

LA RELEVANCIA DEL NÚMERO DE VIDAS EN SITUACIONES DE NECESIDAD

The relevance of the number of lives in cases of necessity

ALEJANDRO MIRANDA*

Universidad de los Andes, Chile

Resumen

En este trabajo se analiza críticamente, desde una perspectiva filosófico-jurídica, el “principio de irrelevancia de los números”, esto es, la tesis según la cual en un caso de estado de necesidad es inadmisibles invocar como justificante la ponderación según el número de las vidas humanas en conflicto. El autor procura mostrar que este principio, en sí mismo, no logra resistir la crítica filosófica, y debe, por tanto, abandonarse. Con este objetivo, se procede del siguiente modo. En primer lugar, se explica el principio de irrelevancia de los números y las conclusiones que se han pretendido extraer de él. En segundo lugar, se muestra que esas conclusiones realmente confunden la cuestión de los números con otros factores moralmente relevantes, que sí pueden dar explicación de ellas. En tercer lugar, se exponen argumentos para probar que los números son relevantes incluso en el contexto de una teoría no consecuencialista que reconozca el carácter inviolable de la dignidad de la persona. En cuarto lugar, se examinan algunas objeciones contra la relevancia de los números. Finalmente, se explora el problema de la relevancia de los números como causa de justificación jurídica.

Palabras clave

Número de vidas, proporcionalidad, necesidad.

Abstract

This paper critically analyzes, from a philosophical-legal perspective, the “principle of irrelevance of numbers”, that is, the thesis according to which in a case of necessity it is inadmissible to invoke as justification the weighting according to the number of human lives in conflict. The author tries to show that this principle, in itself, fails to withstand philosophical criticism, and must therefore be abandoned. With this aim, he proceeds as follows. First, the principle of irrelevance of numbers and the conclusions that have been tried to be drawn from it are explained. Second, he shows that these conclusions really confuse the issue of numbers with other morally relevant factors, which can explain them. Third, arguments are presented to prove that numbers are relevant even in the context of a non-consequentialist theory that recognizes the inviolability of the dignity of the person. Fourth, some objections against the relevance of numbers are examined. Finally, the problem of the relevance of numbers as a legal justification is explored.

Key words

Number of lives, proportionality, necessity.

Introducción

En noviembre de 2018 la revista *Nature* publicó el trabajo “The Moral Machine Experiment”, que reporta los resultados de lo que sus autores definen como “un ‘juego serio’ multilingüe en línea para recopilar datos a gran escala sobre cómo los ciudadanos querrían que los vehículos autónomos resolvieran dilemas morales en el contexto de accidentes inevitables”¹. Quien ingresa a la plataforma juega el papel de un conductor que enfrenta el siguiente

* Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, Chile. Correo electrónico: amiranda@uandes.cl. Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt 1191349, del cual el autor es investigador responsable.

¹ AWAD et al. (2018), p. 59.

problema: necesariamente causará algún daño, y debe elegir el curso de acción que, a su juicio, produzca el menor de los daños posibles.

Las alternativas que el juego presenta son varias: (i) salvar a humanos vs. mascotas, (ii) mantener el vehículo en curso vs. desviarlo (con independencia del resultado), (iii) salvar a los pasajeros del vehículo vs. salvar a peatones en igual número, (iv) salvar más vidas vs. menos vidas, (v) salvar varones vs. mujeres, (vi) salvar a jóvenes vs. viejos, (vii) salvar a peatones que cruzan la calle legalmente vs. peatones que cruzan imprudentemente, (viii) salvar a una persona en buena forma física vs. una que está en peor forma, y (ix) salvar a una persona de estatus social más alto vs. una de estatus social más bajo.

El propósito del experimento consiste en saber cuál es el parecer de las personas acerca del modo en que debería actuar el vehículo autónomo en caso de hacer frente a una situación semejante, bajo el presupuesto de que los resultados de vidas y muertes se puedan prever con completa certeza y exista paridad en todos los demás factores. Los autores afirman que el experimento les permitió recolectar “39,61 millones de decisiones de 233 países, dependencias o territorios”².

Como resultado del experimento se pudo constatar que “las preferencias más fuertes se observan en salvar a humanos por sobre animales, salvar más vidas y salvar vidas jóvenes”³. Esto quiere decir que, según la intuición de sentido común, si el vehículo se dirige a arrollar a una persona, y ese resultado puede evitarse solo a costa de doblar a una pista en la que hay un perro o un gato (que también morirá aplastado), lo razonable es doblar. Del mismo modo, si el vehículo se dirige a arrollar a tres personas, y ese resultado solo puede evitarse doblando hacia una pista en la que se arrollará a una persona, lo correcto es doblar. Por último, la intuición de la mayoría indica que, si el mismo conflicto se presenta entre un anciano y un niño, se debe evitar la muerte del niño.

