

FILOSOFÍA MORAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL*

Prof. Dr. Ulfrid NEUMANN**

Sumario

I. Derecho y moral. Ciencia jurídica y filosofía moral; II. De la estructura metaética de la discusión sobre eutanasia; III. Elementos deontológicos y consecuencialistas en la regulación del estado de necesidad jurídico-penal.

I. Derecho y moral. Ciencia jurídica y filosofía moral

En relación con la discusión sobre los presupuestos bajo los cuales una acción *prima facie* moralmente mala puede estar justificada o exculpada, John L. Mackie ha sostenido que aquí, como también en otros contextos, “la ética aparece como el pariente pobre de la ciencia jurídica”.¹ Eso podrá ser correcto, en tanto uno se base en el haber de argumentos, casuística y criterios de diferenciación; en estos puntos la ciencia jurídica se revela como el pariente pudiente, y, en esa medida, la ética podría beneficiarse muy bien de una compensación dentro de la familia. Por otro lado, se impone la impresión de que la ciencia jurídica, tendría algo que aprender de sus parientes pobres en punto a la administración de los bienes. Respecto de la convalidación y sistematización de los argumentos, la filosofía moral dispone de una visible ventaja. Desde ambos puntos de vista, parece útil reactivar las relaciones familiares. Las siguientes reflexiones deben ser entendidas como un alegato en favor de intensificar la colaboración entre ciencia jurídica y filosofía moral, que en los últimos años se divisa, principalmente, en relación con la explicación de cuestiones de

* Traducción de Marcelo A. SANCINETTI (Universidad de Buenos Aires) de la contribución del autor: “Moralphilosophie und Strafrechtsdogmatik”, en *Achiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n.º 44, 1991, pp. 248 ss. Revisión de la traducción de Eduardo RIVERA LÓPEZ (Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires). Se ha mantenido, en la medida de lo posible, el estilo de citas de la publicación original.

** Al tiempo de la publicación del original alemán, Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Filosofía del Derecho y Sociología del Derecho de la Universidad de Saarbrücken; desde 1994, profesor de las mismas áreas de Universidad de Frankfurt a.M., República Federal de Alemania. Sobre el autor, véase la página *web*: <https://www.jura.uni-frankfurt.de/42778578/lehrstuhlinhaber>.

¹ J. L. Mackie, *Ethik. Auf der Suche nach dem Richtigen und Falschen*, 1983, p. 210.

política jurídica sobre los complejos temas de tecnología genética, tecnología de reproducción y eutanasia.²

En esta cooperación de las disciplinas "filosofía moral" y "ciencia jurídica", se continúa una evolución que se caracteriza por una reestructuración del ámbito temático de "Derecho y Moral" en la discusión de la ciencia jurídica de la República Federal de Alemania. Aquí, primeramente, el tema surgió como signo del renacimiento, generado también por el Tribunal Supremo Federal, de un renacimiento impregnado preponderantemente de la teoría moral católica del derecho natural tras el final del dominio nacionalsocialista.³ La sentencia sobre la punibilidad del coito entre prometidos (BGHSt., t. 6, p. 46), en las que el Tribunal Supremo Federal fundó la condena penal sobre la base de las "normas de la ley moral" y sobre el "orden de valores preexistente, que debe ser tenido en cuenta, y las reglas del deber que rigen la convivencia humana", y la sentencia sobre la punibilidad de la no evitación de un suicidio, en la cual la condena moral del suicidio se fundamenta en que nadie podría disponer de su propia vida como señor de sí mismo (BGH St., t. 6, p. 147), son sólo los ejemplos más conocidos. Es como consecuencia de esta orientación de la posición iusnaturalista a un sistema normativo represivo, especialmente fijado en la moral sexual, que la liberalización del derecho, especialmente del derecho penal, se pudo realizar sólo en la forma de una desmoralización del derecho.⁴ Por contraposición, la discusión más reciente se refiere de modo totalmente preponderante a la relación entre el derecho y los sistemas o principios seculares de filosofía moral.⁵ La discusión sobre derecho natural se ha emancipado de sus premisas teológicas.⁶

En el curso de esta evolución, el problema de la relación entre derecho y moral se desplaza también en la perspectiva de la dogmática jurídica y de la política jurídica. Si en la discusión de los tiempos del "renacimiento del derecho natural" posterior a 1945 era característica la pregunta de si el derecho, especialmente el derecho penal, tenía que proteger *la moral*, ahora se plantea el

² Del lado filosófico, p. ej., Patzig, en: Universitas, 1988, pp. 638 ss.; Hoerster, NJW, 1986, pp. 1786 ss.; del lado jurídico, p. ej., Arthur Kaufmann, JZ, 1982, pp. 481 ss.; Giesen, JZ, 1990, pp. 929 ss. En favor de una comprensión de la ciencia jurídica como rama de la teoría de la razón práctica aboga Kirele, *Recht und praktische Vernunft*, 1979.

³ Referencias en Rosenbaum, *Naturrecht und positives Recht*, 1972, pp. 106 ss.

⁴ Al respecto, cf. Jung/Müller-Dietz/Neumann, en: *idem* (comp.), *Recht und Moral*, 1991.

⁵ Como ejemplo en favor de una teoría ética orientada a la ética del discurso (Habermas), Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2ª ed., 1991.

⁶ Como ejemplo, Dreier, NJW, 1986, pp. 890 ss.

problema de la legitimidad moral de determinadas regulaciones jurídico-penales. La *ética jurídica*⁷ concebida para tratar este problema conforma un punto esencial en el ámbito de competencia común entre ciencia jurídica y filosofía moral. Ella trata de cuestiones normativas acerca de la legitimidad moral de normas jurídicas existentes o imaginables. Un segundo punto esencial podría residir en la comparación estructural entre argumentaciones morales y dogmático-jurídicas, o bien en el análisis de argumentaciones dogmático-jurídicas con ayuda de categorías de la filosofía moral analítica.⁸ Desde este punto de vista se trata de reconstruir, con ayuda de categorías desarrolladas por la ética, determinadas estructuras de la argumentación de la ciencia jurídica y de analizar a partir de allí las razones de los problemas, rechazos e inconsistencias, con los cuales debe luchar la dogmática jurídica en ámbitos-límite del derecho. En esa medida se exige el instrumental de una ética analítica normativamente indiferente,⁹ no la existencia de reglas de un sistema normativo.

