

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

J. V. GONZÁLEZ GARCÍA

Contrato de colaboración público-privada

F. SANTAOLALLA LÓPEZ

Las directrices de técnica normativa

J. A. TARDÍO PATO

El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del artículo 84 de la Ley 30/1992

170

Madrid

Mayo/Agosto

2006

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA
ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 170,
Madrid, mayo-agosto (2006)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaría:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*
Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*
Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*
León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*
Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*
Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*
Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*
Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*
Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*
José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*
Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*
José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

¿PUEDE EL ESTADO ABATIR UN AVIÓN CON INOCENTES A BORDO PARA PREVENIR UN ATENTADO KAMIKAZE? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL
Doctor en Derecho

I. INTRODUCCIÓN.—II. ALGUNOS CASOS ANÁLOGOS: 1. *Canibalismo en alta mar*. 2. *El caso de las siamesas*. 3. *El problema del tranvía*.—III. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN Y DE LA DOCTRINA DOMINANTE: 1. *El argumento de la dignidad humana*. 2. *El deber de no lesionar la vida prevalece sobre el deber de protegerla*. 3. *La vida humana es imponderable*. 4. *El argumento de la incertidumbre*. 5. *La falta de consentimiento de los ocupantes del avión*. 6. *El caso en el que en el avión viajan sólo terroristas es diferente*. 7. *La cuestión penal queda al margen*.—IV. CRÍTICA DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN: 1. *Crítica del argumento de la dignidad humana*. 2. *La vida humana sí debe ser objeto de ponderaciones (de hecho, normalmente lo es)*. 3. *La equivalencia de las obligaciones negativas y positivas derivadas del derecho fundamental a la vida*. 4. *¿Permanecer inactivo es lo mejor que puede hacerse en los casos trágicos? La perniciosa influencia del sesgo de la omisión*. 5. *Crítica del argumento de la incertidumbre. Las equivocaciones pueden caer de los dos lados*. 6. *El caso en el que en el avión viajan sólo terroristas no es tan diferente*. 7. *El efecto disuasorio de la regulación establecida*.—V. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha anulado recientemente un controvertido precepto legal que, para evitar atentados kamikazes, permitía a la Administración derribar aviones con inocentes a bordo. Según el Tribunal, matar deliberadamente a un inocente para salvar a otros inocentes lesiona su dignidad humana y su derecho a la vida, que no vale menos que la suma de otras vidas humanas. El Tribunal advierte, a mayor abundamiento, que en la situación de incertidumbre en que normalmente habría de aplicarse el precepto impugnado existe un serio peligro de que la Administración ordene el derribo de manera precipitada y mate innecesariamente. El autor critica estos argumentos y opina que lo decisivo para juzgar la licitud del precepto es determinar si el mismo minimiza o no el riesgo para la vida de las personas.

Palabras clave: derecho a la vida; dignidad humana; coacción directa; estado de necesidad; terrorismo.

ABSTRACT

The German Federal Constitutional Court has recently overturned a controversial statute that allowed the Administration to shoot down hijacked airplanes with innocent people on board in order to avoid Kamikaze attacks. According to the Court, the fact of killing innocent people to save others hurts human dignity and their right to life, which is not of less value than other human lives. The Court states, moreover, that, in the uncertain situation in which the challenged rule should be applied, there is serious danger that the Administration orders the shooting down impetuously and the unnecessary killing. The author criticises these arguments and considers that the decisive argument to judge the validity of the rule is to determine whether it minimizes or not the risk to human life.

Key words: right to life; human dignity; killing or letting die; necessity; terrorism.

I. INTRODUCCIÓN

El día 11 de septiembre de 2001, cuatro aeronaves de pasajeros fueron secuestradas por un grupo terrorista. Dos de ellas acabaron estrellándose contra el *World Trade Center* de Nueva York. Otra contra el Pentágono. Y una cuarta contra el suelo, cerca de Pittsburgh (Pennsylvania), supuestamente tras un forcejeo entre los pasajeros y los secuestradores. Más de tres mil personas murieron como consecuencia de los atentados.

El 5 de enero de 2003, un hombre armado secuestró una avioneta y comenzó a sobrevolar con ella el barrio financiero de Fráncfort del Meno, amenazando con abalanzarse contra la sede del Banco Central Europeo si no se le permitía efectuar cierta llamada telefónica. El suceso causó gran alarma. El centro de la ciudad y sus edificios de mayor altura fueron evacuados. Un helicóptero de la policía y dos aviones de caza militares acudieron al lugar y se situaron cerca de la avioneta. Tras algo más de media hora, quedó claro que no había ninguna organización terrorista detrás de los hechos, sino tan sólo un perturbado. Después de que sus exigencias fueran atendidas, aterrizó en el aeropuerto de Rhein-Main y se dejó apresar sin ofrecer resistencia.

Estos acontecimientos desencadenaron la adopción por parte de las autoridades alemanas de diversas medidas encaminadas a garantizar la seguridad en su espacio aéreo. En octubre de 2003 comenzó a funcionar en Kalkar am Niederrhein un centro de información y coordinación que debía servir para prevenir los peligros derivados de aeronaves secuestradas con el fin de ser utilizadas como armas kamikazes. Fruto de esta preocupación es la Ley de seguridad aérea (*Luftsicherheitsgesetz — LuftSiG*) de 11 de enero de 2005¹, en la cual hay un precepto que llama poderosamente la atención. Su parágrafo 14 permite a las autoridades federales ordenar el derribo de una aeronave cuando, a la vista de las circunstancias, pueda concluirse que va a ser utilizada contra la vida de los hombres y esta medida constituya la única manera de evitar dicho peligro:

«(1) Para evitar la producción de un siniestro especialmente grave, las fuerzas armadas podrán intervenir en el espacio aéreo desviando las aeronaves, obligándolas a aterrizar, amenazándolas con el uso de las armas o efectuando disparos de advertencia.

(2) De entre las posibles medidas, habrá que escoger aquella que previsiblemente cause menores perjuicios a los individuos y al común de las gentes. El alcance y la duración de la medida serán los estrictamente necesarios para alcanzar su fin. La medida no podrá acarrear un perjuicio desproporcionado en relación con el objetivo perseguido.

¹ Establecida por el artículo 1 de la *Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben*, de 11 de enero de 2005 (BGBl. I, pág. 78).

(3) El ataque armado sólo será lícito cuando, de acuerdo con las circunstancias, pueda concluirse que la aeronave va a ser utilizada contra la vida de las personas y éste sea el único medio de defensa contra dicho peligro inminente.

(4) Las medidas a que se refiere el apartado 3 sólo podrán ser ordenadas por el Ministro Federal de Defensa o, en su lugar, por el miembro del Gobierno Federal autorizado para ello. En lo demás, el Ministro Federal de Defensa podrá autorizar con carácter general al Inspector del Ejército del Aire la adopción de las medidas referidas en el apartado 1».

La Exposición de Motivos de la Ley da a entender claramente que el apartado tercero de este parágrafo autoriza el uso de las armas para abatir el correspondiente avión aun en el caso de que en él se encuentren inocentes² y el ataque armado les ocasione una muerte prácticamente segura. Se trata de una cláusula *ultima ratio* que permitiría sacrificar la vida de las personas que viajan a bordo de un avión —terroristas, tripulantes y pasajeros— a fin de salvar la vida de otras personas³.

Este precepto ha desatado una viva polémica cuyo punto álgido lo constituye la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de febrero de 2006⁴, que estima el recurso de amparo interpuesto directamente contra el mismo por varias personas que viajaban frecuentemente en avión, declarando su nulidad por razones competenciales⁵ y, además,

² Así lo advierte también la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (en adelante, BVerfG) de 15 de febrero de 2006 (1 BvR 357/05, § 81), objeto del presente estudio.

³ *Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben*, de 14 de enero de 2004 (*Deutscher Bundestag Drucksache* 15/2361, pág. 21).

⁴ 1 BvR 357/05. Sobre la cual puede verse Wolf-Rüdiger SCHENKE (2006), «Die Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftSiG», *NJW*, págs. 736 y ss.; Manfred BALDUS (2006), «Gefahrenabwehr in Ausnahmelagen», *NVwZ*, págs. 532 y ss.; Christof GRAMM (2006), «Der Wehrlose Verfassungstaat?», *DVBL*, págs. 63 y ss.; Felix RETTENMAIER (2006), «Das Luftsicherheitsgesetz – Bewährungsprobe für den grundrechtlichen Lebensschutz?», *VR*, págs. 109 y ss.; Michael SACHS (2006), *JuS*, págs. 448 y ss.; Christian STARCK (2006), *JZ*, págs. 417 y ss.; Daniela WINKLER (2006), «Verfassungsmäßigkeit des Luftsicherheitsgesetzes», *NVwZ*, págs. 536 y ss.

⁵ Sobre esta cuestión, vid. Peter WILKESMANN (2002), «Terroristische Angriffe auf die Sicherheit des Luftverkehrs», *NVwZ*, págs. 1316 y ss.; Peter DREIST (2002), «Offene Rechtsfragen des Einsatzes bewaffneter deutscher Streitkräfte», *NZWehrr*, págs. 137 y ss.; Edzard SCHMIDT-JORTZIG (2002), «Verfassungsänderung für Bundeswehreinätze im Innern Deutschlands?», *DÖV*, págs. 773 y ss.; Günter KRINGS/Christian BURKICZAK (2002), «Bedingt abwehrbereit? Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte des Einsatzes der Bundeswehr zur Bekämpfung neuer terroristischer Gefahren im In- und Ausland», *DÖV*, págs. 510 y ss.; Martin HOCHHUTH (2002), «Militärische Bundesinterventionen bei inländischem Terrorakt», *NZWehrr*, págs. 154 y ss.; Dieter WIEFELSPÜTZ (2003), «Sicherheit vor den Gefahren des internationalen Terrorismus durch den Einsatz der Streitkräfte?», *NZWehrr*, págs. 45 y ss.; Christoph GRAMM (2003), «Bundeswehr als Luftpolizei: Aufgabenzuwachs ohne Verfassungsänderung?», *NZWehrr*, págs. 89 y ss.; Christian LUTZE (2003), «Abwehr terroristischer Angriffe als Verteidigungsaufgabe der Bundeswehr», *NZWehrr*, págs. 101 y ss.; Manfred BALDUS (2004), «Streitkräfteeinsatz zur Gefahrenabwehr im Luftraum. Sind die neuen luftsicherheitsgesetzlichen Befugnisse der Bundeswehr kompetenz- und grundrechtswidrig?», *NVwZ*, págs. 1278 y ss.; Mattias G. FISCHER (2004), «Terrorismusbekämpfung durch die Bundeswehr im Inneren Deutschlands?», *JZ*, págs. 376 y ss.; Peter DREIST (2004), «Terroris-

por vulnerar el derecho fundamental a la vida y la garantía constitucional de la dignidad humana, en la medida en que resulte afectado algún inocente. Al análisis de este segundo motivo de inconstitucionalidad se dedica el presente trabajo. La cuestión es si está permitido —o, dicho más exactamente, si al Estado le está permitido— matar a un inocente para salvar a más de un inocente.

II. ALGUNOS CASOS ANÁLOGOS

El Derecho comparado y la fértil imaginación de algunos autores proporcionan varios casos análogos, más dramáticos si cabe, sobre los que ya se ha discutido mucho. Las diferencias y similitudes que presentan con el que es objeto de este comentario pueden ayudarnos a enjuiciarlo mejor.

1. *Canibalismo en alta mar*

El 5 de julio de 1884 naufragó el velero en el que navegaban Thomas Dudley, Edward Stephens, Edmund Brooks y Richard Parker, quienes, no obstante, lograron subirse a un bote. Durante doce días tan sólo pudieron comer dos libras de nabos enlatados y una pequeña tortuga. A los dieciocho días del naufragio, cuando llevaban siete sin comer y cinco sin beber, el Capitán Dudley sugirió que alguien debía ser sacrificado para que el resto pudiera salvarse, pero Brooks se opuso. Dudley insistió en su idea al día siguiente y propuso jugar a los dados, pero Brooks volvió a oponerse. Finalmente, el 25 de julio, Dudley, con el asentimiento de Stephens y la disconformidad de Brooks, degolló al joven Parker, que a la sazón ya se encontraba semiinconsciente, tras haber ingerido una importante cantidad

tenbekämpfung als Streitkräfteauftrag — zu den verfassungsrechtlichen Grenzen polizeilichen Handelns der Bundeswehr im Innern», *NZWehrr*, págs. 89 y ss.; Tobias LINKE (2004a), «Zur Rolle des Art. 35 GG in dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben», *NZWehrr*, págs. 115 y ss., y (2004b), «Innere Sicherheit durch die Bundeswehr», *ÄöR*, 129, págs. 489 y ss.; Jürgen LÖRSE (2004), «Die Befehls- und Kommandogewalt des Art. 65a GG im Lichte terroristischer Herausforderungen», *DÖV*, págs. 329 y ss.; Wilhelm KNELANGEN/Jan C. IRLINKAEUSER (2004), «Die Debatte über den Einsatz der Bundeswehr im Inneren», *Kieler Analysen zur Sicherheitspolitik*, 12; José MARTÍNEZ SORIA (2004), «Polizeiliche Verwendungen der Streitkräfte. Möglichkeiten und Grenzen eines Einsatzes der Bundeswehr im Inneren», *DVBl.*, págs. 597 y ss.; Henriette SATTLER (2004), «Terrorabwehr durch die Streitkräfte nicht ohne Grundgesetzänderung. Zur Vereinbarkeit des Einsatzes der Streitkräfte nach dem Luftsicherheitsgesetz mit dem Grundgesetz», *NVwZ*, págs. 1286 y ss.; Kerstin ODENDAHL (2005), «Der Umgang mit Unbeteiligten im Recht der Gefahrenabwehr: Das Luftsicherheitsgesetz als verfassungsgemäßer Paradigmenwechsel?», *Die Verwaltung*, 38, págs. 437 y ss.; Jürgen LÖRSE (2005), «Streitkräftefunktion und Katastrophenschutz», *Die Verwaltung*, 38, págs. 471 y ss.; Daniela WINKLER (2006), «Die Systematik der grundgesetzlichen Normierungen des Bundeswehreinsatzes unter Anknüpfung an die Regelung des LuftSiG», *DÖV*, págs. 149 y ss. Sobre la interesante cuestión de la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados en aplicación del § 14 III LuftSiG, vid. Wolfgang MELZER/Christian HASLACH/Oliver SOCHER (2005), «Der Schadensausgleich nach dem Luftsicherheitsgesetz», *NVwZ*, págs. 1361 y ss.

de agua de mar. De su cuerpo se alimentaron los tres supervivientes durante cuatro días, hasta que un velero los rescató, todavía vivos aunque en el más bajo estado de postración.

