

REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA VIDA Y LA DIGNIDAD HUMANA EN RELACIÓN A LA SENTENCIA BVR 357/05 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN¹

REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA VIDA Y LA DIGNIDAD HUMANA

AUTOR: Danny José Cevallos Cedeño²DIRECCIÓN PARA CORRESPONDENCIA: danny.cevallos@uisek.edu.ec

Fecha de recepción: 22 - 10 - 2015

Fecha de aceptación: 23 - 11 - 2015

RESUMEN

La Ley Federal de Seguridad Aérea de Alemania en su artículo 14.3 autorizaba al Ministro de Defensa ordenar el derribo de una aeronave civil –con pasajeros y tripulación civil a bordo- si la misma era utilizada para atentar contra la vida de personas en objetivos en tierra. Posteriormente se demandó la inconstitucionalidad de aquella norma jurídica por aspectos de forma en su elaboración, pero principalmente por considerarse que atentaba contra el *derecho a la vida* y la *dignidad humana* de los pasajeros a bordo. En lo principal, se analiza la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán evaluando la pertinencia de la argumentación mediante la cual declara la inconstitucionalidad de dicha norma jurídica, profundizando, particularmente, en las razones que da para considerar que una postura *utilitarista* que sólo mira a su resultado y evalúa la situación a partir de aspectos cuantitativos, atenta al derecho fundamental de la *vida* y la *dignidad humana* de las personas inocentes en el avión, no pudiendo permitirse que sea el propio Estado quien asesine de modo premeditado y selectivo a un grupo de ciudadanos inocentes numéricamente menor, para posiblemente así salvar la vida de otro grupo numéricamente mayor de ciudadanos también inocentes.

PALABRAS CLAVES: Derecho a la vida; dignidad humana; derechos fundamentales; utilitarismo.

REFLECTIONS ABOUT THE RIGHT TO LIFE AND HUMAN DIGNITY IN RELATION TO THE DECISION BVR 357/05 OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

The Air Security Federal Law of Germany in the article 14.3 authorized to the Minister of Defense to order the shooting down of a civil airplane –with

¹ El presente trabajo se realiza a partir de la versión en inglés de esta sentencia disponible en la página web oficial del Tribunal Constitucional alemán, versión en inglés.

² Abogado con mención en Derecho Económico por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y Máster en Derecho Constitucional por la misma universidad; Especialista Superior en Justicia Constitucional e Interpretación de la Constitución por la Universidad de Castilla-La Mancha; Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Docente de *Human Rights* en la Universidad Internacional SEK de Quito. Ha sido asesor del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y de la primera Corte Constitucional del Ecuador.

passengers and civil crew on board- if it was used for threat against the life of the people on targets on earth. That legal norm was considered unconstitutional because of the way it was developed, but mainly because it was considered to threaten against the *right of life* and *human dignity* of the passengers on board. In the main, it is analyzed the judgment of the German Constitutional Federal Tribunal and value the pertinence of the argumentation that declares the unconstitutionality of that juridical norm, deepening, particularly, in the reasons that it gives to consider that an *utilitarian* approach that only looks its results and evaluate the situation based on quantitative aspects, attack to the fundamental *right of life* and *human dignity* of the innocent passengers on board, not allowing that the own Government kills on a premeditated and selective way a group of innocent civilians minor in number, to possibly save the life of another group mayor in number of also innocent civilians.

KEYWORDS: Right to life; human dignity; fundamental rights; utilitarianism.

INTRODUCCIÓN

Mediante la sentencia BVR 357/05 emitida por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania el 15 de febrero de 2006, se determinó la inconstitucionalidad del artículo 14.3 de la Ley de Seguridad Aérea aprobada el 11 de enero de 2005, norma que facultaba al Ministro de Defensa a ordenar el derribo de una aeronave civil -con los pasajeros y tripulación civil a bordo- si la misma era utilizada como un *medio* de amenaza terrorista para atacar objetivos en tierra y atentar contra la vida de personas.

En la sentencia se analizaron aspectos de forma como el cumplimiento del proceso legislativo y las atribuciones de quien emanó la norma impugnada; las competencias constitucionales de las fuerzas armadas alemanas para intervenir y hacer uso de armamento propio en aspectos civiles no bélicos -propriadamente dichos- o situaciones de emergencia o catástrofes internas; y el límite constitucional del apoyo que éstas fuerzas armadas podrían prestar a las fuerzas de seguridad civiles de los Lander -policía estatal- para controlar y superar dichas situaciones atípicas.

En cuanto al fondo, el debate se centró en la viabilidad, desde la perspectiva del *derecho a la vida* y a la *dignidad humana* principalmente, de ordenar derribar un avión secuestrado con civiles a bordo -teniendo como consecuencia muy segura la muerte de todos o la mayoría de aquellos- y que pretenda ser utilizado como arma de ataque en contra de vidas humanas en tierra.

En tal sentido, en el presente trabajo nos interesará delimitar y enfocar el análisis argumentativo al aspecto de fondo sobre la viabilidad de ordenar derribar un avión secuestrado con civiles a bordo para salvar la vida de otros tantos en tierra, y el cuestionamiento que aquello podría representar frente al contenido de derechos fundamentales como el de la *vida* y la *dignidad humana* -y su dimensión valorativa- de un número de personas, no necesariamente frente a otros derechos fundamentales como tales, sino frente al ejercicio y goce

de esos mismos derechos pero en relación a otro número de personas igualmente protegidas que verían lesionados los suyos ante la prevalencia del disfrute de los primeros, lo que a su vez, podría devenir en una suerte de dilema para el Estado en cuanto a su obligación de proteger dichos derechos por igual; cuestionamiento que interesante desde la perspectiva del Derecho, del razonamiento práctico y la moral.

Para tal propósito haremos una breve exposición general de la sentencia a analizar, procurando incluir los aspectos más relevantes en cuanto a los antecedentes, el enunciado normativo impugnado y los derechos fundamentales que se denuncian vulnerados, las intervenciones de las partes en la causa y la decisión final adoptada, para luego plantear algunos problemas jurídicos que, consideramos, permitirán abordar una respuesta razonada, evaluando en este proceso la línea argumentativa construida por el Tribunal Constitucional alemán.

DESARROLLO

Antecedentes:

- El 11 de enero de 2005 se aprueba en Alemania la “Ley Federal de Seguridad Aérea”, cuyo artículo 14.3 facultaba al Ministro de Defensa ordenar el derribo de una aeronave civil –con pasajeros y tripulación civil a bordo- si la misma era utilizada para atentar contra la vida de personas en objetivos en tierra.
- Cinco abogados y un piloto interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal alemán al considerar que aquella normativa vulneraba derechos fundamentales, y justifican su interés en la causa al considerarse usuarios habituales de los vuelos comerciales alemanes y que sus vidas podían verse comprometidas en situaciones como aquellas.
- La Ley del Tribunal Constitucional Federal -*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, BGBl I, 243*- permite a dicho Tribunal conocer amparos de manera directa sin agotar la vía jurisdiccional ordinaria cuando se trate de un daño grave e inevitable para el recurrente o si se relaciona a un interés general.
- El 15 de febrero de 2006 la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal de Alemania emite su pronunciamiento y declara la inconstitucionalidad de dicho artículo.