La siguiente exposición versará sobre la capacidad de rendimiento de este instrumental en la reconstrucción de las argumentaciones jurídico-penales. A este respecto, las reflexiones serán puntuales en un doble sentido: por un lado, por la restricción temática a problemas de la ayuda a morir y del estado de necesidad jurídico-penal, por otro, respecto de la concentración a estructuras de argumentación que se relacionan con la distinción entre estructuras de regulación orientadas a las consecuencias (consecuencialistas) y orientada a principios (deontológicas).

II. De la estructura metaética de la discusión sobre eutanasia

Las discusiones sobre el límite entre conducta punible e impune en los casos de ayuda a morir se caracterizan por una visible tensión entre el resultado ampliamente aceptado y las fundamentaciones dadas para él. Existe un amplio acuerdo en el sentido de que no existe una acción de homicidio punible cuando la muerte del paciente se produce sin intención, aun cuando sea un efecto colateral conocible de una medida terapéutica del dolor.¹⁰ Pero también existe amplia unidad de criterios acerca de que esta consecuencia sólo difícilmente puede ser fundamentada constructivamente.¹¹ Las dificultades dogmáticas sólo pueden ser abordadas aquí

⁷ Sobre la determinación de la misión de la ética jurídica, cf. Bydinski, en: Bydinski/Mayer-Maly (comp.), *Rechtsethik und Rechtspraxis*, 1990, pp. 11/96.

⁸ Principios sobre un análisis del nivel moral de las reglas jurídico-penales y de las argumentaciones dogmáticas jurídico-penales sobre la base de la teoría de la evolución del juicio moral (Kohlberg), en Rottleuthner, *Das moralische Niveau des Strafrechts*, en: Bryde/Hoffmann-Riem (comp.), *Rechtsproduktion und Rechtsbewußtsein*, 1988, po. 155171.

⁹ Sobre el concepto: Frankena, *Analytische Ethik*, 1972, pp. 7 ss.

¹⁰ En lugar de muchos: Schönke/Schröder/Eser, *Strafgesetzbuch*, 23ª ed., 1988, n.º m. 25 ss., previo a los §§ 211 ss.

¹¹ A modo de ejemplo: Arzt, *Strafrecht, Besonderer Teil, Delikte gegen die Person*, 3ª ed., 1988, n.º 181, n. 5.

brevemente. El *negar una acción de homicidio doloso* en estos casos¹² no es compatible con las reglas generales de la dogmática del dolo, según las cuales el dolo también se extiende a las consecuencias de la acción no intencionales, pero previstas como seguras, así como a las consideradas seriamente posibles y asumidas. El recurso a la disposición legal del *estado de necesidad justificante* (§ 34, StGB*)¹³ tiene que luchar con la dificultad de que la ponderación de intereses requerida en el marco del § 34, StGB, en vista del valor supremo absoluto que se le reconoce al bien jurídico vida,¹⁴ escasamente puede ser resuelta sobre la base de las reglas dogmáticas reconocidas, en desmedro de los intereses que le son atribuidos a este bien jurídico. La idea de "*riesgo permitido*"¹⁵ en todo caso no puede ser invocada, según las reglas generales, cuando el efecto de acortar la vida de la medida terapéutica del dolor está previsto como seguro. La propuesta de extraer los casos de eutanasia indirecta de los límites del ámbito de protección de la norma en vista de la *ética profesional de los médicos*,¹⁶ entrega el derecho penal estatal al poder de disposición de un determinado grupo profesional, y, por ello, es prácticamente inaceptable.

Parece digno de destacar que se pueden comprobar claras mayorías negativas con relación a la insuficiencia de todos los caminos individuales de fundamentación, pero igualmente existe una amplia unidad de criterios, en cuanto al resultado. En estos casos, de un amplio consenso sobre el resultado y un importante disenso en la fundamentación, no se debe rechazar la sospecha de que los criterios determinantes para producir el consenso no se pueden hacer explícitos, porque no son compatibles con las premisas del sistema de reglas que determinan las posibilidades de la argumentación.

Para la discusión sobre el tema de la "ayuda a morir", estas premisas están marcadas por la rígida regulación del § 216, StGB, y por la tesis de la indisponibilidad de la vida humana ajena. A

¹² Bockelmann, *Strafrecht des Arztes*, 1968, pp. 25,70 s.

* El § 34, StGB (*Estado de necesidad justificante*), dice: Quien, hallándose en peligro actual para la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, que no pueda conjurar de otro modo, comete un hecho para avertir el peligro de sí o de otro, no actúa antijurídicamente si, en la ponderación de los intereses en conflicto, especialmente de los bienes jurídicos afectados y del grado de los peligros que los amenacen, el interés protegido prepondera esencialmente sobre el afectado. Sin embargo, esto rige sólo si el hecho es un medio adecuado para conjurar el peligro. [Nota del Traductor].

¹³ P. ej., NJW, 1986, p. 1635.

¹⁴ En lugar de Herzberg muchos: Schönke/Schröder/Lenckner, § 34, n.º 23.

¹⁵ Schönke/Schröder/Eser, n.º 26, previo a los §§ 211 ss.

