

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

FONDO DE PRÁCTICA DE PROFESORES

Revista

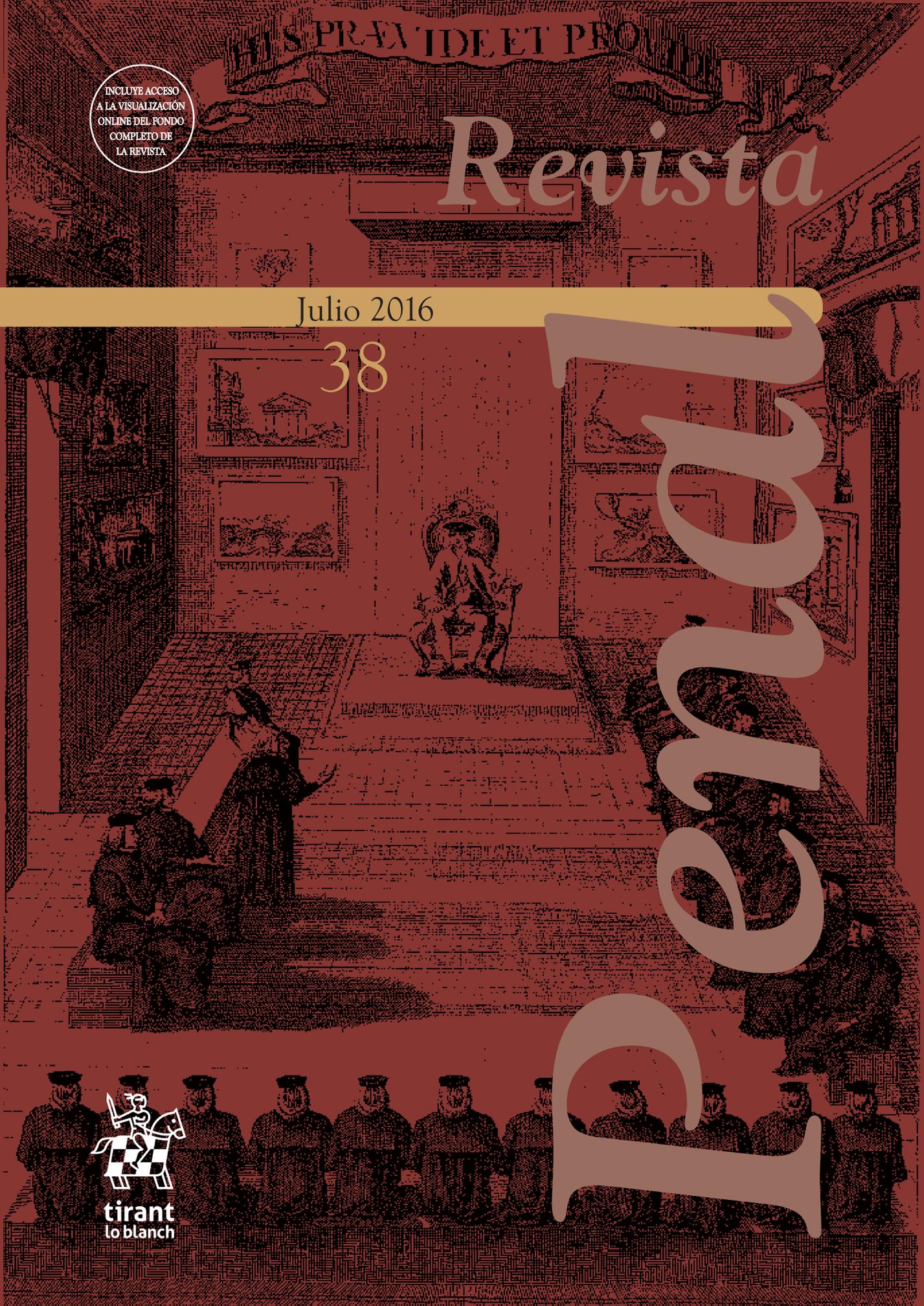
Julio 2016

38

Revista Penal

Penal

Julio 2016



Revista Penal

Número 38

Sumario

Doctrina:

– Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de voluntad, por Mercedes Alonso Álamo	5
– El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista, por Miguel Ángel Boldova Pasamar.	40
– Algunas consideraciones sobre las consecuencias jurídicas del derribo de aviones secuestrados, por Paulo César Busato	68
– La cámara oculta en el proceso penal, por Javier Ángel Fernández-Gallardo	85
– Estafa, falsedad, administración desleal y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales, por M ^a Carmen Gómez Rivero	107
– El comiso ampliado como paradigma del moderno Derecho penal, por María Concepción Gorjón Barranco	127
– Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas accesorias del delito, por Luis Gracia Martín	147
– El <i>stalking</i> en el Derecho comparado: la obligación de incriminación de la Convención de Estambul y técnicas de tipificación, por Anna Maria Maugeri	226
– Una nueva perspectiva en relación con el bien jurídico protegido en el delito de falsedad de los documentos societarios, por David Pavón Herradón	254
– Nuevos perfiles de la corrupción y política criminal: los delitos de corrupción entre particulares y de fraude en el deporte en los ordenamientos jurídico-penales de España y Portugal, por Javier Sánchez Bernal	276
– Ámbito de aplicación y proyecciones de reforma del artículo 156 bis del Código Penal español a la luz del Convenio del Consejo de Europa de 2014 contra el tráfico de órganos, por Vincenzo Tigano	299
– Las agresiones a profesionales sanitarios desde la perspectiva del Derecho sancionatorio. Particular consideración del delito de atentado, por Asier Urruela Mora	322
Sistemas penales comparados: Financiación del terrorismo (Terrorism Financing)	346
Noticias: Cooperación científica jurídico-penal entre Alemania y América Latina de igual a igual: El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal (CEDPAL) de la Universidad de Göttingen. A su vez, un homenaje a Claus Roxin	399
Notas bibliográficas: por Cristina del Real Castrillo	403



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



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
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

Comité Científico Internacional

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

Navid Aliabasi (Alemania)	Ludovico Bin (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
William Terra de Oliveira (Brasil)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jia Jia Yu (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	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.



Algunas consideraciones sobre las consecuencias jurídicas del derribo de aviones secuestrados

Paulo César Busato

Revista Penal, n.º 38 - Julio 2016

Ficha Técnica

Autor: Paulo César Busato.

Title: Some considerations on the legal consequences of shooting down a hijacked plane.

Adscripción institucional: profesor de la Universidad Federal de Paraná, Brasil y de la FAE-Centro Universitário Franciscano - Brasil; Doctor en Derecho penal por la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla y miembro del Ministerio Público de Paraná, Brasil.

Sumario: I. Introducción. 1. El caso del derribo de aviones secuestrados. 1.1. El punto de partida. 1.2. Las soluciones justificantes y sus problemas. a) El argumento utilitarista. b) La doctrina del doble efecto. c) La idea de comunidad de peligro. d) La idea del consentimiento presunto. e) El contractualismo extremado: la entrega de la vida de los pasajeros. f) Conclusión provisional. 1.3. Las soluciones exculpantes y sus problemas. a) La exculpación supralegal basada en el mejor interés de la comunidad. b) Segunda conclusión provisional. 2. Las innovaciones sobre la culpabilidad en la tesis de Roxin. Una conexión entre teoría del delito y teoría de la pena. 2.1. Las innovaciones de Roxin en respecto de las causas de exclusión de la culpabilidad. 3. Las consecuencias de la aplicación de la tesis de Roxin al específico caso del secuestro en el vuelo. La necesidad de complemento de la tesis de Roxin para una adecuada solución del problema. Una aportación desde la filosofía del lenguaje. II. A modo de conclusiones. III. Referencias bibliográficas.

Resumen: El artículo discute las consecuencias jurídicas de la orden y ejecución del derribo de aviones secuestrados. Se apunta las principales soluciones debatidas por la doctrina. Al final, se adopta el planteamiento de Roxin sobre el tema, añadiéndole una precisión derivada de la perspectiva jurídico-penal derivada de los aportes de la filosofía del lenguaje.

Palabras clave: Derribo de aviones secuestrados - justificación vs. exculpación - necesidad de pena - orientación subjetiva - filosofía del lenguaje.

Abstract: This paper deals with the legal consequences of ordering and implementing the order of shooting down a hijacked plane. The most important solutions provided by scholarship are discussed. Finally, we adopt Roxin's position on the topic, adding some specifications derived from the application of philosophy of language to criminal law.

Key words: shooting down a hijacked plane, justifications vs. excuses, need of punishment, subject-orientation, philosophy of language

Observaciones: Las ideas de ese artículo han sido presentadas por primera vez en conferencia dictada por ocasión del Doctorado Honoris Causa concedido a Claus Roxin en la Universidad Pablo de Olavide en noviembre de 2014.

Rec: 21-04-2016 **Fav:** 15-06-2016.

I. INTRODUCCIÓN

El mundo vive, infelizmente, otra vez, un momento en que noticias de atentados terroristas ocupan los periódicos de Europa y del mundo todo.

En periodos históricos como este, suelen aparecer múltiples legislaciones y decisiones gubernamentales orientadas a recortes de libertades individuales.

En estos momentos, lo más importante, sin lugar a dudas, es reafirmar garantías individuales desde un punto de vista político criminal, para evitar que el Derecho penal se transforme en herramienta de imposición de venganzas y lugar de un discurso de guerra.

Pero, si resulta imprescindible el trabajo de quien estudia las vertientes criminológica y político-criminal, ello no quiere decir que no quepa lugar para discutir aspectos dogmáticos.

El olvido de la dogmática, en estos momentos, suele traducirse en una apertura indebida de espacio para distorsiones que acomodan las peores perspectivas político-criminales.

Este trabajo trata de retomar la discusión sobre los secuestros de aviones que, a raíz de los eventos del 11 de septiembre del 2001, han dado lugar, en varias partes del mundo, a las llamadas *leyes de abate*, que han creado espacio jurídico de permisiones y autorizaciones para abatir los aviones secuestrados, con sacrificio de pasajeros y tripulación.