Enunciado normativo impugnado:

El artículo 14 de la Ley de Seguridad Aérea, en su inciso primero, determina que las fuerzas armadas están autorizadas para obligar a las aeronaves a salir del espacio aéreo alemán o forzarlas a aterrizar, pudiendo utilizar para ello la amenaza del uso de la fuerza o la realización, incluso, de disparos de advertencia, con la finalidad de prevenir que ocurra un accidente grave.

Para efectos de este estudio nos centraremos en el inciso tercero del citado artículo 14 –en adelante artículo 14.3-, inciso que establecía que el uso directo de armas de fuego contra las aeronaves sólo era permisible si se intentaba utilizar la aeronave civil como arma en contra de vidas humanas y si el uso de la fuerza directa fuera el único y último fin para prevenir un severo incidente, lo cual podría ser ordenado por el Ministro de Defensa.

Derechos constitucionales que se vulneran según la demanda:

Los recurrentes alegaron que el referido artículo 14.3 de la ley vulneraba los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania – Constitución- en los artículos siguientes³:

- 1.1: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”,
- 2.2: “Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley”.

Lo anterior en relación directa con los artículos 19.2, 35.2, 35.3, 87 a.2 y 87 d.2 de la misma Ley Fundamental que expresan:

- 19.2: “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”,
- 35.2: “Para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad o el orden público, un Land podrá, en casos de especial importancia, reclamar, en apoyo de su policía, fuerzas y servicios del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras, si sin ese apoyo la policía no pudiera, o sólo con notables dificultades, cumplir una misión. Con fines de ayuda en casos de catástrofe natural o cuando se produzca un siniestro particularmente grave, un Land podrá solicitar la asistencia de fuerzas de policía de otros Länder, de efectivos e instituciones de otras administraciones, así como del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras y de las Fuerzas Armadas”,
- 35.3: “Si la catástrofe natural o el siniestro pusieren en peligro el territorio de más de un Land, el Gobierno Federal podrá ordenar a los gobiernos de los Länder, en la medida de lo necesario para combatir eficazmente el peligro, que pongan a disposición de otros Länder, fuerzas de policía, así como emplear unidades del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras y de las Fuerzas Armadas para prestar su apoyo a las fuerzas de policía. Las medidas del Gobierno Federal tomadas en virtud de la primera frase se suspenderán en cualquier momento a petición del Bundesrat y, en cualquier caso, sin demora alguna después de haber sido conjurado el peligro”,

³ Cfr. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, Deutscher Bundestag. Versión en español *on line*, link: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

- 87 a.2: “Fuera de la defensa, las Fuerzas Armadas podrán utilizarse, sólo cuando así lo autorice expresamente la presente Ley Fundamental”,
- 87 d.2: “Mediante ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat, podrán transferirse a los Länder, con carácter de administración delegada tareas de la administración de la navegación aérea.”.

Intervención de terceros con interés en la causa:

En el proceso constitucional se contó también con la intervención, por un lado, del *Bundestag* –Cámara Baja del Parlamento- y del Gobierno Federal, quienes respaldaban la validez de la ley en cuestión, en especial en lo relacionado al proceso de creación de la norma y la toma de decisiones en razón de la seguridad nacional; y, por otra parte, los Gobiernos de los Estados de Baviera y Hessen, la “Asociación alemana de las Fuerzas Armadas”, la “Asociación Cockpit” de pilotos e ingenieros aeronáuticos y la “Asociación independiente de asistentes de vuelo”, quienes intervinieron apoyando el recurso exponiendo y esgrimiendo argumentos de carácter técnico como el hecho de que no se consideraba lo sumamente complejo que era obtener información fiable y en muy poco tiempo, a partir de la comunicación radial, respecto de la real situación a bordo de una aeronave y sus pasajeros, lo cual no permitiría poseer elementos de juicio suficientes para disponer el derribo de un avión y por ende la muerte de sus ocupantes.

Decisión o Fallo:

A partir de lo argumentado por las partes en el proceso, el Tribunal identifica aspectos de forma y fondo de la norma que considera merecen ser estudiados. Puntualmente, de la lectura de la sentencia se observan claramente dos aspectos que el Tribunal entiende como los centrales para análisis en el caso concreto: a) La utilización de las fuerzas armadas al interior del país, a partir de las competencias establecidas en la Constitución Federal; y, b) La viabilidad, desde la perspectiva del *derecho a la vida* y a la *dignidad humana*, de ordenar derribar un avión civil secuestrado -con civiles a bordo- que pretende ser utilizado como arma de ataque en contra de vidas humanas en tierra.

En relación a lo primero, sostiene el Tribunal que el Parlamento Federal carece de competencia normativa para dictar una regulación como la recurrida pues es incompatible con la reserva de regulación constitucional de las funciones de las Fuerzas Armadas, ya que los supuestos para los que se preveía la posibilidad de derribo de una aeronave en la ley impugnada, no pueden considerarse incluidos en los establecidos para las Fuerzas Armadas en los artículos 35.2 y 35.3 de la Ley Fundamental, es decir, dentro de los conceptos de “catástrofes naturales” y “accidentes de especial gravedad”. En cualquier caso, la norma constitucional no contempla la intervención de las Fuerzas Armadas en acciones con armamento militar de combate dentro del país en tiempo de paz, sino sólo con asistencia policial y con medios que no pueden ser cualitativamente diferentes a aquellos que tienen a su disposición las policías estatales para llevar a cabo sus funciones.

Respecto a lo segundo, esto es, la posibilidad de derribo de aviones secuestrados con civiles a bordo y que se pretenda utilizar contra la población, el Tribunal sostiene que el deber de respeto y protección de la *dignidad* del hombre obliga al Estado y a sus órganos a proteger la *vida* de cada individuo. Sobre aquello, principalmente razona que la norma en cuestión consideraba a los pasajeros y tripulación de un avión secuestrado como parte del arma con la que se iba a perpetrar el acto terrorista y les privaba de su *derecho a la vida* - como base de la *dignidad de la persona*-, con lo cual concluyó que una norma que permita matar a inocentes es, más allá de cualquier valoración de índole penal, inconstitucional por incompatible con el *derecho a la vida* y el *deber del Estado de respetar y proteger la dignidad del hombre*.

Sobre la viabilidad del derribo de un avión que estuviera tripulado únicamente por terroristas y sin ningún civil inocente a bordo, el Tribunal Constitucional determinó que en aquella circunstancia el contenido del artículo 14.3 de la Ley de Seguridad Aérea es compatible con el artículo 2.2 de la Ley Fundamental, en consideración a que los terroristas a bordo se encuentran en esa situación en ejercicio de su libre albedrío. Ergo, si la intervención del Estado en el *derecho a la vida* de los terroristas es causada por los actos propios y consientes contra Derecho realizados por estos mismos, serán entonces los mismos terroristas quienes decidan sobre la conservación de su *vida* y su *integridad* si abandonan la intención de llevar a cabo el plan criminal, cuestión no aplicable al caso de un pasajero secuestrado.

No obstante lo anterior, el citado artículo 14.3 de la Ley de Seguridad Aérea fue finalmente declarado inconstitucional por el fondo por contrariar los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley Fundamental en el supuesto de involucrar pasajeros civiles inocentes, pero también por las razones de forma en cuanto las competencias para su emisión, por lo cual el derribo bajo las circunstancias en que únicamente esté tripulado por terroristas, tampoco es jurídicamente viable.