¹⁶ LK, Jänke, n.º 17, previo al § 211.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año II, número 3 (2016)

este respecto, la regulación del § 216, StGB,¹⁷ está legitimada por la tesis de la intangibilidad de la vida humana en un doble sentido. Por un lado, el punto de vista de la indisponibilidad se funda en que dar muerte a otro sigue siendo punible, aun en caso del consentimiento de éste; en esta función, le corresponde la caracterización del bien jurídico vida como bien jurídico “no disponible”. Por otro lado, ella apoya la estructura categórica de la prohibición del homicidio. En este sentido, “indisponibilidad” significa que el peso normativo de la vida es completamente indiferente frente a las circunstancias de la vida concreta individual. La cuestión de si se trata de una vida plena y feliz o de una existencia dolorosa, como la que padece de modo insoportable un enfermo incurable, es irrelevante.

De esta manera, el bien jurídico vida es explicado, en la terminología de la filosofía moral, como un bien *intrínseco*.¹⁸ La vida tiene valor no como presupuesto biológico (como “medio”) de una existencia feliz, sino que porta en sí su valor; no es *bonum utile*, sino *bonum honestum*.¹⁹ A los bienes o valores intrínsecos les corresponden normas que proscriben u ordenan determinadas acciones como tales, sin consideración a las concretas consecuencias de las acciones que resultan de las circunstancias. La prohibición del homicidio representa una *normación deontológica*²⁰ de esta índole, en tanto pretende validez aun en los casos en los cuales las consecuencias del respeto a la prohibición son peores, para todos los participantes, que las consecuencias de su lesión.²¹

En vistas de estas consecuencias contraintuitivas, la aceptación de valores intrínsecos, así como el correspondiente reconocimiento de normas morales deontológicas, requieren un esfuerzo especial de fundamentación. Para una moral orientada a la capacidad de vivencias y padecimientos de los individuos, los valores pueden ser concebidos “sólo como correlato de intereses, deseos y necesidades de seres sensibles”.²² Según esta concepción, “valor” es un

¹⁷ El § 216, StGB, reza: I. Si alguien ha sido determinado al homicidio por medio de la petición expresa y seria del muerto, será reprimido con pena privativa de libertad de 6 meses a 5 años. II. La tentativa es punible.

¹⁸ Al respecto, cf. Trapp, „Nicht-klassischer“ Utilitarismus, 1988, p. 30.

¹⁹ Cf. Kuhse, *Die Lehre von der „Heiligkeit des Lebens“*, en: A. Leist (comp.), *Um Leben und Tod*, 1990, pp. 75 ss., 89.

²⁰ Sobre la estructura deontológica de las teorías morales, cf. J. L. Mackie, *Ethik*, pp. 189 ss.; Frankena, *Analytische Ethik*, 1972, pp. 35 ss.; C. D. Broad, *Five Types of Ethical Theory*, 9ª ed., 1967, p. 206 (“Deontological theories hold that where are ethical propositions of the form: ‘Such and such a kind of action would always be right [or wrong] in such and such circumstances, no matter what its consequences might be’”). Cf. también Trapp, „Nicht-klassischer“ Utilitarismus, pp. 27 ss.

²¹ Ello resulta especialmente claro en la teología moral católica. Cf. p. ej. Schüller, *Direkte Tötung - indirekte Tötung*, en: *Theologie und Philosophie*, 1972, pp. 341 ss. “El normar deontológicamente el matar significa *eo ipso* que puede haber situaciones en las cuales la conducta adecuada al deber tiene por consecuencia una proporción de males no-morales mayor que la conducta contraria al deber” (p. 356).

²² Patzig, *Wertrelativismus und ärztliche Ethik*, en: Universitas, 1988, pp. 638 ss., 640.

predicado de dos cifras. Aun la vida tiene valor —o, justamente, ningún valor— sólo para alguien, para el afectado mismo o para otros individuos.²³ Correspondientemente, para la valoración moral de una acción que atañe al valor en cuestión, sólo puede importar si está menoscabado el "para qué" de este valor o no. En contraposición con los modelos deontológicos, que obtienen el juicio moral mediante la subsunción de la descripción de la acción ("acción de matar") bajo la regla respectiva de un sistema deóntico, para la posición consecuencialista que se corresponde a la concepción relacional del valor, decide, sobre el valor moral de esa acción, la totalidad de las consecuencias que resultan de ella.

1. La idea de que, para el enjuiciamiento de la cualidad moral de una acción, no puedan importar sus consecuencias concretas, se puede fundamentar de modo convincente en el marco de un modelo que vincula la identificación normativa de reglas de conducta o de prescripciones de conducta con el criterio de su establecimiento por una instancia competente —entendidos los conceptos de "establecimiento" y de "instancia competente" en un sentido amplio—. Por ello, son prototipos de teorías deontológicas los códigos morales ligados a la religión o fundamentados de modo metafísico.²⁴ Sobre la base de una concepción moral teísta la identificación de la vida como valor "intrínseco" puede ser fundamentada de modo concluyente: la teoría de la "santidad de la vida" se deriva como consecuencia de la aceptación de que sólo Dios tiene el derecho de disponer sobre la vida humana.²⁵ El mismo resultado logra la concepción que, sin recurrir expresamente a premisas teológicas, le atribuye a determinados valores un *status* trascendente. Así, la indisponibilidad de la vida humana se fundamenta, en parte, mediante una "significación trascendente del sentido", con el carácter "pleno de sentido del ser humano".²⁶ Al igual que en el caso de una moral ligada a la religión, resultan aquí consecuencias normativas de la aplicación de un esquema de significación específico, que le proporciona un significado trascendente a los estados de cosas biológicos y sociales.²⁷

²³ Patzig, *ibidem*.

²⁴ Frankena, *Analytische Ethik*, p. 48.

²⁵ Acerca de la idea de la santidad de la vida en la teología moral católica y en las transformaciones secularizadas de esta idea, ampliamente, Kuhse, *The Sanctity-of-Life Doctrine in Medicine, A Critique*, Oxford, 1987; *idem*, *Die Lehre von der „Heiligkeit des Lebens"*, en: A. Leist (comp.), *Um Leben und Tod*, 1990, pp. 75-106. Cuando Helga Kuhse le atribuye a la vida en esta deducción sólo un valor extrínseco, porque procede de la voluntad de Dios, eso es posible, sin duda, en caso de una concepción correspondiente de los pares de conceptos extrínseco/intrínseco. Pero es decisivo que en esta concepción el valor vida no está fundamentado por medio de su utilidad.