En aquél momento, hubo intensas discusiones sobre el tema, que posteriormente ha caído en un progresivo olvido, sin que, empero, se haya llegado a una conclusión claramente dominante.

Se expone aquí las principales soluciones propuestas para el tema, culminando por proponer la adopción del planteamiento defendido por Roxin, pero, a ese planteamiento se añade una precisión que deviene de los aportes ofrecidos por un abordaje epistemológica del Derecho penal desde la filosofía del lenguaje.

1. El caso del derribo de aviones secuestrados

Dentro de los muchos supuestos debatidos en el tema de terrorismo, uno de los más verticalmente explotados

en términos dogmáticos ha sido, sin dudas, las implicaciones jurídico-penales del eventual orden de derribo de aviones secuestrados por agentes terroristas.

La cuestión que se plantea es si se debe castigar, justificar o exculpar la acción de un piloto de las fuerzas aéreas que derriba al avión secuestrado (y también de quien se le ordena hacerlo) sobre un territorio despoblado y, de este modo, mata a los pasajeros y a los miembros de la tripulación que se encuentran a bordo, en aras de librar que el mismo avión se estrelle en contra de un blanco en dónde se puede matar un colectivo de personas.

El tema ha tenido muchísima repercusión en varios países, en dónde se ha discutido leyes que regulaban el tema, autorizando a los ministros de defensas derribar aviones, en cumplimiento de la directiva MCM-062-02 de la OTAN que establece las líneas de acción a seguir en caso de riesgo de atentados, en el cual se autoriza derribar aviones civiles¹.

Ahora, otra vez el tema gana importancia, a partir de los recientes eventos vinculados a las acciones del grupo terrorista denominado Estado Islámico.

Específicamente en Alemania la cuestión vino a discusión alrededor de los términos del § 14 apartado 3 de la Ley de seguridad aérea (*Luftsicherheitsgesetz*)², aprobada en 18 de junio de 2004, que, al final, resultó calificado de inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (BVerfG), en la decisión de 15 de febrero de 2006. El Tribunal declaró inválida dicha norma por afectar el principio de la dignidad humana, en la medida en que convierte a los inocentes en meros instrumentos de una acción estatal de salvamento (STCA: 1 BvR 357/05)³.

Queda absolutamente claro que el Tribunal Constitucional federal se ha centrado en el argumento de la dignidad humana de los pasajeros es lesionada mediante un derribo porque aquéllos no pueden ser tratados como *meros objetos*.

El fundamento, por tanto, toma en consideración el segundo imperativo categórico de Immanuel Kant:

«Actúa de tal manera que puedas utilizar la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro,

1 Cf. RÍOS VEGA; Luis Efrén. «¿Matar inocentes para salvar a otros? El caso del avión-bomba. Killing to save? The bomb's plane case», en *Derechos y Libertades Número 21, Época II, junio 2009*. Madrid: Dykinson, 2009, p. 190.

2 El párrafo (3) del §14 de la Ley de Seguridad Aérea de Alemania decía que estaba «La acción inmediata con la fuerza de las armas sólo está autorizada cuando, de acuerdo con las circunstancias, puede suponerse que el avión será utilizado contra la vida de personas y éste sea el único medio para evitar el peligro actual».

3 Se entendió que el §14.3 LuftSIG considera a los pasajeros y tripulación de un avión secuestrado parte del arma con la que se va a cometer un atentado terrorista y les priva del derecho a la vida, base de la dignidad de la persona. En otras palabras, «les cosifica y, a la vez, les priva de derechos».

siempre y en todo momento como fin y nunca simplemente como medio»⁴.

La idea filosófica correcta de no instrumentalizar los seres humanos a partir de reglas jurídicas, impide naturalmente la posibilidad, alguna vez planteada⁵, de autorizar jurídicamente que se proceda el salvamento de «lo más salvable» dentro de una situación de emergencia.

Pero, al margen de las consideraciones filosóficas y constitucionales, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha dejado abierta la valoración jurídico-penal del tema.

La decisión de la Corte Constitucional ha sido criticada desde sus mismas bases filosóficas⁶ bajo el argumento de que en ese supuesto no se sacrifica seres humanos a favor de intereses colectivos, sino que justo al revés, se respeta totalmente la idea de que todos los seres humanos tienen el mismo valor y, por ello, no pueden ser ni desvalorados ni maltratados.

De todos modos, sigue abierta la cuestión dogmática sobre límites respecto de la justificación y la exculpación aplicables a los supuestos en concreto.

Los intentos de clarificar el tema han dado margen a que se buscara, en la doctrina, ejemplos que pudieran representar similitud suficiente con el supuesto en concreto, en la búsqueda de composición de un grupo de casos. Así, es común que para la solución del caso algunos refieran al caso del guardagujas, que evita el choque del tren de pasajeros mediante el sacrificio de obreros que trabajan en la vía secundaria para dónde se desvía el tren; de los médicos, que durante el régimen nacionalsocialista envían a la muerte algunos enfermos mentales evitando que todos sean muertos; el caso de los alpinistas que colgados de la cuerda sólo se puede salvar parcialmente mediante la liberación del peso de

algunos; hasta la clásica referencia al ejemplo de la «tabla de Carnéades»⁷.

Pero ninguno de ellos supone variables que sean idénticas al supuesto del derribo de aviones⁸, con lo cual, todo acercamiento supone un reduccionismo indeseable que no se reproducirá en este estudio.

El mejor acercamiento al tema viene precisamente de lo que ya se ha establecido en términos de los conceptos básicos de teoría del delito.

1.1. El punto de partida

Parece correcto atacar el tema a partir de su base fáctica que supone el sacrificio deliberado de la vida de un grupo de personas. Esto es lo que ocurre en el supuesto en concreto. Alguien emite el orden de derribo del avión y alguien lo ejecuta. La caída supone la muerte cierta de quien va dentro del avión.

Si el debate se va distribuir entre justificación o exculpación, lo primero es establecer si hay diferencias entre las dos soluciones y buscar el ajuste entre el supuesto de hecho y las figuras jurídicas.

Partiendo del Derecho continental y su base escalonada que difiere del *flat thinking* anglosajón⁹, hay que firmar la diferencia entre justificación y exculpación o, como es preferible, permisos fuertes y permisos débiles¹⁰.

Los permisos fuertes o justificaciones, conllevan una afirmación directa de que el ordenamiento no sólo aprueba el comportamiento, como lo incentiva. Es decir, la realización no sólo es aceptable, sino que es recomendada y aprobada por el ordenamiento jurídico. En las justificaciones, el particular actúa en sustitución el mismo Estado, en una situación de emergencia que no le permite esperar por el socorro estatal. Lo que se rea-

4 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 59.

5 Por ejemplo, en RÍOS VEGA; Luis Efrén. «¿Matar inocentes para salvar a otros?...cit.», pp. 187 y ss.

6 La crítica es de HÖRNLE, Tatiana. «Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídicopenal» en *InDret*, nº 2, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, julio del 2010, p. 19.

7 Cf. ROBLES PLANAS, Ricardo. «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y otros casos trágicos» en *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*. [Diego Manuel Luzón Peña - dir.], Madrid: La Ley, 2010, p. 446.

8 Por ejemplo, véase MARTÍNEZ CANTÓN, Silvia. «Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad», en *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*. [Diego Manuel Luzón Peña - dir.], Madrid: La Ley, 2010, pp. 416 y ss., quien apunta específicamente varias diferencias entre el supuesto del guardagujas y el caso del derribo de aviones.

9 Sobre el tema véase FLETCHER, George Patrick. *Lo Justo y lo Razonable*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e Paulo César Busato, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, *pássim*.

10 Es la terminología empleada inicialmente por VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 485. También he adoptado la misma expresión en BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Geral*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, pp. 469 y ss.

liza es aprobado por que el mismo Estado, se pudiera estar en el lugar del particular, actuaría de tal manera. También hay que entender que la categoría de la ilicitud trasciende el ámbito penal, el acto es aprobado también puede generar exención desde el punto de vista civil y administrativo. Finalmente, hace falta reconocer que este alejamiento de responsabilidad afecta al autor y los mismos partícipes, mientras que en la exculpación ello no se produce¹¹.

Las llamadas exculpaciones o permisos débiles no traducen una aprobación del ordenamiento jurídico, sino que tan sólo una aceptación de efectos, en principio, indeseables. El particular actúa en su mismo interés, pero en contra del interés de la colectividad. La situación es de emergencia, pero, si el Estado pudiera estar mediando el conflicto, no estaría autorizado a proceder como ha procedido el culpado. El alejamiento del injusto o de la culpabilidad¹² —y, por tanto, el delito— no trasciende el ámbito penal, remaneciendo posibilidad de discusión de la ilicitud civil o administrativa. Finalmente, el alejamiento de la responsabilidad del autor no implica en automático y similar alejamiento de la responsabilidad de los partícipes.

1.2. Las soluciones justificantes y sus problemas

En una primera aproximación del tema de justificación, involucrando un bien jurídico tan fundamental como la vida, se debe de reconocer que sólo está justificada la muerte de una persona en situación de legítima defensa¹³.

En el supuesto en concreto, aunque fuera posible suponer la situación justificante de amenaza a la vida de los pasajeros y tripulantes del avión, por parte de los terroristas, una vez que su pretensión es utilizar el avión para producir un choque, la actuación de derribo no es una conducta justificada, en la medida que no salva los bienes jurídicos puestos en peligro.

Con ello, la discusión resbala para el ámbito del estado de necesidad.

En este punto, compete en el caso concreto delimitar si se trata del estado de necesidad justificante o exculpante y, en caso del primero distinguir entre el estado de necesidad agresivo y el estado de necesidad defensivo.

Sobre el estado necesidad como fuente de justificación o exculpación, las distintas legislaciones tienen diferentes requisitos, pero, de modo general el supuesto que está justificado está autorizado por el ordenamiento, mientras que el meramente exculpado no está autorizado, sino que simplemente se tolera.