El experimento de la máquina moral persigue una finalidad práctica: saber en qué medida existe consenso ético sobre la solución de los conflictos planteados, para que dicho consenso sea tenido en cuenta al momento de determinar las instrucciones con las que se debe configurar el vehículo autónomo. Según los autores del estudio, “los vehículos autónomos recorrerán nuestras carreteras pronto, lo que requerirá un acuerdo sobre los principios que deberían aplicarse cuando, inevitablemente, surjan dilemas que amenacen la vida”⁴. Los investigadores agregan que “las decisiones sobre los principios éticos que guiarán los vehículos autónomos no pueden entregarse únicamente a los ingenieros o a los especialistas en ética”⁵.

Como es probable que estas regulaciones terminen haciéndose por vía legal, es indudable que se requerirán acuerdos. Ahora bien, los acuerdos sobre los principios éticos y jurídicos deben fundarse en opiniones apoyadas por argumentos. De ahí que sea fundamental analizar los argumentos que subyacen a las preferencias constatadas por la “Máquina Moral”. Este trabajo tiene por objeto analizar los argumentos que apoyan la segunda de las preferencias más fuertes, esto es, la de salvar el mayor número de vidas.

Así, en las páginas que siguen se efectúa un análisis filosófico-jurídico del problema de la relevancia del número de vidas (o de muertes) como criterio para determinar el correcto curso de acción en un caso de necesidad. Dicho de modo más preciso, el problema consiste en saber si, en una situación de necesidad, un agente está o no moralmente obligado, *ceteris paribus*, a elegir el curso de acción del que se sigue un menor número de muertes. La filosofía moral contemporánea ha dedicado interesantes estudios a esta cuestión, pero el Derecho no ha explorado suficientemente las consecuencias que derivan de acoger una solución u otra.

La estructura del trabajo es la siguiente: en primer lugar, se explica el principio de irrelevancia de los números y las conclusiones que se han pretendido extraer de él; en segundo lugar, se muestra que esas conclusiones realmente confunden la cuestión de los números con

² AWAD et al. (2018), p. 59.

³ AWAD et al. (2018), p. 60.

⁴ AWAD et al. (2018), p. 59.

⁵ AWAD et al. (2018), p. 59.

otros factores moralmente relevantes, que sí pueden dar explicación de ellas; en tercer lugar, se exponen argumentos para probar que los números son relevantes incluso en el contexto de una teoría no consecuencialista, que reconozca el carácter inviolable de la dignidad de la persona; finalmente, se explora un posible tratamiento jurídico de la relevancia del número de vidas.

1. Imponderabilidad de la vida humana e irrelevancia de los números

En términos generales, en el Derecho se ha aceptado que cuando está en juego el bien jurídico de la vida humana no se admiten cuantificaciones. A esta tesis, que podríamos llamar “principio de la irrelevancia de los números”, se la suele considerar como un aspecto de un principio mayor, a saber, el llamado “principio de imponderabilidad (o no ponderabilidad) de la vida humana”. Un buen ejemplo para ilustrar la importancia de estos principios es el uso que de ellos hace Claus Roxin, un penalista alemán con mucha influencia en el mundo hispano.

En la Sección Cuarta de su célebre *Tratado de derecho penal*, al hablar del estado de necesidad justificante y casos afines, Roxin sostiene que en el estado de necesidad justificante no cabe la ponderación de vida frente a vida⁶. El autor piensa que este principio de imponderabilidad de la vida humana implica dos tesis, que son como aspectos suyos. La primera de estas tesis es que ante el Derecho toda vida humana tiene el mismo rango, de modo que no cabe considerar que algunas vidas humanas son más valiosas que otras. La segunda tesis es que ante el Derecho no se admite la ponderación según el número de las vidas humanas en conflicto. Para efectos de identificarlas mejor, a estas tesis las podemos llamar, respectivamente, “principio de igual valor de la vida humana” y “principio de irrelevancia de los números”.

Roxin considera que el principio de irrelevancia de los números es el fundamento de algunas conclusiones jurídicas muy importantes, como las siguientes:

Conclusión 1: No se puede justificar la conducta del guardagujas que, para evitar que un vagón de mercancías sin maquinista se estrelle a gran velocidad contra un tren repleto de pasajeros, desvía el tren a una vía secundaria en la que arrollará y matará a algunos trabajadores.

Conclusión 2: No se puede justificar la conducta de quien mata a una persona inocente para satisfacer el chantaje de una banda de gánsters o de un régimen de terror que amenaza con matar, en caso contrario, a cien inocentes.

Roxin añade que, según la doctrina “absolutamente dominante”, el principio de imponderabilidad de la vida humana también se aplica en los supuestos de “comunidad de peligro”, es decir, aquellas situaciones en que un grupo de personas enfrenta un peligro inminente de muerte, y no es posible que se salven todas, pero es posible que se salve una o más de ellas mediante una acción que provocará la muerte de las restantes⁷. Por consiguiente:

Conclusión 3: No se puede justificar la conducta de un montañista que, para evitar despeñarse en el abismo, corta la cuerda de la que pende junto a un compañero, de tal manera que caiga solo este y no los dos.