²⁶ Stürmer, JZ, 1990, pp. 709 ss.

²⁷ Al respecto, H. Tr. Engelhardt, *Consensus in the Use of Human Reproductive Technologies: How Much can we Hope for?*

Para un ordenamiento jurídico sujeto al principio de la neutralidad respecto de las concepciones del mundo, la indisponibilidad de la vida humana no se puede fundamentar mediante premisas ligadas a la religión. El recurso a una trascendencia sin una impronta religiosa sigue siendo no vinculante, mientras la relación con esta trascendencia no sea fundamentable a partir del ordenamiento jurídico mismo. La función de unión la asume en este punto el principio de la dignidad del hombre. Según la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el aborto, toda injerencia en la vida humana contendría a la vez una lesión a la dignidad del hombre (BVerfGE, t. 39, pp. 1, 42). Frente a esta concepción, en la doctrina constitucional se ha expresado la sospecha de un punto de vista “biologista”.²⁸ Esta sospecha parece fundada; empero, no se trata aquí de una crítica a la argumentación basada en el principio de la dignidad del hombre.²⁹ Se trata del valor de posición [relativo] del argumento, no de la validez de la invocación a la dignidad del hombre. El principio de la dignidad del hombre configura, en la argumentación de la dogmática jurídica, el equivalente funcional de la “santidad” de la vida. Como principio igualmente sustraído a toda ponderación,³⁰ asume la función de una premisa ético-jurídica y jurídico-positiva, la cual, al igual que ocurre con el principio de la santidad de la vida, no puede exponerse a una valoración mediante las consecuencias que se producen en el caso concreto.

2. Una normación moral o jurídica que, como principio, no pueda ser corregida por la valoración de las consecuencias, tropieza con serias dificultades en la medida en que su orden de preferencias orientado a la *acción* entre en colisión con un orden de preferencias ético-social orientado a las *consecuencias*. Esto vale también para sistemas morales ligados a la religión. Por cierto, desde el *punto de vista moral-teológico*, una concepción moral deontológica no se refuta por el hecho de que la conducta adecuada al deber pueda tener como consecuencia una proporción de males no-morales mayor que la conducta contraria al deber.³¹ No obstante, en determinados casos de aplicación de prohibiciones normadas deontológicamente no se puede seguir manteniendo una posición heroica. Ello es evidente, en tanto se incluya en el ámbito deontológicamente normado de la prohibición del homicidio, también los casos de legítima defensa;³² pero aun cuando se restrinja la prohibición deontológica a dar muerte a un hombre que actúa *inculpablemente*, sigue ha-

²⁸ W. Graf Vitzthum, JZ, 1985, pp. 201 ss., 203.

²⁹ Acerca de la crítica a la utilización del argumento de la dignidad del hombre en la discusión sobre tecnología genética y medicina reproductiva, cf. Neumann, en: Klug/Kriele (comp.), *Menschen- und Bürgerrechte*, ARSP-n.º 33 (1988), pp. 139 ss. Críticamente sobre el intento de derivar la validez sin excepción de la prohibición del homicidio (directo) a petición, a partir del principio de la dignidad del hombre en Kant, Hoerster, ZRP, 1988, pp. 185 ss.

³⁰ En lugar de muchos, AK-Podlech, 1984, art. 1, párr. 1, n.º 73.

³¹ Schüller, *Direkte Tötung - indirekte Tötung*, *ibidem* p. 356.

³² Referencias en Schüller, *ibidem* p. 353.

biendo casos, como los de una indicación vital ante la interrupción de un embarazo, que no pueden ser resueltos de modo razonable sin la introducción de premisas morales adicionales.

Si se introdujera estas *premisas adicionales* en la forma de *reglas de ponderación abiertas*, se le estaría prendiendo fuego al punto de partida deontológico: si un aborto está permitido sin más restricción para salvar la vida de la madre, entonces la acción de abortar es valorada moralmente según el criterio de una relación de medio a fin y, con ello, según parámetros consecuencialistas. La esperanza de poder restringir a ámbitos marginales el pasarse al campo del consecuencialismo sería engañoso; pues ya la fundamentación para efectuar la comprobación de que en determinadas constelaciones de casos (p. ej.: la amenaza a la salud, pero no a la vida de la madre) *no* entra en consideración una ponderación de medio a fin, seguiría inevitablemente la lógica del cálculo consecuencialista. De este modo, una *moral estructurada deontológicamente*, tal como es enseñada por la Iglesia Católica, se halla ante el dilema de o bien tener que asumir consecuencias que incluso desde el punto de vista de los administradores de esta moral no parecen admisibles, o bien, si no, tener que bombardear el propio punto de partida mediante concesiones a una concepción moral teleológica.

La salida para este dilema la da la doctrina del doble efecto de las acciones humanas y la distinción unida a ella entre homicidio directo e indirecto. Sigue estando prohibida sin excepción (deontológicamente normada) toda acción en la cual aquello de lo que se trata para el agente es el producir la muerte de otro. Ese es el caso, aun cuando la muerte de otro haya de ser producida como medio para determinado fin deseado. En cambio, existe un homicidio indirecto, accesible a una justificación según criterios teleológicos, cuando la muerte solamente es el efecto colateral, aun cuando previsto como seguro, de una acción que tiende a la evitación de un mal.³³ Por ello, está permitida la eutanasia indirecta, que tiende a mitigar el dolor, pero no la directa, la cual, mediante la muerte, tiende a librar al moribundo de su tormento.³⁴

La perspectiva moral teológica sobre el problema de los límites de la prohibición del homicidio tiene aquí especial interés por el hecho de que, por un lado, respecto de la admisión de la eutanasia ella está en amplia consonancia con la concepción dominante en la dogmática jurídico-

³³ Sobre la doctrina del doble efecto en la teología moral católica, cf. Mausbach/Ermecke, *Katholische Moraltheologie*, t. I, 8ª ed., 1954, p. 237; Schüller, *ibidem*.

