

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

VELIS PRAXIDE ET PRO

Revista

Julio 2018

42

Revista Penal

Penal

Julio 2018



Revista Penal

Número 42

Sumario

Doctrina:

- El terrorismo en el siglo XXI: del terrorismo nacional al terrorismo global, por *Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* 5
- Justicia penal restaurativa: el redescubrimiento de la víctima ante el conflicto penal, por *Miguel Bustos Rubio* 31
- Violencia de género y diversidad cultural: el ejemplo de los matrimonios forzados, por *Fátima Cisneros Ávila*..... 43
- La intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso, por *Jesús Conde Fuentes*..... 56
- Expansión de la represión penal de la pornografía infantil: La indemnidad sexual de los adultos que parecen menores y la de los personajes 3D, por *Javier Fernández Teruelo*..... 67
- Mercado regulado de cannabis vs. política bancaria. ¿Un mercado obligado a operar fuera del sistema financiero?, por *Pablo Galain Palermo* 82
- Composición de tribunales en el proceso penal polaco, por *Jacek Kosonoga*..... 99
- Aspectos principales de la responsabilidad penal de los partidos políticos, por *José León Alapont* 122
- Algunas consideraciones críticas en torno a los delitos de falso testimonio y el procedimiento arbitral, por *Jesús Martínez Ruiz*..... 142
- El caso Wannacry. Ataque en la red, por *Alberto Enrique Nava Garcés* 148
- Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad, por *Carlos María Romeo Casabona*..... 165
- Víctimas del terrorismo y su participación en la ejecución de la pena, por *Carmen Salinero Alonso*..... 180
- El conflicto entre vidas en Derecho penal, por *Mario Sánchez Dafaue*..... 203

Sistemas penales comparados: “Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018) - Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018” 221

Especial: “ Informe de la Clínica Jurídico-penal de la Universidad de Salamanca sobre el caso de los jesuitas (El Salvador)”, por *Juan Pablo Agudelo Mancera, Luis Alberto García Barriga, Nora Graciela Martínez Abreu, Wendy Pena González, Tamara Poza Miguel y Laura Torres* 288

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



Santander

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Philipp Dominik y Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Jiajia Yu (China)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo y Pamela Cruz (Uruguay)
Lavinia Messori (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



El conflicto entre vidas en Derecho penal

Mario Sánchez Dafauce

Revista Penal, n.º 42. - Julio 2018

Ficha Técnica

Autor: Mario Sánchez Dafauce

Title: The conflict between lives in criminal law

Adscripción institucional: Profesor Visitante de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid.

Sumario: I. Precisiones iniciales. II. Variantes de la teoría de la diferenciación. III. Teoría unitaria. IV. Toma de posición. V. Estado de necesidad personal. VI. Estado de necesidad existencial objetivo. VII. Ponderación entre vidas. VIII. Problemas abiertos

Resumen: se distinguen en este trabajo dos modelos de conflictos entre vidas. Ambos actúan como dos niveles en la solución de un caso: solo si el primero falla se pasa al segundo. El primero es el estado de necesidad objetivo. Es objetivo porque está basado en una ponderación favorable y porque esa ponderación permite la intervención justificada de terceros ajenos al conflicto. Aquí se incluyen la comunidad de peligro y casos extremos como la evitación de masacres. El segundo es el estado de necesidad subjetivo (personal). Es personal porque carece de una ponderación favorable y se basa, exclusivamente, en la inexigibilidad de otra conducta.

Palabras clave: exculpación, inexigibilidad de otra conducta, suicidio, justificación personal, ponderación entre vidas, masacre, comunidad de peligro.

Abstract: two models of conflicts between lives can be distinguished. Both act as two levels in resolving a case: only if the first one fails it moves to the second one. The first is the state of objective necessity. It is objective because it is based on a favorable weighing and because this weighing allows the justified intervention of external third parties. This would include communities sharing a danger and extreme cases such as the prevention of massacres. The second is the state of subjective necessity (personal). It is personal because it lacks a favorable weigh and is based, exclusively, on the unenforceability of another behavior.

Key words: Exculpation, unenforceability of other behavior, suicide, personal justification, weighting between lives, massacre, community of danger.

Observaciones: versión escrita de la ponencia presentada en el seminario de profesores de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid el 27 de octubre de 2017.

Rec: 19-04-2018

Fav: 6-05-2018

I. PRECISIONES INICIALES

1. Es habitual en nuestro Derecho la distinción entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante, ambos incluidos en el art. 20.5º del CP. La diferencia entre uno y otro suele depender de un único factor: el estado de necesidad es justificante cuando el mal causado es menor que el evitado y es exculpante cuando el mal causado es igual que el evitado¹.

La situación en Alemania es diferente. Allí, la distinción entre un estado de necesidad justificante y otro exculpante no es que sea mayoritaria, sino que es casi unánime, y ello, fundamentalmente, porque el propio *StGB* (*Strafgesetzbuch*: Código Penal alemán) recoge ya esta distinción².

No obstante, la regulación legal alemana difiere en mucho de la española:

- a) En primer lugar, porque para el estado de necesidad justificante el parágrafo 34 del *StGB* exige que el interés protegido prepondere esencialmente sobre el lesionado. Y porque, además, incluye una cláusula de adecuación (solo cabe el estado de necesidad cuando el hecho típico es un medio adecuado para evitar el peligro)³.
- b) Y, en segundo lugar, por tres razones importantes: el estado de necesidad exculpante (§ 35 *StGB*) se limita al peligro para bienes jurídicos personalísimos (vida, integridad física y libertad); carece de juicio de ponderación; y, además, solo es aplicable en casos de autoprotección o protección de parientes o personas allegadas. Por lo tanto, el parágrafo 35 del *StGB* impone un ámbito material

1 Se trata de una tesis (teoría de la diferenciación) muy extendida en la doctrina y dominante en la jurisprudencia. Así, p.ej., la STS de 28 de septiembre de 1989, donde se afirma que se conocen dos especies de estado de necesidad, "el estado de necesidad justificante, cuando el bien jurídico sacrificado para preservar a otro es de menor entidad al predominante, y que constituye una causa de exclusión del injusto inspirada en el principio de interés preponderante, y el estado de necesidad exculpante, el cual se da cuando los bienes en conflicto son iguales o equivalentes, en cuyo caso la eximente sigue derroteros muy controvertidos pero próximos a la inculpabilidad". También la STS de 20 de marzo de 1991: "La esencia del estado de necesidad, tanto en su versión completa como incompleta, radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que infligiendo un mal al bien jurídico ajeno, de modo que si el mal causado es menor que el que se trata de evitar (...) estaremos ante una causa de justificación y si hay paridad entre ambos bienes jurídicos tutelados estaremos ante una causa de inculpabilidad, conforme a la teoría diferenciadora del estado de necesidad, predominante en doctrina". Se pueden encontrar pronunciamientos concordantes en sentencias posteriores, p. ej., STS 641/2002, de 18 de abril, o STS 836/2010, de 4 de octubre. La STS 1998/2000, de 28 de diciembre, deja al margen "el debate sobre la naturaleza jurídica de este instituto, según que el conflicto sea entre bienes jurídicos desiguales o iguales, respecto de lo que existen teorías unitarias que le asignan la naturaleza siempre de causa de justificación, frente a otro sector que de acuerdo con la teoría de la diferenciación distingue el supuesto de conflicto entre bienes desiguales [iguales], en cuyo caso se estaría en un supuesto de justificación-estado de necesidad justificante- que eliminaría la antijuridicidad de la conducta, frente al conflicto entre bienes desiguales en cuyo caso se estaría en causa de exculpación-estado de necesidad exculpante- sobre la base de la no exigibilidad de otra conducta". Sin distinción entre justificación y exculpación, véase la STS 1629/2002, de 2 de octubre: "si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo (...) la eximente debe ser aplicada de modo completo".

2 Entre los últimos defensores de la teoría unitaria en Alemania destacan Welzel y Maihofer. Welzel, en 1940, afirma lo siguiente: "Debido al valor subjetivo de la vida y la integridad para el autor, el Derecho no desvalora la acción de salvamento, aunque para ello se haya lesionado un bien jurídico de mayor valor. La acción en estado de necesidad es legítima (no está prohibida), incluso aunque el saldo de bienes sea negativo", *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, Walter de Gruyter, Berlin, 1940, p. 52. Del mismo modo, hasta la segunda edición de su Tratado, de 1949, (y que incluye la 5ª edición de su Parte General), estima que "en los casos en que la propia existencia entra en colisión con bienes jurídicos de igual o superior valor de otros (...) el acto de autoconservación no está desaprobado" *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen. Eine systematische Darstellung*, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1949, pp. 50-51. Posteriormente su opinión varía: "El prójimo no puede ser nunca tratado meramente como una cosa, sino que ha de ser considerado como un fin en sí mismo (Kant). Por ello tampoco puede el Derecho justificar la intervención en la vida o integridad de un tercero como único medio para la salvación de la vida, sino simplemente exculparla. El autor que se encuentra en esta situación de necesidad realiza una conducta antijurídica, si bien en atención a la debilidad humana otra conducta no es exigible", *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 3. erweiterte Auflage, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1957, p. 69. También en *Das Deutsche Strafrecht*, 4. Auflage, 1954, pp. 134-135; y 11. Auflage, 1969, p. 178. Maihofer considera que el injusto es el lugar sistemático adecuado para resolver los problemas de inexigibilidad. En ellos no hay un desvalor reprochable del comportamiento, pues un ciudadano leal al Derecho no hubiera obrado de otra forma en la situación del autor. Entiende Maihofer que toda determinación debida ha de encontrar sus límites en un poder, no individual, sino general, sin cuya vulneración no puede serle atribuido al autor un desvalor social, "Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre", *Festschrift für Theodor Rittler*, Verlag Scientia, Aalen, 1957, pp. 153 y ss.

3 En nuestro Derecho, Gimbernat Ordeig defiende una adecuación por sectores según la normativa no penal correspondiente (p. ej., trasplantes), aunque también alude a una adecuación deducida de los principios generales del Derecho, "De nuevo sobre el 'caso Haidar'", *Diario El Mundo*, 15 de diciembre de 2009.

y un ámbito personal de aplicación, restricciones estas ajenas al art. 20.5º del CP, que solo habla de mal propio o ajeno (no hay restricción material ni personal del campo de aplicación de la eximente).

Los casos de conflicto entre vidas suelen caer dentro de la órbita del estado de necesidad exculpante. En Alemania por la propia dicción legal, si bien, se defiende, en ocasiones, la incardinación dentro del parágrafo 34 de los supuestos de estado de necesidad defensivo, es decir, de aquellos casos en los que el riesgo se desvía hacia quien es competente en su origen.

En España hay autores que, abierta o implícitamente, basan la ponderación en el número de vidas enfrentadas, de modo que matar a una persona para salvar a dos daría lugar a un estado de necesidad justificante; matar a una persona para salvar a otra, a un estado de necesidad exculpante; y matar a dos para salvar a uno sería una conducta punible.

No obstante, tanto en España como en Alemania es habitual el argumento de que la ponderación entre vidas no es jurídicamente aceptable. La razón principal la da la máxima kantiana de que ningún ser humano puede ser tomado como medio ni siquiera para la obtención de un fin justo. *Homo homini sacra res*.