Según el Jurado que juzgó el caso, «si los hombres no se hubieran alimentado del cuerpo del chico, probablemente no hubieran sobrevivido para ser recogidos y rescatados, sino que hubieran muerto de hambre dentro de los cuatro días. El chico, en un estado mucho más débil, probablemente hubiera muerto antes». «Cuando se cometieron los hechos, no había barco alguno a la vista, ni perspectiva razonable de socorro». «Bajo estas circunstancias, a los reos les pareció que, a menos que se alimentaran pronto del chico o de uno de ellos mismos, morirían de hambre con toda probabilidad. No había ninguna posibilidad apreciable de salvar la vida excepto matando a uno para que los otros comieran». Ahora bien, «aun suponiendo la necesidad de matar a alguien, no había mayor necesidad de matar al chico que la de hacer lo propio con cualquiera de los otros tres hombres»⁶.

El Juez COLERIDGE estimó que Dudley y Stephens cometieron homicidio, aunque luego la Corona conmutó la pena capital por la de seis meses de prisión. Dos fueron los principales argumentos esgrimidos por el Juez. El primero es que el deber de preservar la propia vida no tiene carácter absoluto, prevaleciendo en este caso el deber de sacrificarla por otras personas. El segundo es más interesante. La admisión de un principio que permita sacrificar a un inocente en casos de necesidad encierra un «terrible peligro»: «¿Quién ha de ser el juez de esta suerte de necesidad? ¿Con qué medida ha de medirse el valor comparativo de las vidas? ¿Ha de ser la

⁶ *The Queen v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Queen's Bench Division, págs. 273 y ss. Sobre el caso, vid. Werner GOLDSCHMIDT (1954), «El estado de necesidad ante el Derecho natural», *Revista de Estudios Políticos*, 78, págs. 57 y ss.; Alfred William Brian SIMPSON (1984), *Cannibalism and the Common law: The Story of the Tragic Last Voyage of the Mignonette and the Strange Legal Proceedings to Which It Gave Rise*, University of Chicago Press, Chicago. En 1949, Lon L. FULLER publicó un celeberrimo artículo («The Case of the Speluncean Explorers») sobre un caso imaginario semejante. A los veinte días de quedar atrapados en una cueva, cinco espeleólogos encuentran una suerte de radio, con la que se comunican con el equipo que está tratando de rescatarlos, que les informa que el rescate no podrá tener lugar hasta dentro de al menos diez días y que, dado su precario estado de salud, tienen muy pocas posibilidades de sobrevivir hasta entonces, a menos que consuman la carne de una persona. Los exploradores preguntan si sería lícito sacrificar a uno de ellos a tal efecto, pero las pilas de la radio se agotan antes de que puedan obtener una respuesta. Uno de los espeleólogos, Robert Whetmore, propone entonces que los dados determinen la persona a sacrificar. Los demás aceptan la proposición, aunque luego Whetmore se arrepiente y considera preferible esperar una semana más. Sin embargo, los otros cuatro espeleólogos deciden seguir adelante. Cuando llega el turno de Whetmore, y tras contestar que «no» a la pregunta de si tiene alguna objeción respecto del método empleado, otro espeleólogo lanza los dados en su lugar, resultando Whetmore señalado por el azar y sacrificado. El artículo se reimprimió en la *Harvard Law Review*, 112, 1999, págs. 1851 y ss., precedido de un estudio introductorio de David L. SAPHIRO (págs. 1834 y ss.) y seguido de las opiniones de KOZINSKI, SUNSTEIN, WEST, DE BUNKER, EASTERBROOK y BUTLER (págs. 1876 y ss.). Vid., también, Anthony D'AMATO (1980), «The Speluncean Explorers — Further Proceedings», *Stanford Law Review*, 32, págs. 467 y ss.; Peter SUBER (1998), *The Case of the Speluncean Explorers: Nine New Opinions*, Routledge; así como las aportaciones de William N. ESKRIDGE, Naomi CAHN, John CALMORE, Mary COOMBS, Dwight GREENE, Geoffrey MILLER, Jeremy PAUL y Laura STEIN publicadas en *George Washington Law Review*, 61, 1993, págs. 1731 y ss.

fuerza, el intelecto o qué? Es evidente que el principio deja en manos de aquel que se aprovecha del mismo la determinación de la necesidad que justifica quitar intencionadamente la vida de otro para salvar la suya propia. En este caso, el más débil, el más joven y el que menos resistencia puso fue el elegido. ¿Era más necesario matarlo a él que a uno de los hombres adultos? La respuesta debe ser "No"⁷.

2. *El caso de las siamesas*

Las hermanas Jodie y Mary habían nacido unidas por el abdomen, aunque cada una de ellas tenía sus propios brazos, piernas, cerebro, corazón, pulmones y demás órganos vitales. La separación era quirúrgicamente posible. La pega era que con toda seguridad provocaría la muerte de Mary, pues la sangre y el oxígeno que le permitían vivir se los proporcionaba su hermana a través de una pequeña arteria común, ya que sus pulmones y su corazón, seriamente dañados, eran incapaces de realizar sus respectivas funciones. Mary, además, padecía una severa malformación cerebral. Las perspectivas para Jodie, en cambio, eran mucho mejores. Su cerebro no parecía sufrir anomalía alguna y los médicos estimaban que las probabilidades de sobrevivir a la operación se situaban entre el 94 y 99%, en cuyo caso era de esperar que su movilidad, así como la duración y la calidad de su vida, fuesen razonablemente normales. La otra opción era mantenerlas unidas, pero los expertos consideraban que entonces había entre el 80 y el 90% de probabilidades de que ambas murieran al cabo de unos pocos meses como consecuencia de un fallo en el corazón de Jodie. Además, la probabilidad de morir de otras enfermedades también era elevada.

Tras haber mantenido numerosas conversaciones con los médicos y otras personas, los padres, que habían gastado todos sus escasos ahorros en viajar desde Malta al Reino Unido para recibir asistencia médica, eran contrarios a la separación. Amén de la imposibilidad de pagar el coste económico de los cuidados que su hija Jodie necesitaría en caso de sobrevivir, aducían sus profundas convicciones religiosas (católicas): «no podemos aceptar o contemplar que una de nuestras niñas deba morir para que la otra sobreviva. Ésa no es la voluntad de Dios. Todos tienen derecho a la vida». Los médicos, en cambio, eran partidarios de separar a las hermanas, para lo cual, en vista de la oposición de los padres, solicitaron autorización judicial, que les fue otorgada en primera instancia y confirmada por unanimidad en apelación⁸, lo que, una vez firme la sentencia, les per-

⁷ *The Queen v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Queen's Bench Division, págs. 286 y 287.

⁸ Resolución del *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)* de 22 de septiembre de 2000, *Re A (Children)*, [2000] EWCA Civ 254 (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2000/254.html>), sobre la cual puede verse, en un tono descriptivo, Itzhak KUGLER (2004), «Necessity as a Justification in *Re A (Children)*», *Journal of Criminal Law*, 68, págs. 440 y ss.; y, en un tono sumamente crítico, Charles I. LUGOSI (2001), «Playing God: Mary Must Die So Jodie May Live Longer», *Issues in Law & Medicine*, 17-2, págs. 123 y ss.

mitió intervenir quirúrgicamente, con el resultado previsto: Mary murió y Jodie se salvó⁹.

No es posible resumir cabalmente en unos párrafos las extensas y ricas opiniones formuladas por los tres Jueces integrantes del Tribunal de Apelación de Gales e Inglaterra, pero sí, al menos, resaltar algunos de sus puntos más interesantes. El Juez WARD advierte la existencia de un conflicto, pues los intereses de Jodie exigen la separación, a la cual se oponen los de Mary. Los doctores tienen respecto a Mary un deber de no operar, porque la separación la mataría, pero también tienen respecto a Jodie un deber de operar, porque no hacerlo la mataría. Y «es importante recalcar que no hay ninguna diferencia según el matar se produzca por acción u omisión»¹⁰. La obligación negativa de respetar la vida no prevalece inexorablemente sobre la obligación positiva de protegerla¹¹. Así las cosas, para resolver el dilema, «el Tribunal debe decidir qué es lo mejor para ellas, teniendo en cuenta todos sus intereses y necesidades, sopesando y ponderando ventajas y desventajas, los riesgos de daño y las esperanzas de beneficios, que se derivan de los cursos de acción considerados»¹². Hay que escoger el menor de los dos males, pero ¿cómo efectuar la ponderación? La opinión del Juez WARD es que no procede entrar en consideraciones acerca de si una vida vale más que la otra, pues el valor intrínseco de todas las vidas humanas es el mismo. Ahora bien, ello no quita que resulte legítimo ponderar los beneficios derivados de cada una de las alternativas de actuación, tomar en cuenta la calidad de vida de que actualmente disfrutan y en el futuro pueden llegar a disfrutar las dos hermanas, sus respectivas expectativas legítimas¹³. La tesis de que hay que ponderar la diferente calidad de vida de las dos hermanas es discutible, tanto como desafortunada es la afirmación de que Mary tenía una «vida parasitaria» y que si Jodie pudiera hablar seguramente diría: «para, Mary, me estás matando»¹⁴, tanto como la afirmación de que lo mejor para Mary también era la operación¹⁵. Lo que es indiscutible es que el caso difícilmente podía ser más dramático.

3. *El problema del tranvía*

Este problema no es en realidad uno, sino varios. Se trata de un conjunto de experimentos imaginarios diseñados para testar nuestras intuiciones morales, que no tienen por qué ser siempre inexorablemente atinadas. En todos los casos un sujeto se enfrenta a dos posibles alternativas de actuación, la primera de las cuales conlleva la muerte de una persona y la segunda

⁹ George J. ANNAS (2001), «Conjoined Twins — The Limits of Law at the Limits of Life», *New England Journal of Medicine*, 344-14, pág. 1106.

¹⁰ Ap. 7.5 de la opinión del Juez WARD.

¹¹ *Ibidem*, ap. V.

¹² *Ibidem*, ap. III.7.2. Vid., también, los aps. III.8 y IV.7.5 y 6.

¹³ *Ibidem*, ap. III.10.

¹⁴ *Ibidem*, ap. III.10.

¹⁵ Aps. 28 y 34 de la opinión del Juez WALKER.

la de cinco personas. Desde una perspectiva consecuencialista (v. gr., utilitarista), el primer curso de acción sería siempre preferible, pero lo cierto es que, en algunos casos, está comprobado que la mayoría o muchos de los sujetos encuestados escogen el segundo¹⁶. Veamos algunas variantes del problema.

Imagínese que usted hace de *conductor de un tranvía*. Al girar una curva, cuesta abajo, advierte la presencia de cinco operarios que están reparando la vía. Trata de frenar, pero los frenos no responden. Entonces se da cuenta de que puede tomar un desvío hacia la derecha, aunque allí hay un operario trabajando. La gran mayoría de los encuestados considera que es moralmente permisible, o incluso obligado, decantarse por esta segunda alternativa.

Imagínese que es un *espectador* que observa cómo el tranvía se dirige hacia los cinco operarios, cuando descubre la existencia de un interruptor que le permite desviar el tranvía hacia la derecha, donde se encuentra un operario. La mayoría sigue pensando que es lícito apretar el interruptor. Aunque la cuestión se vuelve mucho más controvertida si la persona que está en la vía de la derecha es un enfermo convaleciente que está almorzando allí por invitación del Alcalde, que es precisamente la persona que está ahora al lado del interruptor y que en su momento le aseguró que por ese lugar no pasaban tranvías.

Imagínese que se encuentra sobre un puente, observando cómo el tranvía se dirige hacia los cinco operarios, cuando advierte la presencia en el mismo puente de un *hombre gordo*, un hombre realmente gordo. Usted sabe que si lo empuja caerá justo encima de la vía e impedirá que el tranvía siga avanzando. La mayoría de los encuestados no le daría el empujón.

Imagínese que es un gran *cirujano*. Los trasplantes que realiza siempre dan buen resultado. Imagínese que, para poder sobrevivir, cinco de sus pacientes requieren urgentemente un trasplante: dos necesitan un pulmón, dos un riñón y uno un corazón. Poco antes de que el tiempo se agote, viene a la clínica para hacerse su revisión anual un sujeto que goza de excelente salud y que sería el donante perfecto de los órganos. La mayoría de los encuestados considera inmoral sacrificarlo para realizar los trasplantes.

Permítaseme formular otras variantes del problema. Imagínese que se encuentra en la cubierta de un *barco* que navega por unas aguas infestadas de tiburones cuando, como consecuencia de un golpe de mar, cinco personas desconocidas caen al agua por estribor y, simultáneamente, una por babor. Si usted dispone únicamente de una escalerilla de cuerda y sabe que no hay tiempo para rescatarlas a todas —o se salvan cinco o se salva una—,

¹⁶ El problema, planteado inicialmente por Philippa FOOT, fue desarrollado luego extensamente por Judith Jarvis THOMPSON (1985), «The Trolley Problem», *Yale Law Journal*, 94, págs. 1395 y ss. La bibliografía filosófica sobre el problema es muy abundante. Vid., por todos, Eric RAKOWSKI (1993), «Taking and Saving Lives», *Columbia Law Review*, 93, págs. 1063 y ss.; Kai DRAPER (2006), «Rights and the Doctrine of Doing and Allowing», *Philosophy & Public Affairs*, 33-3, págs. 253 y ss., y las obras allí citadas.

¿por qué lado del barco arrojaría la escalerilla? Imagínese que primero cae al mar una persona por babor y luego, justo después de lanzarle la escalerilla, las cinco por estribor. ¿Retiraría en este caso la escalerilla para poder salvar a estas cinco personas? Imagínese que el sujeto que cayó por babor ya ha comenzado a subir por la escalera cuando caen los otros cinco. ¿La agitaría con fuerza para que aquél volviera a caerse al agua y éstos pudieran salvarse? ¿Estaría dispuesto a golpearle con un palo?

III. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN Y DE LA DOCTRINA DOMINANTE

1. *El argumento de la dignidad humana*

El artículo 1.1 de la Constitución alemana (en adelante, GG) establece que «la dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público». La importancia de primer orden que, sin duda alguna, el constituyente quiso otorgar a la dignidad humana contrasta con la extraordinaria dificultad de precisar el significado jurídico de la misma¹⁷. El Tribunal Constitucional Federal ha seguido principalmente dos vías para interpretar el precepto. En ocasiones, se ha limitado a identificar algunas conductas concretas lesivas de la dignidad de la persona (su «degradación, estigmatización, persecución, proscripción, etc.»¹⁸). Pero también encontramos resoluciones que ensayan una definición de carácter general, utilizando para ello la fórmula de la no instrumentalización o del objeto, propugnada tempranamente por DÜRIG e inspirada, a su vez, en las tesis de KANT. En ella se apoya la Sentencia comentada: «partiendo de la idea del constituyente de que pertenece a la esencia del hombre autodeterminarse en libertad y desarrollarse libremente, y que el individuo puede exigir ser reconocido en el seno de la comunidad como un miembro igualmente legitimado y con valor propio, la obligación de respetar y de proteger la dignidad humana excluye en general hacer del hombre un simple objeto del Estado. Así, está sencillamente prohibido cualquier tratamiento del hombre por parte del poder público que ponga en cuestión su cualidad de sujeto, su estatus de sujeto de Derecho, desconociendo la consideración del valor que corresponde a todo hombre por sí mismo, por el hecho de ser una persona» (§ 121)¹⁹.