³⁴ Pius XII, en Utz/Groner (comp.), *Aufbau und Entfaltung des gesellschaftlichen Lebens - Soziale Summe Pius XII*, t. 3, n.º 5535.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año II, número 3 (2016)

penal,³⁵ pero, por otro, todavía desempeña un papel esencial incluso en la discusión de la ética analítica.³⁶ La pregunta decisiva es la de si la diferencia entre homicidio directo e indirecto puede caracterizar aún una delimitación éticamente relevante también para la moral secular y para una dogmática jurídica fundada en ella.

Respecto de los casos de *aborto*, a los cuales fue aplicada, en la teología moral católica, la doctrina del doble efecto, con resultados en parte grotescos,³⁷ la cuestión no se plantea, al menos en la discusión dogmática del derecho penal.³⁸ Respecto de los casos de ayuda a morir, en los cuales la distinción entre eutanasia directa e indirecta, junto a la de eutanasia activa y pasiva, traza el límite entre punibilidad e impunidad, la fuerza de convicción moral de esta delimitación está cada vez más discutida.³⁹ El hecho de que la relevancia de la distinción difícilmente pueda ser fundamentada a partir de las reglas generales de la dogmática del derecho penal está fuertemente probado por los múltiples intentos dogmáticos de fundamentación.⁴⁰ Sobre la base de una concepción que parte de la santidad o de la indisponibilidad de la vida humana, se plantean problemas paralelos para el enjuiciamiento ético-jurídico y filosófico-moral. Pues el hecho de que el valor, concebido como intangible, haya de estar a disposición de una ponderación de bienes en el instante en que el autor lo asuma sólo como “efecto colateral” no se puede fundamentar. La doctrina del doble efecto conduce a una solución aparente de los problemas que resultan de la

³⁵ Se remite expresamente a la discusión moral teológica Eser, en: Eid (comp.), *Euthanasie oder Soll man auf Verlangen töten?*, 2ª ed., 1985, p. 62.

³⁶ Como ejemplo: Mackie (n. 1), pp. 205 ss.; Kuhse, 1987 (n. 25), así como los aportes de Leist (pp. 9 ss., 31 s.) y Foot (pp. 196 ss.), en Leist (comp.), *Um Leben und Tod*, 1990.

³⁷ Cf. el ejemplo en Schüller (n. 212), p. 356: Puesto ante la elección de extirpar, para salvar la vida de la madre, el útero junto con el feto, o, en cambio, sólo el feto, conservando el útero, el médico tiene que decidirse, según la doctrina del doble efecto, en favor de la primera posibilidad. El considerar la conservación de la capacidad de reproducción de la madre no puede jugar ningún papel. El ejemplo es especialmente grosero, porque si bien justifica la destrucción del feto sólo lo hace bajo el presupuesto, que desde el punto de vista médico carece de todo sentido, de que haya una lesión a la madre que vaya más allá.

³⁸ Incluso el trabajo de C. Beling (*Ist die Rechtfertigungstheorie zu § 218a StGB haltbar?*, 1989), que respecto del aborto asume el punto de vista de la teología moral católica de modo bien acrítico, niega la relevancia jurídico-penal de la distinción entre homicidio directo e indirecto en el marco de la problemática del aborto y del estado de necesidad (pp. 137 ss.). Acerca de la discusión filosófico-moral, cf. Foot, *Das Abtreibungsproblem und die Doktrin der Doppelwirkung*, en: A. Leist (comp.), *Um Leben und Tod*, 1990, pp. 196-221.

³⁹ Cf. p. ej., R. Merkel, *Teilnahme am Suizid - Tötung auf Verlangen - Euthanasie, Fragen die Strafrechtsdogmatik*, en: R. Hegelsmann / R. Merkel (comp.), *Zur Debatte über Euthanasie*, 1991.

⁴⁰ Véase un panorama en R. Merkel (n. 39), pp. 92 ss.

rigidez de normaciones deontológicas, porque sus criterios de diferenciación orientados a la motivación del agente no se pueden integrar en el modelo deontológico.⁴¹

Entonces, aún está sin decidir la cuestión de si el diferente enjuiciamiento de la eutanasia directa e indirecta no puede ser plausible sobre la base de una interpretación alternativa del § 216, StGB. Por un lado, aquí entra en consideración una explicación que apunta a los intereses individuales de la víctima potencial, por otro, una interpretación que se basa (también) en intereses colectivos de bienes jurídicos.

a) Dado que el § 216, StGB, interviene precisamente cuando la voluntad libre y responsable de la víctima se dirige a la producción de su muerte, una interpretación del § 216, StGB, orientada a los intereses individuales presupone que los intereses del afectado pueden jugar con éxito contra su voluntad (libre). Desde esta perspectiva, el § 216, StGB, es una norma *paternalista*, porque protege los intereses del individuo incluso contra su voluntad⁴². La cuestión de si, desde este punto de vista, la disposición es legítima depende de qué posición se defiende en la discusión por la admisibilidad de tipos penales paternalistas.⁴³ Dado que, desde la perspectiva de esta interpretación, se trata de la definición y ponderación de intereses del individuo protegido por el tipo penal, se pueden derivar también restricciones de la prohibición del homicidio sólo desde el punto de vista de una situación de intereses atípica. Sobre la base de una interpretación paternalista del § 216, StGB, la admisibilidad de las medidas que acortan la vida se decide, por ello, según el criterio del valor que tenga para el afectado el seguir viviendo;⁴⁴ traducido en términos de dogmática jurídica: según puntos de vista del estado de necesidad.⁴⁵ Las preguntas por la motivación del actuante carecen de significación a ese respecto.

b) La cesura entre la eutanasia directa e indirecta es fundamentable, a lo sumo, sobre la base de una concepción que refiera la prohibición estricta del homicidio del § 216, StGB, a intereses

⁴¹ Una crítica aguda a la teoría del doble efecto en J. Bennett, en: *Analysis* 26 (1965/66), pp. 83 ss., 91; diferenciando, pero, en los resultados, rechazándola del mismo modo, P. Foot, *Das Abtreibungsproblem und die Doktrin der Doppelwirkung*, en: A. Leist (comp.), *Um Leben und Tod*, 1990, pp. 196 ss.