Esto puede ser un límite previo al propio estado de necesidad justificante (p. ej., el estado de necesidad justificante presupone el respeto de la dignidad humana) o puede desactivar el juicio de ponderación (negando toda posible ponderación entre vidas)⁴. Como puede imaginarse, la solución en Alemania es sencilla: se recurre al estado de necesidad exculpante, ajeno a todo juicio de ponderación.

En España, quienes defienden que todos o algunos de los supuestos de conflicto entre vidas son casos de estado de necesidad exculpante han de sostener, necesariamente si van por la vía del art. 20.5º, que el mal causado es igual que el evitado (por ejemplo, con la afirmación del valor absoluto de toda vida humana).

2. El conflicto entre vidas se puede también denominar “estado de necesidad existencial”. Aquí se incluyen los conflictos entre vidas humanas independientes. Estos casos se pueden subdividir en dos. Para simplificar, voy a referirme al enfrentamiento entre dos vidas:

a) Casos simples de estado de necesidad: cuando sin la conducta típica sobrevive una de las dos personas enfrentadas; b) Comunidad de peligro: cuando sin la conducta típica perecen las dos personas enfrentadas. La comunidad de peligro puede ser simétrica, cuando para evitar que mueran las dos personas enfrentadas es posible matar a una cualquiera de las dos; o asimétrica, cuando una de las dos personas enfrentadas va a morir con o sin conducta típica.

“Estado de necesidad existencial” no es necesariamente sinónimo de “estado de necesidad como causa de justificación o exculpación del homicidio” porque, aunque residuales, hay casos muy complejos en los que se discute la justificación o exculpación de un homicidio sin conflicto entre vidas; por ejemplo, casos de peligro para la seguridad del Estado.

II. VARIANTES DE LA TEORÍA DE LA DIFERENCIACIÓN

La ausencia de un ámbito material y de un ámbito personal de aplicación del estado de necesidad exculpante ha llevado a un sector de la doctrina española, encabezado por Mir Puig, a sacar del art. 20.5º del CP el estado de necesidad exculpante y a dirigirlo al miedo insuperable (20.6º). Para Mir Puig, el miedo insuperable español es, *mutatis mutandis*, el estado de necesidad exculpante alemán. Su ubicación es la culpabilidad, pues el fundamento de la exención es la inexigibilidad de otra conducta. En concreto, en los conflictos entre vidas se afirma que no se puede exigir a la persona una conducta heroica. Esta es la opinión de Mir Puig: la inexigibilidad como subcategoría dentro de la culpabilidad (o imputación personal)⁵.

4 Así, Cerezo Mir considera la dignidad humana un límite inmanente al Derecho positivo que no puede ser tomado como un interés más en el juicio de ponderación. “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española”, en *Justificación y exculpación en Derecho penal*, Eser, Gimbernat, Perron (Edits.), Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid 1995, p. 19. De modo que si una persona da muerte a otra para salvar varias vidas humanas, el mal causado es menor que el que se trataba de evitar, pero esta conducta será ilícita por suponer un grave atentado a la dignidad de la persona humana, criterio, para este autor, extraído de la ponderación, pero, en caso de lesión, impeditivo de la justificación del estado de necesidad que evita el mal mayor, Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 269-270.

5 *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2016, lección 24, pp. 617-627. “El estado de necesidad exculpante debe entenderse comprendido por la eximente de miedo insuperable (art. 20, 6º CP) y, en lo que pueda resultar insuficiente, por una eximente analógica”, PG, 10ª, 2016, 17/29-31, pp. 469-470. Mir Puig estima que la inexigibilidad no significa ausencia de prohibición, si bien añade lo siguiente: “En puridad, desde el punto de vista terminológico, la expresión ‘no exigibilidad’ no resulta muy afortunada porque oscurece el hecho de que la conducta ‘no exigible’ sí se reclama por el Derecho. Podría decirse perfectamente que el

En Alemania, una tesis paralela en cuanto a ubicación dogmática de estos problemas es la de Roxin, para quien la exculpación da lugar a la exención por ausencia de responsabilidad, pero no por inimputabilidad ni por afectación directa del principio de culpabilidad, sino por ausencia de necesidad de pena⁶. En esta tesis, también defendida entonces por mi maestro, Gómez Benítez⁷, me propuse profundizar durante mi estancia de investigación en Alemania. Pero finalmente no pude hacerlo, pues la solución de Roxin no me resulta convincente por diversas razones:

1. Las causas de inculpabilidad, en sentido lato, eximen de pena porque el autor no llega en algo a la persona promedio. Por el contrario, en la exculpación se exime de pena a toda persona por el hecho de serlo. No hay aquí un problema subjetivo, sino un problema objetivo: ¿en qué circunstancias se exime de pena a todo autor por encima de cualquier diferencia personal?

Que aquí estamos ante un problema objetivo lo pone de manifiesto el hecho de que no se piensa jamás en aplicar una medida de seguridad a quien salva su vida a costa de un tercero. Desde un punto de vista preventivo-especial, lo adecuado es pensar que un ciudadano fiel al Derecho no comete hechos antijurídicos. Y si, en líneas generales, se hablase solo de inculpabilidad, lo más adecuado sería la corrección del autor sin castigo. Si esto no se hace es porque se advierte, correctamente, que la educación para el sacrificio no es una meta de nuestro Derecho penal.

El primer plano ocupado por el hecho en el juicio penal de exculpación es notorio con el giro dado por Roxin en la solución a los problemas de concurrencia de inimputabilidad y estado de necesidad exculpante. En la segunda edición de su Parte General considera que “cuando las circunstancias concomitantes de un homicidio en sí amparado por el § 35 [§ 35 del *StGB*, donde se regula el estado de necesidad exculpante] demuestran que el enfermo mental —por ejemplo, porque entra entonces en un delirio homicida a la vista de la sangre— es peligroso para la colectividad, resulta total-

mente adecuado imponer una medida de seguridad”⁸. Por el contrario, en la tercera edición niega la aplicación al enfermo mental de una medida de seguridad si concurre una causa de exculpación, ya que “en tanto el enfermo mental no se comporta de manera distinta a un autor normal capaz de culpabilidad, no existe ningún motivo para imponerle sanciones penales. La sola peligrosidad no es, como por lo demás en Derecho penal, suficiente para ello. De otro modo, el hecho realizado en legítima defensa por un enfermo mental debería por sí solo motivar una medida de seguridad, lo que naturalmente no puede entrar a debate”⁹.

2. Si, según Roxin, no hay necesidad preventivo-general de pena, ¿para qué se prohíbe, entonces, el hecho exculpado?

Este fue el tema central de un prolongado debate que mantuve, por escrito, con Roxin. Mis argumentos eran los siguientes:

a) Si la conducta inexigible está prohibida, hay que decir que el Derecho no puede exigir la heroicidad pero sí puede ordenarla, con lo que la norma penal —paradójicamente— sí está escrita para héroes. Con ello se disocian inexigibilidad y prohibición, habiendo de hablarse, en rigor, de una inexigibilidad por medio de la pena, pero de una exigibilidad por medio de la prohibición.

No obstante, no queda claro qué es lo que se pretende en concreto con esa exigibilidad:

- O bien convertir al ciudadano medio en héroe. Es decir, *desactivar la inexigibilidad* hasta hoy conocida.
- O bien criminalizar la condición humana, que no alcanza para el cumplimiento de la ley.

b) En todo caso, como la norma penal no cumple fines morales de conformación de conciencias, sino fines sociales de ordenación de la convivencia, ha de decirse que la prohibición de la conducta de autosalvamento en estado de necesidad existencial pretende la inhibición de la acción típica. Roxin así lo defiende, pues considera que “desde un punto de vista preventivo general

Derecho ‘exige’ la conducta heroica, aunque no considere ‘penalmente responsable’ a quien la omita. Sin embargo, la expresión ‘no exigibilidad’ se ha impuesto en la doctrina y ciertamente posee fuerza plástica, por lo que, con la reserva apuntada, seguiremos utilizándola”, *PG*, 10^a, 2016, 24/5, p. 620.

6 Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2^a edición alemana (1994) por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, 22/1-14, pp. 896-902; también, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2006, 22/1-14, pp. 963-969.

7 *Vid.* “Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia”, *Estudios penales*, Colex, Madrid, 2001, pp. 101-112.

8 Roxin, *PG*, (tr. 2^a), 1997, 19/53, p. 817.

9 Roxin, *AT I*, 3. Auflage, 1997, 19/57, p. 750; también, *AT I*, 4. Auflage, 2006, 19/61, p. 879.

puede ser necesario prohibir algo penalmente sin que al mismo tiempo las exigencias de prevención general reclamen el castigo de lo prohibido”¹⁰.

Esta solución plantea diversos problemas:

– En primer lugar, y con toda la dificultad propia de una afirmación general de este tipo, una pretensión de eficacia depositada en la sola prohibición es poco más que una mera ilusión. El hecho de que la conducta de autosalvamento esté nominalmente prohibida no va a ejercer ninguna eficacia instrumental real. Quien por razones de conciencia prefiera morir, lo hará aunque esté permitido el homicidio de un tercero, y quien prefiera salvarse o salvar a sus hijos, lo hará aunque esté prohibido —sin pena— el homicidio de un tercero. Concebir la sola prohibición como un factor de la decisión final es sobrestimar su eficacia preventiva y subestimar la fuerza, por un lado, de las convicciones éticas o las creencias religiosas y, por el otro, del instinto de conservación.

La prohibición de la conducta inexigible plantea, además, la necesidad de crear un nuevo concepto añadido al de necesidad de pena, y que sería el de *necesidad de prohibición*. Pero esta prohibición se mantiene y esta necesidad se satisface a costa de la perturbación de otro elemento esencial de la configuración social: el carácter no debido del suicidio o en general del autosacrificio; deber cuya imposición también puede requerir de una explicación político-criminal. Ha de advertirse que si se sostiene que la conducta típica realizada en estado de necesidad personal es una conducta antiju-

rídica, no se está muy lejos de afirmar que el Derecho Penal ordena el suicidio. Así, Durkheim define el suicidio como todo caso de muerte que resulte, directa o indirectamente, de un acto, positivo o negativo, realizado por la víctima misma, sabiendo ella que debía producir este resultado¹¹.

La idea de un suicidio obligatorio puede ser aceptable en sociedades fuertemente ideologizadas, por ejemplo, teocracias o estados muy militarizados, pero en sociedades libres constituye un tabú tan potente como el que impide matar a un inocente para salvar la propia vida. “Para que la sociedad pueda constreñir (...) a ciertos miembros suyos a matarse, es preciso que la personalidad individual se cuente por poca cosa. Porque, desde que empieza a constituirse, el primer derecho que se le reconoce [al miembro de la sociedad] es el de vivir; todo lo más se le suspende en las circunstancias, muy excepcionales, como la guerra. Pero esta misma débil individuación no puede tener más que una sola causa. Para que el individuo ocupe tan poco lugar en la vida colectiva, es preciso que esté casi totalmente absorbido en el grupo y, por consiguiente, que éste se halle muy fuertemente integrado”¹². Durkheim llama *suicidio altruista* al que resulta de un altruismo intenso. Pero cuando además, “presenta el carácter de ser llevado a cabo como un deber, importa que la terminología adoptada exprese esta particularidad. Parécenos, pues, el nombre de *suicidio altruista obligatorio* el que conviene al tipo así constituido”¹³.

