

ESTUDIOS CRÍTICOS

UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS

La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán,
de 15 de febrero de 2006, sobre la Ley de Seguridad Aérea,
que autorizaba a derribar el avión secuestrado
para cometer un atentado terrorista

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO

LOS ANTECEDENTES

Es posible que el 11 de septiembre de 2001 se sume a la lista de esas fechas cargadas de contenido simbólico que se utilizan para fijar puntos de referencia en torno a los cuales se explica la Historia —también la Historia de las ideas— de esa parte del mundo que se designa como Occidente. Todavía es pronto, no obstante, para formular juicios definitivos. Si el 14 de julio de 1789 es la fecha que se elige para apuntar a la idea «libertad» y el mayo del 68, por ejemplo, para identificar con una cifra la «liberación» (de los valores burgueses heredados), aquel 11-S empujó otro concepto al primer plano: «seguridad».

Menos conocido —con razón— que los dramáticos atentados en los Estados Unidos es el incidente que tuvo lugar en Francfort el 5 de enero de 2003, cuando un perturbado mental se hizo con un pequeño avión deportivo, sobrevoló el barrio financiero de la ciudad y amenazó con estrellar el aparato contra el edificio del Banco Central Europeo si no se le permitía hacer una llamada telefónica a los Estados Unidos. Se declaró la alarma en la ciudad, se evacuaron los edificios, un helicóptero de la Policía y dos cazas de las Fuerzas Aéreas vigilaban los movimientos del avión. Media hora después de que diera comienzo el incidente era patente que se trataba de la amenaza de un loco, que —una vez que se accedió a su exigencia— aterrizó en el aeropuerto y se dejó detener sin resistencia.

El Estado alemán tenía que actuar y lo hizo. Una amplia gama de medidas destinadas a mejorar la seguridad aérea se incluyó en un proyecto de Ley elaborado por el Gobierno Federal, que se convirtió, tras su tramitación parlamentaria, en la Ley de Seguridad Aérea de 11 de enero de

2005 (1). A los nuevos peligros procedentes del tráfico aéreo respondió la LSegA con una medida hasta entonces desconocida: se autoriza a intervenir a la Fuerzas Armadas, en colaboración con la Policía de los *Länder*, si, como consecuencia de un incidente aéreo grave producido en un avión, es previsible que se desencadene una catástrofe. Las Fuerzas Armadas pueden intentar desviar el rumbo del avión que vaya a provocar la catástrofe, o forzar a que aterrice, amenazar con el empleo de la fuerza militar y efectuar disparos de advertencia. Como *ultima ratio* se permitía también derribar el avión cuando pudiera tenerse la seguridad de que el avión se dirige a destruir vidas humanas situadas en un objetivo en tierra y el disparo contra el aparato sea el único medio de responder a la amenaza. La regulación detallada se contiene en los arts. 13 a 15 LSegA. En concreto, la autorización del derribo del avión se contenía en el art. 14.3 LSegA. La decisión de disparar con la fuerza militar se atribuía, con carácter general, al Ministro Federal de Defensa.

EL RECURSO DE AMPARO

Contra el art. 14.3 LSegA formularon demanda de amparo —que, como es conocido, en el sistema alemán puede interponerse contra normas con rango de ley— seis ciudadanos que alegaron, para justificar su legitimación, utilizar frecuentemente, por motivos privados y profesionales, el medio aéreo de transporte. En el recurso se esgrimían contra el precepto impugnado argumentos relativos a la vulneración de derechos fundamentales, por una parte, y a la vulneración del orden constitucional de distribución de competencias, por otra.

El Tribunal Constitucional Federal (en concreto, su Primer Senado) ha dictado sentencia estimatoria el 15 de febrero de 2006. Con respecto a la legitimación de los recurrentes acepta el Tribunal que la norma afecta de forma *actual e inmediata* a derechos fundamentales *proprios* de aquéllos. Los demandantes han argumentado suficientemente que usan el avión con frecuencia, por

(1) *Luftsicherheitsgesetz vom 11. Januar 2005 (BGBl I S. 78)*. Se utilizará en adelante la abreviatura de la traducción al castellano: LSegA. Los parágrafos (§) de las leyes alemanas se citarán como artículos. La Ley Fundamental de Bonn se citará, conforme ya es también usual en España, como GG (*Grundgesetz*). La cita oficial de la Sentencia es: BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006. Se seguirá igualmente la propuesta oficial de cita de los párrafos de la Sentencia (del 1 al 156). El texto de la Sentencia puede obtenerse en:

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html

lo que ha de admitirse que con alguna probabilidad se pueden ver afectados en sus derechos fundamentales por la norma impugnada (párr. 78); y no se les puede exigir que esperen a ser víctimas del secuestro del avión que prevé el art. 14.3 LSegA para recurrir contra la aplicación de la Ley que entonces tuviera lugar (párr. 78-83).