¹⁷ Sobre las abundantes opiniones vertidas sobre el tema, vid., por todos, Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (2005), *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, págs. 25 y ss.

¹⁸ Auto del BVerfG de 19 de diciembre de 1951 (BVerfGE 1, 97, 104).

¹⁹ Según Günter DÜRIG (1956), «Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde», *AöR*, 81, pág. 127, «la dignidad humana como tal resulta afectada cuando el hombre concreto es degradado a la categoría de objeto, a un simple medio para otros fines, a una cantidad reemplazable». Recordemos que el imperativo práctico postulado por Immanuel KANT (1785), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. GARCÍA MORENTE, Espasa-Calpe, Madrid, 1977, pág. 84, reza: «obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y

Aunque la Sentencia no lo diga explícitamente, ha de tenerse muy en cuenta que la jurisprudencia y la doctrina dominante en Alemania atribuyen a la dignidad humana una eficacia jurídica absoluta. A diferencia de los restantes derechos fundamentales, cuyo alcance *prima facie* puede ser limitado bajo ciertas condiciones —básicamente: la limitación ha de estar prevista en una ley y ser útil, necesaria y proporcionada para satisfacer un fin legítimo—, la dignidad humana es absolutamente intangible, impondrable, insusceptible de limitación. Las intervenciones estatales que afectan a la dignidad humana no admiten justificación alguna. La dignidad de la persona no puede ceder un ápice en aras de la satisfacción de otros bienes constitucionales. Cualquier afeción a la dignidad humana constituye una vulneración de la misma²⁰.

Pues bien, el Tribunal Constitucional Federal entiende que el parágrafo 14 III LuftSiG, en cuanto que permite abatir un avión con inocentes a bordo, lesiona la dignidad que les corresponde como personas. El Estado, al hacer uso de esta posibilidad, les trata como a simples objetos con los que proteger a otras personas. La tripulación y los pasajeros del avión se hallan completamente indefensos y a merced del Estado, cuya intervención armada les aboca de manera ineluctable a una muerte prácticamente segura. Semejante trato representa un desprecio a los afectados en su calidad de sujetos dotados de dignidad y derechos inalienables. Al utilizarse su muerte como un medio para salvar a otras personas, se les cosifica. Al disponer el Estado de su vida, se les niega el valor que al hombre le corresponde por sí mismo (§ 124). Los inocentes que viajan en el avión-arma no pueden ser considerados como parte del mismo y tratados como tales: esa concepción según la cual las víctimas ya no son apreciadas como hombres, sino como cosas, es incompatible con la imagen constitucional del hombre y con la idea de que pertenece a su esencia el autodeterminarse en libertad (§ 134)²¹.

nunca solamente como un medio». El mismo criterio ha sido propugnado entre nosotros para determinar el significado de la dignidad humana a que se refieren el artículo 10.1 de la Constitución española [vid. Tomás PRIETO ÁLVAREZ (2005), *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Civitas, Madrid, págs. 168 y ss.] y el artículo II-61 de la Constitución europea [vid. Pedro SERNA (2005), «La dignidad humana en la Constitución Europea», en *Comentarios a la Constitución Europea*, dirs. Enrique ÁLVAREZ CONDE/Vicente GARRIDO MAYOL, Tirant lo Blanch, Valencia, T. II, pág. 222].

²⁰ Vid. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (2005: 33 y ss.).

²¹ En sentido similar, vid. Karsten BAUMANN (2004), «Das Grundrecht auf Leben unter Quantifizierungsvorbehalt? Zur Terrorismusbekämpfung durch "finalen Rettungsabschuß"», *DÖV*, págs. 858 y ss.; Torsten HARTLEB (2005), «Der neue § 14 III LuftSiG und das Grundrecht auf Leben», *NJW*, pág. 1398; Wolfram HÖFLING/Steffen AUGSBERG (2005), «Luft-sicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand», *JZ*, págs. 1081 y ss.; Jens KERSTEN (2005), «Die Tötung von Unbeteiligten. Zum verfassungsrechtlichen Grundkonflikt des § 14 III LuftSiG», *NVwZ*, págs. 662 y 663; Klaus LÜDERSSEN (2005), «Kriegsrecht in Deutschland?», *StV*, pág. 106.

2. El deber de no lesionar la vida prevalece sobre el deber de protegerla

El Gobierno Federal aducía en defensa del precepto legal impugnado la reiterada jurisprudencia constitucional relativa a los deberes estatales de protección derivados de los derechos fundamentales (*grundrechtliche Schutzpflichten*): los poderes públicos están obligados no sólo a abstenerse de lesionar los derechos fundamentales, sino también a protegerlos frente a las agresiones procedentes de terceros²². El Estado —alegaba el Gobierno— cumplía mediante la Ley impugnada con su deber de proteger la vida humana. Si el derecho a la vida de una persona colisiona con el derecho a la vida de otra persona, es tarea del legislador resolver la colisión, para lo cual dispone de un ancho margen de discrecionalidad. La intervención estatal en la vida de los ocupantes del avión contemplada por la Ley alcanzaba, ciertamente, una extraordinaria intensidad, pero no menos grave era la amenaza para la vida de otras personas que implicaba la no intervención. La función defensiva de los derechos fundamentales [en virtud de la cual el Estado debe, en principio, abstenerse de intervenir en ellos] no goza de preferencia respecto de su función protectora [en virtud de la cual el Estado debe, en principio, protegerlos] (§ 54)²³.

El Tribunal Constitucional desestima esta alegación, pues considera que si bien los poderes públicos disponen de un ancho margen de apreciación para cumplir sus deberes de protección, el medio de protección elegido debe ser conforme con la Constitución, lo que no era el caso. El Estado, al aplicar el parágrafo 14 III LuftSiG, no sólo dejaba sin protección a los ocupantes del avión, sino que también intervenía en su vida vulnerando su dignidad humana. La circunstancia de que esa actuación sirviese para proteger y salvar la vida de otras personas no cambiaba un ápice las cosas (§§ 138 y 139).

La mayoría de la doctrina se había pronunciado sobre esta cuestión de manera mucho más rotunda. El conflicto entre la obligación estatal de no intervenir en la vida de los ocupantes del avión y la obligación de proteger la vida de otras personas que morirían en caso de consumarse el atentado kamikaze debía resolverse en favor de la primera. En virtud de la «concepción liberal» de la Constitución, enraizada en su artículo 1.1, lo que requiere justificación no es el derecho fundamental defensivo, sino la intervención estatal a través de la cual se realiza el deber de protección. El hombre constituye un presupuesto del orden estatal. La primacía de la libertad del

²² Sobre esta jurisprudencia, vid. Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2006), *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, CEPC, Madrid, *passim*, esp. págs. 77 y ss.

²³ Según ODENDAHL (2005: 447), el derribo del avión se ajusta a la GG si la muerte inminente de sus ocupantes es inevitable, pues entonces el conflicto existente entre el deber estatal de proteger su vida y el deber de proteger la vida de las personas que se hallan en tierra firme debe resolverse en favor de este último, ya que sólo éste puede ser cumplido por el Estado. En sentido similar, vid. Friedhelm HASSE (2006), «Das Luftsicherheitsgesetz: Abschuss von Flugzeugen als "Hilfe bei einem Unglücksfall"», *DÖV*, pág. 218.

individuo frente a cualquier limitación estatal impregna la concepción de los derechos fundamentales e impone una asimetría en aquella ponderación en favor del derecho fundamental defensivo, cuya eficacia jurídica deriva inmediatamente de la Constitución, en detrimento del deber de protección, más complejo y necesitado de concreción legal²⁴. El deber de omisión prevalece sobre el de actuación²⁵.

3. *La vida humana es imponderable*

En la motivación de la Sentencia late, implícita pero inequívocamente, un argumento que sí había sido esgrimido de manera expresa por los recurrentes y varios autores: es ilícito ponderar vida contra vida, en función de cuántas personas vayan a morir posiblemente si el Estado toma una u otra decisión. Resulta inadmisibles actuar en virtud de un cálculo utilitarista de las vidas de los ocupantes del avión y de quienes se encuentran en tierra firme²⁶. Esa prohibición de ponderar resultaría de la igualdad fundamental de todas las personas en lo relativo a su derecho a existir, derivado directamente de su dignidad reconocida en el artículo 1.1 GG²⁷. La dignidad humana prohíbe una ponderación en la que lo decisivo es si resulta un «saldo positivo», por superar el número de las vidas salvadas al de las sacrificadas. Tal proceder no respeta la insustituibilidad de las personas, sino que persigue la felicidad de la mayoría²⁸. Contra el derecho fundamental a la vida, los números no cuentan²⁹. Ni el número de vidas sacrificadas y salvadas ni su previsible duración podían servir como criterios de decisión. Cada vida humana tiene un valor absoluto³⁰. La obligación de respetar y proteger la vida humana no posee una dimensión cuantitativa ni una otra cualitativa. Toda vida humana tiene como tal el mismo valor. Existe una prohibición constitucional de diferenciar, de modo que no cabe hacer prevalecer la vida de muchas personas frente a la de una. Los cálculos cuantitativos son inadmisibles, no sólo porque colocan al individuo en una posición subordinada respecto

²⁴ KERSTEN (2005: 662 y 663). En sentido parecido, vid. HÖFLING/AUGSBERG (2005: 1084) y RETTENMAIER (2006: 111).

²⁵ Arndt SINN (2004), «Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 III Luftsicherheitsgesetz — rechtmäßig?», *NSiZ*, pág. 586.

²⁶ KERSTEN (2005: 663); RETTENMAIER (2006: 111).

²⁷ HARTLEB (2005: 1397 y 1398). Según LUGOSI (2001: 148), «matar a una persona inocente para salvar la vida de otra es siempre, sin excepción, moralmente incorrecto. Porque todo ser humano viviente es igual a cualquier otro ser humano respecto al derecho a la vida».

²⁸ BAUMANN (2004: 858 y 859); Bodo PIEROTH/Bernd J. HARTMANN (2005), «Der Abschuss eines Zivillflugzeuges auf Anordnung des Bundesministers für Verteidigung», *JURA*, págs. 729 y 730.

²⁹ MERKEL (2004).

³⁰ MITSCH (2005: 277). Según LUGOSI (2001: 148), «la vida humana es de un valor absoluto e infinito». En relación con el caso *Dudley y Stephens*, señala GOLDSCHMIDT (1954: 78) que «varias vidas humanas no valen más que una; y una vida humana determinada no vale menos que otra. Las vidas humanas son inconmensurables».

de la comunidad, sino además porque desconocen el valor igual de toda vida humana³¹.

Esta doctrina se debe precisamente al propio Tribunal Constitucional Federal. En su primera Sentencia sobre la despenalización del aborto, frente a la alegación del Gobierno de que el nuevo sistema instaurado redundaría en una disminución del número global de abortos y, por lo tanto, en una mejor protección de la vida humana, el Tribunal declara:

«La ponderación global de la vida contra la vida, que conduce a permitir la aniquilación del número supuestamente más pequeño en interés de la conservación del número presumiblemente mayor, no es compatible con la obligación de proteger individualmente cada vida concreta.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal se ha desarrollado el principio según el cual la inconstitucionalidad de una disposición legal que, de acuerdo con su estructura y eficacia real, perjudica a un determinado grupo de personas no puede ser refutada con la indicación de que esta disposición u otras determinaciones de la ley favorecen a otro grupo de personas... Este principio... debe valer en especial medida para el bien jurídico personalísimo de la vida. La protección de la vida individual no puede ser abandonada porque se persigue el objetivo, en sí mismo digno de aprecio, de salvar otras vidas. Toda vida humana —también la vida que se está desarrollando— es como tal igualmente valiosa y, por lo tanto, de ninguna manera puede quedar sometida a una valoración diferente en función de su tipo o a una ponderación numérica...

La protección del derecho fundamental en particular no puede ser sacrificada en aras de la eficiencia de la regulación en su conjunto. La ley no es sólo un instrumento con el que gobernar procesos sociales de acuerdo con pronósticos y conocimientos sociológicos, sino que también es una expresión permanente de la valoración ético-social y, subsiguientemente, jurídica de las conductas humanas; vale decir, de lo que para el individuo es lícito e ilícito»³².

³¹ HÖFLING/AUGSBERG (2005: 1082 y ss.). Vid., también, SINN (2004: 588). Tatjana HÖRNLE (2003), «Menschenwürde und Lebensschutz», *ARSP*, 89, págs. 329 y 330, estima que estos cálculos cuantitativos son incompatibles con la dignidad humana, si bien admite una excepción para el supuesto en que «por razones fácticas no es posible salvar a todas las personas que se hallan en peligro de morir», como sería el caso en el que el capitán de un barco que está naufragando entrega los escasos chalecos salvavidas disponibles sólo a determinadas personas. Dicho con otras palabras, no es lícito matar a uno para salvar a cinco, pero sí dejar morir a uno para salvar a otros, cuando no es posible salvarlos a todos. La pregunta es: ¿a qué obedece esta diferencia entre matar y dejar morir? Más adelante se tratará la cuestión.

³² Sentencia de 25 de febrero de 1975 (BVerfGE 39, 1, 58 y 59).

Interesa señalar que este argumento no era en verdad decisivo para resolver la cuestión planteada, pues el Tribunal Constitucional Federal también se sirvió de otra razón para declarar la inconstitucionalidad de la regulación impugnada: el cálculo global efectuado por el legislador carecía de un fundamento real fiable. Faltaban «puntos de apoyo suficientes para estimar que el número de los abortos futuros [iba a ser] considerablemente menor que los producidos con la regulación vigente. Antes bien, el propio representante del Gobierno ante la Comisión Especial para la Reforma Penal, basándose en detenidas consideraciones y comparaciones, había llegado a la conclusión de que, tras el establecimiento de la nueva regulación, cabía esperar un aumento del 40% del número total de abortos legales e ilegales en la República Federal. Este cálculo, ciertamente, había sido puesto en duda por el Professor Dr. Dr... pero los datos numéricos existentes procedentes del extranjero, en especial de Inglaterra... y de la República Democrática Alemana... no [permitían] concluir con seguridad que [se produciría] un descenso sustancial de los abortos»³³.

4. *El argumento de la incertidumbre*

Al párrafo 14 III LuftSiG se le ha criticado que resulta prácticamente imposible concluir que en el caso concreto concurren realmente las circunstancias en las que resultaría lícita la intervención armada del Estado: no cabe concluir con certeza «que la aeronave va a ser utilizada contra la vida de los hombres y éste sea el único medio de defensa contra dicho peligro»; nunca es posible afirmar con seguridad que, si no se derriba el avión, éste se estrellará a los pocos minutos, causando la muerte de sus ocupantes y de otras personas inocentes. ¿Cómo puede saberse cuáles son las intenciones reales de los secuestradores? ¿Acaso no existe la posibilidad de que la tripulación y los pasajeros aborten el hipotético atentado?³⁴.