10 Roxin, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2000, p. 48, traducción de Gómez Rivero y García Cantizano. Esto significa, obviamente, que la mera prohibición se concibe ya como un instrumento represivo, más allá de la pena y de la medida de seguridad. Perron estima que el carácter fragmentario de la exculpación, deducido de su fundamento en la benevolencia legislativa frente a las debilidades individuales, impone que los eventuales casos extremos solo puedan, en lo esencial, ser acogidos en la medición de la pena o de acuerdo con el principio de oportunidad procesal, “Justificación y exculpación en Derecho penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes), en *Justificación y exculpación en Derecho penal*, Eser, Gimbernat, Perron (Edits.), Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 105-106.

En cualquier caso, no puede hablarse jamás de una eficacia preventivo-general del mismo proceso, pues, con ello, el proceso como sanción se convierte en la única sanción sin proceso.

11 Durkheim, *El Suicidio*, 5ª ed., Akal, Madrid, 1998, p. 5. “Aunque por regla general nos representemos el suicidio como acción positiva y violenta, que implica cierto empleo de fuerza muscular, puede ocurrir que una actitud puramente negativa o simple abstención produzcan idéntica consecuencia”. “Ya sea la muerte aceptada simplemente, como una condición, sensible, pero inevitable, del fin a que se tiende, o bien haya sido querida expresamente y buscada por sí misma, lo cierto es que el sujeto en uno y otro caso renuncia a la existencia, y las distintas maneras de renunciar a ella no pueden constituir mas que variedades de una clase igual”, Durkheim, *op. cit.*, pp. 3-5.

12 Durkheim, *op. cit.*, p. 228.

13 Durkheim, *op. cit.*, p. 229. Es muy elocuente la opinión de Bernsmann referida a la incompatibilidad entre el contrato social como fundamento del monopolio estatal de la violencia legal y la punibilidad de la conducta del propio salvamento, “*Entschuldigung*” *durch Notstand. Studien zu § 35 StGB*, Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, pp. 306-307. “El Estado debe proteger y respetar la vida y no puede imponer bajo pena en ninguna circunstancia la aceptación de la muerte”, Bernsmann, *op. cit.*, p. 308. Cabe recordar que, según Hobbes: “Si el soberano ordena a un hombre (aunque justamente condenado) que se mate, hiera o mutila a sí mismo, o que no resista a quienes le atacan, o que se abstenga del uso de alimentos, del aire, de la medicina o de cualquier otra cosa, sin la cual no puede vivir, ese hombre tiene libertad para desobedecer”, *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 177. Y, para Spinoza, “no pertenece a

En todo caso, parece que el valor de la vida humana en la sociedad occidental está lo suficientemente arraigado como para poder soportar el carácter no prohibido de conductas muy precisas y excepcionales. El camino para su evitación no es la elaboración de normas prohibitivas, sino de normas de cuidado exigentes que, cuando sea posible, ataquen el origen del conflicto, es decir, la propia situación de necesidad¹⁴.

– En segundo lugar, si se defiende la teoría diferenciadora del estado de necesidad y se estima que las conductas de autosalvamento están prohibidas y son resultas en el artículo 20.5º CP (una tesis muy extendida), entonces hay que aceptar un deber general de abstención, ubicado en la antijuridicidad, y un deber especial, ubicado en la culpabilidad, y al que alude el art. 20.5º CP cuando señala que el necesitado no ha de tener por su oficio o cargo obligación de sacrificarse. Esta doble ubicación del deber complica innecesariamente las relaciones entre antijuridicidad y culpabilidad. Es más sencillo entender que la referencia a una obligación especial de sacrificio implica la inexistencia de una obligación general de sacrificio¹⁵.

Como es sabido, la afirmación del posible carácter antijurídico del hecho realizado por el inculpable se sustenta habitualmente en la conveniencia de dirigirle

la norma de determinación por las posibilidades que en cada caso existen de que oriente por ella su comportamiento. Se refiere Roxin a esta teoría actualmente dominante diciendo que “considera ya la norma en la que se basa el injusto como imperativo, como norma de determinación, que se dirige a la voluntad humana y le dice al individuo lo que debe hacer y dejar de hacer” y que, pese a ello, “separa injusto y culpabilidad, aceptando que la norma de determinación se dirige por igual a capaces e incapaces de culpabilidad”. “La justificación de esta concepción estriba en que también los inimputables se pueden motivar por regla general por la norma jurídica (...) y en que una infracción de aquella por los inimputables acarreará, no una pena, pero sí otras consecuencias jurídicopenalmente relevantes (imposición de una medida de seguridad, derecho a la legítima defensa del agredido)”¹⁶. Mir Puig, aunque concibe la incapacidad personal de evitar el hecho como causa que impide la infracción personal de una norma de determinación, distingue los casos en los que solamente falta la posibilidad de un acceso normal a la norma, y en los que “tiene sentido dirigir el mensaje normativo al sujeto, que podrá infringir la norma de determinación”, si bien no será legítimo considerarle penalmente responsable, pues la norma, aunque no pueda

los derechos de la sociedad todo aquello a cuya ejecución nadie puede ser inducido con premios o amenazas. Así, por ejemplo, nadie puede renunciar a la facultad de juzgar”. Y lo mismo cabe decir “de aquellas acciones que la naturaleza humana abomina, hasta el punto de tenerlas por peores que mal alguno, como testificar contra sí mismo, torturarse, matar a sus padres, no esforzarse por evitar su propia muerte y cosas análogas, a las que nadie puede ser inducido mediante premios ni amenazas”, *Tratado político*, Alianza Editorial, Madrid, 2004, pp. 111-112.

14 Desde otro punto de vista, tampoco puede decirse que esta prohibición viene exigida por las consecuencias accesorias del injusto, pues si son las consecuencias accesorias las que imponen el injusto, entonces es el injusto la consecuencia accesoria de sus consecuencias accesorias. Una versión renovada de la teoría de la diferenciación puede verse en Pawlik, “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática”, *InDret Penal*, Barcelona, 4/2015, p. 16. En profundidad, para la exculpación en la culpabilidad penal, véase Martín Lorenzo, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

15 Es evidente que la conservación de la inexigibilidad dentro del ámbito de conductas *determinadas* por la norma obliga a construir una *inexigibilidad prohibida*. La vinculación entre deber y exigibilidad es perfectamente advertida por Cobo del Rosal y Vives Antón, “pues el problema de la inexigibilidad viene predeterminado, en cuanto a su solución, por la posición adoptada en la esfera del injusto: si se entiende que la infracción del deber pertenece al injusto, entonces la exigibilidad, o cuando menos, la exigibilidad general o abstracta, ha de pertenecer también a él; si, por el contrario, se estima que el injusto se halla constituido exclusivamente por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, entonces exigibilidad e inexigibilidad han de situarse en el ámbito de la culpabilidad”, *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 691. “Por ello la posición de quienes, como v.g., entre nosotros Gimbernat o Gómez Benítez, sitúan (...) las causas de inexigibilidad entre las que excluyen la antijuridicidad (...) es, sin duda, coherente, aun cuando no se comparta”, Cobo del Rosal y Vives Antón, *op. cit.*, p. 691. Dentro de la concepción significativa del delito, Martínez-Buján Pérez admite una inexigibilidad individual, vinculada a circunstancias particulares del individuo concreto, y que puede dar lugar a una causa de exculpación en el ámbito sistemático de la culpabilidad, *El contenido de la antijuridicidad. (Un estudio a partir de la concepción significativa del delito)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 78-79, notas 122-123. Para la ubicación sistemática de la inexigibilidad, véase Molina Fernández, *Memento Penal 2017*, Molina Fernández (Coord.), Lefebvre, 2016, marginales 2575-2580.

16 Roxin, *PG*, (tr. 2ª), 1997, 10/93, pp. 322-323; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 10/93, pp. 323-324.

desplegar la intensidad motivadora que normalmente posee, puede incidir en su proceso de motivación, de modo que “la razón por la que sigue teniendo sentido la posibilidad de considerar prohibida la conducta de quien actúa sin responsabilidad penal” consiste en que “la prohibición normativa podrá ser recibida por el no responsable”, y en la intuición de que el “levantamiento *ex ante* de la prohibición podría ser captado por el sujeto pese a su falta de responsabilidad penal”¹⁷.

Pese a las afirmaciones anteriores, *la motivación del inimputable por medio de la pena no puede ser un fin de la pena porque el principio de culpabilidad circunscribe el campo de aplicación de la pena al ámbito de la culpabilidad*. Por lo tanto, admitida la extensión al inimputable de la norma de determinación por las posibilidades que tiene de cumplir el mandato normativo, la medida de seguridad se convierte en una amenaza de intervención, pues es obvio que no se pretende engañar al inimputable diciéndole que se le va a aplicar una pena si comete un delito, es decir, es obvio que no se puede aceptar como legítima la eficacia preventiva de la representación de una *conminación penal inexistente*. Pero esta pretensión de otorgar a la medida de seguridad una naturaleza preventivo general, mediante la extensión al inimputable de la norma penal de determinación, representa la transformación de la medida en una pena con un contenido específico: la intervención posible en la esfera interna del sujeto. Y, con ello, también en un modo indirecto de diluir el pretendido carácter irrenunciable del principio de culpabilidad¹⁸.

III. TEORÍA UNITARIA

Por las razones expuestas, considero correcta la teoría unitaria, que concibe todo estado de necesidad como una causa de justificación.

Si se estima que el homicidio cometido para salvar la propia vida en caso de estado de necesidad existencial es una conducta antijurídica, ello significa que el Derecho penal impone como conducta debida, y en cumplimiento de la correspondiente norma de determinación, la obligación de aceptar la propia muerte (o de suicidarse, si se estima, como hace Durkheim, que la

aceptación de la propia muerte es una forma de suicidio). Esta obligación encierra una criminalización de la condición humana y un atentado directo a la propia idea de inexigibilidad de otra conducta: queda disociado el injusto de la exigibilidad, con la consiguiente *doble posición del hombre medio*, el *ideal* en el injusto, inmediatamente negado por el *real* en la culpabilidad. Debe advertirse que el héroe muere en cumplimiento de la ley y que quien no lo es comete un homicidio antijurídico y se salva impunemente. Asimismo, si se quiere seguir manteniendo un injusto penal integrado por una norma de determinación, la prohibición debe pretender la obtención de un propósito, pues, en caso contrario, la antijuridicidad penal se desvincula de la legitimidad preventiva del sistema penal. Ese propósito es el propio sacrificio, que deviene así en una conducta inexigible bajo pena, pero exigible bajo prohibición, configurándose esta prohibición como una extraña tercera consecuencia jurídico-penal.

El Derecho penal es un sistema normativo con pretensión de totalidad. Esto significa que todo lo que concibe como una infracción es una parte de la realidad que quiere modificar. La emisión de juicios de valor o de prohibiciones sin pretensiones de intervención remite a una potestad para el ejercicio de una definición no instrumental del bien y del mal de la que el legislador penal carece. A pesar de que haya aspectos que queden más allá de toda posible valoración, es decir, a pesar de la existencia de imponderables, la antijuridicidad consiste en una decisión entre el bien y el mal. Esta decisión proporciona el objeto de la intervención penal, es decir, decide qué aspectos de la vida son materia penal y cuáles no lo son. La culpabilidad presupone esta selección y, aunque se permite un cierto margen de apreciación, que podría definirse como su margen para la justicia, su principal cometido consiste en la selección del método adecuado para evitar o corregir la conducta desvalorizada.