LA CUESTIÓN COMPETENCIAL

La decisión sobre la cuestión competencial tiene —a mi juicio— para el lector español menos interés que la que se refiere a los argumentos de carácter material. No obstante, sí puede sorprender a quien conozca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que el Tribunal Constitucional Federal permita a los demandantes en el recurso de amparo esgrimir argumentos de tipo competencial y, de esa forma, convertir una demanda de protección *subjetiva* de derechos fundamentales propios en un instrumento de defensa del orden *objetivo* de distribución de competencias entre el *Bund* y los *Länder*. La vía que permite esa *subjetivización* de lo objetivo-competencial se destaca expresamente en la Sentencia: el derecho a la vida está garantizado en el art. 2.2 GG con una reserva de ley; pero es presupuesto para que la ley correspondiente pueda afectar o limitar este derecho fundamental que «la misma se dicte *conforme al orden constitucional de competencias*, que no afecte al contenido esencial del derecho y que no sea contraria al resto de las decisiones fundamentales de la Constitución» (párr. 85).

Con este punto de partida —que si la ley no respeta el orden constitucional de reparto de competencias se afecta inconstitucionalmente al derecho fundamental correspondiente— procede el Tribunal a examinar la cuestión competencial. El art. 35.2 y 3 GG, en lo que aquí interesa, permite al *Bund* colaborar con unidades de las Fuerzas Armadas en el ámbito material de la seguridad y orden público de los *Länder* en casos de catástrofes naturales o desastres graves. La Sentencia argumenta y declara, en síntesis, que las medidas de cooperación del *Bund* con la Policía de los *Länder* previstas en esos preceptos constitucionales han de tener la misma naturaleza que las tareas propias de los *Länder* a los que el *Bund* presta colaboración (en especial, párr. 106); y esos preceptos ni regulan ni permiten el empleo por el *Bund* de armas de carácter específicamente militar como las que se prevén en el art. 14.3 LSegA.

El precepto impugnado es, pues, inconstitucional ya por razones competenciales. Ahí podía haber terminado la Sentencia, como habían puesto de manifiesto en sus alegaciones en el proceso el Gobierno de Baviera y el de

Hessen (*vid.* párr. 65). El Tribunal no detiene, sin embargo, ahí su análisis, sino que procede a examinar también el precepto impugnado desde la perspectiva de su compatibilidad con los derechos fundamentales invocados, seguramente porque —en previsión de la posible declaración de incompetencia del *Bund*— ya se habían presentado diversos proyectos de reforma constitucional del art. 35 GG (*vid.* párr. 16) (2). Era conveniente que el Tribunal se pronunciara sobre la compatibilidad del precepto con decisiones constitucionales no modificables en el sistema alemán (en virtud de la denominada «cláusula de eternidad» del art. 79.3 GG).

EL CONTRASTE DEL PRECEPTO CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El Tribunal declara inconstitucional y nulo, también por ser incompatible con el derecho a la vida (art. 2.2 GG) en relación con la garantía de la dignidad de la persona (art. 1.1 GG), el art. 14.3 LSegA que autoriza a las Fuerzas Armadas a derribar un avión secuestrado que vaya a ser utilizado como arma contra la vida de personas, *en la medida en que dicha autorización afecte a sujetos distintos de los secuestradores*.

Es fácil desglosar el esquema argumentativo de la decisión en la parte en que se contrasta el precepto impugnado con las exigencias de los mencionados derechos fundamentales. La Sentencia parte de una distinción de importancia decisiva: la que debe hacerse entre los autores responsables del acto delictivo —por un lado— y los miembros de la tripulación y los pasajeros del avión —por otro— que son víctimas del secuestro. Para estos segundos el Tribunal expone seguidamente de forma contundente la razón de la inconstitucionalidad: la dignidad del ser humano prohíbe que el Estado lo convierta en objeto de la actuación estatal y simple medio para la salvación de otros. En

(2) En las opiniones doctrinales formuladas con anterioridad a la Sentencia se había cuestionado, con argumentos diversos, la competencia del *Bund*. Falta de competencia y necesidad de reforma constitucional constatan, por ejemplo, ELMAR GIEMULLA: «Zum Abschuss von Zivilluftfahrzeugen als Maßnahme der Terrorbekämpfung», *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW)*, (2005), págs. 32 y sigs. (en especial, pág. 47); HENRIETTE SATTLER: «Terrorabwehr durch die Streitkräfte ohne Grundgesetzänderung. Zur Vereinbarkeit des Einsatzes der Streitkräfte nach dem Luftsicherheitsgesetz mit dem Grundgesetz», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, (2004), págs. 1286 y sigs. (en especial, pág. 1291). A favor de la competencia del *Bund*, sin embargo, MANFRED BALDUS: «Streitkräfteeinsatz zur Gefahrenabwehr im Luftraum. Sind die neuen luftsicherheitsgesetzlichen Befugnisse der Bundeswehr kompetenz- und grundrechtswidrig?», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, (2004), págs. 1278 y sigs. (en especial, pág. 1285).

este momento la decisión se cierra radicalmente a cualquier posible argumentación ponderativa que, sin mucho esfuerzo, podría construirse con la —terrible pero inevitable— consideración utilitarista de que, si no se dispara contra el avión, los que van en él morirán de todos modos unos segundos más tarde junto con las personas en tierra contra las que se dirige el aparato secuestrado; y si se dispara, la muerte de unos cientos de personas —que, se insiste, con casi total seguridad van a morir— puede salvar la vida de miles. El Tribunal rechaza pormenorizadamente a continuación uno a uno los argumentos esgrimidos por algunos de los comparecientes en el proceso que, en esencia, iban dirigidos a posibilitar racionalmente una ponderación (vida de los que van en el avión frente a vida de todos: los del avión y los que se encuentran en el lugar contra el que éste se dirige) mediante la relativización del valor del derecho a la vida de tripulación y pasajeros. Por último, la Sentencia sí que acepta y utiliza una argumentación ponderativa para llegar a la conclusión de que el precepto no sería inconstitucional si únicamente permitiera derribar un avión en el que sólo se encuentren los que pretenden utilizar el aparato como arma contra las personas en tierra.