De acuerdo con las opiniones expertas de la Asociación de pilotos e ingenieros aeronáuticos (*Vereinigung Cockpit*) y de la Organización Independiente de Azafats (*Unabhängige Flugbegleiter Organisation*), el Tribunal estima que, en el momento en el que se plantee la aplicación del párrafo 14 III LuftSiG, lo más probable es que las circunstancias no permitan conocer y juzgar correctamente la situación real existente, ni tampoco excluir la posibilidad de que el desarrollo de los acontecimientos convierta en innecesaria la medida prevista en dicho precepto. No cabe constatar con la certeza exigible la concurrencia real de los requisitos necesarios para ordenar y ejecutar esa medida (§ 125).

La falta de o la defectuosa comunicación entre la tripulación y las autoridades propicia que éstas puedan interpretar erróneamente la situación (§§ 126 y 128). Las posibilidades de saber qué ocurre realmente en la aero-

³³ *Ibidem* (BVerfGE 39, 1, 59 y 60).

³⁴ Vid. BAUMANN (2004: 860 y 861); HÖFLING/AUGSBERG (2005: 1083); MERKEL (2004); SINN (2004: 591); PIEROTH/HARTMANN (2005: 728).

nave, aun cuando existan buenas condiciones meteorológicas y pueda establecerse contacto visual con la misma, son muy limitadas. Estas dificultades y la posibilidad de que la situación a bordo cambie en cuestión de minutos, o incluso segundos, impiden que los sujetos competentes para decidir, extremadamente apremiados por la escasez de tiempo, puedan formarse un juicio seguro acerca de si concurren los requisitos del parágrafo 14 III LuftSiG. La decisión podría adoptarse en virtud de una simple sospecha (§ 128). Y la considerable cantidad de tiempo que las autoridades deben emplear en la observancia del complejo procedimiento previsto por la LuftSiG para ordenar el derribo incrementa, paradójicamente, el riesgo de que se tomen decisiones precipitadas (§ 129). Existe el peligro, pues, de que se ordene el derribo del avión demasiado pronto, en casos en los que la intervención armada posterior todavía podría alcanzar exitosa y proporcionalmente su objetivo. «Para que una intervención tal sea plenamente eficaz, debería aceptarse de antemano que la medida posiblemente no será en absoluto necesaria. Dicho con otras palabras: con frecuencia deberá reaccionarse de manera excesiva», desproporcionada (§ 127).

5. *La falta de consentimiento de los ocupantes del avión*

Algún autor había sostenido que, en supuestos como los previstos en el parágrafo 14 III LuftSiG, cabía incluso entender que la mayoría de los secuestrados estaría de acuerdo con el derribo del avión si la caída de éste fuera a producirse, sin duda alguna, pocos minutos después y dicho derribo permitiera evitar la muerte de cientos o incluso miles de personas. Las conversaciones telefónicas mantenidas por los pasajeros del avión que se estrelló en Pittsburgh el 11 de septiembre de 2001 indican que ésta no era una hipótesis descabellada³⁵. Viene a sugerirse que este consentimiento de los afectados excluiría la inconstitucionalidad de la intervención estatal.

El argumento ha sido criticado, con razón, por la doctrina dominante, así como por el Tribunal Constitucional Federal. En primer lugar, porque es muy discutible que las víctimas puedan renunciar válidamente a sus vidas y que, por lo tanto, su hipotético consentimiento pueda eliminar la ilicitud de su ejecución³⁶. En segundo lugar, porque resulta extremadamente aventurado presuponer que *todos* los ocupantes de la aeronave quieren que en estos casos el Estado proceda a derribarla: esta presuposición carece de apoyo real alguno; constituye una ficción justamente contraria a lo que resulta razonable esperar de un hombre en tales circunstancias³⁷. Y, en fin, porque muy difícilmente puede afirmarse que en estos casos los afectados disponen de la información necesaria y se hallan en una situación adecua-

³⁵ HOCHHUTH (2002: 166, nota 44).

³⁶ Vid. BAUMANN (2004: 857); HARTLEB (2005: 1399); HÖFLING/AUGSBERG (2005: 1084 y 1085).

³⁷ Sentencia del BVerfG de 15 de febrero de 2006 (1 BvR 357/05, § 131); BAUMANN (2004: 856); HÖFLING/AUGSBERG (2005: 1085).

da para prestar un consentimiento verdaderamente libre, no distorsionado por la presión de las circunstancias³⁸.

Cabría replicar que, una vez promulgada la LuftSiG, los tripulantes y pasajeros que deciden libremente embarcarse en una aeronave que atraviesa el espacio aéreo alemán también asumen voluntariamente el riesgo de ser secuestrados y sacrificados a fin de evitar una catástrofe mayor. Quizás a ello se refiriese el Gobierno Federal cuando alegaba durante el proceso de inconstitucionalidad que éstos debían ser conscientes del peligro que corrían al participar en el tráfico aéreo³⁹. En contra de este razonamiento se ha señalado que no todos los sujetos que sobrevuelan Alemania tienen por qué conocer dicho precepto legal y, además, que una cosa es asumir voluntariamente una actividad que conlleva el remoto riesgo de sufrir un secuestro y otra bien distinta es consentir el sacrificio de la propia vida en caso de secuestro; lo primero no implica lo segundo⁴⁰.

6. *El caso en el que en el avión viajan sólo terroristas es diferente*

El Tribunal considera que el precepto impugnado no vulnera la Constitución cuando en la aeronave viajan sólo terroristas. No se lesiona la dignidad humana, porque «quien... ataca antijurídicamente bienes jurídicos ajenos no queda convertido en un simple objeto de la actuación estatal ni ve cuestionada su cualidad de sujeto si el Estado se defiende contra el ataque antijurídico y trata de rechazarlo en cumplimiento de su deber de protección frente a aquellos cuya vida va a extinguirse. Al contrario, existe una correspondencia con la posición de sujeto del agresor cuando se le imputan personalmente las consecuencias de su conducta autodeterminada y se le hace responder por los sucesos que ha desencadenado. Es por ello que el agresor no resulta perjudicado en su derecho al respeto de su propia dignidad humana» (§ 141 de la Sentencia). La muerte de los terroristas causada inmediatamente por la intervención estatal sólo a ellos les resultaría imputable, al haberla provocado antijurídicamente bajo su propia responsabilidad. En sus manos estaba el haberla evitado⁴¹.

Tampoco el derecho a la vida de los terroristas resulta vulnerado, pues la intervención estatal respeta las exigencias del principio de proporcionalidad. El fin perseguido, salvar vidas humanas, es indiscutiblemente legítimo (§ 14). Y no puede decirse que la regulación establecida por el legislador sea inadecuada para conseguir ese fin, porque, a pesar de la incertidumbre existente, «cabe pensar en situaciones en las cuales puede constatarse con fiabilidad que en el avión envuelto en el incidente sólo se encuentran los autores del delito, y en las cuales puede aceptarse

³⁸ BAUMANN (2004: 856); HARTLEB (2005: 1399).

³⁹ *Apud* Sentencia del BVerfG de 15 de febrero de 2006 (1 BvR 357/05, § 56).

⁴⁰ BAUMANN (2004: 856 y 857). Vid., también, HARTLEB (2005: 1399 y 1400).

⁴¹ Vid., en este sentido, BAUMANN (2004: 859 y 860); HARTLEB (2005: 1398); HÖFLING/AUGSBERG (2005: 1082); KERSTEN (2005: 662); Reinhard MERKEL (2004), «Wenn der Staat Unschuldige opfert», *Die Zeit*, 29, 8 de julio.

con suficiente seguridad que la intervención conforme al parágrafo 14 III LuftSiG evitará que se produzcan ulteriores consecuencias negativas para la vida de las personas que se hallan en tierra firme» (§ 146). La regulación contemplada es también necesaria, pues no hay ninguna otra medida igualmente eficaz para alcanzar el objetivo pretendido que restrinja en menor medida el derecho a la vida de los terroristas (§§ 147 y 148). Y es proporcionada en sentido estricto: el derribo del avión supone una medida defensiva que los terroristas están obligados a soportar razonablemente, «de acuerdo con el resultado de una ponderación global entre la gravedad de la intervención en el derecho fundamental y el peso de los bienes jurídicos que se trata de proteger» (§149).

7. La cuestión penal queda al margen

La Sentencia comentada declara explícitamente que aquí se trata de juzgar únicamente la licitud constitucional del parágrafo 14 III LuftSiG, y no la eventual responsabilidad penal de los sujetos que derriben la aeronave u ordenen su derribo. Debe señalarse, no obstante, que la mayoría de los penalistas que se han pronunciado sobre el tema entienden que en el supuesto de hecho previsto por dicho precepto cabe sostener la existencia de un estado de necesidad cuando menos disculpante (*entschuldigender Notstand*), que no excluiría la antijuridicidad de la conducta pero sí la responsabilidad de sus autores⁴².

⁴² Vid. KERSTEN (2005: 663); MITSCH (2005: 274 y ss.); PAWLIK (2004: 1048 y ss.); SINN (2004: 585 y ss.). Según HOCHHUTH (2002: 165 y 166), aquí concurriría un estado de necesidad justificante. En sentido similar, vid. Harro OTTO (2005), «Die strafrechtliche Beurteilung des Kollision gleichrangiger Interessen», *JURA*, págs. 478 y 479. Según Christian JÄGER (2003), «Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrecht dogmatik und Rechtsphilosophie», *ZStW*, 115, págs. 780 y ss., aquí no existiría un estado de necesidad, siquiera disculpante, sino una exclusión suprallegal de la responsabilidad por falta de necesidad de prevención. El que la conducta consistente en matar intencionadamente a un inocente pueda ser ilícita pero no punible ya había sido sostenido por Immanuel KANT (1797), *La metafísica de las costumbres*, trad. CORTINA ORTS/CONILL SANCHO, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 46, utilizando, por cierto, un argumento consecuencialista: «no puede haber ninguna ley penal que imponga la muerte a quien en un naufragio, corriendo con otro el mismo riesgo de muerte, le arroje de la tabla en la que se ha puesto a salvo, para salvarse a sí mismo. Porque la pena con la que la ley amenazara no podría ser ciertamente mayor que la de perder su vida. En tal caso, semejante ley penal no puede tener el efecto pretendido; porque la amenaza de un mal, que es todavía incierto (el de la muerte por sentencia judicial), no puede superar al miedo ante un mal cierto (es decir, morir ahogado). Por tanto, el acto de salvar la propia vida por medio de la violencia no ha de juzgarse como irreprochable (*inculpabile*), sino sólo como no punible (*impunible*)». Las cursivas son del original. En sentido similar, vid. Tom STACY (2002), «Acts, Omissions, and the Necessity of Killing Innocents», *American Journal of Criminal Law*, 29, pág. 505, quien, por lo demás, afirma la licitud de matar a inocentes si ésta es la alternativa que minimiza la pérdida de vidas humanas (págs. 502 y ss.).

IV. CRÍTICA DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

1. *Crítica del argumento de la dignidad humana*

La extrema vaguedad del concepto de dignidad humana, así como las fuertes controversias existentes acerca de su significado jurídico, aconsejan hacer un uso muy restrictivo de este principio a la hora de juzgar si las regulaciones establecidas por el legislador lo respetan. De un lado, por elementales razones derivadas del principio democrático: al representante directo del pueblo, en virtud de su composición plural y del carácter transparente, participativo y deliberativo de sus procedimientos de actuación, hay que reconocerle un amplio margen de discrecionalidad para ordenar la vida social, tanto más amplio cuanto más borrosos e indeterminados son los límites constitucionales que lo ahorman. De otro lado, porque en caso contrario se corre el riesgo de efectuar interpretaciones sobre el contenido de ese principio que resulten apodícticas e inaceptables para muchas personas.

Supongamos, con todo, que la dignidad del hombre prohíbe instrumentalizarlo, cosificarlo o, como dice nuestro Tribunal Constitucional, tratarlo con «menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona»⁴³. Ahora bien, ¿cuándo se instrumentaliza a una persona? ¿Siempre que se le causa un perjuicio o se le pone en una posición de desventaja en contra de su voluntad y en atención a un interés que no es el suyo propio? Si así fuera, habría que estimar contrarias a la dignidad humana innumerables normas vigentes en los ordenamientos jurídicos alemán y español. ¿Se instrumentaliza a un sospechoso de haber cometido un delito cuando se le encarcela preventivamente a pesar de no haberse demostrado su culpabilidad y, por lo tanto, de que quizás sea inocente? ¿Se cosifica al soldado que cumple el servicio militar obligatorio cuando se le encomiendan misiones riesgosas, que conllevan una elevada probabilidad de morir? ¿Atenta contra la dignidad humana la posibilidad prevista por la Ley alemana de 12 de agosto de 1965 de que los miembros del Ejército Federal, en tiempos de paz, disparen en determinadas circunstancias contra una multitud de personas entre las cuales hay inocentes, aun cuando la probabilidad de matar a alguno de ellos sea elevada?⁴⁴ ¿Hacen lo propio las Leyes de los *Länder* que permiten a los agentes de policía emplear armas de fuego para neutralizar un peligro inminente contra la vida, aun cuando los disparos puedan causar muy probablemente la muerte de inocentes?⁴⁵. La única diferencia existente entre los casos previstos en estas

⁴³ SSTC 120/1990 (FJ 4), 57/1994 (FJ 3) y 192/2003 (FJ 7).

⁴⁴ Vid. los §§ 15.2 y 16.2 de la *Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und verbündeter Streitkräfte sowie zivile Wachpersonen (UZwGBw)*, de 12 de agosto de 1965 (BGBl. I, pág. 796).

⁴⁵ Vid., por ejemplo, el artículo 66.4 de la *Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz — PAG)*, redactado según el texto publicado el 14 de septiembre de 1990, que establece que «el uso de armas de fuego es ilícito

últimas disposiciones y el parágrafo 14 III LuftSiG es que aquí la intervención armada provocará casi con toda seguridad la muerte de inocentes, mientras que allí el uso de las armas de fuego puede ocasionar su muerte «tan sólo» con una muy alta probabilidad. Así las cosas, ¿a partir de qué probabilidad se vulnera la dignidad del hombre? ¿Es la dignidad humana una cuestión de grado, de números y probabilidades? No he encontrado entre los autores que se han ocupado del problema una justificación convincente del porqué en un caso se vulnera la Constitución y en el otro no. Simplemente se formulan ambos juicios de manera apodíctica.

Pero lo más criticable del argumento es el carácter absoluto que se pretende dar a la prohibición de instrumentalización. Se afirma que la dignidad humana sería el valor constitucional de mayor rango, y no habría de ceder un ápice, ni siquiera para salvaguardar el que podría considerarse el segundo bien jurídico más importante: la vida. Si, por poner un ejemplo, la tortura constituye un atentado contra la dignidad humana, estará categóricamente prohibido torturar, aun en los casos excepcionales en que la tortura —vamos a suponer— fuese un medio útil de obtener información que permitiera salvar con certeza la vida de una o varias personas.