El estado de necesidad defensivo ocurre cuando el afectado por la acción del necesitado se encuentre implicado en la fuente del peligro que este desea evitar. Por el contrario, en el estado de necesidad agresivo el afectado no tiene relación con el peligro que el necesitado pretende evitar¹⁴.

Hay quien¹⁵ sostiene que el caso es de estado de necesidad defensivo. Pero en el supuesto que nos ocupa, el estado de necesidad defensivo no tiene cabida, porque se pretende salvar a las personas que están en el suelo, a través del sacrificio de las vidas de los que están en el avión.

Por ello, hay que partir de las exigencias de un estado de necesidad agresivo.

Se suele¹⁶ entender que para el reconocimiento del estado de necesidad defensivo, basta con que el daño causado no sea desproporcionado con el bien protegido, mientras que en el estado de necesidad agresivo el mal que se pretende evitar tiene que ser mucho más relevante que el bien jurídico sacrificado.

Entonces, para la configuración de un estado de necesidad agresivo, haría falta apuntar en el caso un dato que pudiera comprobar la disparidad de valores entre los bienes jurídicos.

11 Cf., ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Compendio de Derecho penal. Parte General y Parte Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 176-177.

12 Aquí se apunta uno o el otro porque según las fórmulas tradicionales, la inexigibilidad es un supuesto de alejamiento de la culpabilidad y no del ilícito. Pero, desde las bases ofrecidas por Vives —que aquí se adopta (BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Geral...* cit., pp. 459 y ss.—, los supuestos de exculpación tienen lugar en la exclusión del mismo ilícito, por permisos débiles.

13 Cf. ROBLES PLANAS, Ricardo. «En los límites de la justificación...cit.», p. 446.

14 Para más detalles sobre los límites del estado de necesidad agresivo, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «Direitos de necessidade agressiva e deveres de tolerância» en *Revista Justiça e Sistema Criminal*, vol. 1, n. 1, jul.-dec. 2009. Curitiba: FAE, 2009, pp. 31 y ss.

15 Por ejemplo, SCHÜNEMANN, Bernd. «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung» en [NEUMANN, Ulfrid; HASSEMER, Winfried y SCHROTH, Ulrich - Edit.] *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*. Leipzig: Franz Steiner Verlag, 2005, p. 145, 151 y ss.

16 En ese sentido ROBLES PLANAS, Ricardo. «En los límites de la justificación...cit.», p. 448.

a) El argumento utilitarista

Ello ha dado margen para el argumento utilitarista¹⁷ basado en el número de personas afectadas y el saldo positivo de vidas humanas.

Merece destaque la posición que defiende Tatiana Hörnle¹⁸, quien, después de proponer un análisis a partir de distintos puntos de vista —de la víctima, del autor o neutral— y de combinarlos de distintos modos, concluye que se le puede permitir al autor, «para resolver el dilema, centrarse en las relaciones numéricas», es decir, para salvar un número mayor de víctimas potenciales «estaría justificado un derribo». La autora compara el caso con el supuesto del médico que trabaja en emergencias con escasos recursos, que elige salvar el paciente más salvable entre muchos que se presentan al mismo tiempo para el socorro. Considera, pues, un caso de justificación por estado de necesidad¹⁹.

También se han decantado por un criterio cuantitativo en la colisión de vidas, de forma más general Henckel²⁰ y Maurach²¹ y específicamente frente al concreto supuesto del derribo de aviones Domenech Pascual²², Roig Davison y Ruiz García²³ y también Bohlander²⁴.

Pero, el argumento ha sido ampliamente criticado en la doctrina²⁵.

La crítica es procedente.

Aunque el bien jurídico vida sea ponderable, él no lo es en comparación con otras vidas, sino tan sólo frente a otros bienes jurídicos.

No se puede cuantificar vidas²⁶ ni siquiera establecer valores a estas según números. A parte de eso, hay la cuestión de la incertidumbre del resultado cuantitativo, porque no siempre este será evidente, a vista de que se trata de una causalidad hipotética.

Importa notar que se va a atribuir responsabilidad por el derribo del avión, lo que significa que este no

17 En ese sentido el inhumano planteamiento de Miguel Ángel Roig Davison y Carlos Alberto Ruiz García (ROIG DAVISON, Miguel Ángel y RUIZ GARCÍA, Carlos Alberto. «La valoración de la vida humana. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15.2.2006 (BVerfG, 1. BvR 375/05 vom 15.2.2006, Absatz. Nr. (1.156))» en *InDret*, n. 4/2006. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2006) que convierte valores jurídicos en meras fórmulas matemáticas para concluir que «La actuación del Estado frente al posible secuestro de un avión por terroristas suicidas debe ser evaluada mediante el uso de un análisis coste-beneficio», ROIG DAVISON, Miguel Ángel y RUIZ GARCÍA, Carlos Alberto. «La valoración de la vida humana...cit.», p. 17. Para algunos, como Isensee (ISENSEE, Joseph. «Leben gegen leben. Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug» en [PAWLIK, Michael y ZACZIK, Heirner - org.] *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26 Juli 2007*, Köln-Berlin-München: Carl Heynemans Verlag, 2007, p. 231) el utilitarismo es un argumento secundario que puede tener lugar donde «no hay ninguna prioridad ético-jurídica», como entiende ser el caso.

18 HÖRNLE, Tatiana. «Matar para salvar muchas vidas...cit.», p. 21.

19 Idem., p. 25.

20 HENCKEL, Heinrich. *Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht*. München: Beck, 1932, p. 92.

21 MAURACH, Reinhard. *Kritik der Notstandslehre*. Berlin: Carl Heynemans Verlag, 1935, pp. 95 y ss.

22 DOMENECH PASCUAL, Gabriel. «¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?», en *Revista de Administración Pública*, n.º 170, mayo-agosto, 2006. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 410 y ss.

23 ROIG DAVISON, Miguel Ángel y RUIZ GARCÍA, Carlos Alberto. «La valoración de la vida humana...cit.

24 BOHLANDER, Michael. «In extremis - hijacked airplanes, "collateral damage" and the limits of criminal law», in *Criminal Law Review*. London: Sweet & Maxwell, 2006, p. 587.

25 ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*. 4ª ed., München: C.H. Beck, 2006, pp. 738-739; HIRSCH, Hans Joachim. «Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen», en [HETTINGER, Michael y HILLENKAMP, Thomas - ed.], *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: Müller, 2007, p. 159; ARCHANGELSKIJ, Alexander. *Das Problem des Lebennotstandes am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführter Flugzeuges*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, pp. 32 y ss.; KINDHAUSER, Urs. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4ª ed., Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 156; MITSCH, Wolfgang. «Luftsicherheitsgesetz - Die Antwort des Rechts auf den '11. September 2001'» en *Juristische Rundschau*, n. 7, jul. 2005. München: De Gruyter, 2005, p. 277; RENZIOWSKI, Joachim. *Notstand und Notwehr*. Berlin: Dunker & Humblot, 1994, p. 202 y ss.; LADIGES, Manuel. «Flugzeugabschuss auf Grundlage des übergesetzlichen Notstandes? Verfassungs- und befehlsrechtliche Beurteilung», en *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 50, Köln: Wolters-Kluwer, 2008, p. 12; JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*. 5ª ed., Trad. de Miguel Olmenedo Cardenete, Granada: Comares, 2002, p. 387; JÄGER, Christian. «Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* n.º 115. Berlin: De Gruyter, 2003, p. 765; GÜNTHER, Hans-Ludwig. «Defensivnotstand und Tötungsrecht», en [BÖSE, Martin y STERNBERG-LIEBEN, Detlev - org.], *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrenrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*. Berlin: Dunker & Humblot, 2009, p. 152 JEROUSCHEK, Günter. «Nach dem 11 September 2001: strafrechtliche Überlegungen zum Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeugs», en [AMELUNG, Knut - ed.], *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: Müller, 2003, p. 185; e MARTÍNEZ CANTÓN, Silvia. «Nuevas consideraciones...cit.», pp. 409-411 y 441.

26 En el mismo sentido MITSCH, Wolfgang. «Luftsicherheitsgesetz...cit.

se ha estrellado en el blanco, con lo cual, en muchos casos, no se podrá afirmar, con seguridad, el número de muertes en el suelo que hubiera podido ocurrir, al final, si se sabe cuál es el blanco se puede manejar avisos para que las personas salgan del local.

Hay, además, otra variable: las eventuales dudas respecto del blanco elegido por los terroristas.

Así que sólo en muy contados casos, en dónde se esté seguro sobre cuál sería el blanco y hayan evidencias de la imposibilidad de que el número de personas en riesgo en el suelo fuera superior a los del avión, se podría hablar en «saldo positivo de vidas».

Es decir, el argumento utilitarista, a parte de su contenido cuestionable, aún padece de una grave incertidumbre respecto de sus mismos fundamentos.

b) La doctrina del doble efecto

La doctrina del doble efecto es simplemente la consideración de que devienen de una sola y determinada acción dos efectos, uno bueno y otro malo.

Hay quien²⁷ defiende que la situación demanda un cálculo entre muertos seguros y vivos salvables. El argumento se funda en la teoría del doble efecto: se considera que las personas que están en el avión ya están muertas mientras que los que están en tierra tienen mejores opciones de sobrevivir si es que se derriba el avión. Resulta pues, que la muerte de los pasajeros es un daño colateral e inevitable.

Se cambia el adelantamiento de la muerte de algunos para preservar la vida de otros.

El fundamento de este punto de vista es consecuencia lista: se puede hacer algo malo siempre y cuando la utilidad global del acto, considerado lo que es sacrificado y lo que es salvado sea claramente mayor.

El problema es que la doctrina del doble efecto reserva una situación excepcional para el caso de la causación intencional del mal.