⁴² En favor de una justificación "paternalista" del § 216, StGB, expresamente, Hoerster, *NJW*, 1986, pp. 1786 ss., 1789 s. Dado que la protección jurídico-penal no se refiere aquí a una autolesión, sino a una heterolesión consentida, se puede hablar de una norma paternalista "indirecta".

⁴³ Al respecto, v. a. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, t. 3, *Harm to Self*, 1986; otras referencias en Merkel (n. 39), pp. 81 ss. Cf. también Garzón Valdés, en: *Rechtstheorie* 18 (1987), pp. 274/290.

⁴⁴ La propuesta correspondiente, *de lege ferenda*, en Hoerster, *NJW*, 1986, p. 1792.

⁴⁵ Al respecto, Merkel (n. 39). Sobre el problema de si, en el marco de la dogmática jurídico-penal sobre el estado de necesidad, se debe afirmar un interés preponderante en el acabamiento de la vida, cf. *supra*, en nota 14.

colectivos. Para el muy citado “efecto de rotura de dique”, el peligro de que el debilitamiento del tabú del homicidio pueda conducir, por la justificación de medidas que acortan la vida, a un debilitamiento de la prohibición del homicidio aun en otros ámbitos, así como también a la posibilidad de una puesta en peligro de la confianza en la medicina⁴⁶ puede desempeñar un papel la cuestión de si el ordenamiento jurídico aprueba, bajo determinados presupuestos, también acciones de homicidio realizadas adrede. Debido a la falta de una base empírica, la cuestión de cuán alto se estime ese riesgo es en gran medida una consecuencia del punto de vista, al que deba dar fundamento esa estimación.

III. Elementos deontológicos y consecuencialistas en la regulación del estado de necesidad jurídico-penal

La cuestión de bajo qué presupuestos una acción “en sí” prohibida puede estar justificada bajo *puntos de vista del estado de necesidad*, converge con la cuestión del límite que corre entre *normación deontológica* y *consecuencialista* en el sistema del derecho penal. Esta conexión halla creciente reconocimiento en la doctrina del derecho penal.⁴⁷ A este respecto, el rechazo por principio de una justificación fundamentada según puntos de vista de ponderación de bienes o de intereses se puede clasificar como una *posición puramente deontológica*. A la inversa, a partir de un punto de vista radicalmente utilitarista tendría que ser admitida sin ningún límite un cómputo de intereses. En el caso extremo, sería lícito matar a un hombre que (de modo inevitable) tiene una expectativa de vida extremadamente pequeña, para salvar —p. ej., mediante un trasplante de órganos— la vida de un hombre que (en ese caso) tendrá mayores expectativas de vida.

Un ejemplo de la *primera posición* lo ofrece el tratamiento del problema del estado de necesidad en Kant. Incluso el peligro para la vida del autor no puede justificar la acción de necesidad; pues no puede “haber una necesidad que convierta en conforme a derecho lo que es ilícito”.⁴⁸ La acción tiene que quedar impune solamente por el hecho de que el temor a la pena no podrá preponderar ante el temor a la muerte segura en la situación de peligro agudo para la vida y, por ello, el mantener la conminación penal no sería racionalmente fundamentable en esos

⁴⁶ Acerca de ambos puntos de vista, en lugar de muchos: Giesen, JZ, 1990, pp. 929 ss.

⁴⁷ Cf. p. ej. Hruschka, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, pp. 112 s.; Meißner, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand* (§ 34, StGB), 1990, passim.

⁴⁸ Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1789, p. 343 (citado según la edición de estudios de Darmstadt, 1968, t. 7).

casos. La prohibición de mentir reclama una obligatoriedad estricta incluso cuando una información falsa pudiera salvar la vida de un perseguido.⁴⁹

La *posición contraria* radical acepta no sólo la posibilidad de que una prohibición moral pueda ser suspendida, en determinadas circunstancias, sobre la base de ponderaciones de intereses, sino que, para la valoración moral de una acción, se orienta exclusivamente por sus consecuencias. El hecho de que una afirmación sea una mentira, entonces, no sólo no es un argumento contundente, sino que ni siquiera es un argumento contra su licitud moral; importan exclusivamente las consecuencias y su evaluación moral. "Un utilitarista juzgará el mentir, bajo ciertas circunstancias, como bueno, bajo otras, como malo, según las consecuencias".⁵⁰ Las reglas a las cuales se oriente en todo caso son empíricas, no reglas normativas —reglas prácticas que se refieren a la cuestión de qué consecuencias tiene característicamente una acción—.⁵¹ Dado que el mundo no está deónticamente estructurado de antemano ni por reglas normativas ni por posiciones jurídicas, en todos los casos decide, acerca de cuál es la acción moralmente mandada, una ponderación de las consecuencias de las acciones que entran en consideración. La ponderación de bienes e intereses marca el camino principal hacia el actuar moralmente correcto. Argumentos convincentes en favor de la existencia de intereses o de bienes que se sustraerían, por principio o en determinados ámbitos, a la ponderación, son tan incomprensibles como razones en favor de que (determinados) bienes o intereses sólo tuvieran que ceder en caso de una desigualdad cualificada de su importancia (esencial preponderancia de otros bienes o intereses).