Esta concepción tradicional y dominante en la doctrina alemana ha sido justamente criticada por varios autores⁴⁶. No acaba de verse claro, en primer lugar, por qué hay que otorgar al artículo 1.1 GG una fuerza de obligar *infinitamente superior* a la de los demás mandatos constitucionales. Nadie discute que la Ley Fundamental ha querido otorgar a dicho precepto un valor jurídico especialmente prominente. Así lo indican el lugar que ocupa el mismo en el texto constitucional, la palabra «intangibile» que en él aparece y la prohibición de las reformas constitucionales que afecten a dicho principio (art. 79.3 GG). Ahora bien, ello no implica que la prohibición de instrumentalización deba prevalecer absolutamente cuando colisione con otros principios constitucionales. Aunque admitamos ese rango superior, el mismo tan sólo implica que en caso de conflicto entre esta prohibición y los restantes principios constitucionales habrá que otorgar a la primera un peso superior al de los segundos en la ponderación que hay que realizar, pero no que ese peso deba ser infinitamente superior, de modo que en los supuestos de colisión aquélla prevalezca de un modo absoluto a costa del completo sacrificio de los demás principios constitucionales⁴⁷. La solución razonable parece más bien la contraria. Como ha señalado el Tribunal Constitucional Federal, en virtud del «principio de unidad de la Constitución» cabe poner límites a los derechos fundamentales reconocidos categóricamente, sin «reserva de limitación», por

cuando el agente de policía pueda reconocer que supone una amenaza de una elevada probabilidad para personas inocentes. Se excepciona el caso en que el uso de las armas de fuego constituya el único medio de repeler un peligro inminente para la vida».

⁴⁶ En GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (2005: 33 y ss.) puede verse un buen resumen de las críticas.

⁴⁷ Respecto de un problema parecido, la posibilidad de limitar derechos fundamentales en aras de fines carentes de rango constitucional, vid. Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2004), *Bienestar animal contra derechos fundamentales*, Atelier, Barcelona, esp. págs. 144 y ss.

el texto de la norma suprema. Estos límites se derivarían de los derechos fundamentales de otras personas, así como de otros bienes jurídicos de rango constitucional. Los conflictos entre todos esos bienes constitucionalmente protegidos deberán resolverse de acuerdo con el «principio de concordancia práctica, que exige que ninguna de las posiciones jurídicas en colisión prevalezca y se afirme en grado máximo, sino que todas alcancen un equilibrio lo más medurado posible»⁴⁸. En palabras de nuestro Tribunal Constitucional, los preceptos de la norma suprema deben ser objeto de una «interpretación sistemática y global»⁴⁹: la unidad de la Constitución «no toleraría que una de sus disposiciones se desvirtuase íntegramente por lo establecido en otra»⁵⁰; «el criterio de unidad de la Constitución... exige dotar de la mayor fuerza normativa a cada uno de sus preceptos»⁵¹.

Sostener el carácter imponderable del deber de no instrumentalización implica afirmar que su alcance ha de precisarse autísticamente, sin considerar las exigencias de otros mandatos constitucionales. Esto es no sólo indeseable, sino también imposible. Lo primero porque, una vez hayamos determinado en abstracto y *a priori* dicho alcance, nos podemos llevar la sorpresa de que, en un caso concreto, el deber de no instrumentalizar a una persona colisiona con el deber de evitar que se instrumentalice a otra persona o con derechos fundamentales —v. gr., la vida— que también merecen consideración. Se ha observado en este sentido que, si bien es cierto que la dignidad humana de los sujetos que han secuestrado a otra persona y que saben dónde se encuentra ésta se opone a que se les torture para obtener la información que permita liberarla, la dignidad humana de esta última, que puede estar sufriendo las peores torturas imaginables, exige del Estado que emplee en principio todos los medios adecuados para protegerla, por lo que si la tortura de los secuestradores fuese un medio adecuado para obtener dicha información podría estar justificado emplearla: habría que ponderar el mandato de respetar la dignidad humana (de los secuestradores) y el de proteger la dignidad humana (del secuestrado)⁵². Y es im-

⁴⁸ Vid. la Resolución del BVerfG de 2 de octubre de 2003 (1 BvR 536/03, § 15), así como las resoluciones allí citadas.

⁴⁹ SSTC 113/1994 (FJ 9), 179/1994 (FJ 5) y 107/1996 (FJ 6).

⁵⁰ SSTC 137/1986 (FJ 3), 26/1987 (FJ 5) y 173/1998 (FJ 5).

⁵¹ STC 227/1988 (FJ 13).

⁵² Vid., en este sentido, Winfried BRUGGER (1996), «Darf der Staat ausnahmsweise foltern?», *Der Staat*, 35, págs. 67 y ss.; Fabian WITTECK (2003), «Menschenwürde und Folterverbot — Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG», *DÖV*, págs. 873 y ss., esp. págs. 879 y ss. Según Günter JEROUSCHEK/Ralf KÖLBEL (2003), «Folter von Staats wegen?», *JZ*, la tortura nunca puede ser legal (pág. 619), si bien en algunos casos excepcionales cabe hablar de un estado de necesidad justificante (págs. 619 y ss.), lo cual suena contradictorio. En la doctrina española, a favor de la posibilidad de torturar en estados de necesidad, vid. Vicente ÁLVAREZ GARCÍA (1996), *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, págs. 510 y ss. Winfried BRUGGER (2000), «Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?», *JZ*, págs. 165 y ss., esp. pág. 171, ha sostenido incluso que las personas tienen en determinados casos un derecho a que la Administración torture para protegerlas. En contra de que la tortura pueda considerarse en algún caso lícita, vid. Wolfgang HECKER (2003), «Relativierung des Folterverbots in der BRD?», *KJ*, págs. 210 y ss.; Jörg KINZIG (2003), «Not kennt kein Gebot? Die strafrechtlichen

posible dar un alcance absoluto al deber jurídico impuesto por el artículo 1.1 GG por la sencilla razón de que el Estado tiene unos recursos limitados y, por lo tanto, no puede garantizar una protección absoluta de la dignidad de todas las personas. Ni aun dedicando todos sus medios a esta tarea podría el Estado asegurar con certeza que la dignidad de alguna persona no va a sufrir una lesión. Este deber de protección ha de ser ineluctablemente limitado.

En este sentido ha de entenderse la afirmación de ALEXY de que la *regla* de la dignidad humana puede considerarse categórica, imponderable, porque su alcance en el caso concreto es el resultado de una ponderación previa implícita, porque su alcance ya ha sido determinado ponderando las exigencias del *principio* de la dignidad humana con las exigencias opuestas de otros principios constitucionales⁵³. Así, no consideramos inconstitucionales cualesquiera actuaciones que causan un perjuicio a una persona o la ponen en una posición de desventaja en aras de un interés que no es el suyo propio —dígase, si se quiere, actuaciones que la instrumentalizan—. Sólo las consideramos atentatorias contra la dignidad humana cuando resultan injustificables, cuando ningún principio constitucional exige la correspondiente actuación con la suficiente fuerza. En el mismo sentido ha de entenderse la afirmación de DWORKIN de que el imperativo kantiano según el cual las personas deben ser tratadas siempre como fines, y nunca simplemente como medios, «no exige que nunca se coloque en desventaja a alguien para conceder ventajas a otros, sino más bien que no se trate nunca a las personas de una manera que niegue la importancia distintiva de sus propias vidas»⁵⁴.

Konsequenzen von Folterhandlungen an Tatverdächtigen durch Polizeibeamte mit präventiver Zielsetzung», *ZStW*, 115, págs. 790 y ss., esp. 797 y ss.; Jan O. MERTEN (2003), «Folterverbot und Grundrechtsdogmatik — Zugleich ein Beitrag zur aktuellen Diskussion um die Menschenwürde», *JR*, págs. 404 y ss.; Claus ROXIN (2004), «¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?», trad. GÓMEZ NAVAJAS, *Cuadernos de Política Criminal*, 83, págs. 23 y ss.; Frank SALIGER (2004), «Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung», *ZStW*, 114, págs. 35 y ss.; y Eric HILGENDORF (2004), «Folter im Rechtsstaat?», *JZ*, págs. 331 y ss., quien, no obstante, considera que sí serían lícitas algunas formas de coacción leve dirigidas a obtener ciertas informaciones. En la doctrina estadounidense, a favor de la prohibición categórica, vid., entre otros, Jeremy WALDRON (2005), «Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House», *Columbia Law Review*, 105, págs. 1681 y ss.; y a favor de permitirla en determinadas circunstancias, vid., entre otros, Eric A. POSNER/Adrian VERMEULE (2006), «Should Coercive Interrogation Be Legal?», *Michigan Law Review*, 104, págs. 671 y ss. Personalmente, comparto la tesis de Peer GEBAUER (2004), «Zur Grundlage des absoluten Folterverbots», *NVwZ*, págs. 1405 y ss., de que resulta acertado prohibir categóricamente la tortura porque esta práctica produce más perjuicios que beneficios, y no en virtud del argumento apodíctico de la dignidad humana. La experiencia histórica evidencia que los eventuales beneficios derivados de permitir en algún caso la tortura son siempre inferiores a sus costes, habida cuenta, *inter alia*, de que es muy probable que: el torturado mienta; sus compañeros adopten medidas preventivas que hagan inútil la confesión; y se cometan abusos y errores.

⁵³ Robert ALEXY (1986), *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. GARZÓN VALDÉS, CEC, Madrid, 1993, págs. 106 y ss.

⁵⁴ Ronald DWORKIN (1994), *El dominio de la vida*, trad. CARACCIOLLO/FERRERES, Ariel, Barcelona, pág. 309.

Adviértase que esa imponderabilidad afirmada por el Tribunal Constitucional Federal resulta contradicha hasta por alguna de sus resoluciones. Las dos Sentencias sobre la despenalización del aborto, por ejemplo, afirman explícitamente que el artículo 1.1 GG impone al Estado el deber de proteger al *nasciturus*, en cuanto que también es titular de la dignidad humana⁵⁵. Sin embargo, estas dos mismas Sentencias afirman de modo igualmente explícito que dicho deber de proteger la vida y la dignidad humanas del *nasciturus* puede colisionar con otros bienes constitucionales, como la vida y la integridad física de la madre, en cuyo caso la colisión deberá resolverse mediante una ponderación. Tan es así que el Tribunal declara que el aborto resulta constitucionalmente lícito en determinados supuestos⁵⁶. Dicho con otras palabras, el *nasciturus* —según el Tribunal— puede ser sacrificado, instrumentalizado, en algunas circunstancias para salvaguardar ciertos intereses legítimos.

2. *La vida humana sí debe ser objeto de ponderaciones (de hecho, normalmente lo es)*

Por muy hermosa que pueda parecer a primera vista, la tesis de que cada vida tiene un valor absoluto y que, por lo tanto, «no cabe ponderar vida contra vida» es inaceptable. El argumento fundamental sobre el que pretende basarse esta prohibición de ponderar es la igualdad de todas las personas. La vida de una no vale más que la de otra. Todas las vidas merecen la misma consideración. Todas tienen el mismo valor.

A mí, en cambio, me parece que lo que el principio de igualdad de todas las personas en el disfrute de su derecho a vivir exige es justamente lo contrario: que se pondere la vida, que el Estado decida en función de las vidas que pueden salvar y las muertes que pueden provocar sus alternativas de decisión. Dicho principio exige que se atribuya el mismo valor a cada una de las vidas humanas, pero no dice nada acerca de si ese valor ha de ser finito o infinito. Si asignamos a cada vida humana un valor idéntico y finito, será perfectamente posible ponderarlas. Si la vida de Ticio tiene un valor positivo (finito) coincidente con el de la vida de Cayo, que a su vez coincide con el de la de Sempronio, la conclusión lógica es que las vidas de los dos primeros valen juntas más que la del tercero. Es más, si un minuto de vida humana tiene exactamente el mismo valor (finito) para el Derecho con independencia de quién lo viva, dos minutos de vida de cualquier persona tendrán más valor jurídico, el doble, que uno solo.

La otra alternativa compatible con el principio de igualdad consiste en asignar un valor jurídico infinito a todas y cada una de las vidas humanas, pero ello conduciría a resultados manifiestamente absurdos. Implicaría,

⁵⁵ Sentencias del BVerfG de 25 de febrero de 1975 (BVerfGE 39, 1, 41) y 28 de mayo de 1993 (BVerfGE 88, 203, 251).

⁵⁶ *Ibidem* (BVerfGE 39, 1, 48 y ss.; BVerfGE 88, 203, 255 y ss.). También HÖRNLE (2003: 334) y los autores por ella citados han notado esta inconsistencia de la jurisprudencia del BVerfG. En el mismo sentido, vid. GRAMM (2006: 658); BALDUS (2006: 534 y 535).

por lo pronto, la prohibición absoluta de cualesquiera actividades que encerrasen el más mínimo riesgo para la vida de una persona y no engendrasen al mismo tiempo la probabilidad de salvar la vida de esa u otra persona, tales como, por ejemplo, las excursiones escolares en autobús. Y significaría que los poderes públicos, a la hora de decidir entre alternativas de las cuales cabe esperar tanto riesgos como beneficios vitales, deberían despreciar por completo el número de muertes o vidas salvadas que pudieran resultar de cada una de las alternativas; y deberían despreciar, asimismo, la probabilidad de los resultados respectivos. Asignar un valor infinito a cada vida humana supondría, paradójicamente, decidir sin tener en cuenta las consecuencias que nuestras decisiones pudieran tener sobre la vida de las personas. La tesis que defendemos, en cambio, permite actuar con la misma y la mayor consideración posible a cada una de esas vidas.

Pongamos que hay que autorizar o no un ensayo clínico en el que participarán cien personas incapaces de prestar su consentimiento, todas las cuales padecen una enfermedad que hasta la fecha resultaba mortal en un 95% de los casos. Se ha estimado en un 1% la probabilidad de que alguna de ellas fallezca como consecuencia de su participación en el ensayo, y en un 70% la probabilidad de que el medicamento ensayado, el único remedio conocido contra dicha enfermedad, permita curarla. Lo razonable, y lo que ordena el Derecho español, es que se resuelva en función de la utilidad esperada del experimento, en atención a las vidas que puede salvar, a las muertes que puede provocar y a la probabilidad de que se produzcan los resultados posibles: el experimento podrá ser autorizado cuando «los beneficios esperados para el sujeto del ensayo y para la sociedad justifican los riesgos»⁵⁷. Empero, la evaluación de los beneficios y riesgos del ensayo carecerá de sentido si asignamos un valor infinito a las vidas de los participantes, porque entonces el coste esperado de experimentar sería exactamente el mismo que el de no experimentar, infinito, pues una sola vida tendría el mismo valor que setenta, noventa, cien o mil vidas. Y el beneficio esperado de las dos opciones también sería idéntico, pues salvar una vida tendría el mismo valor, infinito, que salvar cualquier número de vidas. La evaluación, en definitiva, tendría efectos paralizantes, no indicaría ningún camino a seguir, ninguna preferencia. Desde el punto de vista de la protección de la vida, todas las alternativas serían igualmente buenas y malas. El resultado no puede ser más absurdo.