Identificación de los argumentos esgrimidos en el caso y evaluación del fallo:

a) Principales argumentos expuestos por las partes procesales:

Como ya se mencionó, dentro del proceso se debatieron cuestiones tanto de forma como de fondo.

En lo que respecta al *Bundestag* y el Gobierno Federal, defendieron la vigencia de la ley en cuestión y su proceso de creación, en respuesta a la alegación en la demanda que la competencia para la aprobación de la norma le correspondía al *Bundesrat* -que hace las funciones de cámara alta-, esgrimiendo también razones para apoyar la idea de que la Ley cuestionada respeta el orden de competencias establecidas en la Ley Fundamental respecto a las actividades de las fuerzas armadas, pudiendo ser de esta forma factible el derribo de un avión civil mediante la intervención de un avión militar, señalando que las personas a bordo de un avión deben ser conscientes del peligro al que se exponen en la actualidad cuando participan en el tráfico aéreo, y que el Estado solo actúa en

situaciones extraordinarias como último recurso, en consideración a que los pasajeros están inseparablemente unidos con el arma.

En cuanto a los accionantes del amparo y los terceros con interés que comparecieron apoyando la demanda, estos intervinieron con similares argumentos entre sí para persuadir respecto a la inconstitucionalidad del artículo 14.3 de la Ley de Seguridad Aérea. Aquellas razones argumentadas se pueden sintetizar en las siguientes:

- Sobre la posibilidad de una intervención de las fuerzas armadas federales con aviones y armamento de combate a raíz de lo autorizado en el articulado demandado, se sostuvo que aquello es incompatible con los artículos 35.2, oraciones 2 y 3 de la Ley Fundamental, pues en atención a estos, la norma impugnada no se refiere a la defensa militar nacional, con lo cual las fuerzas armadas solo pueden actuar para apoyar a los estados federados en el desempeño de las funciones de policía, lo cual implica únicamente el uso de un armamento similar a los de este último, además que el despliegue de apoyo militar solo se podría dar cuando un accidente especialmente grave haya ocurrido.
- En el aspecto técnico, señalaron que el éxito de un ataque terrorista depende de numerosos acontecimientos fácticos en el tráfico aéreo que pueden resultar a veces imponderables; que a pesar de condiciones climáticas ideales inclusive, los resultados obtenidos a través de la verificación de aeronaves son vagos en el mejor de los casos, y sería sumamente complejo obtener información fiable y en muy poco tiempo a partir de la comunicación radial, respecto de la real situación a bordo de una aeronave y sus pasajeros, lo que no permitiría poseer elementos de juicio suficientes para disponer el derribo de un avión y por ende la muerte de sus ocupantes, todo lo cual podría convertir a la reacción –orden de derribo- en excesiva desde su inicio.
- Los querellantes cuestionan la ley en cuanto a permitir que el Estado mate *intencionalmente* a una persona que no ha llegado a ser responsable sino víctima de un crimen, lo cual viola sus derechos consagrados en el artículo 1.1 y artículo 2.2 frase 1, en conjunción con el artículo 19.2 de la Ley Fundamental; es decir, atenta contra su *derecho a la vida* y la *dignidad humana* como persona. Al respecto, los demandantes mencionan ser directamente afectados por la ley puesto que son usuarios regulares de los aviones comerciales, existiendo la posibilidad de que sus derechos se vean afectados en tal sentido. Así, la ley impugnada los vuelve *meros objetos de la acción del Estado* y sus vidas quedan a la discreción de un funcionario público –Ministro de Defensa-, quien decidirá sus esperanzas de vida de acuerdo a lo que supongan “las circunstancias”, encontrándose en una situación en la que potencialmente serán destinados a ser “sacrificados” derribándolos y salvando así a otros ante un impacto inminente, con lo cual se entiende que sus vidas ya no son de ningún valor en absoluto y se puede disponer

de ellas sin ser los causantes de esa situación, puesto que terminan siendo considerados como *parte del arma*, y por ende son tratados como *objetos* y valorados como una amenaza. Concluye que en realidad lo que efectuaría el Estado sería un *asesinato selectivo intencional* de inocentes.

b) Principales argumentos considerados por el Tribunal Constitucional alemán:

El Tribunal Constitucional, a partir de las alegaciones de los accionantes y de lo expuesto en la audiencia, determina que el enunciado normativo del citado artículo 14.3 no establece una restricción en el ámbito de su aplicación, de lo que infiere que aquello efectivamente puede afectar a personas inocentes a bordo del avión, justificando así la interposición directa del recurso de amparo y el legítimo interés de sus accionantes sobre el mismo, por lo cual lo declara fundado y procede a su conocimiento. Una vez sustanciado el recurso, el Tribunal tomó su decisión, principalmente, a partir de los siguientes razonamientos:

- Luego de un análisis integral de la Ley Fundamental –Constitución- el Tribunal concluyó que la operación que implica el uso directo de las Fuerzas Armadas contra un avión civil no respeta los límites del artículo 35.2 de la Ley Fundamental, ya que esta disposición no permite el uso de fuerza con armas específicas de guerra para el control de desastres naturales o en el caso de los accidentes especialmente graves, pues la ayuda a prestar debe ser solo en el marco del ejercicio del poder de policía y por ende con igual tipo de recursos de estos últimos.
- Sobre la vida, observa que el uso de la fuerza armada directa contra una aeronave civil, en los términos del artículo 14.3 de la Ley de Seguridad Aérea, casi siempre se traducirá en su caída, lo cual invade el ámbito de protección del *derecho fundamental a la vida*, no habiendo justificación para este tipo de intromisión, más aun si se afecta directamente a personas que no son responsables de causar el incidente aéreo grave que presume la Ley. Así, el artículo 2.2 inciso 1 de la Ley Fundamental garantiza el *derecho a la vida* como un *derecho de libertad*, con lo cual la existencia de cada ser humano está protegida contra los abusos por parte del Estado, desde su existencia hasta su muerte, por lo cual *toda vida humana como tal tiene el mismo valor*.

Sin embargo, este derecho también puede verse limitado por obligaciones constitucionales, pero siempre por medio de la promulgación formal de una ley específica, de conformidad con el artículo 2.2 frase 3 *ibídem*, debiendo cumplir con todos los requisitos de competencia legislativa y que no contradigan las disposiciones fundamentales de la Constitución.

- En cuanto a la garantía de la *dignidad humana* consagrada en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental, cita jurisprudencia del propio Tribunal para recordar que la *vida humana* es la base fundamental de la *dignidad humana* como principio constitutivo esencial y como valor supremo

constitucional, pues todos los seres humanos poseen una misma dignidad como personas, independientemente de sus cualidades, su estado físico o situación social. En vista de esta *relación entre la vida y la dignidad humana* el Estado está prohibido de usurpar el derecho a la vida por sus propias medidas, no pudiendo tolerarse situaciones de desprecio de la *dignidad humana*, ya que el Estado es el llamado a proteger y promover aquella *dignidad* y la *vida humana* que subyace en ella.