El principio del doble efecto reúne cuatro condiciones: la acción debe ser buena o, como mínimo, no debe de ser mala. Según algunas interpretaciones no ser mala es equiparable a indiferente o permitida; la acción no puede buscar producir resultado malos, ni mal alguno; el buen resultado no debe de ser consecuencia del

mal; es decir, no se debe de usar un mal como medio para obtener algún resultado y el resultado final debe ser proporcionar lo bueno, es decir, las metas positivas deben de ser mayores que los males acumulados como consecuencia de los actos.

Pero, hay que considerar que, aunque en la segunda mitad del siglo XX, el principio del doble efecto vuelva a ser considerado una herramienta filosófica para el debate de la responsabilidad por las consecuencias previsibles de las acciones y omisiones, a punto de tomar como base un balance de esas consecuencias; el volver de ojos hacia el origen *tomista*²⁸ del principio revela que su preocupación no es una fórmula justificante o exculpante de malas acciones, sino, por el contrario, la afirmación de la necesidad de salvaguardia de la dignidad de la persona humana, para prohibir ciertas conductas por sus efectos intencionales inmediatos, con independencia de las consecuencias benéficas que eventualmente produzcan.

Por ello, Tatiana Hörnle²⁹ se opone a esta solución mediante un doble argumento.

En primer lugar, sostiene que justamente la idea de intención en Tomás de Aquino era más amplia de lo que entendemos por dolo, bastando que fueran las consecuencias causadas conscientemente, para excluirlas de la causalidad y, por lo tanto, generar responsabilidad y ello es precisamente lo que ocurre en este caso.

En efecto, no se puede afirmar que la acción no busca la producción del resultado malo, ni que el buen resultado no sea consecuencia necesaria del mal.

Además de ello, apunta que aunque un eventual acusado alegara que se encontraba delante de un difícil conflicto de intereses, su afirmación de que pensaba estar obligado a proteger a las personas en el suelo, amenazadas de muerte es dudoso tomada en cuenta la relación entre el autor y las víctimas. Ello porque ciertamente, el deber general de socorro incumbiría al representante del Estado, pero el derribo se podría realizar con base en una decisión propia. Es decir, cabría exigir un ajuste entre la orientación subjetiva y la posición de garante, para definir a quién compete la gestión del riesgo y su evitación.

27 WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Barcelona: Paidós, 2001, pp. 221 ss.

28 La doctrina del doble efecto ha sido acuñada por Santo Tomás de Aquino y elaborada posteriormente por los teólogos salmanticenses del siglo XVI.

29 HÖRNLE, Tatiana. «Toten, um viele Leben zu retten. Schwierige Notstandsfälle aus moralphilosophischer und strafrechtlicher Sicht», en [HERZBERG, Rolf Dietrich y PUTZE, Rolf - edit.] *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, pp. 560-561.

c) La idea de comunidad de peligro

Dentro del estado de necesidad, la doctrina ha identificado un grupo de casos que se llamó «comunidad de peligro», con lo cual se identifica supuestos en donde las dos partes involucradas en el estado de necesidad están igualmente en peligro —en el supuesto en concreto, peligro de muerte— y la única opción para salvar a uno es el sacrificio del otro.

No se trata ya de salvar un número más elevado de víctimas, sino de salvar parte del todo abocado al resultado fatal.

La idea es que el comportamiento estaría justificado porque sería una paradoja que la regla de preservación absoluta de la vida llevara a producir un resultado peor en contra de las vidas en peligro³⁰.

Pero el supuesto bajo análisis no se incluye en este grupo de casos, simplemente porque el que actúa en el supuesto amparo del estado de necesidad, no necesariamente, incluso casi nunca, será el que está en una posición de tener su misma vida amenazada.

Una cosa es la decisión del alpinista que sabe que va a morir el mismo a parte de los demás que cuelgan de la cuerda, salvo que él corte una parte de ella que va a servir para su salvación junto con alguno de los demás, con el sacrificio de otros. Otra cosa muy distinta es que un tercero tome la decisión del sacrificio de unos, sin estar él mismo en posición amenazada.

A par de ello, en el supuesto del derribo del avión, al revés de otros casos en donde los resultados posibles ya están completamente definidos, hay la cuestión de que no está completamente definido cual es el interés que se va a proteger, aunque esté definido el interés sacrificado, con lo cual, debe de existir un criterio complementario respecto de lo que se debe preferir proteger³¹.

Neumann³² propone que la solución estaría en la distinción entre los dos subgrupos de casos de comunidad de peligro: aquellos en que hay situaciones de salvación simétricas y aquellos en donde hay situaciones de salvación asimétricas.

En las situaciones de salvación simétricas, dos partes están en situación de peligro de producción de un idéntico resultado, pero no se puede salvar a las dos al mismo tiempo. En las situaciones de peligro asimétricas, de las dos partes en peligro sólo una es salvable.

Para Neumann³³, en situaciones de peligro asimétricas, está justificada la conducta de quien salva el salvable, con fundamento en el deber de solidaridad, porque es inadmisibles imponer la exigencia de solidaridad para con el sacrificado solamente para una prolongación insignificante de su vida.

Pero, el problema está en saber lo que es o no insignificante. Es que lo que puede parecer insignificante en términos de tiempo —prolongación de la vida de los pasajeros en algunos minutos— puede ser muy significativo en términos de contenido. Por ejemplo, uno de los pasajeros es un científico que trata de pasar por mensaje de su teléfono móvil para alguien en tierra, fórmulas decisivas para la elaboración de una medicina destinada a curar una grave enfermedad. ¿Se podría llamar tal prolongación de insignificante? O, al revés, en el intento de darle tiempo suficiente, con el riesgo de volver inevitable el choque con el suelo, ¿se podría llamar el sacrificio de las personas en el suelo de insignificante?

Es decir: no es posible afirmar que unos minutos de esta o aquella vida tengan menos valor que el tiempo de otras vidas. Al menos, no como regla general. En el límite, incluso, se arriesgaría llegar al peligroso tema de las vidas sin valor de vida³⁴.

También Martínez Cantón³⁵ sostiene tratarse el caso del derribo de aviones de una comunidad de peligro asimétrica y toma tal punto como base de su solución para el tema proponiendo que «la opción ante la que se encuentra el Estado a la hora de decidir si derriba o no el avión es idéntica a aquella en la que ha de decidir si reacciona conforme a los chantajes con toma de rehenes» y por ello «En el caso de que estatalmente se optara por el derribo, ésta debería considerarse justificado».

30 Cf. ROBLES PLANAS, Ricardo. «En los límites de la justificación...cit.», p. 451.

31 Cf. *Idem.*, p. 452.

32 Véase comentario de Ulfrid Neumann en el § 34, número 76, en ALBRECHT, Hans-Jörg; KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid y PAEFFGEN, Hans-Ullrich. *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2005, § 34, nm. 76.

33 Véase *Idem.*, § 34, nm. 76.

34 Véase BINDING, Karl y HOCHÉ, Alfred. *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*. Trad. de Bautista Serigós, Buenos Aires: Ediar, 2009.

35 MARTÍNEZ CANTÓN, Silvia. «Nuevas consideraciones...cit.», pp. 443-444.

d) La idea del consentimiento presunto

Aún en el plan de la justificación, algunos autores han aventado la cuestión del consentimiento³⁶, como fórmula de licitud, una vez que los pasajeros saben que van a perder la vida, con lo cual, se prestarían a salvar a los que están en el suelo. Pero, este planteamiento parte de un consentimiento presunto³⁷, porqué no hay seguridad ni que todos los pasajeros fueran asentir con la proposición³⁸.

Para Hirsch³⁹, el consentimiento de los pasajeros y de la tripulación se limita a aquellos que son habituales y propios de cualquier vuelo y que no puede incluir, por cierto, el derribo doloso del avión.

Además, ¿cómo se resolvería, en el caso, un eventual conflicto de opiniones entre los involucrados?

Es decir, ¿qué solución se daría para el caso en que sólo parte de los pasajeros efectivamente consienten con el derribo?

La decisión sobre la licitud no admitiría una variable cuantitativa ni cualitativa de opiniones y, en el plan concreto, siquiera se podría acceder al contenido de ellas.

e) El contractualismo extremado: la entrega de la vida de los pasajeros

Llevando el contractualismo hacia extremos no compatibles con las visiones contemporáneas de tal fórmula y ni siquiera con algunas de las mismas visiones clásicas del tema⁴⁰, parte de la doctrina ha pretendido justificar el deber de sacrificio de las vidas de los pasajeros con base en un supuesto deber de tolerancia respecto del sacrificio de bienes jurídicos frente a las necesidades de la comunidad.

Merkel⁴¹ sostuvo inicialmente que la sociedad podría exigir que los pasajeros entregaran lo que quedaba de su vida en favor de la comunidad. Pero, más tarde⁴², volvió hacia tras, afirmando que los pasajeros no tienen el deber jurídico de dejarse matar.

Nadie debe de estar obligado a soportar el sacrificio de su propia vida.

Además, en lo que refiere específicamente al planteamiento de Pawlik, hay un profundo *deficit* de realidad en la idea de afectación de toda la comunidad, que, de hecho, en casi ningún caso será alcanzada de forma integral. Salvo que se interprete el perjuicio a toda la comunidad el simple romper con la norma, lo que, llevaría, por otro lado, a una amplitud exagerada de los casos que se puede incluir en el rol, volviendo inútil el requisito.

f) Conclusión provisional

Como resultado, se nota que todos los intentos de justificación por estado de necesidad conllevan el problema de fundamentar que la conducta, en principio desaprobada, porque típica, se realiza en una situación de tal excepcionalidad que pierde el carácter de conducta penalmente desaprobada⁴³.

De hecho, como fórmula general, las justificaciones son autorizaciones para que el sujeto actúe en protección a sus mismos bienes jurídicos o a bienes jurídicos ajenos en situación de peligró urgente.

La existencia de las justificaciones funcionan como verdaderas autorizaciones para el particular actuar dentro de la licitud. Ello significa que el Estado, pudiendo actuar en el lugar del individuo, hubiera hecho lo mismo.