LA *RATIO DECIDENDI*: LA DIGNIDAD DE LA PERSONA EXCLUYE
QUE SE TRATE AL SER HUMANO COMO SIMPLE OBJETO
O MEDIO DE LA ACTUACIÓN ESTATAL

El Tribunal repasa brevemente —y en lo que interesa— su jurisprudencia sobre el derecho a la vida y la dignidad humana: la vida humana es el soporte vital de la dignidad de la persona, principio estructural y valor supremo de la Constitución; a todo ser humano le corresponde como persona esta dignidad, con independencia de sus cualidades, de su estado físico o mental, de su capacidad o de su estatus social; y con independencia también de la previsible duración de la vida del individuo (párr. 119). De los arts. 1.1 y 2.2 GG no sólo deriva una prohibición al Estado de vulnerar el derecho a la vida, sino también una obligación de defenderla frente a posibles ataques antijurídicos de terceros (párr. 120). Qué impone en concreto esa obligación de protección al Estado es algo que no puede determinarse en abstracto; pero sí puede afirmarse que la Constitución parte de la idea de que el individuo debe poder configurar libremente su vida, desarrollar también en libertad su personalidad y exigir de todos ser tratado como miembro de la sociedad con un valor propio, que excluye convertir al hombre en «simple objeto del Estado»; con ello se prohíbe cualquier actuación estatal que cuestione la subjetividad de la persona, su estatus como sujeto de derechos; la constatación de que se está ante una actua-

ción de ese tipo por parte del poder público debe hacerse en el caso concreto en atención a las circunstancias concurrentes (párr. 121).

Pues bien, a continuación procede la argumentación de la Sentencia a constatar que, en efecto, la regulación legal impugnada, en cuanto se refiere a los pasajeros y a la tripulación del avión que los secuestradores pretenden utilizar como arma, sitúa a aquéllas personas en esa situación de «despersonalización» por parte del Estado que la Constitución prohíbe. En el momento en el que se adopta la decisión de disparar, conforme a la regulación del art. 14.3 LSegA, debe partirse de la base de que los secuestradores han transformado el avión mismo en arma de ataque contra la vida de quienes se encuentran en el lugar contra el que se dirige el aparato. «En este supuesto extremo, que está también marcado por la limitación espacial de un avión en vuelo, los pasajeros y la tripulación se encuentran en una situación sin salida en la que ya no pueden configurar por sí mismos sus circunstancias vitales con independencia de terceros» (párr. 123).

«Esto convierte a las víctimas que van dentro del avión no sólo en objeto de los secuestradores, sino también del Estado, que trata a aquellos individuos inocentes —desamparados en una posición de total indefensión personal— como simples objetos de su acción de salvamento para la protección de terceros. La situación de indefensión y la imposibilidad de evitar el destino decidido por los secuestradores caracterizan la situación de las víctimas que van dentro del avión también frente a quienes ordenan y ejecutan su derribo. Los pasajeros y la tripulación carecen de medios de defensa tanto frente a los secuestradores como frente a esa actuación del Estado, debido a las circunstancias en las que se encuentran, que no pueden dominar de ninguna manera. Están entregados sin remedio y sin salida a la decisión estatal que tiene como consecuencia que sean intencionadamente eliminados junto con el avión en el que vuelan. Esta regulación no es compatible con la consideración de los afectados como sujetos con dignidad y derechos inviolables. Utilizando su muerte como medio para la salvación de otros, el Estado cosifica a esas personas, al mismo tiempo que las despoja de sus derechos. Cuando la actuación estatal decide unilateralmente sobre sus vidas, se priva a los ocupantes del avión, en su condición de víctimas, precisamente necesitadas de protección, del valor que corresponde al ser humano por el hecho de serlo» (párr. 124).

UN ARGUMENTO ADICIONAL: LA FALTA DEL NECESARIO GRADO DE SEGURIDAD
SOBRE LA CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS DEL SUPUESTO DE HECHO

A la *ratio decidendi* que se acaba de exponer añade la Sentencia un argumento adicional que se refiere a la práctica imposibilidad de valorar correc-

tamente —con el exigible grado de seguridad— la situación fáctica a la que el supuesto de hecho de la norma vincula como consecuencia jurídica la actuación estatal de derribar con la fuerza militar el avión secuestrado. «Conforme a las alegaciones formuladas por algunos de los comparecientes en el proceso, por escrito o en la vista oral, no puede aceptarse por este órgano judicial que los requisitos fácticos para ordenar y ejecutar la medida prevista legalmente puedan ser constatados siempre con la exigible seguridad» (párr. 125).

