin hacer explícitas nociones de ética normativa. Es más, probablemente tampoco consideren el vínculo que deberían tener el derecho y la moral (en este sentido, los argumentos de Hörnle resultan una excepción). Estas inconsistencias, llevan a defender teorías del castigo penal preventivas (utilitaristas) y sostener una posición deontológica al interpretar la aplicación del estado de necesidad en estos casos. Es cierto que muchas veces nuestras intuiciones morales son difíciles de armonizar. Sin embargo, es necesario tener en claro que las categorizaciones de la dogmática penal no pueden escapar a estas complejas discusiones éticas.



## VII. PALABRAS FINALES

La filosofía moral y la ética normativa en particular se presentan a menudo como disciplinas alejadas del derecho. En muchos casos, el acercamiento de los teóricos del derecho a la filosofía es tibio y desconfiado. Se parte de la idea de que el derecho tiene la capacidad de resolver muchos más problemas de lo que imaginamos. Sin embargo, casos como el de la *Luft-SiG* nos comprometen con la necesidad de tomar decisiones basadas en cuestiones filosóficas.

En el trabajo intentamos mostrar la cantidad de problemas que se nos escapan si pretendemos resolver problemas que exigen decisiones éticas, porque solo los consideramos como una variante más de una discusión conocida por el derecho penal. La respuesta está a la vista: no alcanzamos la suficiente claridad para poder dar respuesta a variantes que se presentan en el caso ni tampoco nos permiten proyectar soluciones futuras. En este contexto, la necesidad de recurrir al análisis filosófico parece una buena alternativa.

## BIBLIOGRAFÍA

- BEADÉ, Gustavo A., *El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin con relación al caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana*, en BEADÉ, Gustavo A. y CLÉRICO, Laura (editores), *Desafíos a la ponderación* (Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2011), pp. 253-298.
- BEADÉ, Gustavo A., *Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes*, en *Rechtstheorie* 44 (2013), pp. 371-393.
- BRUGGER, Winfried y SCHLINK, Bernhard, *Darf der Staat foltern? – Eine Podiumsdiskussion*, en *Humboldt Forum Recht* 4 (2002), pp. 45-68.
- ERB, Volker, comentario previo al §34 rn.II8 en JOECKS, Wolfgang y MIEBACH, Klaus, *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, §§1-51 (München, Beck, 2003).
- FOOT, Philippa, *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy* (Oxford, Blackwell, 1978).
- FRISTER, Helmut, *Strafrecht AT* (6ª edición, München, Beck, 2013).
- HÖRNLE, Tatjana, *Shooting down a Hijacked Plane-The German Discussion and Beyond, Criminal Law and Philosophy*, 3 (2009) 2, pp.III-131.
- JAKOBS, Günther, *Concurrencia de riesgos. Curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal* (traducción de Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá), en SANCINETTI, Marcelo (compilador), *Causalidad, riesgo e*



- imputación* (Buenos Aires, Hammurabi, 2009).
- KAMM, Frances M., *The Trolley Problem Mysteries* (Oxford, Oxford University Press, 2016).
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht AT* (6ª edición, Baden-Baden, Nomos, 2013)
- KÜHL, Kristian, *Strafrecht AT* (7ª edición, München, Beck, 2012).
- LACKNER, Karl y KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterung, Kommentar* (26ª edición, München, Beck, 2007).
- LENCKNER Theodor y PERRON, Walter, comentario previo al §34 rn. 24, en SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, Horst (compiladores), *Strafgesetzbuch, Kommentar* (27ª edición, München, Beck, 2006).
- MÖLLER, Kai, *On Treating Persons as Ends: The German Aviation Security Act, Human Dignity, and the Federal Constitutional Court*, *Public Law* 3 (2006), pp. 457-466.
- NEUMANN, Ulfrid, comentario previo al §34 rn.77/78, en KINDHÄUSER, Urs.; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich. (editores), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch* (3ª edición, Baden-Baden, Nomos, 2010), I.
- NINO, Carlos. *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)* (México D.F., Ediciones Coyoacán, 2011).
- ROSENAU, Henning, comentario previo al §34 rn 6, en SATZGER, Helmut; SCHMITT, Bertram; WIDMAIER, Gunter (compiladores), *StGB, Strafgesetzbuch Kommentar* (Köln, Heymanns, 2009).
- ROXIN, Claus, *Strafrecht AT I* (4ª edición, München, Beck, 2006).
- SCANLON, Thomas M., *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame* (Cambridge, M.A., Harvard University Press).
- TADROS, Victor, *The Ends of Harm* (Oxford, Oxford University Press, 2011).
- THOMSON, Judith J., *Rights, Restitution, and Risk: essays in Moral Theory* (Cambridge, Harvard University Press, 1986).
- THOMSON, Judith J., *Turning the Trolley*, en *Philosophy and Public Affairs* 36 (2008), pp. 359-374.

#### SOBRE EL AUTOR

Gustavo A. Beade es abogado, doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Argentina y máster en Derecho por la Universidad de Palermo, Argentina. Además, es profesor del Instituto de Derecho Público de la Universidad Austral de Chile. Su correo electrónico es gustavo.bead@uach.cl. <https://orcid.org/0000-0002-2258-4348>.