36 KÖHLER, Michael. «Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand», en [HOYER, Andreas - org.] *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C.F. Müller, 2006, p. 259.

37 Ello es admitido, bajo distintos argumentos, por ejemplo, por HOCHHUT, Martin. «Militärische Bundesintervention bei inländischem Terrorakt. Verfassungsänderungspläne aus Anlaß des 11. September 2001», en *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 2002, n.º 44. Köln: WoltersKluwer, 2002, p. 166, nota 44 y WINCKLER, Daniela. «Verfassungsmäßigkeit des Luftsicherheitsgesetzes», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n.º 25. München-Frankfurt: Beck, 2006, p. 537.

38 En ese sentido la observación de HÖRNLE, Tatiana. «Matar para salvar muchas vidas...cit.», p. 5.

39 HIRSCH, Hans Joachim. «Defensiver Notstand gegenüber...cit.», p. 159.

40 En nuestros días, la idea de contractualismo no implica más en entregarse completamente uno a la disposición del Estado, sino tan sólo entregar el mínimo de su libertad para garantizar todo el resto de la libertad y de los derechos (Sobre ello, en más detalle me he posicionado en BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Geral...cit.*, pp. 22 y ss.). En el mismo modelo clásico de contractualismo, no todos los autores aceptaban la completa entrega de uno en favor del Estado, como defendía, por ejemplo, Rousseau (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. de Antonio de Padua Danesi, São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 43-45). En sentido contrario ya se posicionaba, por ejemplo, BECCARIA, Marques de (Cesare de Bonesana). *Dos delitos e das penas*. Trad. de J. Cretella Jr. y Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 29.

41 MERKEL, Reinhard. «Wenn der Staat Unschuldige opfert» en *Die Zeit*, 8 de julio de 2004, pp. 33 y ss.

42 MERKEL, Reinhard. «§ 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und darf der Staat Töten? Über taugliche und untaugliche Prinzipien zur Lösung eines Grundproblems des Rechts», en *Juristen Zeitung* 8 - 20 apr. 2007. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 373-385.

43 En ese sentido ROBLES PLANAS, Ricardo. «En los límites de la justificación...cit.», p. 461.

Se trata de una regla de afirmación de un derecho a matar.

Pero en el caso del derribo de aviones son precisamente los representantes del mismo Estado los que actúan bajo la necesidad.

Parece, eso sí, que está latente en todas las perspectivas justificantes una confusión entre la aprobación jurídica de una conducta y los deberes de tolerancia respecto de sus efectos.

No todas las conductas tolerables son aprobadas mediante un juicio previo y general. El hecho de que uno, en aras de salvarse o a tercero sacrifique la vida de alguien parece ser algo que, desde el punto de vista jurídico, puede que no sea punible, pero jamás se podrá pretender considerarlo adecuado al Derecho⁴⁴.

Así que parece más correcto plantear el problema en el ámbito de las exculpaciones.

1.3. Las soluciones exculpantes y sus problemas

El plano de las exculpaciones permite un mejor ajuste de algunos de los aspectos dogmáticos del supuesto en concreto⁴⁵, al final, el actuar en estado de necesidad exculpante no es actuar de modo jurídicamente aprobado, sino que es actuar al margen de la justicia, de modo excepcionalmente perdonable, según las circunstancias concretas del caso. La acción de sacrificio de un bien jurídico no puede ser valorada en clave de justa o injusta, sino de evitable o inevitable.

Primeramente, al ser una actuación exculpada —un permiso débil— permite que se preserve la responsabilidad de los inductores y de los que, mediante coacción, han obligado al derribo del avión, trasladándoles la responsabilidad por el resultado⁴⁶.

Así, los responsables por el derribo no son los miembros del Estado —ni quien ha dado el orden ni quien la ha ejecutado— sino los mismos terroristas, los cuales, si han actuado en conjunto con alguien que no está en el vuelo, a este se le puede imputar también el resultado.

Además, la conducta sigue siendo, en principio y de forma general, reprochable, salvo excepcionalmente en el supuesto en concreto, lo que obliga a tener en cuen-

ta los específicos aspectos del caso, es decir, el grado de probabilidad de que efectivamente el avión se va a estrellar en un blanco con muerte de muchas personas; las otras opciones eventualmente existentes como alternativas al derribo y un enorme número de variables.

Pero, aún así la cuestión tiene otras implicaciones.

La primera de ellas es que si es exculpada la decisión por el derribo del avión, no será, necesariamente, la contraria, es decir, la omisión en hacerlo.

Por otra parte, no parece correcto que, puesto en la dudosa condición de adivinar si va o no el avión dar en el blanco en caso de no intervención para derribarlo, aquél que decida por no hacerlo sea merecedor del castigo.

De todos modos, hay distintas perspectivas dentro de la idea de exculpación.

a) La exculpación supralegal basada en el mejor interés de la comunidad

Pawlik⁴⁷, con visión radical respecto de la relación individuo-Estado, de corte más reduccionista, basado en una perspectiva sistémica de expectativas mutuas, ha llegado a sostener una posición de garante que podría llegar a exigir el sacrificio de la vida en beneficio del interés de la comunidad.

Para el autor, estaría autorizado el derribo de aviones una vez cumplidos tres requisitos: la presencia de una amenaza a la comunidad jurídica; un balance positivo entre costes y utilidad, teniendo en cuenta que la vida de los pasajeros está, en todo caso, perdida y la reglamentación de una indemnización para las familias de las víctimas⁴⁸.

La tesis corresponde con la opinión general del autor ofrecida en otro trabajo específico sobre una teoría general del estado de necesidad exculpante, en donde sostiene que «la exculpación de una intervención en estado de necesidad sólo entra en consideración si los intereses en cuanto sujeto de quien interviene peligraban de un modo normativamente considerable. [...] Por tanto, la invocación de este instituto jurídico está, en principio, excluida allí donde se le contraponga la primacía de las instituciones»⁴⁹.

44 En ese sentido MARTÍNEZ CANTÓN, Silvia. «Nuevas consideraciones...cit.», p. 413.

45 En ese sentido, por ejemplo, ARCHANGELSKIJ, Alexander. *Das Problem des Lebenotstandes...cit.*, pp. 77 y ss.

46 En el mismo sentido el planteamiento de ROBLES PLANAS, Ricardo. «En los límites de la justificación...cit.», p. 473.

47 PAWLIK, Michael. «§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes - ein Tabubruch?» en *Juristen Zeitung* 59 - 2004. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 1053.

48 *Idem.*, pp. 1054 y ss.

49 PAWLIK, Michael. «Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática», en *InDret*, n. 4/2015. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2015, p. 18.

Es decir, según su planteamiento, las instituciones están por encima de los individuos. Y, como en el caso del Estado es el que actúa, lo hace según un interés prioritario de la comunidad.

En esta perspectiva se ubica toda la visión político criminal equivocada que tiene por centro de la organización jurídica la norma en detrimento del hombre y que lleva o a mirar a exigir, en plan general, el deber ciudadano de portarse como héroe⁵⁰.

Tatiana Hörnle⁵¹, acertadamente refiere que cuando seres humanos son sacrificados a intereses colectivos, se trata de verdaderos homicidios que lesionan la misma dignidad humana de las víctimas.

b) Segunda conclusión provisional

No obstante las soluciones exculpantes en general tampoco puedan dar cabida a una completa solución, al menos una de ellas, por una particularidad muy especial podría, quizás, ofrecer una salida para el caso.

Me refiero a la contribución de Roxin, que ha convertido la culpabilidad en responsabilidad, por la adición de la discusión respecto del merecimiento de pena.

Si estamos de acuerdo que, aunque no se pueda refutar la ilicitud de la conducta no parece correcto imponer un castigo para una decisión razonable, este será el sendero a seguir.

Roxin⁵² conecta la culpabilidad a la necesidad de pena, para formar una categoría de responsabilidad.

Aunque no necesariamente sea obligado concordar con la ubicación dogmática de la necesidad de pena, lo cierto es que tal perspectiva —sea en la idea de responsabilidad como quiere Roxin, sea en la pretensión de punibilidad, como parece más correcto⁵³— lo cierto es que el eventual derribo, presentes ciertas circunstancias, no se castiga por falta de necesidad de pena.

2. Las innovaciones sobre la culpabilidad en la tesis de Roxin. Una conexión entre teoría del delito y teoría de la pena

Como es de todos conocido, una de las principales contribuciones de Roxin al desarrollo del sistema de imputación ha sido su completa revolución en el estudio sobre culpabilidad⁵⁴.

Hasta finales del Siglo XX seguía dominante en la doctrina⁵⁵ una idea general de culpabilidad asociada, en mayor o menor medida, a un presupuesto lógico de libertad de decisión por parte del sujeto culpable. En contra del problema lógico que supone una presunción de libertad, de manera general, se apuntaba a la idea de que otra persona, en las mismas circunstancias que el autor, hubiera podido actuar de otro modo y que en ello residía un desvalor normativo bastante para alejarse de concepciones vinculadas al libre albedrío. En todas las fórmulas estaba presente una concepción normativa de un reproche.

Naturalmente, esta concepción material de culpabilidad como reproche, tomada a partir de la idea general de poder actuar de otro modo a partir de cómo lo haría una persona distinta, supone el problema de que se está evaluando persona distinta del mismo autor para el establecimiento de un juicio de reproche personal, en una evidente contradicción. Es más. Esta tercera persona siquiera existe, es tan sólo un *standard* normativo, de carácter absolutamente descriptivo, que pretende ser abarcable de todas las personas a partir del mismo rasero. Ello, igualmente traduce una base general para un reproche individual, que es, como mínimo, bastante cuestionable.

En el comienzo de los años 70 del Siglo XX⁵⁶, Roxin propuso tratar la tercera elemental del concepto de delito no como culpabilidad, sino como *responsabilidad* (*Verantwortlichkeit*), a partir de relacionar la misma idea de culpabilidad con los fines preventivos de

50 De modo parecido el argumento crítico de ROBLES PLANAS, Ricardo. «En los límites de la justificación...*cit.*», pp. 457-458.