En efecto, al amparo de la posibilidad del Tribunal de requerir de terceros cualificados por sus conocimientos técnicos la intervención en el proceso [art. 27.a) Ley del Tribunal Constitucional Federal], habían formulado alegaciones en el mismo la «Asociación Cockpit» (*Vereinigung Cockpit*, asociación profesional de pilotos comerciales e ingenieros aeronáuticos de Alemania) y la «Organización independiente del personal de vuelo» (*Unabhängige Flugbegleiter Organisation UFO*, asociación profesional independiente del personal de la tripulación aérea), que habían destacado las dificultades que en un incidente aéreo como el previsto por la norma existirían para comunicar información precisa sobre lo que está sucediendo entre el personal de la tripulación del avión y entre dicho personal y las autoridades que deben decidir en tierra, la inseguridad de la información que puede obtenerse desde fuera del avión —incluso en el supuesto de las mejores condiciones climatológicas— mediante la observación del mismo y la posibilidad de que la situación a bordo del aparato cambie en cuestión de minutos o, incluso, segundos (párr. 126-128). El Tribunal considera convincentes esas alegaciones y argumenta, por su parte, que la regulación del procedimiento previsto legalmente para adoptar la decisión definitiva de derribar el avión, con la obligada intervención de diversas autoridades e interesados, exige una duración mínima que, si se tiene en cuenta la relativamente pequeña extensión del espacio aéreo alemán, implicará que la mencionada decisión fatal haya de adoptarse bajo los efectos de una enorme presión que aumenta el riesgo de la precipitación (párr. 129).

«Es cierto que también en otros ámbitos de regulación de decisiones policiales se dan supuestos en los que no es posible evitar totalmente la inseguridad en los juicios prospectivos. Pero en el caso presente, bajo la vigencia del art. 1.1 GG (dignidad de la persona), debe considerarse por completo inadmisibles la decisión de matar conscientemente a personas inocentes en una situación desesperada, como son los pasajeros y la tripulación del avión secuestrado, adoptada sobre la base de una autorización legal que permitiera dicha decisión incluso aceptando la inevitable inseguridad de la constatación fáctica». El Tribunal considera irrelevante para su decisión el enjuiciamiento del

supuesto desde la perspectiva del Derecho penal (3). Decisiva es sólo la argumentación constitucional que ya se ha expuesto.

RECHAZO DE LOS ARGUMENTOS DIRIGIDOS A POSIBILITAR UNA PONDERACIÓN
MEDIANTE LA RELATIVIZACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA
DE TRIPULACIÓN Y PASAJEROS O SU ENFRENTAMIENTO
A UN BIEN O INTERÉS SUPUESTAMENTE SUPERIOR

Ya se ha dicho que, desde la perspectiva metodológica, llama la atención cómo el Tribunal, para el supuesto de que en el avión viajen víctimas inocentes, evita a toda costa recurrir a argumentos que se valgan de juicios ponderativos, que decidan atribuyendo importancias desiguales a la vida de los pasajeros y la tripulación, por una parte, y a la de éstos —que, de todas formas, casi con seguridad van a morir— más la de los que están en tierra en el interior del objetivo elegido por los secuestradores para estrellar el avión, por otra. Antes de que se dictara la Sentencia se había comparado la cuestión jurídica planteada con el clásico «dilema moral» en el que cada una de las actuaciones posibles conduce a consecuencias que no pueden ser deseadas por separado, con lo que podría aceptarse que fuera determinante para el enjuiciamiento constitucional la consideración de que también sin la intervención del Estado morirán los pasajeros y la tripulación; y que —por muy utilitarista y cínico que pueda sonar— el problema podría solucionarse atendiendo a cuál de las decisiones posibles conduce a la salvación de más vidas humanas; un derribo a tiempo de los dos aviones que se estrellaron contra las torres gemelas el 11 de septiembre de 2001 habría evitado la muerte de miles de personas (4). Expresamente se había destacado también que no se está en este supuesto ante un caso que deba resolverse según el modelo de otros en los que se sitúan, una frente a otra, «vida contra vida», pues no se elige aquí entre «los unos o los otros», sino entre «sólo los unos o los unos y además los otros» (5). Todo ello sobre la base de que el Estado ha de actuar de alguna manera, de que está fuera

(3) En las opiniones doctrinales formuladas sobre la regulación legal impugnada había sido frecuente el recurso a argumentaciones propias del Derecho penal. Pueden verse las citas doctrinales contenidas en la propia Sentencia (párr. 130) y las referencias de GIEMULLA, *ZLW* (2005), págs. 41-42, que justifica la utilización de estos argumentos con la «tesis de la unidad del Derecho», que permitiría trasladar prudentemente las decisiones valorativas implícitas en la regulación penal de las causas de justificación al ámbito del Derecho constitucional y administrativo (pág. 41).

(4) BALDUS: *NVwZ* (2004), pág. 1285.