Expresa –remitiéndose a su jurisprudencia- que la Ley Fundamental protege al individuo de la humillación, la marca, la persecución, la proscripción y las acciones similares por parte de terceros o por el propio Estado, siendo los seres humanos libres de determinar su propio desarrollo, pudiendo reclamar ser reconocidos en sociedad como miembros igualitarios de la misma y ante lo cual la obligación de respetar y proteger la *dignidad humana* en general se opone al hecho de ver al ser humano como un *mero objeto* del Estado, estando absolutamente prohibido cualquier tratamiento de la autoridad pública que ponga en duda la calidad de *sujeto* de una persona, su estatus como entidad jurídica y que conlleve una falta de respeto del valor que se debe a todo ser humano.

Por estas consideraciones, determina que el derribo de una aeronave que afecta a personas que, como su tripulación y pasajeros, no han ejercido influencia alguna para causar el incidente no bélico que presupone el artículo 14.3 de la ley mencionada, implica tratar a estas personas como *objetos* de una operación para la protección de los demás, sin que la tripulación ni los pasajeros puedan escapar de la acción selectiva del Estado en su contra –el derribo del avión-, acción que ignora a las personas afectadas como *sujetos dotados de derechos inalienables y de dignidad*, siendo su muerte un *medio* para salvar a otros a costa de la terminación de sus vidas ante su eliminación unilateral por parte del Estado, cuando son estas mismas personas secuestradas quienes están también en necesidad de protección.

En ese sentido menciona que, aunque en las áreas del poder de policía las inseguridades sobre las previsiones a menudo no pueden evitarse por completo, es absolutamente inconcebible la intención de matar a personas inocentes en un avión secuestrado pues los mismos no han consentido ni previsto estar en esa posición, así como tampoco puede suponerse que alguien que suba a un avión como pasajero esté consintiendo su muerte siendo derribado, pues entender que alguien en estas circunstancias está condenado a morir de todos modos, es una abierta infracción a la *dignidad de la persona*, ya que su *vida* y su *dignidad* como derechos protegidos no operan en función de condiciones temporales y espaciales específicas, sino que son permanentes y atemporales por la única condición de *ser humano*.

- De igual manera, la idea de que el individuo está obligado a “sacrificar” su vida por el interés del Estado tampoco conduce a un resultado distinto. En este caso el Estado no tiene que decidir si, llegadas ciertas circunstancias, una persona debe asumir la responsabilidad o solidaridad de entregar su propia vida más allá de los propios mecanismos de protección de emergencia previstos en la Constitución, ya que el ámbito de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Seguridad Aérea no se entiende como destinado a evitar ataques que pongan en riesgo el cuerpo político, la eliminación del sistema legal o la constitucionalidad del Estado.
- Argumenta el Tribunal que tampoco puede justificarse la validez de la norma legal invocando el deber estatal de proteger la vida de las posibles víctimas en tierra que se encuentran en los objetivos del ataque que ha de perpetrarse con el avión. Es cierto que, en relación al interés protegido en combinación de particulares circunstancias, en una situación específica la elección sobre el medio para cumplir la protección debida se limitará solo a alguno de los medios posibles en aquella situación en particular; sin embargo, cualquiera de esos medios elegidos solo podrá ser siempre aquel que esté en armonía con la Constitución, cuestión que no sucede en el caso analizado, pues el enunciado normativo impugnado ignora que también los pasajeros son víctimas indefensas de un ataque, siendo que el Estado no solo les negó la protección, sino que el mismo Estado va a invadir sus vidas decidiendo sobre éstas. El hecho de que la norma haya sido concebida para servir y proteger la vida de otras personas no altera esto último.
- Adicionalmente, el Tribunal evalúa y considera también el hecho de que, como lo señalaron las partes, en un incidente aéreo grave seguramente existirán grandes incertidumbres, que muy rara vez son despejadas con certeza absoluta. Se dice que el punto crítico de la evaluación estaría en saber hasta qué momento podría haber una comunicación desde el avión hacia los tomadores de decisiones en tierra, sobre, por ejemplo, un aborto del ataque, que pudiera presentarse por varias circunstancias dentro de la aeronave y que podría no conocerse oportunamente por parte de las autoridades, puesto que, incluso el contacto visual en la interceptación tiene un alcance limitado. En consecuencia, la decisión de derribar un avión en estas condiciones y en un estrecho lapso de tiempo a partir de una base incierta de hechos, supone una actuación desproporcionada en relación a las expectativas de vida de las personas que no han participado en el crimen.
- No obstante lo anterior, el Tribunal concluye que la norma contenida en el artículo 14.3 de la Ley de Seguridad Aérea sí es compatible con el artículo 2.2 frase 1, en concordancia con el 1.1 de la Ley Fundamental, en la medida en que el uso directo de la fuerza armada se dirige sobre un avión *no tripulado* –sin piloto–, o cuando sea exclusivamente contra las

personas que quieren utilizar el avión como arma de crimen contra otras; es decir, cuando en la aeronave solo se encuentran terroristas y no haya rehenes o personas civiles secuestradas.

En este sentido, la garantía de la *dignidad humana* no es contraria a la ejecución de una operación en los términos del artículo impugnado, cuestión evidente en los aviones no tripulados, pero también aplicable a la situación en la que solo hay tripulación terrorista, pues el Estado, cumpliendo con su deber de protección, defiende la vida de su población contra un ataque ilegal tratando de evitarlo, y en este caso el atacante *libremente* se ha colocado en esa posición cuya conducta se la atribuye *conscientemente*, por lo que su *dignidad* como garantía no se encuentra disminuida o deteriorada ya que el Estado no interviene sino en virtud de que la propia decisión y actos de los terroristas generan esa situación.

Ante esto, resulta mucho menos complicado a la autoridad tomar una decisión respecto al derribo y los márgenes de error serán ampliamente distintos a los existentes en el caso de un avión con pasajeros civiles secuestrados, siendo proporcional la medida en cuanto al *bien jurídico* que se intenta proteger respecto de las posibles víctimas en tierra y los secuestradores que *voluntariamente* y de forma consciente han producido la intromisión estatal generada por su proceder antijurídico, pudiendo evitar la actuación del Estado abortando el atentado, en base a su libertad de decisión.

- Finalmente, a pesar de las razones de interpretación para este último caso -para el avión tripulado solo por terroristas-, la normativa fue declarada nula conforme el artículo 95.3 frase 1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, por carecer de competencia legislativa la Federación para su expedición, y en relación a las competencias de las Fuerzas Armadas.

Evaluación del Fallo -decisión final- a partir de dichos argumentos:

Una vez evaluadas las razones expuestas, se puede concluir, desde su justificación interna, que la decisión tomada por el Tribunal Constitucional alemán fue la más acertada a la luz de las líneas argumentativas que las partes expusieron en el proceso, pues las razones en las que se apoyaron quienes estuvieron a favor del recurso sin duda poseían un contenido con mucho mayor peso, respaldo y garantías. Así lo reconoce el propio Tribunal, por ejemplo, al recoger algunos de esos argumentos y ratificarlos en su fallo, pues los identifica como próximos a los criterios que dicho tribunal ha contemplado vía jurisprudencial sobre el contenido de derechos como la *vida* y la *dignidad humana*.