Dada como limitación general la prohibición de responsabilidad objetiva, el campo de intervención abierto puede ser dividido en un querer, antijuridicidad, y en un poder, culpabilidad, entendido este último como

17 Mir Puig, PG, 10ª, 20/47-48, pp. 557-558.

18 Molina Fernández ha realizado un profundo estudio de la culpabilidad como elemento de la infracción en su obra *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001. Para este autor, si la antijuridicidad encierra un momento prescriptivo, nos encontramos con “la paradójica afirmación de que la norma es un instrumento para conseguir aquello que, en ocasiones, está más allá de su capacidad instrumental”, Molina Fernández, *op. cit.*, p. 62. “La consecuencia a extraer es que, o bien se rompe la vinculación de la antijuridicidad no culpable con la infracción de una norma entendida como directivo y se le da un contenido distinto, o bien, si se quiere mantener tal vinculación, sería imposible concebir (desde la perspectiva de la norma) una antijuridicidad sin tomar en consideración las circunstancias de la culpabilidad”, Molina Fernández, *op. cit.*, p. 65.

una diversificación de las formas de intervención. De hecho, no se discute que *no vulnera el principio de responsabilidad objetiva la aplicación de una medida de seguridad a un inimputable perfectamente inmotivado por la norma*. Por ello, la antijuridicidad debe quedar como el objeto de la intervención —lo que el legislador quiere evitar— y la culpabilidad como el lugar donde se decide la forma correcta de intervención. En consecuencia, si el propio salvamento en una situación de necesidad se concibe como una conducta prohibida pero no culpable, lo correcto es construir una medida de seguridad que eduque al infractor en el autosacrificio. Si esto no se hace es que dicho salvamento se acepta. Y si se acepta, entonces está justificado¹⁹.

El principal defensor de la teoría unitaria es Gimbernat Ordeig, cuyos trabajos sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad siguen siendo un punto de referencia ineludible para la comprensión correcta de esta compleja materia²⁰.

La tesis de Gimbernat Ordeig, no obstante, requiere de un desarrollo en lo que hace al conflicto entre vidas, y ello principalmente por dos razones:

- a) Porque no entra en el problema de la ponderación entre vidas.
- b) Porque no incorpora un ámbito personal en ningún caso de estado de necesidad existencial.

Esto último puede traer consecuencias indeseadas. Por ejemplo, respecto de dos personas enfrentadas en estado de necesidad existencial se admite la autoría o la participación justificadas de cualquier tercero en favor de cualquiera de los implicados (“mal propio o ajeno”, art. 20.5º CP)²¹; con lo que, por ejemplo, cualquier autoridad (en tanto se trata de una acción jurídicamente neutral y no prohibida) puede enfrentarse a cualquier otra autoridad en una batalla campal sin una solución preferente²².

Frente a esta tendencia expansiva del conflicto, en el presente trabajo se defiende —como se verá a continua-

19 Las soluciones intermedias, que resuelven estos problemas en un escalón sistemático ubicado entre la antijuridicidad y la culpabilidad, no son, con carácter general, concluyentes. Todas las teorías intermedias coinciden en que, en caso de estado de necesidad exculpante, se excluye la desaprobación jurídico-penal pero no la desaprobación del orden jurídico general. Como este orden jurídico general solo puede ser entendido como orden jurídico no penal, la norma infringida, cuya ratificación se pretende con la afirmación de la antijuridicidad, es la norma no penal; norma no penal a la que por esta vía se le otorga la potestad de crear una categoría independiente en el centro de la teoría del delito.

20 Vid. “El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad”, *Estudios de Derecho penal*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 218-230; “Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)”, *Justificación y exculpación en Derecho penal*, Eser, Gimbernat, Perron (Edits.), Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 63-71. En opinión de Gimbernat Ordeig, “el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales reúne todos y cada uno de los requisitos de una causa de justificación”. Esto es así “porque regula supuestos en que el legislador no quiere combatir lo que podría”; porque a diferencia de lo que ocurre con todas las circunstancias que afectan a la punibilidad, construidas para determinadas personas o referidas a determinados delitos, “en el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales la impunidad se refiere a acciones típicas jurídicamente neutrales o indiferentes ejecutadas, en principio, y por regla general, por cualquier persona para realizar cualquier delito”; y porque si el sujeto es motivado por la pena, “entonces es obvio que, por definición, no puede fundamentarse su impunidad en la ausencia de culpabilidad —tanto si ésta se entiende como motivabilidad o como reprochabilidad—, sino que habrá que desplazar el problema —tal como vengo proponiendo desde hace diez años— a la antijuridicidad, donde de lo que se trata es precisamente de la exención de responsabilidad de personas motivables”, “Prólogo”, en Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 22-23. Este prólogo es un desarrollo del artículo de 1974, escrito para el Libro-Homenaje a Hans Welzel en su 70 aniversario, y mencionado al principio de esta cita. El *Prólogo* citado se puede encontrar también en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, pp. 231-239 (“Prólogo al libro de Antonio Cuerda *La colisión de deberes en Derecho penal*”). Para otros defensores de la teoría unitaria, véase Sánchez Dafaue, *Sobre el estado de necesidad existencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 133-135.

21 “Pues no se entiende, operando con el conocido ejemplo de la tabla de Carnéades, que el sujeto cuando hace lo más: como autor principal mata por propia mano a uno de los naufragos para salvar al otro, quede libre de responsabilidad (...), y que, en cambio, haya de responder como partícipe cuando no llega tan lejos y, en vez de privar directamente de la vida a una persona, se limita a entregar la pistola a uno de los naufragos para que mate al otro”, Gimbernat Ordeig, “El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad”, *Estudios de Derecho penal*, 3ª, 1990, pp. 222.

22 La acción ejecutada en estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales no merece una valoración positiva. En “el sentido de que el orden jurídico no la estima valiosa, podría hablarse de un comportamiento jurídicamente neutral”, Gimbernat Ordeig, “El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad”, *Estudios de Derecho penal*, 3ª, 1990, p. 228. En Derecho penal español, en los casos de conflicto entre intereses de igual rango “el autor es ‘motivado’ por la norma y, *no obstante, está exento de responsabilidad*”. La explicación de esto “sólo puede ser la de que, en realidad, lo que se regula no es una causa de exclusión de la culpabilidad, sino una de justificación, si bien ésta se distingue de otras causas de exclusión de lo injusto en que el hecho cubierto por el estado de necesidad no es valorado positivamente; pero es que lo que caracteriza al comportamiento adecuado al Derecho Penal no es que el ordenamiento jurídico lo considere valioso, sino únicamente que se renuncia a motivar su no comisión con la amenaza de una pena”, Gimbernat Ordeig, “Justificación

ción— un principio restrictivo apoyado en la pertenencia a un círculo de personas privilegiado.

IV. TOMA DE POSICIÓN

Para sortear las dificultades mencionadas, he decidido separar dos grupos de casos de estado de necesidad existencial, pues estimo que cada uno incluye problemas diferentes, con razones para la exención también diferentes: el estado de necesidad por conflicto entre vidas cuando el autor desvía hacia un tercero un riesgo para su vida o para la vida de personas cercanas (que he denominado estado de necesidad personal), y el estado de necesidad por conflicto entre vidas cuando el autor es una persona ajena al conflicto (estado de necesidad existencial objetivo) y, por lo tanto, cuando ni su vida, ni la de sus seres queridos corren peligro.

V. ESTADO DE NECESIDAD PERSONAL

El estado de necesidad personal es una causa de justificación. Su fundamento es la inexigibilidad de otra conducta. Se puede pensar, por ejemplo, en una persona que pretende arrebatar a otra un único chaleco salvavidas disponible en un naufragio, o en un montañero que intenta desocupar un refugio, para una persona e improvisado entre la roca, durante una tormenta de nieve en la alta montaña.

Invirtiendo el famoso aforismo empleado por Roxin²³, el fundamento de la exención en caso de estado de necesidad personal es el deseo de que el ser humano no esté obligado a ser un juguete del destino. Esta eximente otorga una libre organización de los afectos dentro de un ámbito material definido normativamente como ingobernable²⁴.

Como el fundamento del estado de necesidad personal no es la comparación de intereses objetivos, tampoco es el artículo 20.5º CP el lugar adecuado para su incardinación. La ubicación legal correcta es la defendida, entre otros, por Mir Puig, autor para quien el miedo insuperable resuelve buena parte de los supuestos de estado de necesidad exculpante²⁵. Sin una afirmación como la precedente, el mismo TS considera que el miedo insuperable posee atributos propios del estado de necesidad: la presencia de una amenaza real, seria e inminente, cuya valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio. Así, por ejemplo, STSS 340/2005, de 8 de marzo; 180/2006, de 16 de febrero; 774/2009, de 10 de julio; 35/2015, de 29 de enero; 86/2015, de 25 de febrero: “mal efectivo, real y acreditado”, o 240/2016, de 29 de marzo: el miedo ha de estar inspirado “en un hecho efectivo, real y acreditado; incluso inminente”²⁶.

Pese a que considero acertada la tesis de Mir Puig, no comparto su ubicación sistemática, por las razones dogmáticas expuestas en apartados precedentes y

y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)”, *Justificación y exculpación en Derecho penal*, 1995, p. 68.

23 Roxin: “No quisiera sumarme a ese paso [la admisión por Welzel de la exculpación merced al principio de elección del mal menor en casos de conflicto existencial], pues no es propio del ser humano jugar a ser el destino”, “Otras causas de justificación y exculpación”, en *Justificación y exculpación en Derecho penal*, Eser, Gimbernat, Perron (Edits.), Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 234, traducción de Cancio Meliá.

24 No se comparte la apreciación de Jakobs de que el autor no puede seleccionar dentro del ámbito personal de aplicación del estado de necesidad exculpante. “En el caso de que el autor actúe en favor de un allegado, la regulación legal estabiliza la relación de los allegados, reconociendo su intensidad. Lo cual no es válido cuando el autor redistribuya de un allegado a otro, desde luego no en la redistribución entre los parientes mencionados como allegados en la ley [concepto normativo recogido en el § 11 del StGB]. Ejemplo: El padre, tras el naufragio, arroja de la tabla de salvación a su hija para aunar a su hijo; comportamiento culpable. Pero sería admisible el desplazamiento del conflicto desde *uno mismo* a personas allegadas, incluso a aquellas por las que el autor tiene que cuidar como garante institucional, pues la institución no exige la autoinmolación con la firmeza jurídica”, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, corregida, traducción de la 2ª edición alemana (1991) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gómez de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 690. Frente a esta apreciación de Jakobs, cabe entender que lo que es la autoinmolación viene definido normativamente -al menos en el § 35 del StGB, donde se recoge el estado de necesidad denominado exculpante- con un ámbito personal de aplicación que excede de la propia persona (alcanza desde la propia persona hasta los parientes y los allegados). En consecuencia, tanta autoinmolación hay en la propia muerte como en la muerte de un hijo (p. ej., en la muerte del hijo al que se aúpa). Ambas conductas son inexigibles. En ambas “la institución no exige la autoinmolación con la firmeza jurídica”. Por lo tanto, y en mi opinión, el ámbito personal de aplicación de la eximente otorga una capacidad de elección basada en una libre organización de los afectos dentro de un ámbito definido normativamente como ingobernable.