(5) GIEMULLA: *ZLW* (2005), págs. 40-41.

de toda duda que si unos suicidas secuestran un avión para estrellarlo contra el mayor número posible de personas inocentes es impensable que el Estado permanezca inactivo (6).

Nada de esto es tenido en cuenta por el Tribunal, salvo para rechazarlo expresamente. Primer argumento de este tipo que rechaza la Sentencia: «es inaceptable la alegación sostenida en el proceso relativa a que quien sube a un avión como miembro de la tripulación o pasajero consentiría supuestamente el derribo de aquél y con ello su propia muerte en el caso de que concurrieran los elementos del supuesto de hecho de la norma impugnada. Esta suposición carece de cualquier fundamento real y no pasa de ser una pura ficción ajena a la realidad vital» (párr. 131).

Por otra parte, el Tribunal tampoco juzga atendible la consideración de que, se dispare o no se dispare contra el avión secuestrado, las víctimas que van a bordo están destinadas a morir inmediatamente. «La vida humana y la dignidad de la persona gozan de la misma protección constitucional independientemente de la duración de la existencia física del individuo» (párr. 132). «A ello se añade, además, la inseguridad fáctica a la que ya se ha hecho referencia, que caracteriza el supuesto de hecho del precepto impugnado y que necesariamente influye sobre el pronóstico relativo a cuánto durará la vida de las personas que se encuentran en ese avión que se ha convertido en arma de ataque, o a si todavía existe alguna esperanza de salvación. Normalmente será imposible realizar un juicio fidedigno que se pronuncie sobre la circunstancia de que la vida de esas personas ya está perdida de todas maneras» (párr. 133).

El Tribunal rechaza igualmente el argumento que justifica el derribo del avión y la muerte de sus ocupantes con la consideración de que quien se encuentra en el avión secuestrado es, como el mismo avión, «parte de una arma que debe aceptar que se le trate como tal. Esta manera de ver las cosas pone al descubierto y sin disimulo que ya no se considera a las víctimas del secuestro como personas, sino precisamente como parte de una cosa. El ser humano se cosifica en este argumento de forma incompatible con la concepción antropológica constitucional, que parte de la idea de un sujeto destinado a autodeterminarse libremente y que, por tanto, no puede ser tratado como un puro objeto de la actuación estatal» (párr. 134).

La misma suerte de rechazo merece la alegación de que «el individuo estaría obligado en caso de necesidad a sacrificar su vida en interés de la propia existencia del Estado, cuando sólo de esa manera fuera posible preservar la comunidad jurídicamente constituida frente a atentados dirigidos a su desapa-

(6) BALDUS: *NVwZ* (2004), pág. 1279.

rición y destrucción». El Tribunal considera innecesario pronunciarse sobre el eventual alcance de esa obligación de sacrificio de la propia vida. Le basta con constatar que el ámbito de aplicación del art. 14.3 LSegA está delimitado por el precepto constitucional en el que el legislador ha fundado su propia competencia legislativa (el art. 35.2 y 3 GG), que se refiere a la prevención de catástrofes graves. Catástrofes de ese tipo pueden ser provocadas por secuestradores de aviones llevados por una motivación política, pero también por criminales sin intención política alguna o por perturbados mentales. Incluso en el supuesto de la motivación política, la vinculación del precepto impugnado a su contexto constitucional —la prevención de una grave catástrofe (art. 35.2 y 3 GG)— pone de manifiesto que no se trata de que el Estado reaccione frente a ataques dirigidos contra su propia existencia y continuidad, por lo que no hay posibilidad alguna de hacer entrar en juego esa obligación de sacrificio de la vida personal con el efecto pretendido (párr. 135-136).

Por último, rechaza la Sentencia que el precepto impugnado pueda justificarse constitucionalmente con apoyo en la obligación estatal de proteger la vida de los que están en tierra y contra los que se dirige el avión secuestrado.

«En el cumplimiento de las obligaciones de protección de derechos fundamentales corresponde al Estado y a sus órganos un amplio margen de valoración y configuración. Al contrario de lo que sucede con la perspectiva subjetiva de los derechos fundamentales como derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, las obligaciones estatales de protección que derivan de la vertiente objetiva de dichos derechos tienen contornos potencialmente indefinidos. Corresponde a los órganos estatales, cada uno en su ámbito competencial, decidir cómo ha de prestarse esa obligación de protección, lo que también se predica del derecho a la vida. Es cierto que con respecto a este concreto bien constitucional, en casos determinados, puede reducirse la mencionada libertad de elección de los medios de protección a uno preciso, cuando de otro modo no fuera posible alcanzar una protección efectiva de la vida. Pero la elección de los medios sólo puede recaer sobre aquéllos que sean compatibles con la Constitución; y eso es precisamente lo que no sucede en el caso del art. 14.3 LSegA. La decisión de disparar con la fuerza militar contra el avión y su ejecución desconoce que también las víctimas que se encuentran en el aparato secuestrado tienen un derecho a la protección por el Estado de sus vidas. La regulación legal impugnada no sólo priva a esas personas de la mencionada protección estatal, sino que establece que sea el propio Estado el que atente contra la vida de tripulantes y pasajeros. Como ya se ha expuesto, esta actuación es incompatible con la consideración de las víctimas como sujetos de derechos que deriva de la dignidad de la persona (art. 1.1 GG) y con la prohibición de matar que la garantía de la dignidad impone al Estado. Y nada

de eso cambia por el hecho de que la medida prevista legalmente esté destinada a proteger la vida de otras personas» (párr. 138-139).