El fallo emitido se aprecia estructuralmente como una conclusión coherente de las premisas que lo preceden, pues si se ha determinado ya que la *dignidad humana* y su íntima relación con la *vida* son derechos fundamentales de los que el Estado no puede disponer sino solo a través de una ley emitida por

autoridad competente y en los casos específicos previstos, y que en el caso concreto se determinó claramente que el artículo impugnado no satisface esas condiciones, entonces es concluyente la prohibición que tiene el Estado para irrumpir en la *vida y dignidad* de las personas víctimas en un avión secuestrado –los derechos como límites al poder–, en los términos que lo contemplaba el artículo impugnado; siendo que, así mismo, el uso de fuertes premisas valorativas que desbordan el análisis formal de dicho artículo en la estructura jurídica e indagan sobre su justificación axiológica –por ejemplo, que el disponer sin consentimiento de la *vida* de las personas inocentes a bordo del avión implica un desmedro de su *dignidad* al considerarlas objetos y parte del arma terrorista–, apoyan y respaldan con gran fuerza la decisión tomada, desde la perspectiva de la justificación racional y su finalidad.

Es decir, se justifica de esta manera la pertinencia y la razonabilidad de las premisas que en el caso específico apoyaron, tanto la crítica a las falencias formales en la expedición del artículo, como las que valorativamente defendieron la prevalencia e intangibilidad del *derecho a la vida y dignidad humana* como principios constitucionales que, al contrario de ser soslayados por el Estado, es obligación de éste garantizarlos. Así, consecuentemente, se valida la decisión expuesta por el Tribunal y los argumentos en que se sostiene.

Identificación y análisis de algunos problemas jurídicos implícitos en la sentencia:

En los puntos anteriores hemos estudiado la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional alemán, identificando los principales argumentos de las partes procesales así como los expuestos por el propio tribunal, analizando su conclusión y justificando la pertinencia de la misma a partir de las razones contenidas en la línea argumentativa construida para apoyar coherentemente el fallo. No obstante, en el desarrollo del caso se visualizan varios temas o problemas jurídicos cuyo análisis –en atención a la argumentación esgrimida en torno a ellos– despierta un especial interés y que, al compartirlos al menos *prima facie*, invitan a escarbar un poco más en su análisis, cuestionando su veracidad⁴ y razonabilidad a fin de dotarlos de un mayor peso y contenido, pues a estos problemas –como se entenderá más adelante– inclusive los podríamos denominar como *aporías*, entendiendo para el efecto a ésta –a una *aporía*– como una cuestión que es acuciante e ineludible, la situación de un problema que no es posible apartar, lo que Boecio tradujo con la palabra latina “*dubitatio*” (Viehweg, 2007, p. 56).

En el análisis del caso sin duda uno de los temas que podría entenderse de mayor cuestionamiento y que su tratamiento no puede ser eludido –y por tanto

⁴ En palabras de Zagrebelsky (2010): “La duda se expresa así: ¿Será realmente verdad?; esto, en un cierto sentido, es un doble homenaje a la verdad, además de un reconocimiento de nuestras limitaciones respecto a aquélla. La duda contiene, por tanto, un elogio a la verdad, pero de una verdad que debe ser siempre re-examinada y re-descubierta. Así pues, la ética de la duda no es contraria a la verdad, sino contraria a la verdad dogmática que es aquella que quiere fijar las cosas de una vez y por todas e impedir o descalificar aquella crucial pregunta: ¿Será realmente verdad?...”. (pp. 9,10).

que requiere de una mayor carga argumentativa para decidirlo- es el de la *relevancia ética de los números* en la toma de una decisión respecto a la *protección de derechos fundamentales*. Así, metodológicamente podemos plantearnos la siguiente inquietud y en su resolución encontrar los elementos de razonabilidad que nos permitan poder justificar y defender de una manera más sólida el fallo en la sentencia estudiada. Con tal propósito nos cuestionamos: ¿Está justificado matar a X número de personas para con esto proteger la vida de otro X número mayor de personas?

En un primer momento, un cuestionamiento como aquel podría presentarse como un *caso trágico*, pues parecería una situación en la que, indefectiblemente, tendríamos que “escoger” o “decidir” sobre proteger la vida de un grupo de personas, sabiendo que esa decisión ineludiblemente produciría como consecuencia la muerte del otro grupo de personas, y sabiendo que uno de estos grupos es mayor numéricamente al otro. Ahora bien, en ese sentido debemos precisar que en éste caso no se trata de “priorizar” un *principio* o un *derecho fundamental* por contraposición a otro -pues se trata del mismo: *la vida*-, sino del *número* o la cantidad de personas que se encuentran inmersas en cada grupo y cuyas *vidas* depende de la decisión a tomar.

Recordemos que en el caso *sub examine* se analizaba el hecho de que se pueda ordenar el derribo consciente de un avión con pasajeros y tripulación inocente, en aras de proteger la *vida* de las personas que se encuentren en tierra en los posibles objetivos del ataque terrorista que se perpetraría con dicho avión. Como vimos, la posibilidad de ordenar el derribo del avión fue negada por el Tribunal Constitucional en atención a la inviolabilidad del derecho a la *vida* y a la *dignidad humana* de los pasajeros, con lo cual, se proporcionó una respuesta moralmente justificada no obstante que su determinación pueda entrañar un pérdida, lo cual *no* lo convierte en un *caso trágico* ya que es posible y existe la solución planteada.

Sobre lo anterior se ha mencionado que: “Dos valores –o dos acciones que entrañan la realización de dichos valores- entran en conflicto cuando aun teniendo ambos los méritos para ser realizados no pueden producirse conjuntamente. En otras palabras, un conflicto entre valores presupone que dos valores o dos manifestaciones de un mismo valor estén igualmente cualificados moralmente para poder ser realizados, pero existen imposiciones fácticas que impiden su realización conjunta. Esto significa que debemos optar por realizar uno de los dos valores o una sola de las posibles acciones que conducirán la realización, cada una de ellas, de uno sólo de los valores en conflicto. En la medida en que exista una solución que esté fundada en una justificación producto de razones que indiquen al agente cuál es el curso de acciones a seguir, entonces estaremos frente a un conflicto que no se ha configurado como genuino dilema moral o caso trágico. Esto es así incluso si la solución final no es una solución óptima, en el sentido de que la solución pueda acarrear de todos modos consecuencias no deseadas o la pérdida de algo valioso. En otras palabras, hay casos de conflictos en los que la solución

entraña un pérdida no obstante no tratarse de un caso trágico ya que existe una solución moralmente justificada...” (Álvarez, 2008, p. 34).

Una vez que hemos establecido que no se trata de un *caso trágico* puesto que es posible arribar a una solución moralmente razonada como la adoptada en la sentencia, debemos precisamente indagar en aquellas razones moralmente dadas por el Tribunal y someterlas a evaluación frente a otras posibles soluciones.

Al respecto, la cuestión del derribo de un avión con pasajeros inocentes para salvar a *otras* personas en tierra podría llegar a entenderse, en cierto momento, que podría tener soluciones distintas –válidas– dependiendo de la *teoría ética* desde la cual se argumente; sin embargo, nos proponemos demostrar el porqué esto –varias soluciones dependiendo de la teoría ética utilizada– es un equívoco y que mediante un *razonamiento práctico* adecuado debemos necesariamente arribar a una sola respuesta moralmente plausible. En palabras de Sandel (2011), para resolver casos y dilemas menos extremos con los que nos encontramos a menudo “...habremos de explorar algunas de las grandes cuestiones de la filosofía moral y política: ¿se reduce la moral a contar vidas y echar el balance de costes y beneficio, o hay deberes morales y derechos humanos tan fundamentales que sobrepujen tales cálculos? Y si hay derechos así de fundamentales –sean naturales, sagrados, inalienables o categóricos– ¿cómo sabremos cuáles son y qué les hace ser fundamentales?” (pp.44,45).