La *regulación del estado de necesidad* del Código Penal alemán sigue un camino intermedio, que, sin embargo, pasa más cerca de una concepción consecuencialista que de una deontológica. El § 34, StGB, formula un principio de ponderación universal, que no está restringido, ni del lado del "bien que sufre la injerencia", ni del lado del "bien que se conserva", a determinados bienes jurídicos.⁵² Puntos de contacto con una normación *deontológica* se hallan en el presupuesto de una preponderancia "esencial" del interés protegido frente al menoscabado por la acción realizada en estado de necesidad, y en la restricción de que el hecho tiene que ser un "medio adecuado" para la evitación del peligro (§ 34, 2ª oración, StGB).

⁴⁹ Kant, *Über ein vermeintes Recht, aus Menschenliebe zu lügen*, lug. cit., pp. 637 ss.

⁵⁰ P. Singer, *Praktische Ethik*, 1984, p. 11.

⁵¹ Cf. al respecto, Smart, *Extremer und eingeschränkter Utilitarismus*, en: Höffe, *Einführung in die utilitaristische Ethik*, 1975, pp. 121 ss., 124: "Para un utilitarista extremo, las reglas morales son reglas prácticas".

⁵² Terminología en Küper, JZ, 1976, pp. 515 ss., 516.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año II, número 3 (2016)

La cuestión de si el presupuesto de una preponderancia “esencial” del interés protegido efectivamente modifica el “principio de cómputo” consecuencialista, en el sentido de un correctivo deontológico está discutida en la doctrina jurídico-penal. *En parte* se argumenta que si, para la cuestión de la justificación de una acción desde el punto de vista del estado de necesidad, importa en última instancia la superioridad del valor del interés protegido, entonces, bastaría que exista una preponderancia sin más; el elemento “esencial” no se referiría al presupuesto de una preponderancia cualificada, sino que sólo aclararía que en la duda de si efectivamente se puede afirmar una preponderancia del interés protegido, no entra en consideración una justificación según el § 34, StGB.⁵³ En el sentido de un principio consecuencialista, esto es convincente: si se exigiera una preponderancia cualificada, entonces, podría estar mandada la conducta C 1 (omitir la acción de salvamento), aunque las consecuencias de la conducta alternativa C 2 (ejecutar la acción de salvamento) fueran más ventajosas (conservación del interés —ligeramente— superior ante la pérdida del interés —escasamente— inferior). Pero esto contradice el principio de que siempre es preferible la acción que conlleva las mejores consecuencias.

Frente a ello, la *concepción alternativa*, que exige una *preponderancia cualificada* del interés protegido,⁵⁴ presupone que la ponderación de intereses ocurre en un mundo que ya está estructurado de antemano normativamente y que puede ser dominada por sus preferencias. Esta estructuración ocurre, esencialmente, en la forma de la *transformación de intereses en derechos subjetivos*. El recurrir a la propiedad ajena no sólo afecta un interés, sino que lesiona a la vez un derecho de otro. Pero la concesión de un derecho implica la garantía de que los intereses correspondientes en todo caso están sustraídos a la posibilidad de cálculos discrecionales. A esta garantía se vincula necesariamente un cambio de perspectiva: para la cuestión de la conformidad al derecho de una acción en estado de necesidad que afecta derechos de terceros ya no puede importar solamente la pregunta de si desde el *punto de vista de la sociedad*, es más valiosa la conservación de un bien o de otro. Antes bien será decisiva la pregunta de si, *desde el punto de vista del afectado por la acción en estado de necesidad*, la injerencia en la posición que se le garantiza jurídicamente, aparece como excepcionalmente justificada. El que un interés esté asegurado jurídicamente le confiere al hecho de soportar una injerencia en este interés el carácter de acto de solidaridad. Pero sólo se puede exigir solidaridad, en tanto, para el otro, se trate de intereses esencialmente más importantes que para el “obligado a la solidaridad”⁵⁵.

⁵³ Lenckner, en: Schönke/Schröder, *StGB*, § 34, n.º 45.

⁵⁴ H. J. Hirsch, en: *LK*, 10ª ed., § 34, n.º 76; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, 13/33.

⁵⁵ Al respecto, Jakobs, *ibidem*.

La cuestión de si esta fundamentación jurídico-dogmática en favor de una interpretación restrictiva del derecho a una injerencia en situaciones de necesidad es vinculante para el enjuiciamiento filosófico-moral de situaciones de conflicto, depende de si se considera que, junto a intereses moralmente relevantes, también hay *derechos morales*. En la ética práctica esta cuestión está extraordinariamente discutida.⁵⁶ Desde la perspectiva de una posición consecuencialista, la concepción de un derecho moral es prácticamente inaceptable debido a la consecuencia unida a ella de que una acción pueda ser correcta moralmente aunque la forma de conducta alternativa conlleve las mejores consecuencias.⁵⁷ Más allá de ello, se plantean problemas de fundamentación que se remiten a diferencias estructurales entre argumentaciones jurídicas y morales. Las consideraciones orientadas a las consecuencias en la argumentación jurídica están insertas en un sistema de reglas estructurado de antemano deónticamente. La corrección de la decisión concreta es una función, en todo caso, *también* de la compatibilidad con este sistema de reglas. En esa medida, la *regulación jurídica* de acciones es el paradigma de una *normación deontológica*. Se presupone aquí una *teoría de la validez de la norma* que vincula la obligatoriedad de las normas, al menos como principio, al criterio formal de su correcta sanción. A una teoría moral que puede integrar reglas de acción sólo en la forma de reglas prácticas, de reglas *prima facie*, le falta ya el punto de referencia para admitir que una norma tiene obligatoriedad sin atender a sus consecuencias.