CONTRA EL AVIÓN OCUPADO SÓLO POR LOS SECUESTRADORES SÍ SE PUEDE DISPARAR,
PORQUE EN ESTE CASO EL ESTADO NO TRATA A LOS OCUPANTES COMO OBJETO,
SINO, PRECISAMENTE, COMO SUJETOS RESPONSABLES DE SUS ACTOS

Ya se ha dicho más arriba que para el análisis de la constitucionalidad del precepto impugnado el Tribunal se vale de una distinción de partida de importancia decisiva, porque traza la línea entre lo que debe considerarse incompatible con la Constitución y aquello a lo que no cabe oponer reparo constitucional: la distinción entre el supuesto del avión secuestrado con personas inocentes a bordo y el del avión teledirigido o sólo ocupado por los responsables del acto de utilizar el aparato como arma contra un objetivo en tierra. La Sentencia termina con el examen de este segundo supuesto. Que en este caso la actuación estatal sería constitucionalmente equivalente —y, por tanto, admisible— a la del policía que, como último medio posible, dispara a matar contra quien de forma actual e inmediata amenaza con matar a otro ya había sido destacado en las opiniones doctrinales formuladas antes de que se pronunciara el Tribunal (7).

Es evidente que no plantea problema constitucional alguno el derribo del avión en el que no vuela nadie. Al otro caso se presta atención detenida. «El Estado no cuestiona la cualidad subjetiva de nadie, ni nadie es tratado como simple objeto de la actuación estatal, cuando la autoridad adopta medidas defensivas contra los autores del ataque antijurídico, que pretenden utilizar un avión como arma dirigida a la destrucción de vidas humanas, y evita el atentado en cumplimiento de su obligación de proteger la vida de las personas que se encuentran en el objetivo en tierra. Por el contrario, deriva precisamente de la posición subjetiva del autor del ataque la imputación personal a dicho sujeto de las consecuencias de su comportamiento consciente y que se le haga responsable del acto en el que él lleva la iniciativa. La actuación estatal no desconoce en este caso el derecho al respeto que también al autor del atentado se debe como persona» (párr. 141).

Argumenta el Tribunal que nada cambia en la declaración anterior la consideración de la inseguridad que puede presentarse en la constatación fáctica de los elementos del supuesto de hecho de la norma impugnada. Esa inse-

(7) Con expresa referencia al caso de la liberación por la Policía de un rehén amenazado por su secuestrador, BALDUS: *NVwZ* (2004), pág. 1284; sin plantearse la posibilidad de que en el avión viajen sólo los suicidas, GIEMULLA: *ZLW* (2005), pág. 40.

guridad no es comparable a la que se da cuando viajan personas inocentes a bordo. Si los que tienen el avión en su poder no pretenden utilizar el avión como arma contra un objetivo en tierra y, por tanto, la correspondiente sospecha es infundada, pueden aquéllos en cualquier momento y con facilidad —en respuesta a las medidas que, conforme a la regulación legal, deben adoptarse con carácter previo al disparo final: amenaza de utilización de la fuerza, disparo preventivo, etc.— mostrar que nada cabe temer del avión, por ejemplo, procediendo a desviar su rumbo o aterrizando. En el caso del avión ocupado sólo por los supuestos suicidas es fácilmente evitable por ellos la confusión y la inseguridad que se da en el otro supuesto (párr. 142). La inseguridad evitable que no sea, sin embargo, evitada por los que controlan la situación en el avión ya no es imputable al Estado, sino al ámbito de responsabilidad de los autores (párr. 143).

Procede, a continuación, el Tribunal a analizar el cumplimiento de las exigencias del principio de proporcionalidad. La medida legalmente regulada y aplicada sólo contra la vida de los que emplean el avión como arma sirve al fin constitucional de salvar vidas humanas, fin de tan alto grado de importancia que justifica también la gravedad de la intervención (párr. 145). La medida, por otra parte, no es en todo caso inadecuada para la consecución del fin pretendido con la regulación legal, pues es posible que en el caso concreto se constate con seguridad que en el avión sólo se encuentran los responsables del atentado y que mediante el disparo se evitará la amenaza que de ellos procede para la vida de las personas situadas en el objetivo en tierra (párr. 146).

También ha de considerarse cumplido el requisito de la necesidad, porque, en el caso planteado, no se alcanza a ver qué otro medio, que fuese igualmente efectivo pero menos gravoso para la vida de los suicidas, podría emplearse (párr. 147). El legislador ha adoptado en el articulado de la LSegA una amplia gama de medidas para mejorar la seguridad de los aviones frente a posibles atentados y, sin embargo, debe aceptarse que dichas medidas no ofrecen una protección absoluta frente a atentados terroristas, por lo que, como *última ratio*, puede ser necesario emplear la fuerza militar contra el avión ocupado por los criminales suicidas (párr. 148).