El nuestro es un mundo de recursos escasos en relación con las necesidades a satisfacer. Un mundo en el que los medios de que dispone el Estado son de largo insuficientes para asegurarnos a todos una vida de al menos noventa años. Así las cosas, el problema es cómo utilizar esos medios, dónde invertirlos, a fin de sacarles el mayor provecho y optimizar la protección de este bien tanpreciado. El Tribunal Constitucional Federal alemán viene a decir que da igual lo que se haga con ellos: las decisiones que salvan una vida merecen la misma consideración que las que salvan cien.

⁵⁷ Artículo 3.1 del RD 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.

Mi modesta opinión es otra: creo que lo sensato es escoger aquel curso de acción que permita salvar más vidas⁵⁸ o, si se quiere decir así, que arroje un mayor «saldo positivo de años de vida»⁵⁹. Como en más de una ocasión ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el objetivo ha de ser «reducir al mínimo los riesgos» para la vida humana⁶⁰.

Los poderes públicos sí deben ponderar las vidas que sus decisiones pueden salvar, las muertes que pueden provocar y las probabilidades de que estos resultados se produzcan. De hecho, normalmente lo hacen, con mayor o menor torpeza. Así, el Estado no distribuye indiscriminadamente los recursos asignados a proteger la salud. El objetivo suele ser invertir más en combatir aquellos peligros medioambientales y sanitarios más acuciantes, que pueden provocar una mayor pérdida de años de vida, para lo cual resulta imprescindible evaluar el coste-efectividad de las distintas políticas. Repárese también en las vacunaciones obligatorias. Sabido es que las vacunas previenen ciertas enfermedades —salvan vidas— pero también que encierran graves riesgos, pudiendo causar la muerte de algunas personas. Así las cosas, ¿pueden las autoridades públicas imponer a toda o a parte de la población la obligación de vacunarse, a sabiendas de que la vacuna quizás mate a algún inocente? La respuesta, evidentemente, es afirmativa⁶¹. ¿Y qué criterio hay que seguir, qué criterio se sigue de hecho, a la hora de establecer si una determinada vacuna es voluntaria u obligatoria? ¿Se decide sin tener en cuenta las vidas y las muertes que las dos alternativas pueden acarrear? Es claro que no. Lo razonable es efectuar una previa ponderación, atender a la utilidad esperada de la vacunación, precisar —cuando menos— el número de vidas y muertes que puede provocar, así como las probabilidades de que se produzcan ambos resultados, todo ello de acuerdo con estudios científicos fiables. Yo, desde luego, prefiero que las autoridades españolas realicen este tipo de ponderaciones.

⁵⁸ En sentido parecido, BALDUS (2004: 1285).

⁵⁹ Sobre la cuestión de si esos años deben ajustarse en función de la calidad de vida, y si hay que ponderar no sólo el número total de años de vida ganados, sino también su distribución equitativa entre los afectados, vid. Pablo DE LORA (2004), «El derecho a la protección de la salud», en *Constitución y derechos fundamentales*, coords. BETEGÓN/DEL PÁRAMO/LAPORTA/PRIETO SANCHÍS, CEPC, Madrid, págs. 887 y ss.

⁶⁰ STEDH de 28 de julio de 1998 (*Ergi*, 23818/94, § 79). La STEDH de 20 de diciembre de 2004 (*Makaratzis*, 50385/99, § 60) habla de «minimizar en la mayor extensión de lo posible cualquier riesgo para [la] vida». La STEDH de 6 de julio de 2005 (*Nachova y otros*, 43577/98 y 43579/98, § 103) declara el incumplimiento de la «obligación de minimizar el riesgo de pérdida de la vida».

⁶¹ Vid. César CIERCO SEIRA (2006), *Administración pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, págs. 228 y ss.

3. *La equivalencia de las obligaciones negativas y positivas derivadas del derecho fundamental a la vida*

Es evidente que aquí se produce un conflicto entre el deber estatal de respetar la vida de los ocupantes del avión y el de proteger la vida de las personas situadas en tierra firme que podrían fallecer al estrellarse éste, entre la obligación negativa de no matar a los primeros y la obligación positiva de evitar que los terroristas maten a los segundos. Dado que, según el Tribunal Constitucional Federal, el número de vidas salvadas y perdidas que las alternativas de decisión podrían causar es un factor irrelevante para determinar la licitud constitucional de éstas, habrá que encontrar algún otro criterio que permita resolver la colisión y juzgar la decisión adoptada.

El Tribunal alemán estima que en este caso debe prevalecer la obligación negativa de respetar la vida, porque si bien el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad para escoger el medio de protección pertinente, el escogido en este caso era inconstitucional en cuanto que implicaba una intervención en las vidas de los ocupantes del avión contraria a su dignidad humana. El razonamiento del Tribunal se basa, pues, en la premisa de que el derribo del avión en el que viajan inocentes constituye necesariamente un atentado contra el principio jurídico absoluto de la dignidad humana, premisa que ya he criticado antes.

Más interesante es el argumento esgrimido por algunos autores de que, en virtud del concepto liberal de los derechos fundamentales que impregna la Constitución, la dimensión defensiva de los mismos prevalece sobre su dimensión protectora. El argumento me parece también criticable. No veo la razón por la cual las obligaciones negativas que al Estado imponen los derechos fundamentales deban prevalecer *a priori* —y además de manera absoluta— sobre las obligaciones positivas que igualmente encierran los mismos⁶². Ni en el tenor literal ni en el espíritu de los preceptos que reconocen estos derechos hay nada que justifique esa conclusión. Interpretado literal y teleológicamente, el artículo 2.1 GG, al establecer que «todos tienen derecho a la vida», obliga al Estado —y a cualesquiera sujetos— a realizar en la mayor medida de lo posible el valor de la vida humana, protegiéndola y absteniéndose de menoscabarla hasta donde resulte fáctica y jurídicamente posible. La concepción liberal de la Constitución no justifica una prominencia de las obligaciones positivas, pues muchas veces lo que más conviene a la libertad y a otros bienes jurídicos fundamentales no es que el Estado se abstenga de intervenir, sino, al contrario, que intervenga en cierta medida para protegerlos. Como señalaba uno de los más destacados pensadores liberales del siglo xx, el mantenimiento de la libertad exi-

⁶² Según OTTO (2005: 474), la tesis de que los deberes de abstención prevalecen *per se* sobre los de actuación carece de una justificación convincente. A favor de la equivalencia de ambos deberes, vid., también, Christian CALLIES (2006), «Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis», *JZ*, pág. 327.

ge, paradójicamente, que se la limite. La ausencia de limitaciones y controles conduce «a una severísima coerción, ya que deja a los poderosos en libertad para esclavizar a los débiles»⁶³. «Es precisamente por esta razón que exigimos que el estado limite la libertad hasta cierto punto, de modo que la libertad de todos esté protegida por la ley. Nadie quedará, así, a *merced* de otros, sino que todos tendrán *derecho* a ser protegidos por el estado»⁶⁴. De acuerdo con la consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando se produce un conflicto entre obligaciones negativas y positivas derivadas de estos derechos, lo procedente no es hacer prevalecer a las primeras sobre las segundas, sino establecer una regulación que logre el justo equilibrio entre todos los intereses en juego, una regulación proporcionada, ponderada. Es más, el Tribunal, amén de haber advertido que «la frontera entre las obligaciones positivas y las negativas... no se presta a una definición precisa», ha eludido frecuentemente pronunciarse acerca del carácter positivo o negativo de la obligación cuyo cumplimiento se cuestionaba por considerar irrelevante el problema para resolver los casos planteados, habida cuenta de que, en su opinión, los criterios que han de utilizarse para juzgar el alcance de ambos tipos de obligaciones son «similares»: el Estado debe lograr un justo equilibrio entre todos los intereses legítimos afectados⁶⁵.

Y es que distinguir entre causar un daño y no evitarlo —entre la obligación negativa de no matar y la obligación positiva de no dejar morir— no es tan sencillo como pudiera parecer a primera vista⁶⁶. ¿En qué categoría encaja, por ejemplo, la acción de un sujeto por la cual retira —deja de prestar— la ayuda que permitía seguir viviendo a otra persona? Imaginemos un alpinista que se resbala y queda suspendido a mil metros de altura por la cuerda que le une a su compañero de escalada, que, al cabo de unos minutos, cuando ya no puede soportar el peso por más tiempo, decide cortar la cuerda a fin de que al menos uno de los dos se salve. Hay quien opina que esto es una omisión⁶⁷. Hay quien entiende que retirar la ayuda constituye, en algunos supuestos, un matar y, en otros, un dejar morir⁶⁸. Algo hay que no termina de cuadrar.

⁶³ Karl Raimund POPPER (1945), *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. LOEDEL, Paidós, Barcelona, 2000, pág. 511, nota 4.

⁶⁴ POPPER (1945: 305).

⁶⁵ Vid., entre otras, las SSTEDH de 21 de febrero de 1990 (*Powell y Rayner*, 9310/81, § 41), 9 de diciembre de 1994 (*López Ostra*, 16798/90, § 51), 12 de junio de 2003 (*Van Kück*, 35968/97, § 71), 8 de julio de 2003 (*Hatton y otros*, 36022/97, § 119) y 16 de noviembre de 2004 (*Moreno Gómez*, 4143/02, § 55).

⁶⁶ Véase, a modo ilustrativo, el estudio de Sarah MCGRATH (2003), «Causation and the Making/Allowing Distinction», *Philosophical Studies*, 114, págs. 81 y ss.

⁶⁷ JÄGER (2003: 771).

⁶⁸ Vid. Jeff McMAHAN (1993), «Killing, Letting Die, and Withdrawing Aid», *Ethics*, 103, págs. 250 y ss.

4. *¿Permanecer inactivo es lo mejor que puede hacerse en los casos trágicos? La perniciosa influencia del sesgo de la omisión*

La vieja idea de que, *ceteris paribus*, las acciones dañosas son peores que las omisiones dañosas, de que matar es peor que dejar morir, ha resultado ser decisiva en esta Sentencia. El Tribunal Constitucional Federal viene a sostener que causar la muerte es infinitamente peor que no salvar la vida pudiendo salvarla. Ante el dilema de dejar morir a no importa cuántos inocentes o matar a uno solo de ellos, el Estado debe escoger siempre la primera alternativa. En defensa de esa tesis se ha esgrimido el argumento de la causalidad: «en el caso de actuar para producir un resultado, la participación activa de uno en la cadena de eventos que conducen a ese resultado es causalmente esencial. Si uno hubiese elegido no hacer nada, ese resultado no habría ocurrido. Cuando uno simplemente permite que algo pase, el resultado es el mismo que aquel que se hubiese seguido si uno no hubiese existido. Permitir simplemente que pase algo, además, no es moralmente tan saliente como actuar: si lo fuera, uno sería moralmente responsable de cada resultado desafortunado que uno pudiera haber hecho algo para prevenir»⁶⁹.

Este argumento incurre en una evidente petición de principio, pues da por supuesto precisamente lo que pretende demostrar. Se cae en un inaceptable razonamiento circular cuando, para justificar que causar la muerte de un hombre es peor que no evitarla, se aduce que en el primer caso se causa la muerte de un hombre. Nótese, por otro lado, que éste es un argumento consecuencialista, que apela en última instancia a —la maldad de— los resultados de nuestras acciones para juzgarlas. Pues bien, desde una perspectiva consecuencialista, matar a una persona merece, *ceteris paribus*, el mismo juicio que no salvarla pudiendo salvarla, pues el resultado es idéntico en ambos casos. Y, desde esta misma perspectiva, escoger un curso de acción que tiene como resultado la muerte de dos personas (v. gr., dejarlas morir) es peor que escoger otro que, *ceteris paribus*, produce como resultado la muerte de sólo una (v. gr., matarla).

Me confieso incapaz de ver por qué causar la muerte es intrínsecamente peor que dejar morir⁷⁰. Pensemos un momento en el problema del tranvía. Si hacemos abstracción de las consecuencias de las posibles alternativas de acción, ¿por qué hemos de concluir que presionar un interruptor con el dedo índice (con el resultado de que el tranvía atropella mortalmente a una persona) es esencialmente peor que mantener quieto el dedo (en cuyo caso el tranvía sigue su curso y mueren cinco personas)? ¿Y por qué, para la mayoría de los encuestados, dar un empujoncito al hombre gordo es peor que apretar el interruptor? No he conseguido encontrar una sola razón que *justifique* convincentemente tales supuestas diferencias.

⁶⁹ George C. CHRISTIE (1999), «The Defense of Necessity Considered from the Legal and Moral Points of View», *Duke Law Journal*, 48, pág. 1013.

⁷⁰ Vid., en este sentido, McGRATH (2003: 81 y ss., esp. 96 y 97).

Lo cual no quita que algunos factores puedan *explicarlas*. SUNSTEIN ha sugerido que la diferente consideración que tradicionalmente merecen las acciones y las omisiones constituye una heurística moral⁷¹, esto es, una regla altamente intuitiva que suele funcionar bien, resolviendo adecuadamente ciertos problemas, pero que también conduce a resultados insatisfactorios en algunos casos, cuando la regla se generaliza y se aplica fuera de su contexto normal⁷². Se trataría de una regla o «fórmula mágica» que simplificaría la evaluación moral de ciertos problemas. En vez de juzgar un problema en toda su complejidad, se emplearía de manera más o menos automática e irreflexiva un atajo heurístico, que permitiría efectuar con gran agilidad juicios que por lo general son muy plausibles. La pega es que esos atajos, en algunas circunstancias, conducen sistemáticamente a cometer graves equivocaciones, a tomar decisiones de consecuencias desazonadoras. «Desde el punto de vista moral —dice SUNSTEIN—, las acciones dañinas son generalmente peores que las omisiones dañinas, tanto en términos de la intención del malhechor como de las consecuencias probables del mal. Un homicida es típicamente más malicioso que un espectador que rehúsa venir en ayuda de alguien que se está ahogando. Además, un homicida garantiza típicamente la muerte, mientras que un espectador puede no hacer tal cosa... Ahora bien, las acciones dañinas no *siempre* son peores que las omisiones dañinas»⁷³. El autor estima, en particular, que la distinción ha de carecer de relevancia cuando el Estado escoge entre dos alternativas que conllevan consecuencias dañosas: que los agentes estatales maten a un inocente, en consecuencia, no sería peor que el hecho de que dejen morir a uno o a dieciocho inocentes⁷⁴.

⁷¹ Vid. Cass R. SUNSTEIN (2005), «Moral Heuristics», *Behavioral and Brain Sciences*, 28, págs. 531 y ss., esp. págs. 540 y 541, artículo seguido de los comentarios críticos de diversos autores (págs. 542 y ss.) y de una respuesta del propio SUNSTEIN (págs. 565 y ss.).

⁷² Una generalización semejante es, probablemente, uno de los factores que explican las diferentes respuestas que suelen darse a los problemas del trasplante y del interruptor. Como señala STACY (2002: 506), en la realidad es prácticamente imposible que el trasplante esté justificado incluso desde una perspectiva utilitarista, entre otras razones, porque normalmente existe un serio riesgo de que la operación no tenga éxito y porque hay otras alternativas que permitirían salvar la vida de los cinco pacientes sin necesidad de sacrificar a nadie, como la utilización de órganos procedentes de cadáveres [y, yo añadiría, porque el sacrificio tendría unos demoledores efectos disuasorios sobre las visitas a los hospitales]. Es probable que las personas a las que se plantea el experimento imaginario del trasplante no acaben de tener en cuenta las (inverosímiles) condiciones del experimento y decidan atendiendo a las condiciones reales en las cuales se efectúan normalmente los trasplantes.