25 Mir Puig, *PG*, 10ª, 2016, lección 24, pp. 617-627.

26 La psiquiatría no concibe el miedo insuperable como una entidad clínica independiente. Se trata de un trastorno del control de los impulsos, de pánico, de estrés posttraumático o, en concreto, de una neurosis de guerra. He hecho diversas consultas profesionales y en todos los casos he recibido la misma respuesta: estos problemas necesitan, sin duda, de tratamiento médico. Como es sabido, la

porque estimo que todos los implicados en el conflicto deben contar con las mismas posibilidades de defensa. Ello es así porque no hay un enfrentamiento entre intereses objetivos, sino una protección de intereses personales. Se produce aquí un enfrentamiento entre causas de justificación, cuya razón reposa en el hecho de que no hay una solución preferente del conflicto. Se pretende que ni A ni B estén obligados a dar su vida en caso de estado de necesidad personal, pero no que se salve en concreto A ni en concreto B.

La mejor forma de articular dogmáticamente este problema es la consideración del estado de necesidad llamado exculpante como una causa de justificación personal. Por lo tanto, como una causa de justificación con un ámbito personal de aplicación (con un círculo de personas privilegiado)²⁷.

El hecho de que en el estado de necesidad exculpante se manejen elementos personales ha dificultado, en mi opinión, la comprensión de que estos elementos personales pertenecen ya al mismo objeto de valoración, es decir, al injusto. Si determinadas circunstancias personales se incluyen en la justificación como un elemento objetivo, la *valoración impersonal y objetiva del hecho conjunto*, que es el presupuesto del principio de accesoriedad limitada de la participación, cederá su sitio a una *valoración personal pero también objetiva del hecho de cada uno de los intervinientes*.

Las consecuencias sistemáticas de esta subcategoría pueden ser las siguientes:

- El enfrentamiento entre estas conductas justificadas es posible, pues no hay un interés objetivo dominante, sino dos intereses personales dignos ambos de protección. Frente a esto no hay que olvidar que la afirmación de la antijuridicidad de una de las conductas enfrentadas no impide la presencia de un *espacio libre de intervención penal*, pues termine como termine el conflicto, ninguno de los dos implicados va a sufrir una pena o una medida de seguridad²⁸.
- Solo quedan exentos de responsabilidad criminal los autores que se hallen dentro del ámbito personal de aplicación de la eximente. Como criterio interpretativo, se puede acudir al círculo de personas privilegiado del parágrafo 35 del *StGB*.

Esto significa que ningún tercero se puede subrogar en la posición del autor implicado en el conflicto. Se trata de dos estados de necesidad personales enfrentados en pie de igualdad, no de un estado de necesidad y de una legítima defensa, de modo que ningún tercero —tampoco el Estado— puede seleccionar la víctima preferida. La actuación de terceros se circunscribe a las posibilidades de mejora de la situación de necesidad en su conjunto (p. ej. la desactivación de la propia situación de necesidad). A salvo de lo que se dirá en el últi-

exención por miedo insuperable no tiene prevista la aplicación de una medida de seguridad (art. 20 CP *in fine*). Esta particularidad refuerza la corrección de la mencionada solución de Mir Puig.

27 En este sentido, Molina Fernández, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 663-664, nota 95; *el mismo*, "Caso de los intermediarios en secuestros", en *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Sánchez-Ostiz (Coord.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 485 y ss.

28 El enfrentamiento entre causas de justificación no se puede rechazar categóricamente. Por ejemplo, cabe en los casos de reacción ante la conducta del instrumento que actúa justificadamente cuando dicha reacción no es posible frente al autor mediato. Así, dado que en estos casos hay que decidir "entre dos sujetos que se encuentran ante una misma situación ante el Derecho —ninguno de ellos actúa antijurídicamente—, habrá que respetar los límites del estado de necesidad", Mir Puig, *PG*, 10^a, 2016, 14/67, 68 y 69, p. 395. Por otro lado, es una opinión extendida la de que una conducta realizada bajo un error invencible en los presupuestos de hecho de una causa de justificación debe permitir una respuesta justificada en estado de necesidad defensivo. Ahora bien, si se parte de una dogmática penal que conciba la prohibición como norma de determinación, no se puede resolver este error invencible en sede de culpabilidad y presuponer la antijuridicidad, pues ello obliga -dado el error invencible como la definición normativa de que el sujeto no pudo conocer la situación real- a considerar como antijurídica una conducta imprevisible o fortuita. Así Gómez Benítez, para quien "la afirmación de la necesidad objetiva *ex ante* de la acción, cuando se cumple el elemento subjetivo de justificación (error inevitable sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación) equivale a la afirmación de la inexistencia de injusto (doloso o imprudente)", *El ejercicio legítimo del cargo*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 289. También Suárez Montes: "Exigir la existencia real del elemento objetivo [de la correspondiente causa de justificación] como presupuesto de la justificación es incompatible con el carácter de la norma, por hacer depender el carácter antijurídico o permitido de la acción necesaria del azar", "Reflexiones en torno al injusto penal", *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Luzón Peña y Mir Puig (Coords.), Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 195. No obstante, no parece acertado llegar a la ausencia de infracción sin el rodeo del error invencible en los presupuestos de hecho de una causa de justificación, pues, como señala Gimbernat Ordeig en relación con la legítima defensa, "si en la realidad no se da una agresión ilegítima, por ello, si se emplea un medio que no puede impedir ni repeler agresión ilegítima alguna, porque ésta no existe en la realidad, sino sólo en la imaginación de quien se cree atacado, por todo ello, en una situación así, y por la elemental regla de subsunción de que lo que sucede realmente no es un 'caso' del 'supuesto de hecho legal' del artículo 8.º [actual art. 20], número 4, el artículo 8.º, número 4, no puede aplicarse", "El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad", *Estudios de Derecho penal*, 3^a, 1990, pp. 221-222, nota 15.

mo apartado de este trabajo, cualquier forma de selección de la víctima, también el favorecimiento material de una de las partes, ha de quedar prohibida, pues si el legislador se abstiene de preferir a uno de los implicados en el conflicto, lo mismo ha de hacer el particular²⁹.

VI. ESTADO DE NECESIDAD EXISTENCIAL OBJETIVO

Es muy importante subrayar que el estado de necesidad personal no resuelve todos los problemas penales que puede plantear un conflicto entre vidas. Si se construye la causa de justificación con un ámbito personal de aplicación, quedan fuera de la exención los terceros ajenos al conflicto. Lo que aquí hay que plantearse es si caben casos en los que el Derecho penal prefiere que la balanza se incline en un sentido determinado. Por ejemplo, anticipar la muerte segura de una persona para salvar a otra, o sacrificar a una persona para salvar a miles de personas. Si se dice que sí, ¿qué ocurre cuando la persona o personas preferidas no pueden protegerse? La única respuesta posible es que pueden ser protegidas por un tercero, y esto obliga a afirmar que cabe el estado de necesidad de tercero en conflictos existenciales. En otros términos, que hay conflictos entre vidas con solución objetiva, cuyo fundamento, por lo tanto, no es la inexigibilidad de otra conducta.

Se trata, por lo tanto, de un estado de necesidad existencial en el que el autor no actúa para salvar su vida o la vida de un ser querido, sino la de terceras personas. Esta conducta, si se sigue lo hasta aquí expuesto, no puede quedar amparada por el artículo 20.6º del CP, pues no hay una implicación personal en el conflicto ni, por lo tanto, un interés personal (sino objetivo) digno de protección. Su ubicación natural es el artículo 20.5º del CP. Las preguntas que ahora hay que responder son, principalmente, dos:

- a) ¿Hay un ámbito para la impunidad de alguna de estas conductas?
- b) Si lo hay, ¿cuál es su ubicación sistemática y cuáles son sus límites?

VII. PONDERACIÓN ENTRE VIDAS

1. El dogma de la imponderabilidad de la vida humana nunca se ha llevado hasta sus últimas consecuencias. La solución mayoritaria a casos como la separación de hermanos siameses o el abatimiento de un avión secuestrado suele ser la aceptación de una causa legal o supralegal de exculpación. El valor absoluto de la vida humana sirve para afirmar la antijuridicidad de la acción de salvamento, pero no impide la impunidad del autor. Esta solución no obstante, no es técnicamente satisfactoria.

Me voy a servir para el análisis de este problema de un caso práctico: el secuestro de un avión de pasajeros convertido en misil contra la población civil (por ej. contra un estadio de fútbol lleno de gente o contra una central nuclear).

El abatimiento de un avión de pasajeros secuestrado es una legítima defensa respecto de los secuestradores pero no respecto de los secuestrados. Para que dicho abatimiento quede exento de pena ha de encontrarse, como es obvio, la razón de la impunidad. Las alternativas ofrecidas por la doctrina son muy variadas. Voy a hacer una breve referencia a dos de ellas, sin olvidar que mi propósito central es el estudio del estado de necesidad.

En primer lugar, se puede pensar en que decae ya la misma imputación objetiva del resultado. Se puede decir que, en tanto los pasajeros están irremediabilmente llamados a morir, el abatimiento del avión no permite ni siquiera construir un tipo objetivo de homicidio. Así, si se plantea el caso de modo que la intervención estatal prolongue la vida de los pasajeros —postergando el impacto— y no sustituya el riesgo creado por los secuestradores por otro riesgo, sino que se limite a orientar la inevitable colisión hacia una zona despoblada, entonces puede hablarse de una ausencia de imputación objetiva. Pero en todo otro caso, son de aplicación las palabras de Roxin: “el resto de vida que les queda a

29 Para más detalles, véase Sánchez Dafaue, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, pp. 344-360. Hay que recordar que de lo que aquí se habla no es de una acción de salvamento genérica, sino de una específica acción de salvamento *homicida*, que consiste en matar a uno de los contendientes para salvar al otro. Por lo tanto, no se debe confundir el caso de quien selecciona y salva, por ejemplo, a uno de los dos naufragos que están a punto de hundirse, del otro caso, el único que aquí interesa, en el que el tercero mata a un naufrago para salvar al otro. Para el primero de estos dos supuestos (cuando un tercero puede salvar a uno de los implicados y lo hace, en detrimento del otro), hasta el propio Roxin, apoyado precisamente en su defensa de la imponderabilidad de la vida humana, estima que, dada una colisión de deberes entre vidas, no se pueden derivar tendencias prioritarias de la cantidad o la calidad de las vidas en conflicto. De modo que, si en un naufragio, “un sujeto, nadando en una dirección, puede evitar que se ahogue una persona, o si se dirige hacia el otro lado, puede salvar a dos personas, *también estará justificada* su actuación si solo salva la vida a la persona que estaba sola”. Roxin, *PG*, (tr. 2ª), 1997, 16/109, p. 729; *ATI*, 4. Auflage, 2006, 16/124, p. 782 (cursivas añadidas).

los pasajeros va a ser acertado por un homicidio del Estado³⁰.