Por último, la medida es también proporcionada en sentido estricto, pues un juicio de ponderación entre la gravedad de la intervención en el derecho a la vida de los suicidas y los bienes jurídicos que se protegen arroja un resultado equilibrado y exigible a los afectados cuando existe seguridad sobre el cumplimiento de los elementos del supuesto de hecho de la norma (párr. 149). La circunstancia de que son los propios terroristas los que provocan la actuación estatal y los que pueden evitarla en cualquier momento desistiendo de su acción criminal hace perder peso en ese juicio ponderativo al perjuicio que se

causa en sus derechos fundamentales (párr. 150). Otro elemento se introduce por el Tribunal en el juicio de ponderación: la posibilidad de que los restos del avión derribado causen daño a la vida o a la salud de personas situadas en el espacio donde aquéllos hayan de caer. Cuando sea seguro el juicio prospectivo de que esos daños se van a producir, no puede adoptarse la medida. Pero esto es algo que no afecta al enjuiciamiento del precepto en sí, sino a su aplicación al caso concreto (párr. 152-153).

El último párrafo de la fundamentación jurídica de la Sentencia se dedica a la declaración de que el precepto, en el caso que se está examinado, respeta la garantía constitucional del contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 19.2 GG): «a la vista de la gravedad de la situación excepcional de la que parte la regulación del art. 14.3 LSegA, no se afecta al contenido esencial del derecho fundamental a la vida en el presente caso con la regulación legal impugnada, en la medida en que ésta se justifica por la necesidad de proteger intereses de importancia decisiva de terceros y cumple las exigencias del principio de proporcionalidad» (párr. 154).

Esta última declaración servirá, por cierto, seguramente, para reavivar la polémica entre los partidarios de un concepto «absoluto» del contenido esencial (aparte de las exigencias del principio de proporcionalidad, la obligación de respetar ese contenido constituye un último e independiente límite al legislador que regula materias relativas a derechos fundamentales) y los defensores de una tesis «relativa» (el contenido esencial del derecho fundamental no es otra cosa que lo que queda del derecho después de ponderarlo con respecto a otros derechos y bienes jurídico-constitucionales) (8).

En el fallo se declara la inconstitucionalidad y nulidad del precepto, pues, aunque se ha argumentado que para el caso de que el avión estuviera ocupado sólo por los suicidas su derribo no sería inconstitucional, la norma impugnada —según se ha expuesto— ya adolecía de un defecto constitucional de orden competencial.

(8) La polémica es, como se sabe, antigua. Puede verse, ya en edición de hace décadas, MAUNZ, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Kommentar zum Grundgesetz*, art. 19.2 (mayo de 1977), en especial, números marginales 1-14; y PETER LERCHE, en JOSEF ISENSEE y PAUL KIRCHHOF: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo V, Heidelberg, 1992, § 122, números marginales 25-32, donde se destaca que, con independencia de que la garantía del contenido esencial rara vez tiene relevancia práctica, sí que adquiere una *importancia gráfica* en la estructura constitucional, en la medida que reconoce que la posibilidad de la ponderación entre bienes constitucionales en conflicto también ha de tener sus límites (marginal 32).

UNA REGLA CONSTITUCIONAL CONTENIDA EN LA GARANTÍA DE LA DIGNIDAD HUMANA:
LA PERSONA NO PUEDE SER TRATADA COMO SIMPLE OBJETO
O MEDIO DE UNA ACTUACIÓN ESTATAL

Como título para el comentario de esta Sentencia se ha elegido el de «una cuestión de principios» (9). Se quería poner de manifiesto con ello, utilizando el sentido coloquial de la expresión, en síntesis, que el Tribunal Constitucional Federal no se ha dejado seducir por un tipo de argumentación ponderativa-utilitarista, que valore ventajas y desventajas de dos soluciones posibles, para decidir sobre la cuestión de si el Estado puede disparar contra el avión secuestrado en el que viajan tripulación y pasajeros inocentes. Si se derriba el avión, en principio, sólo morirán los que vuelan en él; si, por el contrario, el Estado permanece inactivo y no dispara, morirán éstos y además todos aquellos que se encuentren en el objetivo del atentado elegido por los secuestradores suicidas. En el lenguaje de la calle se dirá que el Tribunal ha hecho de esto «una cuestión de principios» y ha decidido que, con independencia de cualquier otra consideración, el Estado no puede matar voluntariamente a unos inocentes para salvar a otros.

Sin embargo, desde la perspectiva de la metodología y de la argumentación jurídica, lo que ha declarado el Tribunal —si se comparte la distinción entre *principios* y *reglas* que ha apurado (entre otros, pero especialmente) Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales*— es precisamente que no se está en este caso ante una «cuestión de principios». Según es, a estas alturas, suficientemente conocido, son *reglas* aquellas normas que sólo pueden cumplirse o no cumplirse y que se aplican por *subsunción*; y son *principios* aquellos «mandatos de optimización», que permiten diversos grados de cumplimiento, que ordenan que algo se realice en la medida de lo que sea jurídica y fácticamente posible y que se aplican mediante una *ponderación* con principios contrapuestos que debe decidir a cuál de ellos corresponde en cada caso la prevalencia (10). En síntesis, lo que ha hecho el Tribunal Constitucional Federal desde este punto de vista metodológico, a mi juicio, es identificar una *regla* constitucional contenida en la garantía de la dignidad humana (art. 1.1 GG) —las personas no pueden ser tratadas como mero objeto o medio de la actuación estatal—, cons-

(9) No se pretende con este título hacer referencia a la obra de R. M. DWORKIN: *A matter of principle*, Oxford University Press, 1986. El sentido que quiere darse a esa expresión es el que se explica en el texto.