En la causa analizada, a partir de las alegaciones presentadas por quienes emitieron la norma impugnada y que defendían su vigencia, claramente se puede inferir que sus razones se adscriben a la doctrina del *utilitarismo* y con tal sentido intentaban hacer prevalecer sus argumentos, reduciendo implícitamente el asunto de la decisión del derribo a un tema de cálculo u operación aritmética en relación al número de personas que deberían morir – como resultado de– para salvar así a un número mayor de personas y el mejor resultado social –en el contexto cuantitativo– que aquello implicaría; llegándose a sostener que los pasajeros a bordo de dicho avión –objeto del derribo–, debieron estar conscientes antes de embarcar de los peligros que implica el participar del tráfico aéreo en la actualidad, insinuándose en sus argumentos una suerte de consentimiento hacia el “sacrificio” que debían realizar los pasajeros y la tripulación, en aras del “bien común” y de la seguridad del Estado.

En este punto, para contra-argumentar la lectura *utilitarista* del problema resulta necesario hacer algunas precisiones en relación al *principio de inviolabilidad de la persona* y las razones morales que subyacen a éste. En tal sentido, Carlos S. Nino (2007) sostiene que: “...La privación de un bien, o sea de algo considerado valioso, es un sacrificio, y en consecuencia, se podría decir que este derecho deriva de un principio que prohíbe imponer sacrificios a los hombres... El principio general que está subyacente a estos derechos *proscribe, entonces, imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio*. Este principio puede denominarse ‘el

principio de *inviolabilidad* de la persona’... se ha pensado que un principio como éste de inviolabilidad de la persona es subsumible bajo la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, que dice: ‘Actúa de tal modo que nunca trates a la humanidad, sea en tu propia persona o en la persona de cualquier otro, como un mero medio sino siempre al mismo tiempo como un fin en sí misma’... Kant sostuvo explícitamente ‘los fines de un sujeto que es un fin en sí mismo tienen que ser también, si es que esta concepción tiene pleno efecto en mí, en la medida de lo posible, mis fines’... cuando Kant habla de no tratar a la humanidad en una persona como un mero medio se interpreta que alude a las propiedades que distinguen a la humanidad –otorgándole dignidad– y que son la racionalidad y la capacidad de proponerse fines: se trataría a los hombres sólo como medios cuando se menoscaba o se obstaculiza el ejercicio de esas disposiciones, interfiriendo en los fines que los propios individuos se proponen... Este principio de inviolabilidad de la persona... ha sido utilizado como un ariete poderoso contra el utilitarismo. Se sostiene que esta doctrina justifica el tratamiento de los hombres como meros medios en beneficio de otros al permitir que ciertos individuos sean sacrificados si el beneficio que otros obtienen, gracias a ello, es tal que se produce un incremento neto de la utilidad social, la felicidad general o cualquier otro estado de cosas que el utilitarismo prescriba maximizar...” (pp. 238 a 241).

En este orden de ideas, Nino (2007) critica el *utilitarismo* apoyándose también en el ataque que autores como Gauthier, Rawls⁵ y Nozick han dirigido con igual finalidad. Anota que lo novedoso en el ataque al *utilitarismo* por parte de estos autores es el punto de que “...el utilitarismo permite que cierto individuo pueda ser sacrificado en beneficio de otros *porque no da relevancia moral a la separabilidad e independencia de las personas*. Se sostiene que el utilitarismo pretende compensar el perjuicio que sufre un individuo con el beneficio de que gozan otros, no tomando en cuenta que sólo hay compensación cuando se gratifica a la misma persona dañada... También se aduce que el utilitarismo conduce a concebir a la sociedad como una especie de superorganismo cuyo bienestar es algo bueno en sí mismo, con independencia de cómo está distribuido ese bienestar entre los seres humanos que lo ‘integran’. De este modo, se acusa al utilitarismo de ser antiindividualista al tomar como unidad *moral* a la sociedad, o a la humanidad en conjunto y no a los individuos, por más que estos últimos sean, en esta concepción, las unidades *psicológicas* básicas, ya que son la fuente exclusiva de placer e interés. En definitiva, se sostiene que un enfoque agregativo y no distributivo del utilitarismo deriva de

⁵Cfr. Principalmente RAWLS (2012) mencionó: “...Dado que cada uno desea proteger sus intereses y su capacidad de promover su concepción del bien, nadie tendría una razón para consentir una pérdida duradera para sí mismo con objeto de producir un mayor equilibrio de satisfacción. En ausencia de impulsos de benevolencia, fuertes y duraderos, un hombre racional no aceptaría una estructura básica simplemente porque maximiza la suma algebraica de ventajas, sin tomar en cuenta sus efectos permanentes sobre sus propios derechos e intereses básicos. Así pues, parece que el principio de utilidad es incompatible con la concepción de cooperación social entre personas iguales para beneficio mutuo... La característica más sorprendente de la visión utilitaria de la justicia es que no importa, excepto de manera indirecta, cómo se distribuya esta suma de satisfacciones entre los individuos; tampoco importa, excepto de manera indirecta, cómo un hombre distribuye sus satisfacciones en el tiempo...” (pp. 27, 37).

fundir los intereses de los individuos en un sistema unitario, desconociendo que son intereses de personas distintas y separadas” (p. 242).

Estas son, entonces, las debilidades que conllevaría una postura *utilitarista* y sus defectos, los cuales se podrían reducir en dos que son la principal materia de crítica y descalificación: “en primer lugar, hace de la justicia y de los derechos cosas de cálculo, no de principios; en segundo, al intentar traducir todos los bienes humanos a una medida simple y uniforme de valor los allana sin tener en cuenta las diferencias cualitativas que hay entre otros” (Sandel, 2011, p. 295).

Ahora, frente a estos defectos identificados del *utilitarismo*, surge una inquietud que merece ser abordada, o al menos plantearla en su generalidad. Nos referimos al papel que juegan los *principios* o los *derechos* –que para el efecto los entenderemos aquí como sinónimos- frente a posibles acciones del poder estatal que, en situaciones como en el derribo de un avión con inocentes por razones utilitaristas, puedan transgredir la inviolabilidad de los seres humanos.

Nuevamente es Carlos S. Nino (2007) quien ilustra el entendimiento de este aspecto al señalar que: “El papel de los derechos en cuestión consiste en ‘atrincherar’ determinados intereses de los individuos, de modo que ellos no puedan ser dejados de lado, contra su voluntad, en atención a intereses que se juzgan más importantes –sea intrínsecamente o por el número de sus titulares- de *otros* individuos... Dworkin expresa el mismo punto diciendo que los derechos son como ‘cartas de triunfo’ que, cuando sacan a relucir, descalifican la legitimidad de cualquier medida que subordine los intereses protegidos al bienestar o a la utilidad general. Por eso, es que se incurre en un error lógico cuando se dice que el reconocimiento de los derechos individuales básicos está limitado por la necesidad de perseguir el bien común... El reconocimiento de ciertos derechos conforme al principio de inviolabilidad de la persona no solo implica lógicamente la limitación de la persecución de objetivos colectivos en el ámbito de aplicación de aquellos derechos –cualquiera que este ámbito sea-, sino que implica además limitar en algunos casos el procedimiento de decisión mayoritaria característico del sistema democrático... la reconstrucción más adecuada desde el punto de vista moral conduce a exigir unanimidad para la decisión de ciertos conflictos morales, o sea el consentimiento de la persona afectada. Precisamente el reconocimiento de un derecho a un individuo está destinado a convertirlo a él en el único árbitro sobre qué curso de acción debe adoptarse en el área protegida por el derecho... Muchos no vemos claro cómo la suma de un mal más otro mal puede dar como resultado, no dos males, sino un bien” (pp. 261-263, 450), (el énfasis nos pertenece).