En segundo lugar, cabe acudir a la comunidad de peligro justificante, solución defendida por autores como Robles Planas o Martínez Cantón³¹. Esta es la solución quizás más sencilla, pues en tanto los pasajeros van a morir sin remedio, se reduce el número de víctimas (solo los pasajeros, en lugar de los pasajeros y la gente de tierra). No obstante, hay que considerar dos cuestiones: 1) No quedan incluidos los casos en los que la obtención del propósito de los agresores no compromete la vida de los pasajeros (por ej., si los secuestradores no son suicidas). 2) Si la sola anticipación de la muerte de los pasajeros permite *justificar* la intervención, entonces se acepta implícitamente el menor valor de la vida a término.

Robles Planas ha querido sortear esta segunda conclusión afirmando que, en los casos de comunidad de peligro por conflicto entre vidas, concurre una situación de colisión objetiva irresoluble dado que ningún bien tiene mayor rango que el otro³². No obstante, este autor estima que un tercero o el Estado pueden intervenir en “aquellos supuestos de colisión en los que ningu-

na de las dos partes puede empíricamente salvarse, sino que la única posibilidad de salvación (de una de ellas) pasa precisamente por la intervención del tercero o del Estado. En tales casos, la intervención sobre la parte no salvada no constituirá un injusto penal. Ello es lo que sucedería en el caso de que un agente de policía tuviera que cortar la cuerda para salvar al alpinista que va a ser arrastrado al vacío por el otro, adelantando la muerte de éste unos segundos³³.

Con esta última afirmación, no obstante, el autor contradice su punto de vista anterior, según el cual el conflicto se plantea entre bienes de igual valor. La razón por la que el Estado puede aquí intervenir es porque unos segundos de una vida valen menos que una vida. Una situación aparentemente irresoluble queda resuelta por el carácter irremediable de la muerte de uno de los dos alpinistas. No hay que olvidar que, si no se acepta el predominio valorativo de la vida del alpinista que se va a salvar, entonces el agente de policía también estaría facultado para matarle a él —si está a punto de anticipar la muerte del otro en unos segundos— en defensa precisamente de los segundos de vida que le quedan al señalado por el destino³⁴.

30 Roxin, “Der Abschuss gekaperter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS), 6/2011, pp. 555-556.

31 Martínez Cantón, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad”, *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 445-484; Robles Planas, En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 485-513.

32 Robles Planas, *op. cit.*, p. 508.

33 Robles Planas, *op. cit.*, pp. 510-511.

34 Para la comunidad de peligro, véase Muñoz Conde, autor para quien “cuando la muerte de las dos personas en conflicto es segura si se mantiene la misma situación, el Derecho no puede prohibir que se intente por lo menos salvar a una de ellas”, “Estado de necesidad y tortura. *Necessitas non habet legem?*”, *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Silva Sánchez, Queralt Jiménez, Corcoy Bidasolo, Castiñeira Palou (Coords.), B de f. Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 770-771. Véase, también, Wilenmann, para quien “la pregunta por el reconocimiento de una justificación en estado de necesidad trágico no puede ser tratada dentro de las categorías sistemáticas normales del Derecho penal, sino que se trata de una discusión de excepción, a saber, sobre la conveniencia de que la comunidad política reconozca abiertamente la existencia de excepciones a un sistema de limitación en principio absoluto”. Una forma de llevar esto a cabo “es ciertamente dejar entregada a la configuración previa de las cosas la determinación de quién vive o muere; el mismo resultado puede ser obtenido, sin embargo, utilizando la clase de nombres que atribuyen responsabilidad y al mismo tiempo descargan de las consecuencias que se siguen de esa responsabilidad a partir de la exculpación o del reconocimiento de una justificación excepcional”. Se puede considerar que “la acción homicida en comunidades de peligro asimétricas se encuentra moralmente justificada: es razonable asumir que instituciones deontológicamente fundadas pueden limitarse cuando las consecuencias del mantenimiento de sus reglas son absurdas. El reconocimiento jurídico-positivo de esas reglas puede ser visto, en cambio, como institucionalmente inconveniente. La misma configuración de los casos de comunidades de peligro asimétricas (el estado de necesidad trágico) constituye un caso extremo, a cuyo respecto la normalización resulta inadecuada”, *InDret Penal*, Barcelona, 1/2016, pp. 43-46; también, Wilenmann, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid, 2017, 663-671. Estas dificultades sistemáticas provocadas por las situaciones trágicas de comunidad de peligro o de estado de necesidad fueron ya advertidas por Quintero Olivares, pues la “tensión entre lo justo y lo injusto es ‘accidental’ en el plano político-criminal; en ninguno de los dos casos se impone la pena. Algunas conductas que el derecho no castiga son justas o justificables, otras no son así, y tampoco son ‘injustas’, sino que por su anomalía no pueden ser calificadas. A lo sumo diremos que, por no recibir devaluación social ni formal, no entran en el concepto de ‘antijurídicas’, sin pretender emitir un juicio absoluto de ‘acto justo’”, Quintero Olivares, *Locos y culpables*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 258. *Vid.*, también, Quintero Olivares, “Las decisiones extremas ante el Derecho penal”, *Aviones usados como bombas. Problemas políticos y constitucionales en la lucha contra el*

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania (*BVerfG*), en sentencia de 15 de febrero de 2006 (BVerfGE 1 BvR 357/05), ha declarado inconstitucional el concreto apartado de la Ley de Seguridad Aérea (*Luftverkehrsgesetz*), de 11 de enero de 2005, que permitía abatir aviones secuestrados por terroristas con personas inocentes. Así la autorización a las fuerzas armadas, al amparo del artículo 14, apartado 3 de la Ley de Seguridad Aérea, para abatir un avión mediante el uso directo de armas que ataquen la vida de seres humanos, es incompatible con el derecho a la vida y la dignidad humana siempre que en el avión se encuentren personas no intervinientes en el hecho. Entre los argumentos de fondo destacan dos: a) Está prohibido cualquier uso del hombre por el poder público que desconozca la consideración del valor que corresponde a toda persona por sí misma (parágrafo 121); b) Los inocentes que viajan en el avión no pueden ser considerados parte del mismo. Esa concepción que convierte a las víctimas en cosas es incompatible con la imagen constitucional de la persona y con la idea de su autodeterminación en libertad (parágrafo 134). Además, la certeza de una muerte segura no puede justificar el homicidio de inocentes, pues la protección constitucional de la vida humana y de la dignidad de la persona no depende de la duración de la existencia física del individuo (parágrafo 132)³⁵. No obstante, el Tribunal deja abierta la valoración juríco-penal del hecho. No juzga la eventual responsabilidad penal de quienes derriben la aeronave u ordenen su derribo (parágrafo 130)³⁶.

Con esta última apreciación, el Tribunal ha propiciado un desbarajuste dogmático muy considerable. Hay que advertir que, en Alemania, la exculpación exige, por mandato de la ley, la pertenencia al círculo de personas privilegiado. La hipotética impunidad del derribo de un avión secuestrado ha tenido que orientarse hacia el azaroso terreno de la exculpación suprallegal;

más azaroso aún si se considera que el término para la identidad de razón de dicha hipotética exculpación suprallegal solo puede ser la exculpación legal, y, como se acaba de ver, la exculpación legal impone que el autor pertenezca al círculo de personas privilegiado.

Así, Hirsch afirma con agudeza que, a primera vista, “la cuestión de la licitud del derribo no parece estar en primer plano para el Derecho penal. Aun cuando se niegue la licitud, la pregunta sobre la punibilidad quedaría abierta, ya que podría existir una causa de exculpación (...). Según el punto de vista mayoritario se trataría objetivamente de un estado de necesidad exculpante. Este, sin embargo, sólo podría fundamentarse de modo *suprallegal* según el Derecho penal alemán, porque el estado de necesidad exculpante regulado en el § 35 *StGB* tiene como presupuesto que quien actúa bajo estado de necesidad lleve a cabo la acción motivada por el mismo para sí o para una persona que le sea personalmente próxima. Por tanto, aquel que ordena el derribo no podría estar seguro de que le sea reconocida una exención de pena”³⁷.

No obstante, que, por la razón de que hay otros expedientes para conseguir la impunidad, la licitud del derribo no sea un problema de primer orden para el Derecho penal —y que sí lo sea que quien lo ordena no pueda estar totalmente seguro de su impunidad—, y ello pese a la inconstitucionalidad declarada de la norma que lo habilitaba, es lo mismo que decir que basta con una declaración institucional de lo lícito o lo ilícito para que después alguien —se podría decir: por exigencias del principio de realidad— se ensucie las manos derribando el avión; eso sí, no en nombre del Estado, y pese a que sea el Estado el que proporcione toda la infraestructura para una hipotética conducta antijurídica. Como señala con claridad Hirsch, si la situación incluida en el ya inconstitucional § 14 III *LuftSiG* se da en la realidad, o bien los responsables de un hipotético derri-

terrorismo, Sauca Cano (Ed.), Catarata, Madrid, 2015, pp. 124-158.

35 De modo que se cierra explícitamente el paso a la licitud de la acción de salvamento en los casos de comunidad de peligro asimétrica.

36 “Dabei ist hier nicht zu entscheiden, wie ein gleichwohl vorgenommener Abschuss und eine auf ihn bezogene Anordnung strafrechtlich zu beurteilen wären”. (No se decide aquí cómo serían juzgados penalmente un, con todo, efectivo abatimiento y una orden a él referida). Esto se ha entendido como una alusión a la exculpación penal. La propia sentencia realiza, entre otras, una cita de autoridad al apartado que Roxin dedica en su Tratado a la comunidad de peligro como causa de exclusión suprallegal de la responsabilidad. Entre las diversas declaraciones de la sentencia destaca la siguiente (§135): “Der Gedanke, der Einzelne sei im Interesse des Staatsganzen notfalls verpflichtet, sein Leben aufzuopfern (...) führt ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis”. (La idea de que el individuo debe sacrificar su vida en una situación de necesidad en favor de los intereses del Estado no conduce a otro resultado [es decir, no modifica la inconstitucionalidad del precepto]). No hay que olvidar que esto hay que hacerlo compatible con un sistema que afirma la antijuridicidad de toda conducta inexistente de autosalvamento, es decir, con la aceptación de un mero estado de necesidad exculpante en caso de conflicto existencial personal.

37 Hirsch, “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1014, traducción de Demetrio Crespo.

bo se sitúan por encima del *BVerfG* y abaten el avión, o bien dejan que el suceso siga su curso remitiéndose a la sentencia. Si hacen lo primero, la autoridad del Tribunal sufriría un daño permanente, y si hacen lo segundo, los responsables y los jueces constitucionales serían puestos en la picota por la opinión pública, y confrontados probablemente con la exigencia —por la omisión— de persecución penal por las autoridades competentes. Además, tras la abrogación del § 14 III de la *LuftSiG*, ya no se puede acudir al § 34 del *StGB* como *lex generalis*, pues la decisión del *BVerfG* vincula a órganos constitucionales, tribunales y autoridades en cuanto al tenor del fallo y a los fundamentos en los que se sustenta³⁸.

Ahora bien, para que el derribo del avión secuestrado inflija un daño permanente a la autoridad del Tribunal Constitucional Federal, *es imprescindible aceptar implícitamente la impunidad de los implicados en dicho abatimiento*. Si son juzgados y condenados, la autoridad del Tribunal se *consolida*, pues se actúa contra los homicidas que han vulnerado la dignidad humana protegida por la sentencia que deroga el § 14 III de la *LuftSiG*. Por lo tanto, lo que cercena la autoridad del Tribunal es la certeza de que, pese a la contundencia de su afirmación, el derribo de un avión secuestrado que amenace con provocar una masacre *quedará impune*. En otros términos, *la construcción de un sistema ético de palabra y otro de obra*.