Del mismo modo, sólo desde puntos de vista deontológicas se puede interpretar la regulación del § 34, 2.^a oración, StGB, según el cual el hecho debe ser un medio adecuado para aventar el peligro. Al igual que el presupuesto de la "preponderancia esencial" del interés protegido, el § 34, 2.^a oración, StGB, modifica el cálculo consecuencialista de utilidades, como consecuencia de lo cual, para arribar al resultado positivo de una ponderación concluyente de intereses, solamente es posible basarse en un medio *idóneo* para producir el fin deseado. Los ejemplos que se dan del *efecto oclusivo de la cláusula del medio adecuado* ponen en claro que aquí se trata de la compatibilidad de una valoración orientada a una perspectiva basada en la ponderación de intereses con estructuras normativamente relevantes del ordenamiento jurídico y social. Esto es manifiesto en los casos en los cuales se deniega una justificación sobre la base de la regulación del § 34, 2.^a oración, StGB, porque el ordenamiento jurídico remite al titular del interés puesto en peligro a determinadas *medidas, concluyentemente concebidas, de la protección del interés* (ejemplo: concesión de un remedio de

⁵⁶ Cf. p. ej. los aportes en: R. G. Frey (comp.), *Utility and Rights*, 1984 y en: J. Waldron (comp.), *Theories of Rights*, 1984. Cf. también Hare, *Moral Thinking* 1981, pp. 147 ss., y recientemente Fehige, *Conceptual Rights for Moral Rights*, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (comp.), *Recht und Moral*, 1991, pp. 39-51.

⁵⁷ Cf. p. ej., P. Singer, *Praktische Ethik*, 1984, pp. 113 s., 225 ss.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año II, número 3 (2016)

impugnación judicial contra una condena penal, con la consecuencia de que no pueden estar justificadas, según el § 34, StGB, las acciones de salvamento del bien jurídico menoscabado por la ejecución de una condena injusta⁵⁸). Ello vale también para los casos de un *deber especial de soportar el peligro* por parte del titular del interés en peligro. El hecho de que un bombero, en determinadas circunstancias, no pueda salvar su vida a costa de la salud de otro, no se explica a partir de un resultado correspondiente de la ponderación de bienes o intereses, sino que es la consecuencia de una distribución de roles jurídica y social, normativamente relevante.⁵⁹ Finalmente, el punto de vista de la dignidad del hombre se puede clasificar más como perteneciente al ámbito de regulación del § 34, 2.^a oración, StGB, que al de la ponderación de intereses.⁶⁰

Sobre la base de esta explicación de la regulación jurídico-penal del estado de necesidad justificante como normación consecuencialista con un correctivo deontológico (exigencia, por un lado, de una preponderancia *esencial* del interés protegido, y, por otro, del presupuesto de que el hecho sea un medio “adecuado”), queda sugerido que la eutanasia activa directa debe ser considerada justificada, en todo caso, cuando el paciente que sufre grandes tormentos le pide al médico la inyección letal y esta decisión en contra de seguir viviendo es comprensible incluso desde el punto de vista de un tercero. Si no hay ninguna otra posibilidad a disposición para acabar con el sufrimiento del paciente, la aplicación de la inyección letal difícilmente pueda ser considerada como un medio “inadecuado”.⁶¹ La justificación no podría fracasar por la exigencia de la preponderancia “esencial” del interés a proteger, porque, en los casos en los cuales se contraponen intereses distintos *de la misma* persona, ella cae necesariamente en el vacío. No es posible construir posiciones jurídicas ante uno mismo, que pudieran fundamentar en estos casos la exigencia de una preponderancia esencial.

⁵⁸ Al respecto y con relación a los casos siguientes, Jescheck, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4^a ed., 1988, p. 326.

⁵⁹ En ambos casos se trata de las consecuencias normativas de instituciones sociales cuya existencia puede ser justificada de modo consecuencialista. No se pueden justificar a partir de un principio utilitarista de acto las valoraciones de la acción que se siguen de la existencia de estas instituciones. Acerca de la posibilidad que resulta de esto, de una justificación escalonada de la acción individual (justificación de la acción por medio de una institución-regla, justificación de la institución-regla por criterios sobre las consecuencias), cf. Rawls, *Zwei Regelbegriffe*, en: Höffe, *Einführung in die utilitaristische Ethik*, 1975, pp. 96-120.

⁶⁰ Del mismo modo, Jescheck, *ibidem*. Al igual que los demás puntos de vista clasificados aquí como correspondientes a la “cláusula de adecuación”, la dignidad del hombre puede ser ubicada en la ponderación de intereses; el § 34, 2.^a oración, StGB, sería entonces superfluo (en este sentido p. ej., Lenckner, en: Schönke / Schröder, *StGB*, § 34, n.º 2, pp. 42 s.). Pero eso no modifica en nada la constatación de que en el marco de la decisión sobre la justificación de una acción de salvamento que toma injerencia en los intereses ajenos, deben ser consideradas, junto a normaciones consecuencialistas, también deontológicas.

⁶¹ En este sentido, al menos tendencialmente, también Herzberg, NJW, 1986, p. 1640.

Cuando la opinión dominante llega a otro resultado y rechaza igualmente un recurso al § 34, StGB, en los casos de la ayuda a morir activa directa⁶², lo hace porque modifica el resultado de la ponderación de intereses por la introducción subliminal de elementos deontológicos. Eso sucede por la explicación, antes reconstruida, del bien jurídico "vida", como valor intrínseco. El bien jurídico "vida" no es interpretado como el interés jurídicamente protegido de una persona, sino como un valor autónomo digno de protección. No es el hombre lo protegido, sino la santidad de la vida, y, con ello, un dogma. De esta manera se aplica la protección del bien jurídico en contra de su "titular", se lo reduce a la función de un administrador de este bien. Este modelo de la relación entre bien jurídico y titular del bien jurídico se corresponde con precisión a la idea teológica de que el hombre no puede disponer de su vida, dada por Dios. Con la integración de elementos teológicos secularizados en la dogmática del estado de necesidad, la regulación del § 34, StGB, pierde parcialmente su capacidad para la regulación razonable de conflictos de intereses.

⁶² En lugar de muchos: von Dellinghausen, *Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes*, 1981.