⁷³ SUNSTEIN (2005: 540). La cursiva es del original. En este sentido, Graham ODDIE (1997), «Killing and Letting-Die: Bare Differences and Clear Differences», *Philosophical Studies*, 88, pág. 283, señala que «un homicidio típico... tiene rasgos horribles de los que un típico “dejar morir” carece: intención maliciosa, sufrimiento innecesario, actuar sin el consentimiento informado de una persona, quizás violación de ciertos derechos, etc. Pero... son esos rasgos horribles los que hacen que un homicidio sea típicamente peor que un “dejar morir”... [rasgos que en algunos casos atípicos] bien pueden estar ausentes en un homicidio y presentes en un “dejar morir”».

⁷⁴ Vid. el provocador estudio de Cass R. SUNSTEIN/Adrian VERMEULE (2006), «Is Capital Punishment Morally Required? Acts, Omissions, and Life-Life Tradeoffs», *Stanford Law Review*, 58-3, págs. 703 y ss., esp. 719 y ss. y 741 y ss., en el que los autores defienden que si cada ejecución de un condenado a muerte previene la comisión de varios homicidios, como [supuestamente] indican algunos estudios científicos, entonces la pena capital es no

Abundantes estudios empíricos evidencian, en este sentido, la existencia de un sesgo de la omisión (*omission bias*): las personas muestran en determinadas circunstancias una querencia a permanecer inactivas, aun cuando la alternativa consistente en actuar resulta más racional. Se ha constatado, por ejemplo, que muchos padres se niegan a vacunar a sus hijos menores de edad cuando se les informa que existe un cierto riesgo de que la vacunación provoque su muerte y que, no obstante, la probabilidad de que la vacuna salve su vida es mucho mayor⁷⁵. Por regla general, hay buenas razones para preferir las omisiones a las comisiones: aquéllas pueden resultar de la ignorancia, lo que no suele ocurrir con éstas; las comisiones encierran normalmente intenciones más maliciosas; implican normalmente mayor esfuerzo, lo cual constituye ya un signo de intencionalidad. Además, la tendencia a considerar socialmente aceptables las omisiones propicia que cada uno mire por sí mismo, lo cual —cabe argumentar— es un modo eficiente de evitar daños⁷⁶. Ahora bien, a veces estas diferencias entre acciones y omisiones no existen, en cuyo caso unas y otras son moralmente equivalentes. La intuición de que las primeras son peores, «válida como puede ser en la mayoría de los casos, deja de serlo cuando el conocimiento y la intención son los mismos para la omisión y la comisión, o cuando el agente debe elegir entre una omisión y una acción conociendo las consecuencias de ambas... Si usted tiene que elegir entre matar a cinco o dejar morir a diez personas, suponiendo (a estos efectos) que todas son seleccionadas aleatoriamente de entre la misma población, usted debería matar a las cinco. Cada miembro de la población tiene una probabilidad de morir en caso de omisión que duplica a la resultante en caso de comisión, por lo que cada uno de ellos debería preferir que usted actuara. Si usted elige no actuar, estará ofendiéndoles, al ir en contra de sus preferencias»⁷⁷. El

sólo permisible, sino incluso moralmente obligada. En el mismo número de la *Stanford Law Review* pueden verse las contestaciones de Carol S. STEIKER, «No, Capital Punishment is Not Morally Required: Deterrence, Deontology, and the Death Penalty», págs. 751 y ss., y John J. DONOHUE/Justin WOLFERS, «Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate», págs. 791 y ss., así como la réplica de SUNSTEIN/VERMEULE, «Deterring Murder: A Reply», págs. 847 y ss.

⁷⁵ Vid. el clásico trabajo de Ilana RITOV/Jonathan BARON (1990), «Reluctance to Vaccinate: Omission Bias and Ambiguity», *Journal of Behavioral Decision Making*, 3, págs. 263 y ss., que citamos por *Behavioral Law & Economics*, ed. Cass R. SUNSTEIN, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, págs. 168 y ss.; así como Abigail L. WROE/Nikki TURNER/Paul M. SALKOVSKIS (2004), «Understanding and Predicting Parental Decisions About Early Childhood Immunizations», *Health Psychology*, 23-1, págs. 33 y ss.; y Abigail L. WROE/Angela BHAN/Paul SALKOVSKIS/Helen BEDFORD (2005), «Feeling Bad About Immunising Our Children», *Vaccine*, 23, págs. 1428 y ss. Estos estudios han sido criticados por Terry CONNOLLY/Jochen REB (2003), «Omission bias in vaccination decisions: Where's the "omission"? Where's the "bias"?», *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 91, págs. 186 y ss., quienes entienden que no hay evidencias convincentes de que el sesgo de la omisión constituya un factor importante en las decisiones sobre vacunaciones. De todos modos, también otros experimentos y autores han demostrado la existencia del sesgo. Vid., por ejemplo, Johanna H. KORDES-DE VAAL (1996), «Intention and the omission bias: Omissions perceived as nondeliberations», *Acta Psychologica*, 93, págs. 161 y ss.

⁷⁶ RITOV/BARON (1990: 169).

⁷⁷ RITOV/BARON (1990: 169).

argumento es convincente, si bien la última afirmación debe matizarse, pues tales preferencias no son reales, sino tan sólo hipotéticas, aunque muy razonables: lo que cabe esperar de una persona racional (que trata de maximizar la vida, no necesariamente sólo la suya) e imparcial (que no sabe quiénes fallecerán en los casos de omisión y quiénes morirán en los de comisión) es que seleccione la alternativa que minimice las muertes (en el ejemplo propuesto, la comisión), pues entonces su esperanza de vida es más elevada.

El sesgo de la omisión guarda una estrecha relación con otros fenómenos psicológicos, en especial con el sesgo del *statu quo*, consistente en la querencia a preferir que las cosas no cambien, que se queden como están⁷⁸. Ambos suelen concurrir, por cuanto las acciones producen de ordinario cambios en el *statu quo*, pero no siempre, pues a veces la conservación del estado de cosas vigente requiere de una acción positiva. Sea como fuere, lo que interesa señalar es que el sesgo de la omisión es un producto de la conjunción de factores racionales y factores no tan racionales. El ahorro de energía puede ser una buena razón para no actuar⁷⁹, aunque abundantes estudios científicos sugieren que hay otro factor mucho más determinante: el emotivo. Las personas, por un lado, tratan, consciente o inconscientemente, de minimizar las emociones negativas y maximizar las positivas que los resultados de sus decisiones puedan provocarles en el futuro. Por otro lado, tienden a hacer lo propio con las emociones negativas y positivas que experimentan en el momento de decidir. Pues bien, parece ser que las acciones exageran, amplifican, las emociones, en la medida en que son más visibles y estimulantes que las omisiones. Se ha observado así la existencia de un sesgo de la acción (*action bias*) cuando los individuos han de elegir entre ganancias, entre alternativas que llevan a resultados positivos: en estos casos, desean «causar impacto», captar la atención de otras personas, ser apreciados por ellas, para lo cual tienden a actuar, pues las acciones son más llamativas e impactantes que las omisiones. Este sesgo se acentúa cuando los resultados positivos son fácilmente visualizables y cuando se percibe con mayor claridad que los mismos son imputables a la actuación del agente⁸⁰.

La otra cara de la moneda es el sesgo de la omisión, que aparece típicamente cuando el sujeto decisor ha de elegir entre pérdidas, entre alternativas que conducen a resultados negativos⁸¹. En estos casos existe una inclinación natural a «lavarse las manos», a «escurrir el bulto», a no querer

⁷⁸ Vid. Christopher J. ANDERSON (2003), «The Psychology of Doing Nothing: Forms of Decision Avoidance Result From Reason and Emotion», *Psychological Bulletin*, 129-1, págs. 139 y ss.

⁷⁹ ANDERSON (2003: 140 y 148).

⁸⁰ Vid. Anthony PATT/Richard ZECKHAUSER (2000), «Action Bias and Environmental Decisions», *Journal of Risk and Uncertainty*, 21-1, págs. 45 y ss.

⁸¹ No obstante, y como señala ANDERSON (2003: 143), este sesgo puede presentarse también en casos en los que se elige entre alternativas que conllevan tanto ganancias como pérdidas, lo que podría explicarse en virtud del ubicuo fenómeno de la aversión a estas últimas (*loss aversion*): las personas suelen dar un peso mucho mayor a una pérdida que a una ganancia del mismo importe.

«verse envuelto» en el asunto. Todavía queda mucho por investigar en la materia, pero los estudios empíricos publicados ya permiten formular hipótesis consistentes sobre las causas de este fenómeno. Un papel muy importante juegan, en primer lugar, el arrepentimiento que el individuo puede experimentar como consecuencia de su decisión y la culpa que otros sujetos puedan atribuirle por haber actuado. A la presencia de estos dos factores contribuirían, a su vez: el carácter irreversible de las pérdidas, el grado de aversión a las mismas, la posibilidad de conocer cuáles han sido los resultados de la decisión, la facilidad con la que uno puede imaginarse el haber tomado otra decisión, el carácter anormal y visualizable de la acción, etc.⁸². El segundo gran factor es la dificultad de la decisión: cuanto más difícil le resulte al individuo decidir, más se acentuará su querencia por la inactividad. Entre las circunstancias que dificultan la decisión cabe mencionar: la estrategia empleada para decidir (las estrategias ponderativas encierran mayor dificultad que las consistentes en la aplicación de sencillas reglas), las emociones negativas que experimenta el individuo al tomar una decisión, el carácter conflictivo de la misma, su complejidad y la incertidumbre en la cual hay que decidir⁸³.

Salta a la vista que en el problema contemplado por el parágrafo 14 III LuftSiG concurren prácticamente todos esos ingredientes, y en dosis muy elevadas. Es por ello que no resulta muy aventurado predecir que las personas enfrentadas al mismo padecerán por regla general un fuerte sesgo omisivo. No sería extraño, por consiguiente, que éste hubiese ejercido una cierta influencia sobre los juicios efectuados por el Tribunal Constitucional Federal alemán y buena parte de la doctrina que se ha ocupado del tema. ¿Y qué hay de malo en ello? El sesgo de la omisión puede producir resultados hasta cierto punto aceptables cuando los intereses en juego son únicamente los del sujeto que «escurre el bulto», en la medida en que la reducción de sus emociones negativas puede considerarse un objetivo perfectamente legítimo. El caso es distinto, obviamente, cuando se trata con los intereses de terceros. No parece admisible que una autoridad pública, a fin de minimizar su ansiedad, escoja la alternativa que minimiza la esperanza de vida de los ciudadanos.

5. *Crítica del argumento de la incertidumbre. Las equivocaciones pueden caer de los dos lados*

Nadie discute que la situación prevista en el parágrafo 14 III LuftSiG está preñada de una gran incertidumbre. Muy difícilmente podrá saberse, siquiera con mediana seguridad, que el avión ha sido secuestrado y va a

⁸² Vid. ANDERSON (2003: 148 y ss.).

⁸³ Vid. ANDERSON (2003: 153 y ss.). RITOV/BARON (1990: 168 y ss.) han observado que la incertidumbre relativa al riesgo que corre un determinado niño al vacunarse (v. gr., cuando no puede saberse si pertenece o no a uno de los grupos de especial riesgo) exacerba la reticencia de los padres a vacunarlo, por más que sepan que el riesgo de muerte es mayor en caso de no vacunación.

ser utilizado a modo de arma contra las personas. Nadie discute, pues, que en tales circunstancias la aplicación del precepto referido encierra el peligro de que las autoridades públicas se equivoquen, que incurran en lo que los estadísticos llaman un «falso positivo» o «error de tipo I» y ordenen precipitadamente el derribo de un avión cuando, en realidad, no concurrían los requisitos para ello. Ahora bien, el Tribunal Constitucional Federal pasa por alto que las equivocaciones pueden caer también del otro lado. En una situación de incertidumbre como ésta son igualmente posibles los «falsos negativos» o «errores de tipo II». Cabe que la Administración entienda erróneamente que no se daban las circunstancias previstas en el parágrafo 14 III LuftSiG para derribar la aeronave y ésta acabe estrellándose sobre el objetivo perseguido por los secuestradores —v. gr., una central nuclear—, provocando la muerte de miles de personas. Existe la posibilidad de que la Administración, por cualquier motivo, permanezca inactiva y el desastre ocurra.

La prohibición categórica de derribar aviones estaría justificada si, cualesquiera que fuesen las circunstancias en las que se permitiera excepcionalmente el derribo, el riesgo de falsos positivos superase siempre al de falsos negativos. Para llegar a esta conclusión habría que efectuar una estimación de ambos riesgos, a cuyos efectos debería tenerse en cuenta que los daños son más graves en el primer caso (donde mueren los ocupantes del avión) que en el segundo (donde, además, mueren otras personas)⁸⁴. Lo cual implica que, para justificar dicha prohibición, la probabilidad de que se produjeran falsos positivos debería ser en cualesquiera supuestos muy superior a la de los falsos negativos.

Resulta muy complicado predecir hacia dónde tenderán a caer las equivocaciones. Algunas circunstancias hacen pensar que hacia el lado de los falsos negativos. Amén del sesgo de la omisión, podría citarse aquí el efecto certidumbre (*certainty effect*), consistente en que los resultados seguros, ciertos, suelen tener un impacto exagerado sobre las preferencias de la gente, un impacto «excesivamente» superior al de los resultados meramente probables⁸⁵. Quizás las autoridades se muestren «demasiado» reticentes a ordenar el derribo del avión, por cuanto esta decisión causa la muerte prácticamente segura de varias personas, mientras que las muertes que se producirían de estrellarse el avión contra el objetivo marcado por los terroristas son simplemente probables, aunque puedan ser muy probables y muchísimo más cuantiosas. Otros factores, por el contrario, podrían propiciar los falsos positivos. Parece ser, en primer lugar, que la urgencia, la escasez de tiempo disponible para decidir, mitiga el sesgo de la omisión⁸⁶. Es plausible estimar,

⁸⁴ En sentido parecido, STACY (2002: 503 y 504).

⁸⁵ Vid. Daniel KAHNEMAN/AMOS TVERSKY (1979), «Prospect Theory», *Econometrica*, 47-2, págs. 263 y ss.; citamos por AA.VV., *Choices, Values, and Frames*, eds. Daniel KAHNEMAN/AMOS TVERSKY, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, págs. 17 y 20 y ss. Nótese que algunos autores, como KERSTEN (2005: 663) y HÖFLING/AUGSBERG (2005: 1082), sostienen que matar a un inocente es siempre ilícito, mientras que imponerle un elevado riesgo de morir puede ser aceptable en algunos casos.