Ha de considerarse, además, que si el derribo de la aeronave se califica como una conducta prohibida, el Estado lleva invertidos quizás cientos de miles de euros en la preparación de homicidios penalmente antijurídicos (pues existe un dispositivo específico al efecto, al menos, con total certeza, en España; dispositivo cuyo protocolo de acción incluye, como último recurso, el abatimiento del avión)³⁹. Además, si el derribo del avión es una conducta antijurídica, puede ser repelido en legítima defensa, por ejemplo, por un nuevo caza que actúe libre y espontáneamente (y que se lance a por el primer caza que ha recibido la orden antijurídica). Asimismo, una concepción de la exculpación que incluya una implicación personal en el conflicto obliga a que solo pueda quedar exculpado el piloto que derribe la aeronave cuando corra peligro en tierra algún pariente cercano o persona allegada.

2. Para la solución de estos casos es necesario relativizar el tabú de la imposible justificación del homicidio de un inocente y convertirlo en un principio general (abierto a excepciones). Este principio quedará expuesto a su confrontación con otros principios de entidad semejante. En el caso del abatimiento de un avión secuestrado, el principio que entra en colisión con la no justificación del homicidio de un inocente es la evitación de masacres. El principio de evitación de masacres constituye también un precipitado histórico que debe encontrar un lugar de privilegio entre las reglas esenciales de configuración de la convivencia.

En todo caso, es necesario concebir el abatimiento del avión secuestrado como una conducta justificada. Se puede incluso pensar en el cumplimiento de un deber, apoyado en una ponderación favorable, pues no parece adecuado que la decisión de abatir o no abatir el avión —dadas determinadas condiciones— sea una simple prerrogativa del Ministro de Defensa.

En opinión de Silva Sánchez, en estos supuestos, “si se tiene en cuenta que el Estado ostenta una posición de garante tanto con respecto a los ocupantes del avión como con respecto a la población civil afectada por el previsible impacto del avión contra la ciudad, parece que la estructura es de una colisión de deberes de acción y de omisión. Una colisión en la que la mayoría de la doctrina no aprecia la concurrencia de una causa de justificación en quien lleva a cabo el derribo del avión. Pues, en efecto, tal solución justificante sólo podría sostenerse en el ámbito de un análisis consecuencialista, generalmente no compartido en nuestra tradición”⁴⁰.

No obstante, sí advierte Silva Sánchez que, en casos muy extremos, cabría fundamentar, en ejercicio de una causa de justificación concebida como un estado de necesidad del Estado, “el sacrificio de vidas de civiles como efectos colaterales de la acción antiterrorista cuando pudiera entenderse que está en juego la existencia de la propia comunidad constituida en Estado”⁴¹.

Hay que señalar, no obstante, que si el abatimiento no está justificado se trata de una conducta indebida, y una conducta indebida, si entra en disputa con una conducta debida (en último término, dejar que el avión llegue a su objetivo), no puede, por definición, provocar una colisión de deberes, pues no hay dos deberes en juego, sino solo uno. Para afirmar la colisión

38 Hirsch, *op.cit.*, pp. 1026-1027.

39 Para más detalles, Sánchez Dafaue, “El abatimiento de una avión secuestrado”. *InDret Penal*, Barcelona, 4/2014, pp. 20-22.

40 “Asesinatos selectivos en la ‘guerra punitiva’ contra el terrorismo”, *InDret Penal*, Barcelona, 1/2017, p. 15.

41 “Asesinatos selectivos en la ‘guerra punitiva’ contra el terrorismo”, 2017, pp. 15-16.

de deberes, el abatimiento del avión ha de considerarse una conducta justificada: no puede darse una colisión de deberes entre un deber y una prohibición. Además, la exculpación no es una forma de solución institucional de conflictos, pues, en palabras del mismo autor, “los órganos del Estado no tienen el deber de tolerar conductas sólo disculpadas”⁴². En nuestro ejemplo, el Ministro de Defensa no puede tener a la vez el deber de abatir el avión y el deber de no abatirlo. Por muy compleja que sea una situación singular, la norma de determinación no puede bloquear al implicado en ella con un mensaje contradictorio⁴³.

Considerado el abatimiento como una conducta antijurídica, si de hecho se produce, se trata de un colectivo ejercicio de ilegalidad patrocinado por el Estado. El Estado tiene la obligación de garantizar su servicio público, y en nuestro caso, y para cualquiera que defienda que el abatimiento es una conducta prohibida, ese servicio público es que el avión no sea derribado. Para ello, es necesaria una selección previa del personal que garantice esta función del Estado, es decir, una selección de toda la cadena de mando que garantice que no va a haber nadie que, por ejemplo, por razones

de conciencia, intente derribar el aparato aunque sea el único medio de evitar cualquier resultado pretendido por los secuestradores.

Frente a lo anterior hay un único camino expedito: la justificación del abatimiento.

3. Para concluir el apartado dedicado al estado de necesidad existencial objetivo, se pueden realizar las siguientes afirmaciones:

- a) Es acertada la opinión de Roxin de que “la descarga de peligros sobre otros es siempre y a menudo posible, y su tolerancia como excluyente de la responsabilidad habría de conmovir de manera insostenible el sentimiento de seguridad jurídica de la colectividad”⁴⁴. Por ello, en este trabajo se limita la justificación de los no implicados en el conflicto a la evitación de masacres o al adelantamiento de una muerte cierta en los casos de comunidad de peligro (con el problema abierto de la selección de la víctima en supuestos de comunidad de peligro simétrica)⁴⁵.
- b) El artículo 20.5º del CP incluye supuestos objetivos de conflicto existencial. Se trata de casos en

42 Silva Sánchez, “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005, p. 1008, nota 4.

43 Roxin reserva la colisión de deberes para la colisión de dos deberes jurídicos de acción, pues, un deber de omisión lo infringe -a reserva de que haya una causa de justificación- todo el que ataca un bien jurídico ajeno; otros casos no precisan de una regulación especial diferente del estricto estado de necesidad. Dados dos (o varios) deberes de acción, si solo se puede cumplir uno, la solución materialmente justa, que además coincide con la opinión dominante, es justificar ya en tal caso al obligado cuando solo cumple uno de los deberes a su libre elección. Cuando los deberes sean de distinto rango, sólo se producirá la justificación si se cumple el deber superior a costa del inferior, Roxin, *PG*, (tr. 2ª), 1997, 16/102-107, pp. 725-728; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 16/117-122, p. 779-781. Además, “para poder juzgar como anti-jurídica una conducta, al menos ha de haber existido la alternativa teórica de una conducta conforme a Derecho. El ordenamiento jurídico sólo puede desaprobado jurídicamente y calificar como incorrecta una conducta, si puede decir qué es correcto y por tanto qué se hubiera ‘debido hacer’”, Roxin, *PG*, (tr. 2ª), 1997, 16/104, pp. 726-727; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 16/119, p. 780. Cuerda Riezu estima que, para que los deberes entren en colisión, al menos uno de ellos ha de imponer un hacer, pues de dos deberes de omisión no resulta ningún conflicto, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 83-84. Para este autor, la colisión de deberes acoge los conflictos entre deberes penales. No se puede salvaguardar un interés mayor si el deber cumplido es de naturaleza no penal, pues el Derecho penal está previsto para la tutela de los bienes jurídicos de mayor importancia. El cumplimiento de un deber justifica el incumplimiento de un deber penal por el cumplimiento de otro deber contrapuesto no penal. “De otra manera habría que llegar a la conclusión de que la eximente del cumplimiento de un deber resulta superflua, pues todo su ámbito de eficacia estaría absorbido por el estado de necesidad en su figura de colisión de deberes”, Cuerda Riezu, *op. cit.*, pp. 254-255. Una tercera alternativa la da Mir Puig, quien concibe que la fórmula *lesión de un bien jurídico de otra persona o infracción de un deber* (art. 20.5.º CP) permite todas las combinaciones de colisiones de deberes: colisiones de deberes de actuar, de omitir o mixtas, *PG*, 10ª, 2016, 17/55-59, pp. 476-477.

44 Roxin, *PG*, (tr. 2ª), 1997, 22/154, p. 967; *AT I*, 4. Auflage, 22/163, p. 1032.

45 Cuando hay un procedimiento reglado para la solución de un conflicto, como de hecho lo hay para los aviones secuestrados, lo adecuado es considerar la solución institucional como una actividad penalmente justificada. Solo así, por ejemplo, pueden trabajar en paz durante 15 horas los 20 profesionales -cirujanos, pediatras, neurólogos o anestesiólogos- necesarios para salvar la vida de uno de los dos hermanos siameses unidos por el tronco. Peñaranda Ramos incluye entre los supuestos en los que la producción de la muerte de otro puede estar justificada los de separación quirúrgica de hermanos siameses; también, eventualmente, el muy debatido caso del derribo de un avión secuestrado por terroristas, *Memento Penal 2017*, Molina Fernández (Coord.), Lefebvre, 2016, marginal 6970. Un estudio de las relaciones entre tráfico de órganos y sistema de trasplantes, en Cancio Meliá, “Tráfico de órganos y Derecho penal: los límites de la globalización. Reflexiones desde la perspectiva española”, *Revista Eletrônica De Direito Penal e Política Criminal - UFRGS*, vol. 5, n.º 1, 2017, pp. 1-15.

los que la evitación del mal mayor permite la intervención justificada de terceros.

- c) En tanto se trata de una justificación objetiva, cualquier tercero puede ser autor o participar en el hecho justificadamente.
- d) Hay dos clases de estado de necesidad existencial. El personal, incluido en el artículo 20.6° del CP, y el objetivo, incluido en el artículo 20.5° del CP.
- e) Ambos estados de necesidad, justificantes, pueden enfrentarse el uno al otro, así como ser de aplicación a un mismo supuesto. En este último caso, el régimen más beneficioso para autoría y participación del estado de necesidad objetivo permite su aplicación preferente⁴⁶.

VIII. PROBLEMAS ABIERTOS

Termino este trabajo con una breve alusión a algunos problemas que quedan abiertos:

1. Valor absoluto de la inexigibilidad. No se me pasa por alto el hecho de que la negación de valores absolutos (en particular, la protección penal de la vida humana) es también predicable de la propia inexigibilidad como fundamento de la justificación penal. Así, Silva Sánchez considera difícil fundamentar la exención en el caso de que “el autor, para salvarse a sí mismo, mata a tres mil (o tres millones) de personas”⁴⁷. Esta duda sobre el valor absoluto de la inexigibilidad (o de la tolerancia, en palabras de Silva Sánchez) es exactamente el caso inverso de la evitación de una masacre: ¿puede matarse —justificadamente— a un inocente para salvar la vida de tres mil o tres millones de personas?

Otro posible límite al valor absoluto de la inexigibilidad son los conflictos con un procedimiento reglado de solución, por ejemplo, trasplantes o urgencias médicas. Aquí la pregunta es la siguiente: ¿salta la inexigibilidad cuando la muerte es inminente o debe el preterido soportarla?⁴⁸

46 Véase, Sánchez Dafaue, *Sobre el estado de necesidad existencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 316-343.