(10) ROBERT ALEXY: *Theorie der Grundrechte*, 3.^a ed., Frankfurt a.M., 1996, págs. 71 y sigs. Hay traducción española —con varias reimpressiones— de una edición alemana anterior: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

tatar mediante un silogismo de *subsunción* abstracta —porque bajo la regla constitucional no se han subsumido hechos, sino un precepto normativo— que la regulación legal del derribo del avión vulneraba esa regla constitucional y, en consecuencia, declarar inconstitucional y nulo el precepto impugnado.

Una vez que se ha identificado la existencia de esa regla contenida en la garantía constitucional de la dignidad de la persona ya no se pregunta si otros principios constitucionales deben tener preferencia, sino sólo —en la forma argumentativamente contundente en que lo hace la Sentencia comentada— si esa regla se vulnera o no (11). El legislador que regula materias relativas a derechos fundamentales tiene vedada la ponderación allí donde la interpretación constitucional permita reconocer que el constituyente adoptó una regla «que cierra la vía a ulteriores decisiones al respecto por la ley» (12). Desde luego, no quiere afirmarse aquí que estas cuestiones de interpretación constitucional sean fáciles de resolver (y mucho menos en casos, como el presente, en los que están en juego conceptos constitucionales como el de la dignidad de la persona), sino sólo hacer un apunte de tipo metodológico.

La idea de que la dignidad de la persona implica que el ser humano es (y como tal ha de ser tratado) *un fin en sí mismo y nunca simple medio* responde a una profunda convicción cultural del pensamiento occidental (13) —con independencia de las desviaciones prácticas, que, desde luego, no han faltado en ese mismo espacio cultural— que inevitablemente tiene sus efectos a la hora de dotar de contenido a esa garantía jurídico-constitucional.

No se puede recurrir a la ponderación para resolver una cuestión constitu-

(11) ALEXY: *Theorie...*, págs. 95-96.

(12) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid, 2000, pág. 59.

(13) *Vid.*, por ejemplo, expresamente, MATTHIAS HERDEGEN, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG: *Kommentar zum Grundgesetz* (febrero de 2005), art. 1, número marginal 33 (con cita de la denominada «fórmula del objeto» —*Objektformel*— de DÜRIG, en las anteriores ediciones de esa obra, como una de las formas de dotar de contenido a la garantía de la dignidad de la persona con fundamento en la ética kantiana); y HANS J. WOLFF y OTTO BACHOF: *Verwaltungsrecht I*, 9.ª ed., Múnich, 1974, pág. 216, donde también se contiene la cita de IMMANUEL KANT: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, págs. 74-79 (curiosamente la precisa y gráfica frase de la persona como «fin en sí mismo y nunca simple objeto» —y sólo ella— ha desaparecido en la 11.ª edición de WOLFF/BACHOF/STOBER: *Verwaltungsrecht*, tomo 1, Múnich, 1999, pág. 490). Junto al pensamiento filosófico ilustrado-secularizado, se encuentra también la idea en el pensamiento filosófico-antropológico cristiano, ya, por ejemplo, en el sugerente título de la obra de ROBERT SPAEMANN: *Personen. Versuche über den Unterschied zwischen «etwas» und «jemand»* (ensayos sobre la diferencia entre «algo» y «alguien»), 2.ª ed., Stuttgart, 1998. Sobre la dignidad de la persona, recientemente, en castellano y con abundante material alemán, IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid-Barcelona, 2005.

cional cuando lo que permite la regulación legal impugnada (derribar un avión secuestrado, con pasajeros y tripulación inocentes, dirigido contra otras personas situadas en el objetivo en tierra) cae desde un principio en el ámbito aplicativo (por subsunción) de una regla constitucional prohibitiva (la dignidad de la persona prohíbe tratar a las personas como objeto o como medio para un objetivo).

Debe llamarse la atención, por último, sobre la circunstancia de que el Tribunal Constitucional Federal no se ha pronunciado sólo sobre la inconstitucionalidad de una ley, sino también sobre la inconstitucionalidad de una actuación del Estado —la de derribar el avión secuestrado—, esté o no regulada por ley: la Sentencia contiene una prohibición de esa actuación —declarada como objetivamente contraria a la Constitución— cuando en el avión viajan víctimas inocentes. Sin duda, como pusieron de manifiesto las opiniones doctrinales anteriores a la Sentencia, el Estado no puede permanecer inactivo y está llamado constitucionalmente a actuar en casos como el planteado, en los que están en juego bienes constitucionales de primer orden. Queda por responder la pregunta: ¿cómo?