El mismo autor en cuanto a las normas jurídicas y su aplicación, menciona: “lo que realmente interesa no es si una norma pertenece a un sistema jurídico, en sentido descriptivo, sino si la norma *debe* ser aplicada para justificar una acción o decisión... el razonamiento justificatorio debe siempre partir de proposiciones normativas que aceptamos por sus propios méritos y no por el

hecho de que ellas han sido emitidas por cierta autoridad” (Nino, 2005, 49, 681).

Resulta ilustrativo considerar también la idea de que la propia norma constitucional pueda ser la que contemple restricciones o establezca un límite inclusive a las propias restricciones sobre *derechos fundamentales* con el propósito de salvaguardar la *intangibilidad del contenido esencial* de dichos derechos. Sobre este tema -en el caso de Alemania precisamente- Alexy ha mencionado: “Del carácter de principio de las normas de derecho fundamental deriva, no sólo que, en razón de los principios contrapuestos, los derechos fundamentales están restringidos y son restringibles, sino que también sus restricciones y la posibilidad de restringirlos, son restringidas... se puede decir que los derechos fundamentales, en sí mismos, son restricciones a sus restricciones y a la posibilidad de restringirlos. El artículo 19 párrafo 2 LF (Ley Fundamental) parece regular el establecimiento de una restricción adicional a las restricciones y a la posibilidad de restringir los derechos fundamentales, cuando prohíbe afectar a los derechos fundamentales en su contenido esencial” (Alexy, 2012, p. 257).

No obstante, sobre lo dicho se podría esgrimir en contrario el tema del *valor epistémico* de una ley democrática, con lo cual se pretende que el aspecto de que determinada norma haya sido emitida por un parlamento democrático le da un valor *prima facie*, lo que también debería pesar en el razonamiento y las consideraciones del Tribunal Constitucional en relación a la constitucionalidad de la norma. Al respecto, se ha mencionado que si bien la decisión democrática puede no ser moralmente correcta, hay que presumir que sí lo es (Rodríguez-Toube, 1999, p 2); sin embargo, lo anterior conduce a cuestionarnos: ¿es suficiente esa presunción para justificar la obediencia?, ¿qué razones hay para fundamentar el deber hacia la decisión democrática que se sobrepongan a las que afectan el contenido de esa decisión? (Rodríguez-Toube, 1999, p 2). Como lo ha señalado Alexy (2009), uno de los aspectos del proceso de institucionalización de la razón es el del límite extremo o último del Derecho; refuta la afirmación realizada por Kelsen de que “por lo tanto, cualquier contenido puede ser Derecho”, contraponiendo a aquello la fórmula de Radbruch que la sintetiza en la idea “La injusticia extrema no es Derecho”, siendo entonces que la fuerza de la positividad, según esa fórmula, no puede traspasar el límite de la extrema injusticia (pp. 76,77).

Para complementar lo que se ha sostenido, cabe recordar que “en el complejo normativo en que puede hacerse consistir cada derecho, no podemos ver únicamente el aspecto directivo, sino también el elemento justificativo, la dimensión valorativa de las normas... Los derechos fundamentales se limitan entonces entre sí, pero eso no quiere decir exactamente que pierdan su condición de incorporar razones ‘absolutas’; podrían seguir siendo calificadas así, siempre que entendamos que lo que se quiere decir con ello es que se trata de las razones más fuertes, las que ofrecen una mayor resistencia a ser derrotadas” (Atienza, Ruiz, 2011, p. 58).

Ahora bien, vale tener presente que el análisis que se ha realizado hasta aquí se centra en la inconstitucionalidad de una norma jurídica expedida y las implicaciones que su enunciado normativo hubiera generado de aplicarse, en cuanto a la acción de derribo que “formalmente” legitimaba. Sin embargo, resulta consecuente reflexionar sobre los supuestos y hechos que se desarrollarían en un mismo escenario fáctico al que se pretendió regular, pero sin considerar las disposiciones previas de una norma jurídica que reglara específicamente las acciones a seguir en el momento. En tal sentido, ante el hecho de que el gobierno adoptara la medida de derribar el avión en procura de salvar a las personas en tierra sin que existiera una norma jurídica previa que lo faculte, nos preguntamos: ¿cabría el mismo análisis –moral/constitucional- y se llegaría al mismo resultado que el obtenido cuando se analizó la norma impugnada que prevenía jurídicamente aquella situación?, ¿dónde queda el derecho a la *vida* de los ciudadanos en tierra, no estaría siendo dejado de lado por proteger únicamente el de los pasajeros inocentes a bordo?

Como se lo estableció en párrafos anteriores, en este caso el Tribunal Constitucional emitió un pronunciamiento jurisdiccional coherente y satisfactorio a la luz del análisis argumentativo del fallo y las premisas que lo componen previamente, las cuales desagregaban y analizaban la norma cuestionada. No obstante, podemos sostener que en el escenario ahora propuesto –el de no haber existido dicho enunciado normativo previamente-, el fin sería el mismo y por ende improcedente moralmente, pues el derribo en tal circunstancia significaría igual una tratativa denigrante y utilitarista de la *dignidad humana* de las personas a bordo, quienes siempre estarán en una situación de desventaja en cuanto a su posibilidad de sobrevivencia en contraste con las personas en tierra.

Si bien es un asunto difícil de dimensionarlo en abstracto, en la actualidad resulta más sensata y plausible la posibilidad de detectar tecnológicamente una amenaza terrorista de un avión secuestrado con suficiente –al menos alguna- anticipación como para que el Estado tome ciertas medidas de resguardo respecto de los ciudadanos en tierra, cuestión que por obvias condiciones se torna imposible tomar respecto de los pasajeros que ya están en el avión. De igual manera, las acciones que el Estado adopte para proteger a las personas en tierra resultarán sustancialmente opuestas y más ventajosas a las que el Tribunal Constitucional cuestionó respecto a las que se tomarían *contra* los pasajeros inocentes a bordo, puesto que, en ningún momento las acciones sobre los primeros reducirían o anularían sus derechos fundamentales a la *vida* y la *dignidad humana*, ya que bajo ninguna circunstancia se ordenaría consciente y premeditadamente la ejecución o sacrificio de quienes están en tierra, cuestión si realizable sobre los segundos –en el avión-. En síntesis, el Estado tendrá diversas medidas para cumplir su obligación de protección de la *vida*, que resultarán más ventajosas y no violatorias para las personas en tierra. Ante esto, el deber de protección del Estado –de ambos grupos, pasajeros y ciudadanos en tierra- se debe materializar primordialmente en acciones *ex ante* como políticas de seguridad, control y planificación de evacuaciones de

lugares, entre otros, pero bajo ningún concepto será aceptable que el Estado intervenga con medidas que no sean apegadas a la ley fundamental, lo que indefectiblemente sí sucedería en el caso de los pasajeros inocentes a bordo si se ordena su derribo, pero que no necesariamente –y muy poco probable- se daría respecto de las medidas que se tomaran para poner en buen recaudo la *vida* y la *dignidad* de las personas en tierra.