47 Silva Sánchez, “Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación”, *Estudios de Derecho penal en memoria del Profesor Juan Bustos Ramírez*, Hormazábal Malarée (Coord.), Ubijus, México DF, 2011, p. 231, nota 68. Hirsch estima que es posible una ponderación jurídica en los casos de bienes jurídicos vinculados a la personalidad, “El Derecho penal y el ámbito libre de regulación jurídica”, *Derecho penal. Obras completas. Tomo I*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires-Santa Fe, 1999, pp. 99 y ss., traducción de Patricia Ziffer. No obstante lo anterior, no hay que olvidar que el § 35 StGB otorga el mismo trato -impunidad- a conductas que, de ser punibles, conducirían a diferentes penas. Este hecho basta para afirmar las diferencias de valor dentro de lo inexigible, pero no es suficiente para afirmar que la diferencia de valor condicione el ámbito de lo inexigible.

48 Distingo dos tipos de estado de necesidad existencial. Ambos actúan como dos niveles en la solución de un caso: solo si el primero falla se pasa al segundo. El primero es el estado de necesidad objetivo. Es objetivo porque está basado en una ponderación favorable y porque esa ponderación permite la intervención justificada de terceros ajenos al conflicto. Aquí incluyo, como excepciones al dogma de la imponderabilidad de la vida humana, la comunidad de peligro (también la simétrica, pero con la dificultad de la selección de la víctima) y casos extremos como la evitación de masacres. El segundo es el estado de necesidad personal. Es personal porque carece de una ponderación favorable y se basa, exclusivamente, en la inexigibilidad de otra conducta. La participación de terceros está prohibida, salvo los incluidos en el círculo de personas privilegiado. (Las razones por las que la inexigibilidad justifica la acción típica ya han sido expuestas). Cuando se entra en el segundo nivel, ha quedado atrás el primero, con una posible ponderación desfavorable. No obstante, en este siguiente nivel hemos de planteamos la exigibilidad o la inexigibilidad de esa conducta de autosalvamento. Así, por ejemplo, un náufrago puede, impunemente, matar a otro, inocente, para salvar su vida (en mi opinión, un estado de necesidad personal, no objetivo). Esto nadie lo pone en duda. Pero lo que tampoco se suele poner en duda es que, si es necesario, también puede -impunemente- matar a dos. Aquí es más difícil basar la exención en la ponderación de lo males enfrentados: hay que atender al propio valor del autosalvamento (al menos, para extraer de él la impunidad, es decir, para limitar el ámbito de la respuesta penal coactiva). Una vez llegados a este punto, quedan en pie los límites de la propia inexigibilidad. Es decir, la posible selección de algún grupo de casos, de enfrentamiento existencial, en los que la inexigibilidad decaiga. He apuntado, por el momento, dos supuestos: la extrema desproporción desfavorable (p.ej., matar a un millón de personas para salvar la propia vida) y los casos con procedimiento reglado de solución (p.ej., trasplantes). Aquí, por lo tanto, lo que planteo no es un problema de ponderación (ya resuelto como desfavorable), sino el problema específico de los límites de la inexigibilidad, es decir, la delimitación de aquellos casos, si los hay, en los que la ponderación desfavorable, por algún motivo particular (la extrema desproporción desfavorable o el sostenimiento de un sistema organizado para la solución del conflicto), conduce directamente a la pena. A modo de ejemplo, sirva la opinión de Jakobs, quien reserva para los pasajeros de un avión secuestrado, excluidos, en su opinión, del círculo de personas en el Derecho (en otras palabras, podríamos decir: víctimas de una conducta justificada), una posible respuesta impune por la vía del § 35 StGB, “Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand”, *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9.7.2010*, Amelung, Günther, Kühne (Hrsg.), Kohlhammer, Stuttgart, 2010, pp. 217-218. “Exclusión significa que las personas son expulsadas del Derecho, privadas de derechos, esto es, despedidas (mejor: empujadas) a la libertad del estado original”. “Ciertamente, los excluidos habrán perdido, puesto que difícilmente podrá tener jamás éxito una defensa en contra de su sacrificio. Sin embargo, no se puede prohibir la defensa, puesto que, debido a la exclusión, ya no existe ningún vínculo de Derecho mediante el cual se pueda transportar una prohibición. Así, el resultado es el que resulte fácticamente de la proporción de fuerzas”, Jakobs, “Principios y límites de la justificación”, *Revista*

2. Queda abierta la definición del umbral de la masacre como concepto normativo. En Derecho penal internacional el número de personas afectadas es un elemento clave para la integración de los tipos penales. El número de víctimas es un extremo que alcanza una extraordinaria importancia para dotar de contenido a la existencia de un ataque generalizado contra la población civil en la configuración típica de los crímenes de lesa humanidad. Ello ha sido expresamente reconocido por la jurisprudencia del TPIY/TPIR; *vid.*, p. ej., entre muchas otras, *Gotovina*, Trial Chamber Judgment, de 15 de abril de 2011, parágrafo 1703; *Kordić and Čerkez*, Appeal Judgement, 17 de diciembre de 2004, párrafos 94, 666; *Blaškić*, Appeal Judgement, de 29 de julio de 2004, parágrafo 101; *Kunarac et al.* Appeal Judgement, de 12 de junio de 2002, parágrafo 94; *Tadić*, Trial Judgement, de 11 de noviembre de 1999, parágrafo 648; TPIR, *Nahimana et al.* Appeal Judgement, de 28 de noviembre de 2007, parágrafo 920. Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ha afirmado que el término “generalizado” implica un “ataque a gran escala, que debe ser masivo, y frecuentemente llevado a cabo de forma colectiva, adquiriendo una considerable seriedad y dirigido contra una multiplicidad de víctimas. Ello comporta un ataque ejecutado contra gran parte de un área geográfica o un ataque en un área geográfica pequeña dirigida contra un gran número de civiles”, *vid.* Decisión de confirmación de cargos contra *Katanga*, de 26 de septiembre de 2008, párrafos 395-398; Decisión de confirmación de cargos contra *Bemba Gombo*, de 15 de junio de 2009, parágrafo 83.

3. Espacio libre de Derecho e incorporación del Estado en el círculo de personas privilegiado del estado de necesidad personal. Como ya se ha visto, la solución de Gimbernat Ordeig permite la autoría y la participación justificadas de tercero en un conflicto vida frente a vida, por ejemplo, la tabla de Carnéades, de modo que cualquiera puede subrogarse en la posición de cualquiera de los dos implicados o favorecer su conducta. Y ello alcanza también a los agentes de la autoridad, pues no hay una solución preferente del conflicto. Con la construcción de un ámbito personal de aplicación este pro-

blema se atenúa, pero no se resuelve. Se atenúa porque solo pueden intervenir en el conflicto los implicados en él, pero no se resuelve porque, al no haber tampoco una solución preferente, ni un tercero ni el Estado pueden solucionar el conflicto seleccionando una víctima. Obviamente, cualquiera puede desactivar la situación de necesidad si tiene capacidad para hacerlo; pero no sacrificar a uno de los implicados. Este problema se mitiga, no obstante, si se permite la intervención del Estado o de terceros no solo en los casos de comunidad de peligro, sino también en los casos en los que sea previsible la *transformación* del estado de necesidad en una comunidad de peligro.

Hay que advertir, no obstante, que la solución clásica dada por la teoría de la diferenciación tampoco está libre de objeciones a este respecto. Si cualquiera puede ayudar o puede subrogarse en la posición de una de las partes (la que actúa en legítima defensa), en ocasiones se afirma que cualquiera, a su vez, puede subrogarse o ayudar a quien actúa antijurídicamente en estado de necesidad exculpante (pues incluso algunos estrictos defensores de una solución en sede de culpabilidad rompen aquí, aunque sea parcialmente, el principio de accesoria limitada de la participación, exculpando también al partícipe)⁴⁹. Por lo tanto, aunque no hay en sentido estricto un espacio libre de Derecho, lo que sí hay es un espacio —mayor que el que se abre con mi propuesta— libre de intervención jurídica, pues cabe que terceros actúen a favor de cualquier implicado sin amenaza de pena.

4. Riesgos futuros en el estado de necesidad. En los casos de chantaje al Estado o de amenaza a la seguridad nacional puede ser de gran valor la idea de Molina Fernández, consistente en incluir entre los elementos para la ponderación los efectos directos e indirectos que pueda tener el hecho a largo plazo en la estructura social⁵⁰. No obstante, estos efectos a largo plazo no pueden consistir exclusivamente en la realización de esa misma conducta, pues si dicha conducta está justificada salvo por dichos efectos a largo plazo, tal reiteración no puede ser un factor de desestabilización social. Hay que pensar en una hipotética realización futura de (otras) conductas antijurídicas por el autor o por un tercero.

Derecho Penal y Criminología, vol. 34, n.º 97, julio-diciembre de 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 24, traducción de Pastor Muñoz, (negritas añadidas).

49 Véanse referencias críticas en Gimbernat Ordeig, “El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad”, *Estudios de Derecho penal*, 3ª, 1990, pp. 222-223. *Id.*, también, Roxin, *PG*, (tr. 2ª), 1997, 22/67, p. 926; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 22/67, p. 991. Más referencias en Sánchez Dafaue, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, pp. 344 y ss.

50 Molina Fernández, “El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, N.º extraordinario 1, UNED, marzo 2000, pp. 221-222.

No obstante, lo primero puede acercarse a una figura similar a la culpabilidad por la conducción (futura) de vida, comprometiendo el principio de responsabilidad por el hecho; y si dicha prohibición se basa en que una conducta puede ser tomada por otros como ejemplo o incentivo para cometer conductas antijurídicas, entonces se le hace al primer autor responsable de la eventual conducta ajena, quedando comprometido el principio de personalidad de las penas, pues no hay que olvidar que la negación de su estado de necesidad significa que se le ha de imponer una pena como ejemplo para que otros no realicen una conducta diferente (y más grave) que la realizada por él. Por ello, el factor de la incidencia a largo plazo de la conducta en la estructura social requiere de una gran precisión. Esta precisión puede venir dada por los criterios de imputación respecto de delitos dolosos de terceros, como la perceptible inclinación al hecho delictivo.

5. Por último, aludo a un problema para el que no vislumbro una solución más allá del puro azar: la selec-

ción de la víctima en caso de comunidad de peligro simétrica. Como ya se ha visto, la comunidad de peligro permite la justificación de la acción típica en evitación del mal mayor; por ejemplo, en evitación de la muerte de los dos hermanos siameses unidos por el tronco y que comparten algún órgano vital. Si la comunidad de peligro es asimétrica la selección es sencilla: muere el marcado por el destino en defensa de la vida del otro implicado. Esta selección de la víctima es muy importante, pues, en tanto se trata de un estado de necesidad objetivo, cualquiera puede actuar en favor del elegido para sobrevivir; por ejemplo, todo el equipo médico puede actuar sin sobresaltos ni amenazas penales para salvar al siamés viable. Pero si ambos hermanos tienen, según todos los informes médicos, exactamente la misma viabilidad, ¿significa eso que deben morir los dos? Y si la respuesta a esto es no, ¿cómo se elige a la víctima? No me refiero al procedimiento judicial o extrajudicial (con o sin parientes cercanos), sino al propio fundamento de esa decisión.