51 HÖRNLE, Tatiana. «Matar para salvar muchas vidas...*cit.*», p. 19.

52 ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1973, pp. 33 y ss.

53 Véase el contenido de tal elemental del concepto de delito detalladamente en ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSAC, José Luis. *Compendio...cit.*, pp. 201 y ss. En Brasil, BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Geral...cit.*, pp. 577 y ss.

54 Algún autor llega a calificar la culpabilidad el «nudo gordiano en el pensamiento y la obra» de Roxin. En ese sentido DEMETRIO CRESPO, Eduardo. «Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin» in *Ciências Penais*, vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./2008, p. 9.

55 El dato está apuntado por SCHÜNEMANN, Bernd. «La culpabilidad: el estado de la cuestión», en *Sobre el Estado de la Teoría del delito* [Claus Roxin, Günther Jakobs, Bernd Schünemann, Wolfgang Frisch, Michael Köhler]. Trad. de David Felip I Saborit y Ramón Ragués I Vallés, Barcelona: Civitas, 2000, p. 93.

56 El tema va referido ya desde el mismo ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik...cit.* Hay edición española: ROXIN, Claus. *Política criminal y el sistema del Derecho penal*, Trad. de Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1972.

la pena⁵⁷. Para él «la responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley»⁵⁸.

Roxin⁵⁹ parte de que la pena no se justifica, en ningún caso, por la retribución, cuya función queda exclusivamente en demarcar el límite máximo del castigo. Por ello, si la función de la pena se demarca por razones preventivas, no basta con que se presente, en el supuesto en concreto, que el agente tenga *capacidad para ser destinatario de la norma*. Es decir, no es suficiente la presencia de lo que tradicionalmente se entiende por *culpabilidad*, sino que, para la imposición del castigo hay que exigirse algo más: la indicación preventiva del castigo.

Con ello, las causas de exculpación se convierten no sólo en situaciones en que falta capacidad de motivación normativa, sino que, igual, constituyen supuestos en donde la pena es un castigo preventivamente contraindicado.

Aún así, igualmente, defiende que «la pena presupone siempre culpabilidad, de modo que ninguna necesidad preventiva de penalización, por muy grande que sea, puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad»⁶⁰.

Es decir, se preserva la exigencia de culpabilidad como límite mínimo para la imputación, al tiempo en que no se admite que exigencias retributivas determinen la existencia de responsabilidad.

Con ello, se va más allá del simple concepto de reprochabilidad, que reproduce tan sólo una valoración incompleta, que se supera a través de la adopción de fundamentos político-criminales de las modernas teorías de la pena.

Como bien refiere Roxin:

«La valoración ya no atañe solamente a la cuestión de si se puede formular un reproche de culpabilidad contra el sujeto, sino que es un juicio sobre si, desde puntos de vista jurídicopenales, ha de hacerse responsable de su conducta. La reprochabilidad es una condición necesaria, pero aún no suficiente de la responsabilidad; ha de añadirse la necesidad preventiva de sanción»⁶¹.

Con ello, finalmente se llena la culpabilidad con un contenido material, que sobrepasa el simple juicio de

desvalor sobre la actuación o no actuación del sujeto, sumándose el fundamento de la pena que es una dimensión unificadora de las perspectivas exclusivamente preventivas.

La lógica es que si las penas tienen funciones preventivas, su aplicación no puede depender sólo de la afirmación de la culpabilidad, sino que hace falta la existencia de una necesidad preventiva de la misma pena.

Con ello, si la eventual aplicación de la pena no se corresponde, desde el punto de vista preventivo especial o preventivo general a una necesidad de castigo, la consecuencia es que la misma pena carece de justificación teórica y social, con lo cual, no puede ser impuesta.

Por ello, incluso, entiende que mejor sería hablar ya no simplemente de culpabilidad sino, mejor, de *responsabilidad*.

Al margen de lo que se pueda plantear respecto de lo que son los fundamentos de la pena, en los cuales, incluso discrepo del autor⁶², y mismo la enorme cantidad de consecuencias que puede tener la proposición de la *responsabilidad*, el hecho de añadir la necesidad de pena como elemento necesario a la afirmación del delito ofrece al supuesto que aquí se debate, un nuevo y prometedor sendero.

Naturalmente, un cambio de perspectiva tan largo trajo una enorme cantidad de consecuencias para la ciencia penal y más específicamente para la concepción tradicional de culpabilidad, de las cuales, se puede destacar al menos tres fundamentales: la superación definitiva de las relaciones entre culpabilidad y libre albedrío, que la simple figura del *reproche* no ha dado cuenta de hacer; el desarrollo de una perspectiva de asociación entre teoría de la pena y teoría del delito y, finalmente, planteamientos absolutamente novedosos en el campo de la exclusión de culpabilidad (responsabilidad o simplemente necesidad de pena), en especial en los llamados *hard cases*. Este último punto es lo que específicamente interesa a este trabajo.

2.1. Las innovaciones de Roxin en respecto de las causas de exclusión de la culpabilidad

El planteamiento de Roxin respecto de la *responsabilidad* y su conexión con los fines de la pena ha gene-

57 SCHÜNEMANN, Bernd. «La culpabilidad: el estado de la cuestión»...*cit.*, p. 95.

58 ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*...*cit.*, p. 852.

59 *Idem.*, p. 853.

60 *Ibid.*, p. 853.

61 *Ibid.*, p. 858.

62 Sobre mi posición respecto del fundamento de la pena como el control social del intolerable véase BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Geral*...*cit.*, pp. 805 y ss.

rado espacio para sendas discusiones en distintos temas como el exceso en la legítima defensa⁶³, la evitabilidad en el error de prohibición⁶⁴ y las situaciones alrededor del estado de necesidad exculpante⁶⁵.

Al ubicar las consideraciones preventivas en la estructura del concepto de *responsabilidad*, Roxin admite la existencia de *causas de exclusión de la culpabilidad* (*Schuldausschiebung*) que tienen que ver con la falta de imputabilidad o el error de prohibición y las *causas de exculpación* (*Entschuldigungsgründe*) que están relacionadas con la necesidad preventiva⁶⁶, para caracterizar una culpabilidad disminuida por criterios político criminales, pero rechaza que ello pueda representar alguna clase de *división interna de la categoría de responsabilidad*, incluso porque a todos los casos de una y de otra, han de acudir los filtros atributivos preventivos generales⁶⁷.

Por un lado, sostiene⁶⁸ que la culpabilidad se afirma cuando el agente, al realizar el hecho, ha estado disponible para recibir el llamado de la norma, según su estado mental y anímico, que son fenómenos verificables empíricamente que componen la capacidad de conducirse normativamente.

Por otra parte, y en complemento de las exigencias de afirmación de la responsabilidad, hace falta realizar un análisis posterior de verificación de la necesidad preventiva de pena.

Roxin propone que el sistema político-criminal de imputación no se compone con elementos aislados, sino que, mejor, las categorías del delito son simple-

mente expresiones valorativas de diferentes momentos de un mismo hecho, que establecen distintos matices de relevancia jurídico-penal⁶⁹.

Aún así, se puede decir que las consideraciones que tienen que ver con fenómenos verificables empíricamente que componen la capacidad de conducirse normativamente no incluyen las hipótesis clásicamente tratadas como supuestos de inexigibilidad que suponen, al revés, un análisis estrechamente normativo.

La exigibilidad de conducta conforme al derecho se discute, entonces, fuera de la culpabilidad *stricto sensu*, según criterios de necesidad preventiva de castigo.

Así, según el modelo propuesto por Roxin, la ausencia de castigo por inexigibilidad deriva de que no se considera que, en determinadas situaciones extremas, existan necesidades de prevención especial o general para ello.

3. Las consecuencias de la aplicación de la tesis de Roxin al específico caso del secuestro en el vuelo

El criterio de Roxin ha sido aplicado por él en un artículo de amplia repercusión⁷⁰ precisamente sobre el tema del derribo de los aviones secuestrados.

En una abordaje extremadamente ajustada del supuesto, Roxin empieza por negar la existencia de un deber de sacrificio de la vida para salvar a otro, bien así que no es sostenible ninguna excepción a dicha regla⁷¹. Además, como es obvio, el deber de protección que tiene el Estado respecto de las vidas de quien está en

63 Véase, sobre ello, ROXIN, Claus. «Über den Notwehrexzeß» en *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*. Göttingen: Schwartz, 1975, p. 117 e ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil...cit.*, pp. 992 y ss.

64 ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil...cit.*, p. 944 y ss. En Brasil, sobre uno de los temas derivados, específicamente la duda en el error de prohibición, véase LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

65 Sobre ello, véase ROXIN, Claus. «"Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien», en *Festschrift für Henkel*, 1974, pp. 182 y ss.; ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde, Madrid: Reus, 1981 y ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil...cit.*, pp. 987 y ss.

66 ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil...cit.*, p. 852.

67 Idem., pp. 876-878. Eses mismos filtros son identificados por Figueiredo Dias como el fundamento de una nueva categoría, de la punibilidad y no agregadas a la culpabilidad bajo forma de «responsabilidad» como quiere Roxin. (Véase DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte Geral. Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 619 y ss.). También defendiendo que las consideraciones sobre necesidad de pena pertenecen a una categoría a parte, denominada «pretensión de punibilidad» (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 487; ORTS BERENQUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio...cit.*, pp. 201 y ss. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 641 y ss.). Esta última opción parece la más prometedora. Por ello, la he incorporado en mi trabajo BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Geral...cit.*, pp. 577 y ss.

68 ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil...cit.*, p. 868.

69 Idem., p. 233.

70 ROXIN, Claus. «Der Abschuss gekaperter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben», en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, nº 6, 2011.