CONCLUSIONES

El enunciado normativo que pretendía autorizar a un funcionario público a ordenar el derribo de un avión con pasajeros inocentes para salvar así la vida de personas en tierra, no resiste a un análisis racional en virtud de que, como se lo citó anteriormente, el *razonamiento justificatorio debe siempre partir de proposiciones normativas que aceptamos por sus propios méritos y no por el hecho de que ellas han sido emitidas por cierta autoridad* (Nino, 2005, 49, 681).

En este caso, la norma derogada de la Ley de Seguridad Aérea no tenía méritos suficientes para ser aplicada, pues al ser concebida con un contenido *utilitarista* que únicamente mira a su resultado y evalúa la situación a partir de aspectos cuantitativos, su enunciado normativo se materializaría como un trato indigno hacia las personas inocentes que estuviesen en el avión secuestrado, pues ellas no han consentido estar en esa situación y son víctimas también, no debiendo entenderse –a partir de su *autonomía* y *dignidad* como personas- que al estar en esa situación están tolerando que el Estado decida por sus vidas y los “sacrifique” en nombre del “bien común”. Al contrario –insistimos-, ellas también son víctimas y tienen derecho a la protección del Estado, quien a su vez tiene la obligación de prestar tal protección y no puede bajo ningún concepto denigrar la calidad de *seres humanos* de estas personas y rebajarlas a la categoría de *objetos* que forman parte del avión –del arma- y que por ende sus expectativas de vida no se consideran desde ese momento y son susceptibles de eliminación –precisamente como *medio*- para posiblemente proteger la *vida* de otras personas en tierra.

Es por todo esto que la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional –la inconstitucionalidad- se presenta como la solución concluyente a partir del *razonamiento práctico*, ya que cualquier otra solución que se planteara reñiría con aquellos principios de *dignidad humana* y de la *vida*, pues no se encuentran razones fuertes y suficientes para que se autorice, *deliberada y planificadamente*, derribar un avión secuestrado con personas inocentes a bordo y entender que estas personas tienen que forzosamente –de forma impositiva, no voluntaria- “sacrificar” sus vidas para salvar a otras personas iguales a ellas.

De esta forma, el Tribunal Constitucional ejerció un control de constitucionalidad sobre la norma impugnada, sometiéndola a un examen que desborda su aspecto directivo para verificar su justificación y mérito en su aplicación, adecuando su análisis a partir de los límites o restricciones que las normas fundamentales –su contenido- prevén.

Sostenemos entonces que, bajo ninguna circunstancia, sería moral ni constitucionalmente viable el *asesinato intencional, premeditado y selectivo*, por parte del Estado, de personas inocentes en un avión, inclusive bajo el propósito de salvar la *vida* de otras tantas en tierra, pues esa acción, por todas las consideraciones esgrimidas, constituye una medida que vulnera la Ley Fundamental –Constitución-, lo cual incluso impide que se lo pueda tomar como una medida excepcional (no cabe la aceptación o tolerancia de “vulneraciones excepcionales” de la Constitución), menos aun como una medida institucionalizada y reglada por normativa previa. Aquello impone al Estado la obligación de velar por la aplicación de medidas pertinentes –léase constitucionales- y oportunas para proteger los derechos de sus ciudadanos, tanto de las personas usuarias del sistema del tráfico aéreo como en tierra, pero procurando en todo momento que las medidas que adopte deberán siempre observar y respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales y los límites que el enunciado normativo-constitucional de los mismos implican frente a las decisiones del poder público.

Simplemente no se tolera ni moral ni constitucionalmente que las medidas que se adopten para proteger a los ciudadanos en tierra operen *en contra* de las personas a bordo del avión y sus derechos fundamentales a la *vida, la dignidad humana e inviolabilidad como seres humanos*, debiendo ser que, al contrario, las medidas que el Estado adopte siempre deben ir *a favor* de la protección y realización de esos derechos, sin consideraciones de índole cuantitativas.

Finalmente, teniendo presente –según la sentencia- que los ataques terroristas perpetrados en los Estados Unidos de América en 2001 con aviones secuestrados influyó fácticamente para la creación legislativa del impugnado artículo 14.3 de la Ley de Seguridad Aérea alemana –recordando la *teoría del derecho penal del enemigo*-, vale citar aquí, a manera de epílogo, una reflexión que Manuel Atienza (2008) hizo respecto al panorama de los derechos luego de estos ataques terroristas: “Pues bien, después del 11 de septiembre –y sigo sin decir nada original- lo que se observa es la tendencia a limitar derechos y las libertades democráticas (especialmente de los que están en situación de mayor debilidad) y a incrementar el uso de la violencia en cuanto medio de resolución de conflictos. Traer a colación aquí el caso de los Estados Unidos es inevitable: la reacción jurídica frente al 11 de septiembre parece haber consistido, hacia adentro, en la conculcación de derechos y libertades constitucionales otrora intangibles y, hacia afuera, en el desprecio por el Derecho internacional; todo ello en nombre de la “seguridad”, ¿pero no es casi seguro que lo que provocará es más desigualdad, más opresión y, en definitiva, un mundo peor de lo que ya es? (pp. 207, 208). Así, la duda permanece.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (2009) Los principales elementos de mi filosofía del Derecho. DOXA, CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, 32, (en línea). Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-principales-elementos-de-mi-filosofia-del-derecho/>.

Alexy, R. (2012). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da. ed. en castellano.

Álvarez, S. (2008). Pluralismo moral y conflictos de derechos fundamentales. DOXA, CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, 31 (en línea). Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/pluralismo-moral-y-conflictos-de-derechos-fundamentales/>.

Atienza, M. (2008). La guerra de las falacias. Alicante: Librería Compás S.L., 3ra ed. ampliada.

Atienza, M. y Ruíz, J. (2011). Abuso del Derecho y Derechos fundamentales. REVISTA EL CRONISTA DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, 18.

http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705en.html

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, *Deutscher Bundestag* (en línea). Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

Nino, C. (2005) Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Ed. Astrea, 3º reimpresión.

Nino, C. (2007). Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, Buenos Aires: Ed. Astrea, 2º edición ampliada y revisada.

Rawls, J. (2012). Teoría de la justicia. México: Fondo de Cultura Económica, 9º reimpresión.

Rodriguez-Tubes, J. (1999). Preferencias, deberes jurídicos y democracia. CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, No. 2 (en línea). Disponible en: <http://www.uv.es/cefd/2/Toubes.html>.

Sandel, M. (2011). Justicia ¿hacemos lo que debemos? Barcelona: Debate, 1ra ed.

Sentencia BVR 357/05 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, versión en inglés (en línea). Disponible en:

Viehweg, T. (2007). Tópica y Jurisprudencia, Navarra: Ed. Thomson-Civitas, 2da. edición.

Zagrebelsky, G. (2010). Contra la ética de la verdad, Madrid: Ed. Trotta, 1ra. edición.