⁸⁶ Vid. ANDERSON (2003: 158).

en segundo término, que la heurística de la disponibilidad (*availability heuristic*) puede ejercer aquí su influencia. Las personas estiman a menudo la probabilidad de un suceso en función de la facilidad con la que recuerdan o les vienen a la imaginación sucesos semejantes⁸⁷. Se trata de una estrategia intuitiva que por lo general produce resultados aceptables, pues los acontecimientos más frecuentes suelen ser los más fáciles de recordar, pero que también causa equivocaciones, pues el carácter reciente de un hecho, las emociones que ha suscitado, la atención de que ha sido objeto por los medios de comunicación y otros diversos factores pueden influir notablemente en su disponibilidad. La frecuencia estadística con la que un secuestro aéreo desemboca en un atentado kamikaze es —hasta la fecha— bajísima, pero los extraordinariamente visualizables sucesos del 11 de septiembre pueden hacer que el atentado parezca más probable de lo que «realmente» es. Y, por último, tampoco es descartable que pudiera producirse una cierta insensibilidad a la probabilidad (*insensitivity to probability* o *probability neglect*)⁸⁸, fenómeno consistente en la querencia a obviar la mayor o menor verosimilitud de los resultados posibles. Se ha sugerido que el deseo de reducir la ansiedad engendrada por la incertidumbre conduce a negarla. La percepción del riesgo se simplifica hasta el extremo de clasificar las actividades en dañinas o seguras: «todo o nada»; no hay término medio⁸⁹. La insensibilidad se produce sobre todo cuando los posibles daños o beneficios resultantes de las alternativas de acción provocan intensas emociones, negativas o positivas (v. gr., porque aquéllos son fácilmente visualizables). Y existen abundantes evidencias científicas de que, en estos casos, los individuos tienden a evitar la alternativa que puede conducir al peor escenario imaginable, obviando prácticamente —sin dar la importancia que «en frío» sería razonable otorgar a— la probabilidad de que éste se produzca⁹⁰. Pues bien, existe el peligro de que las autoridades públicas focalicen su atención sobre la que en este caso es la peor hipótesis imaginable —el atentado kamikaze—, obviando la probabilidad de que el mismo ocurra, que puede ser muy escasa.

Resulta muy atrevido afirmar que el riesgo de falsos positivos superará siempre al de falsos negativos. El Tribunal Constitucional Federal debía haber reconocido al legislador un amplio margen de apreciación para resolver acertadamente este problema tan complejo, pues su mayor legítimi-

⁸⁷ Vid. Amos TVERSKY/Daniel KAHNEMAN (1973), «Availability: A heuristic for judging frequency and probability», *Cognitive Psychology*, 4, págs. 207 y ss.; citamos por AA.VV., *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, eds. Daniel KAHNEMAN/Paul SLOVIC/Amos TVERSKY, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, págs. 163 y ss. Vid., también, otros estudios contenidos en esta obra colectiva (págs. 179 y ss.) y en AA.VV., *Heuristics and Biases. The Psychology of Intuitive Judgment*, eds. Thomas GILOVICH/Dale GRIFFIN/Daniel KAHNEMAN, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, págs. 19 y ss.

⁸⁸ Vid. Cass R. SUNSTEIN (2002), «Probability Neglect: Emotions, Worst Cases, and Law», *Yale Law Journal*, 112, págs. 61 y ss.; George F. LOEWENSTEIN/Elke U. WEBER/Christopher HSEE/Ned WELCH (2001), «Risk as Feelings», *Psychological Bulletin*, 127-2, págs. 276 y ss.

⁸⁹ Vid. Paul SLOVIC/Baruch FISCHOFF/Sarah LICHTENSTEIN (1979), «Rating the Risks», *Environment*, 2-3; citamos por Paul SLOVIC, *The Perception of Risk*, Earthscan, London, 2000, págs. 110 y 111.

⁹⁰ SUNSTEIN (2002: 70 y ss.).

dad democrática y sus mejores posibilidades cognoscitivas le ponen en mejor situación para ello. Lo cual no quita que el legislador tuviese la obligación de actuar esas mejores posibilidades a través de una cuidadosa ponderación de todos los riesgos e intereses legítimos en juego, así como la obligación de establecer las debidas garantías para minimizar el riesgo de equivocaciones, obligaciones que es muy dudoso haya cumplido cabalmente. Compartimos la tesis de ODENDAHL de que, si bien resulta constitucionalmente lícito abatir un avión cargado de inocentes cuando es prácticamente seguro que se va a cometer con él un atentado kamikaze, el artículo 14 III LuftSiG debe reputarse inconstitucional en la medida en que su vaguedad vulnera el mandato de tipicidad⁹¹. Como advierte MERKEL, es difícil escapar a la impresión de que la «nebulosa fórmula» empleada por el legislador está pensada no tanto para proteger la vida de las personas cuanto para poner al Ministro de Defensa al abrigo de ulteriores responsabilidades⁹². El legislador debía haber determinado con mayor precisión las circunstancias, verdaderamente excepcionales, en las que resulta lícito derribar el avión. La indeterminación del precepto engendra un riesgo innecesario de actuaciones equivocadas con resultados mortales.

6. *El caso en el que en el avión viajan sólo terroristas no es tan diferente*

Los argumentos utilizados por la Sentencia comentada para justificar que el Estado puede abatir un avión secuestrado en el que sólo viajan terroristas son coherentes, desde luego, con la posibilidad contemplada explícitamente en la legislación de algunos *Länder* de que la policía mate mediante el uso de la fuerza armada a quien amenace la vida de un inocente, posibilidad cuya licitud constitucional nadie discute⁹³. Lo llamativo es que son manifiestamente incoherentes con los motivos esgrimidos en la misma Sentencia para negar que el Estado pueda abatir una aeronave en la que viajan inocentes.

Matar a los terroristas para proteger a las personas que se hallan en tierra firme también supone instrumentalizarlos, causarles el peor de los daños en contra de su voluntad y en aras de un interés que no es el suyo. El Tribunal ve la diferencia en que los terroristas podían haber evitado su muerte, por lo que ésta les es imputable a ellos y no al Estado. Pero lo mismo podría afirmarse de los pasajeros y tripulantes inocentes, en la medida en que también ellos podían haberla evitado si no hubieran viajado en avión. Nadie les obligó a volar. El argumento de que resulta lícito matar al agresor porque éste se ha puesto en la situación de peligro desencadenante

⁹¹ ODENDAHL (2005: 451). También MITSCH (2005: 275) critica la vaguedad del precepto.

⁹² MERKEL (2004).

⁹³ La cuestión más controvertida es si esta medida es lícita en algunos *Länder* cuyas legislaciones no la autorizan expresamente. A favor, vid. Thomas SCHÖNE/Thomas KLAES (1996), «Die hoheitliche Befugnis zur Tötung eines Angreifers —am Beispiel des nordrhein-westfälischen Polizeirechts—», *DÖV*, págs. 992 y ss. En contra, vid. Michael WESTENBERGER (2003), «Der Einsatz des finalen Rettungsschusses in Hamburg», *DÖV*, págs. 627 y ss.

de su muerte es muy poco convincente, pues implica que también es lícito matar al inocente que se ha subido libremente a la aeronave. Los tripulantes y los pasajeros, por regla general —hay excepciones, como la del incapaz o la del preso conducido a la fuerza por agentes de la policía—, han asumido voluntariamente el riesgo de verse envueltos en un secuestro aéreo, del mismo modo que han asumido el riesgo de sufrir turbulencias o un aterrizaje forzoso, el riesgo de que el avión se estrelle accidentalmente, etc. Hay personas que no están dispuestas a correr estos riesgos y prefieren viajar en tren, en coche, en autobús, en barco o, simplemente, no viajar. Con todo esto no quiero decir que el Estado pueda matar inocentes porque «ellos se lo han buscado». Tan sólo pretendo señalar que la argumentación de la Sentencia comentada es inconsistente

Nótese, en segundo lugar, las contradictorias afirmaciones relativas a la incertidumbre en la que ha de aplicarse el precepto impugnado. Según el Tribunal, si en el avión viajan inocentes, nunca será posible constatar con seguridad que se va a cometer el atentado kamikaze. Pero cuando viajan sólo terroristas sí es posible imaginar casos en los que cabe constatar con la certeza exigible que se va a cometer el atentado. ¿Por qué en un caso sí y en el otro no? El Tribunal debía haber explicado a qué obedece esta diferencia, aparentemente inexplicable⁹⁴.

Repárese en otra contradicción. Cuando se trata de abatir una aeronave con inocentes a bordo, la vida es imponderable, mientras que cuando en aquélla sólo hay terroristas, entonces el derribo puede ser proporcionado, de acuerdo con el resultado de una *ponderación global* entre la gravedad de la intervención en el derecho fundamental a la vida de los terroristas y el peso de los bienes jurídicos que se trata de proteger. Es decir, en este último caso sí que se pondera la vida de los terroristas frente a la vida de los inocentes que se hallan en tierra firme. ¿Por qué allí no y aquí sí?

7. *El efecto disuasorio de la regulación establecida*

La almendra de la argumentación empleada por el Tribunal Constitucional es que en ningún caso está justificado que un agente estatal mate deliberadamente a un inocente para salvar a otros inocentes y, a mayor abundamiento, que el parágrafo 14 III LuftSiG engendra un serio peligro de que la Administración actúe de manera precipitada, causando innecesariamente la muerte de inocentes. El primer argumento, en mi opinión, es rechazable. Lo decisivo para juzgar la licitud constitucional del precepto es determinar si éste minimiza el riesgo para la vida de las personas o, por el contrario, encierra un riesgo mortal desproporcionado (inútil, innecesario o excesivo). En este sentido se mueve el segundo argumento. Ahora bien, para formular aquel juicio no sólo habrá que tratar de pronosticar cómo actuarán probablemente las autoridades administrativas en

⁹⁴ También WINKLER (2006: 538) y BALDUS (2006: 534) han señalado esta contradicción.

aplicación del párrafo cuestionado, sino que también habrá que tener en cuenta los efectos que la disposición legal impugnada pueda provocar sobre la conducta de los terroristas. La regulación cuestionada, su inexistencia e incluso la Sentencia objeto de este comentario pueden influir en sus planes, disminuyendo o incrementando el riesgo de secuestros aéreos y, en consecuencia, de muertes. ¿Y si el citado párrafo disuadiera absolutamente a los terroristas de secuestrar aviones? La hipótesis es inverosímil, pero si se demostrara empíricamente, anular el precepto constituiría una insensatez.

Si, como parece plausible, suponemos que el comportamiento de los terroristas dispuestos a inmolarsse en un atentado kamikaze se corresponde *grosso modo* con el de un *occisor aeconomicus*, un hombre que pretende maximizar el impacto mortal y mediático de sus ataques suicidas, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional Federal les proporciona un interesante incentivo para cometer atentados de esta índole. Imagínese que es usted un malvado terrorista al que la filosofía kantiana no acaba de convencer. Usted ha oído hablar de la Sentencia comentada y sabe que las autoridades alemanas son gente seria, que acata siempre las decisiones de su más alto Tribunal, máxime cuando están en juego la dignidad y la vida de las personas. Y sabe, por lo tanto, que si consigue apoderarse de un avión que sobrevuela Alemania con inocentes a bordo podrá abalanzarse con él contra lo que le apetezca, sin peligro de que el ejército se lo impida: una central nuclear, un estadio de fútbol que rebosa de gente, la sede del Parlamento, etc.

El Tribunal debía haber ponderado el efecto disuasorio de la regulación legal establecida. El párrafo 14 III LuftSiG hacía el secuestro de aeronaves menos atractivo para los kamikazes, al dejarles claro que debían contar con la posibilidad de que el ejército abortara sus planes. Ahora, en cambio, lo que tendrán claro es que, una vez secuestrado el correspondiente avión, se les abre un amplio abanico de alternativas⁹⁵, a cual más mortífera. Aunque quizás no sean tan ingenuos. Es posible que no confíen demasiado en que las autoridades alemanas les vayan a permitir realmente alcanzar ciertos objetivos. Puede que piensen que, en determinadas circunstancias, aquéllas acabarán interviniendo, aun a riesgo de incurrir en responsabilidad penal. Quién sabe.

V. CONCLUSIONES

Los argumentos empleados por el Tribunal Constitucional Federal alemán para anular un precepto legal que, a fin de prevenir atentados kamikazes, permitía a la Administración derribar aviones con inocentes a bordo no convencen. La afirmación apodíctica de que matar a un inocente para salvar a otros inocentes lesiona la dignidad humana, por cuanto la víctima

⁹⁵ En sentido parecido, BALDUS (2006: 534).

resulta instrumentalizada, es rechazable, entre otras razones, porque el simple hecho de «instrumentalizar» a una persona —de ponerla en una situación desventajosa en contra de su voluntad y en atención a los intereses de otras personas— no lesiona dicho principio constitucional. Las exigencias del deber de no instrumentalización deben ponderarse con las de otros principios constitucionales.

La tesis según la cual al Estado no le está permitido «ponderar vida contra vida» —escoger aquel curso de acción que maximice el número de vidas salvadas— conduce a resultados manifiestamente absurdos. Si el Estado debe proteger y respetar la vida humana en la mayor medida de lo posible, entonces ineluctablemente deberá decidir en función de las vidas que sus decisiones pueden salvar, las muertes que pueden provocar y las probabilidades de que estos resultados se produzcan, intentando maximizar la vida. De hecho, así tratan de actuar los poderes públicos, por regla general.

El argumento de que la obligación de los poderes públicos de respetar la vida prevalece infinitamente sobre su obligación positiva de protegerla —reflejo de la opinión según la cual matar es intrínseca e infinitamente peor que dejar morir— carece de justificación. Como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando surge un conflicto entre las obligaciones negativas y positivas derivadas de los mismos, la solución no es hacer prevalecer absolutamente las primeras sobre las segundas, sino establecer una regulación proporcionada, que logre el justo equilibrio entre todos los intereses en juego.

El Tribunal alemán advierte que la incertidumbre en la cual la Administración ha de actuar engendra un grave riesgo de que ordene precipitadamente el derribo del avión, matando «innecesariamente» a sus ocupantes. Pero el Tribunal pasa por alto que, en estas circunstancias, las equivocaciones también pueden caer del otro lado. Es posible que la Administración decida no intervenir y el atentado kamikaze se consume, provocando la muerte de los ocupantes del avión y la de otras muchas personas. Así las cosas, lo sensato es precisar cuál de los dos peligros es más grave y establecer la regulación legislativa que permita minimizar el riesgo para la vida de las personas. Los Tribunales deben reconocer al legislador un amplio margen de apreciación para ello, pues su mayor legitimidad democrática y sus mejores posibilidades cognoscitivas le ponen en mejor situación para resolver este problema. El legislador, por su parte, debe actuar esas mejores posibilidades a través de una cuidadosa ponderación, así como establecer las garantías necesarias para minimizar el riesgo de equivocaciones, lo cual no puede decirse que haya ocurrido en el caso enjuiciado.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su reseña, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos anónimos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



9 770034 763905

00170

19,00 €