71 Idem., pp. 553. En el mismo sentido, Tatiana Hörnle sostiene que: «Nuestra praxis moral conoce solamente deberes de solidaridad muy restringidos. No hay un deber de sacrificar la propia vida para la salvación de otros seres humanos, ni siquiera en las relaciones de cuidado más estrechas. Si los padres hicieran tal sacrificio por su hijo, ello se describiría como un hecho heroico que impone veneración, pero no se postularía un deber en ese sentido», HÖRNLE, Tatiana. «Matar para salvar muchas vidas...cit., pp. 15-16.

el suelo no es distinto del deber de protección que tiene respecto de los pasajeros del avión⁷² y, la simple situación de peligro de estos últimos, no exenta el Estado de su deber respecto de ellos.

Evidentemente, los supuestos de justificación consisten no sólo en autorizaciones para actuar, sino en verdaderas aprobaciones de conductas ante el ordenamiento jurídico, con sentido general, porque ellas son ocasiones en que el particular actúa en una situación de emergencia en la cual no puede esperar por la intervención del Estado, quien, si estuviera presente, realizaría lo mismo.

Roxin observa que el ingreso del Estado en la vida de los ciudadanos, debe siempre respetar «barreras deontológicas»⁷³. En este punto, apunta el acierto del Tribunal Alemán de reconocer que según la regla contestada «los pasajeros no son respetados como sujetos de derechos, como personas, sino que son tratados como objetos utilizados en la salvación de otros»⁷⁴.

Así, una vez que no es posible pretender establecer una regla general de justificación para estos casos sin sobrepasar tal punto, ni concederles la posibilidad de que constituyan una excepción a la regla aplicable, no queda más que alejar la posibilidad de justificación.

Roxin también se enfrenta con la proposición que defiende que la situación revela un *espacio libre de derechos*⁷⁵ y que ello bastaría para alejar el castigo. Él sostiene, críticamente, que no es necesario acudir a una fórmula como esta, con sus flagrantes problemas de legalidad, si se puede discutir el tema dogmáticamente en términos de exclusión de la responsabilidad⁷⁶.

Alejadas todas las demás posibilidades, que, para Roxin, no pueden soportar un examen crítico, el autor⁷⁷ sostiene que la única forma de dejar de aplicar penas para estos casos, es el recurso a la categoría de la *exclusión de responsabilidad por falta de exigencia preventiva de pena*, planteada en su sistema de imputación.

Pero, la aplicación que propone de este filtro hermenéutico va un poco más restringida, exigiendo que los autores del derribo hayan actuado «motivados» por el propósito de salvar o mayor número de vidas y no por cualquier otra clase de motivación política.

La solución planteada por Roxin es, sin lugar a dudas, la que mejor enfrenta el problema.

Sin embargo, precisamente por ello, quisiera explorar lo cuanto su solución puede ser sugerente para el desarrollo de este punto de la teoría del delito.

Ocurre que, en la visión de Roxin, la *exclusión de responsabilidad por falta de exigencia preventiva de pena* sólo tendrá lugar en un contexto el derribo haya sido motivado por razones humanitarias y no políticas o de otro orden.

En ese sentido, entonces, cabría hacerse la pregunta sobre cómo se hace para identificar el hecho de que los motivos por los cuales se produjo el derribo no fueron políticos o de otro orden, sino humanitarios.

La primera conclusión que deriva de ello es que solamente es posible identificar el ámbito de atribución de responsabilidad a partir de un análisis de las circunstancias del hecho en concreto.

Como consecuencia, en la identificación de la diferencia entre los supuestos en los cuales debe existir o no atribución de responsabilidad, juegan un decisivo papel las circunstancias.

Por ello, parece obligado admitir que no se trata simplemente de un análisis normativo de merecimiento de pena, sino de antes un análisis de circunstancias del caso que comunican una determinación de sentido, es decir, la determinación de la motivación del que actúa.

Si la determinación de la *responsabilidad* penal del agente está vinculada a los motivos de su actuación, la razón determinante de la atribución de dicha responsabilidad no es —o, al menos, no es únicamente— la necesidad de pena, sino que, también, la motivación de la conducta.

4. La necesidad de complemento de la tesis de Roxin para una adecuada solución del problema. Una aportación desde la filosofía del lenguaje

Aparece justamente aquí el problema de determinar qué es lo que decimos cuando se afirma o se niega que

72 Con argumento en contrario, sosteniendo una diferencia entre la dignidad humana de unos y otros, con diferentes obligaciones del Estado respecto de ellos, ARCHANGELSKIJ, Alexander. *Das Problem des Lebenotstandes...cit.*, pp. 114 y ss.

73 ROXIN, Claus. «Der Abschuss gekapeter Flugzeuge...cit.», pp. 557-558.

74 Idem., pp. 558.

75 Sobre una *freirechts raum Theorie* véase en detalle KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Trad. de Luís Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 405 y ss.

76 ROXIN, Claus. «Der Abschuss gekapeter Flugzeuge...cit.», pp. 559-560.

77 Idem., p. 562.

el sujeto actúa con determinada intención⁷⁸. Este es un problema sobre el cual los estudios sobre la filosofía del lenguaje han aportado mucho al Derecho penal, en especial a partir de la obra del Prof. Tomás Vives Antón.

De su importancia ya se había percatado Schünemann, al afirmar que «en tanto que regulación de relaciones humanas con significado constituidas por el lenguaje, el Derecho no puede ignorar una realidad por la que él mismo está constituido»⁷⁹. Es decir, la *realidad* jurídica se compone a partir de un inevitable entramado lingüístico.

En el caso específico, si la *exclusión de responsabilidad* se debe determinar según un análisis de la motivación del que produjo el derribo del avión terrorista, se trata menos un análisis descriptivo de una situación de hecho, sino mucho más un análisis comprensivo (lingüístico) de la dimensión de sentido comunicada por la acción.

Durante mucho tiempo, la vinculación a bases ontológicas y a una *pretensión de verdad* han llevado a una distorsión respecto del análisis de los datos subjetivos implicados en la atribución de responsabilidad penal, debido a una inversión de criterios. Se ha partido, tradicionalmente, de una concepción según la cual la intención es algo que existe en el mundo y que determina la acción en un sentido causal.

Pero, «la acción que se realiza no depende de la intención que se pudiera atribuirse al sujeto»⁸⁰, ella es, más bien, *reconocida* como tal, en su misma realización. Es decir, la «acción —su *intencionalidad*— no se constituye subjetivamente, sino de modo *objetivo*, en virtud de las *convenciones* —costumbres, hábitos o normas— que la definen»⁸¹.

Como bien refiere el profesor Vives Antón: «la determinación de la acción que se realiza no depende de la concreta intención que el sujeto quiera llevar a cabo, sino del código social conforme al que se interpreta lo que hace»⁸².

Pero, la cuestión es que «los movimientos corporales no se transforman en acciones que podamos identificar

como tales por el hecho de que sean “causados” por la intención o conforme la intención»⁸³, sino que, en realidad, la identificación de la acción y de la intención es contextual, social e histórica⁸⁴.

Por ello, la intención se halla referida a reglas, técnicas y prácticas⁸⁵, y sólo puede ser identificada o percibida, según la situación, las costumbres e instituciones humanas⁸⁶.

La atribución de la responsabilidad, en el supuesto concreto, dependerá de la identificación de la motivación del derribo y de su valoración según criterios de necesidad de pena.

El problema es ¿cómo se sabe que la motivación del derribo del avión ha sido humanitaria y no, por ejemplo, política?

La contestación correcta quizás fuera: del mismo modo como se sabe que una vez que un grupo terrorista haya dominado la tripulación de un avión este se ha convertido en un arma para estallarse en un blanco determinado.

Es decir, la cuestión no tiene que ver con complejos e inasequibles procesos internos del sujeto, sino con el contexto histórico y social de las prácticas que identifican tanto acciones cuanto intenciones.

No es demasiado recordar que muchas veces, antes del 11 de septiembre del 2001, terroristas han dominado tripulaciones de aviones. No era un hecho raro —aunque sí, lamentable— que algunas bandas terroristas atacasen tripulaciones de aviones y determinasen su poso en determinado aeropuerto para fines de extorsión, intercambiando la liberación de terroristas detenidos a cambio de liberación de rehenes.

Después del 11 de septiembre del 2001, el secuestro de aviones ha tomado otra dimensión histórica, no funcionando más tan sólo como arma de extorsión, sino abriéndose también la posibilidad de funcionar como arma de destrucción de personas.

Este suceso histórico ha cambiado el modo de ver el mismo secuestro de aviones.

Quizás ni siquiera fuera posible discutir la cuestión de la responsabilidad por el derribo de aviones secuestrados, no fuera por tal evento.

78 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, pp. 223-224.

79 SCHÜNEMANN, Bernd. «La culpabilidad: el estado de la cuestión»...*cit.*, p. 110.

80 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 223.

81 *Idem.*, p. 223.

82 *Ibid.*, p. 216.

83 *Ibid.*, p. 219.

84 *Ibid.*, p. 223.

85 Cf. *Ibid.*, p. 218.

86 Cf. *Ibid.*, p. 218.

Antes del 11 de septiembre del 2001 a nadie se le ocurriría dejar de cargarse responsabilidad por la muerte de los pasajeros y tripulantes, al dirigente estatal que eventualmente determinara el abate de un avión secuestrado.

El significado social que da sentido a las acciones, entonces, era bastante distinto de lo de hoy.

Las circunstancias históricas han cambiado y, con ellas, el contexto de sentido sobre lo que se hace cuando una tripulación de un avión es dominada por una banda terrorista.

Tanto ello es verdad que en el campo legislativo, así como en el campo doctrinal, se ha empezado a debatir el tema en aras de su justificación o exculpación, mientras que antes era completamente olvidado.

Ello sirve para enseñarnos como las acciones y intenciones no son determinadas por hechos internos, sino reconocidas en contextos histórico-sociales, a partir de prácticas precedentes.

Por ello, evidentemente, si la responsabilidad por el derribo del avión se determina a partir de la motivación de quien lo realiza, su identificación no depende de un inasequible como proceso psicológico, sino de una doble dimensión normativa: un análisis de las *reglas* sociales que identifican y permiten reconocer una conducta en cuanto tal y un análisis de las competencias que cabe atribuirle al autor, para identificarle una determinada intención⁸⁷.

Lo que se nota es que la solución aportada por Roxin, a este *hard case* resulta, de lejos, la mejor ubicada. Pero, ello se debe no sólo a su brillante aportación al concepto de culpabilidad, que invita a la discusión sobre la necesidad preventiva de pena, sino quizás principalmente porque al hacer depender la decisión sobre la responsabilidad de la motivación del que actúa, invita también a formar parte de la fundamentación de la responsabilidad penal, las bases epistemológicas de la filosofía del lenguaje que hoy, sin lugar a dudas, es la perspectiva más sugerente que existe para el desarrollo del Derecho penal y no habría de ser diferente para los supuestos ahora en debate.

II. A MODO DE CONCLUSIONES

El tema del secuestro de aviones y la cuestión de los límites respecto de la responsabilidad penal de quien da orden para su derribo o le ejecuta no ha llegado nunca a un consenso

En este trabajo no se pretende haberlo alcanzado, sino que tan sólo se tuvo la pretensión de avanzar un poco más en la precisión de una de las soluciones más prometedoras para el tema: la ofrecida por Claus Roxin.

Parece necesario y prudente conjugarla con los aportes ofrecidos por una epistemología jurídico penal proveniente de la filosofía del lenguaje.

En ello parece estar el paso adelante que hay que dar el sistema de imputación y esa es la razón por la que he elegido precisamente este tema para desarrollar.

Este trabajo ha empezado como tema de estudio para la mesa sobre culpabilidad en el Doctorado Honoris Causa en homenaje a Roxin que tuvo lugar en la Universidad Pablo de Olavide, en Sevilla, en noviembre del 2014 y ha sido retomado ahora, por su importancia en las circunstancias que el mundo vive.

En la oportunidad he dicho que siguiendo una tradición que remonta ya a más de cincuenta años, el homenajeado seguía —como sigue hasta hoy— apuntando para nuevas direcciones de desarrollo del sistema de imputación. En uno de sus trabajos más recientes, precisamente aquél que aquí se ha tratado de discutir, Roxin sigue demostrando decantarse por las posiciones más elaboradas y, además, más humanistas, para el establecimiento de criterios respecto de la intervención penal.

Sería cómodo para un académico, del alto de su gloria y reconocimiento mundial, no ocuparse de nuevos problemas que suponen nuevos retos y reelaboración de criterios para dar solución a problemas antes siquiera planteados.

Pero, probando que sus planteamientos siguen en pleno apogeo teórico, el Prof. Roxin, una vez más se inscribe entre aquellos que dictan las direcciones de desarrollo dogmático y político criminal del estudio del Derecho penal.

Ello no impide, por otra parte, que a sus conclusiones se pueda ofrecer nuevas aportaciones, especialmente si derivadas del giro lingüístico por que pasa el Derecho penal, que ciertamente aportan nuevos puntos de vistas sobre cuestiones en dónde la dogmática funcionalista parece ya agotarse.

III. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBRECHT, Hans-Jörg; KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfried y PAEFFGEN, Hans-Ullrich. *Nomos-*

87 Cf. *Ibid.*, p. 233.

- Kommentar Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2005.
- ARCHANGELSKIJ, Alexander. *Das Problem des Lebenotstandes am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführter Flugzeuges*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.
- BECCARIA, Marques de (Cesare de Bonesana). *Dos delitos e das penas*. Trad. de J. Cretella Jr. y Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BINDING, Karl y HOCHÉ, Alfred. *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*. Trad. de Bautista Serigós, Buenos Aires: Ediar, 2009.
- BOHLANDER, Michael. «In extremis - hijacked airplanes, “collateral damage” and the limits of criminal law», in *Criminal Law Review*. London: Sweet & Maxwell, 2006.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Geral*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. «Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin» in *Ciências Penais*, vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte Geral. Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DOMENECH PASCUAL, Gabriel. «¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?», en *Revista de Administración Pública*, n° 170, mayo-agosto, 2006. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- FLETCHER, George Patrick. *Lo Justo y lo Razonable*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e Paulo César Busato, Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- GÜNTHER, Hans-Ludwig. «Defensivnotstand und Tötungsrecht», en [BÖSE, Martin y STERNBERG-LIEBEN, Detlev - org.], *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*. Berlin: Dunker & Humblot, 2009.
- HENCKEL, Heinrich. *Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht*. München: Beck, 1932.
- HIRSCH, Hans Joachim. «Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen», en [HETTINGER, Michael y HILLENKAMP, Thomas - ed.], *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: Müller, 2007.
- HOCHHUT, Martin. «Militärische Bundesintervention bei inländischem Terrorakt. Verfassungsänderungspläne aus Anlaß des 11. September 2001», en *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 2002, n° 44. Köln: WoltersKluwer, 2002.
- HÖRNLE, Tatiana. «Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídica penal» en *InDret*, n° 2, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, julio del 2010.
- HÖRNLE, Tatiana. «Toten, um viele Leben zu retten. Schwierige Notstandsfälle aus moralphilosophischer und strafrechtlicher Sicht », en [HERZBERG, Rolf Dietrich y PUTZE, Rolf - edit.] *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- ISENSEE, Joseph. «Leben gegen leben. Das grundsätzliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug» en [PAWLIK, Michael y ZACZIK, Heirner - org.] *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26 Juli 2007*, Köln-Berlin-München: Carl Heynemanns Verlag, 2007.
- JÄGER, Christian. «Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft n° 115*. Berlin: De Gruyter, 2003.
- JEROUSCHEK, Günter. «Nach dem 11 September 2001: strafrechtliche Überlegungen zum Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeugs», en [AMELUNG, Knut - ed.], *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: Müller, 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*. 5ª ed., Trad. de Miguel Olmenedo Cardenete, Granada: Comares, 2002.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2002.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Trad. de Luís Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- KINDHAUSER, Urs. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4ª ed., Baden-Baden: Nomos, 2009.
- KÖHLER, Michael. «Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand», en [HOYER, Andreas - org.] *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C.F. Müller, 2006.
- LADIGES, Manuel. «Flugzeugabschuss auf Grundlage des übergesetzlichen Notstandes? Verfassungs- und befehlsrechtliche Beurteilung», en *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 50, Köln: Wolters-Kluwer, 2008.
- LEITE, Alair. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

- MARTÍNEZ CANTÓN, Silvia. «Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad», en *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*. [Diego Manuel Luzón Peña - dir.], Madrid: La Ley, 2010.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- MAURACH, Reinhard. *Kritik der Notstandslehre*. Berlin: Carl Heynemmanns Verlag, 1935.
- MERKEL, Reinhard. «§ 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und darf der Staat Töten? Über taugliche und untaugliche Prinzipien zur Lösung eines Grundproblems des Rechts», en *Juristen Zeitung* 8 - 20 apr. 2007. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- MERKEL, Reinhard. «Wenn der Staat Unschuldige opfert» en *Die Zeit*, 8 de julio de 2004.
- MITSCH, Wolfgang. «Luftsicherheitsgesetz - Die Antwort des Rechts auf den '11, September 2001'» en *Juristische Rundschau*, n. 7, jul. 2005. München: De Gruyter, 2005.
- ORTS BERENQUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSAC, José Luis. *Compendio de Derecho penal. Parte General y Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- PAWLIK, Michael. «§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes - ein Tabubruch?» en *Juristen Zeitung* 59 - 2004. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
- PAWLIK, Michael. «Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática», en *InDret*, n. 4/2015. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2015.
- RENZIKOWSKI, Joachim. *Notstand und Notwehr*. Berlin: Dunker & Humblot, 1994.
- RÍOS VEGA, Luis Efrén. «¿Matar inocentes para salvar a otros? El caso del avión-bomba. Killing to save? The bomb's plane case», en *Derechos y Libertades Número 21, Época II, junio 2009*. Madrid: Dykinson, 2009.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y otros casos trágicos» en *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*. [Diego Manuel Luzón Peña - dir.], Madrid: La Ley, 2010.
- ROIG DAVISON, Miguel Ángel y RUIZ GARCÍA, Carlos Alberto. «La valoración de la vida humana. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15.2.2006 (BVerfG, 1. BvR 375/05 vom 15.2.2006, Absatz. Nr. (1.156))» en *InDret*, n. 4/2006. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2006.
- ROSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. de Antonio de Padua Danesi, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ROXIN, Claus. «“Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorien», en *Festschrift für Henkel*, 1974.
- ROXIN, Claus. «Der Abschuss gekaperter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben», en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n° 6, 2011.
- ROXIN, Claus. «Über den Notwehrexzess» en *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*. Göttingen: Schwartz, 1975, p. 117 e ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4ª ed., München: Beck, 2006.
- ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde, Madrid: Reus, 1981.
- ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1973.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*. 4ª ed., München: C.H. Beck, 2006.
- SCHÜNEMANN, Bernd. «La culpabilidad: el estado de la cuestión», en *Sobre el Estado de la Teoría del delito* [Claus Roxin, Günther Jakobs, Bernd Schünemann, Wolfgang Frisch, Michael Köhler]. Trad. de David Felip I Saborit y Ramón Ragués I Vallés, Barcelona: Civitas, 2000.
- SCHÜNEMANN, Bernd. «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung» en [NEUMANN, Ulfrid; HASSEMER, Winfried y SCHROTH, Ulrich - Edit.] *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*. Leipzig: Franz Steiner Verlag, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «Direitos de necessidade agressiva e deveres de tolerância» en *Revista Justiça e Sistema Criminal*, vol. 1, n. 1, jul.-dec. 2009. Curitiba: FAE, 2009, pp. 31 y ss.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Barcelona: Paidós, 2001.
- WINCKLER, Daniela. «Verfassungsmäßigkeit des Luftsicherheitsgesetzes», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n° 25. München-Frankfurt: Beck, 2006.