Conclusión 4: No se puede justificar la conducta de un naufrago que, para no morir de hambre junto a todos sus compañeros, mata al que se encuentra más débil para que los restantes puedan alimentarse con su cuerpo.

Antes de abordar la cuestión de fondo sobre el principio de irrelevancia de los números, cabe preguntarse si las conclusiones formuladas por Roxin realmente se fundamentan en dicho principio⁸. Cuando se analiza la posible relevancia de un determinado factor, es exigencia

⁶ ROXIN (1997), pp. 686-690.

⁷ ROXIN (1997), p. 688.

⁸ El principio de irrelevancia de los números ha sido muy poco tratado en el Derecho Penal. Las alusiones son más bien excepcionales y aparecen en general a propósito del estado de necesidad. Con todo, la cuestión de si es o no justo atender al número de vidas salvadas o de muertes evitadas también puede plantearse en relación con otras causas de justificación, como la colisión de deberes. En este caso, la doctrina penal mayoritaria también excluye la relevancia de los números. Así, Ivó Coca sostiene que conforme a dicha doctrina “no cabe establecer diferencias de rango cuando están en juego vidas humanas a partir del número de vidas que aparecen a cada lado del conflicto, es decir, que dos o un millón de vidas humanas valen exactamente lo mismo que una” (COCA (2016), p. 485). Y luego, reportando la misma doctrina mayoritaria, añade que “desde el prisma de la dogmática de los conflictos de deberes, se afirma habitualmente que, en todos los casos de comunidad de peligro en los que coliden vidas humanas, dada su equivalencia absoluta y la

metodológica aislar adecuadamente dicho factor de otros distintos que podrían estar jugando el papel que se atribuye al primero. Este requisito de método no se verifica del todo en las conclusiones de Roxin. En efecto, el penalista alemán mezcla casos de acciones cuyo carácter injustificable se puede explicar plausiblemente por razones diversas a los principios que él invoca. Así, las conclusiones 2 y 4 difieren de las conclusiones 1 y 3, ya que aquellas se refieren a casos en los que el agente procura la muerte de una persona inocente como medio para conseguir un fin, lo que no ocurre en el caso de estas. Una teoría ética no consecuencialista que contemple la prohibición absoluta de matar intencionalmente a personas inocentes (es decir, matarlas como fin de la acción o como medio para conseguir otro fin) podría suscribir plenamente las conclusiones 2 y 4 de Roxin y negar, al mismo tiempo, las conclusiones 1 y 3. Para esa teoría no consecuencialista el fundamento de que las acciones descritas en 2 y 4 sean injustificables no sería, entonces, el principio de irrelevancia de los números, sino precisamente la prohibición de matar intencionalmente a personas inocentes⁹.

2. Ética consecuencialista y relevancia de los números

Resulta bastante claro que, en el contexto de una teoría ética consecuencialista, los números son relevantes. Según el consecuencialismo, una acción es correcta cuando produce el mayor bien neto. A su vez, si todos los cursos de acción producen más mal que bien, el principio maximizador del consecuencialismo exige optar por el mal menor. Esto significa que, si el agente tiene dos cursos de acción, A y B, y de A se siguen cinco muertes y de B solo una, entonces, *ceteris paribus*, el agente debe optar por B. Por cierto, también para el consecuencialismo pueden entrar en escena otros factores que arrojen que el mal menor sea elegir B. Pero lo que es indudable es que, prescindiendo de otros posibles factores relevantes, el número de vidas salvadas o de muertes evitadas será un factor decisivo.

Con todo, de que una teoría consecuencialista deba atribuir relevancia al número de vidas no se sigue, obviamente, que una teoría no consecuencialista no pueda hacerlo. Esta última cuestión exige un análisis especial. En la filosofía moral anglosajona algunos han sostenido, de hecho, que solo desde presupuestos consecuencialistas es posible atribuir relevancia al número de vidas¹⁰. Según refiere el propio Roxin, esta es también la convicción frecuente de la doctrina dominante en el derecho penal alemán¹¹. Ahora bien, como esta doctrina dominante rechaza el consecuencialismo (utilitarismo, proporcionalismo o éticas teleológicas), rechaza igualmente la relevancia de los números. Roxin reporta incluso una sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) en la que se critica de forma explícita el uso consecuencialista del “principio del mal menor”. El BGH sostiene que es contrario a la “concepción cultural marcada por la doctrina moral cristiana [...], aplicar el principio del mal menor, que es adecuado para la preservación de

primacía del deber de omitir frente al de actuar, el homicidio activo del inocente sería siempre antijurídico. En definitiva, nadie tiene el deber de matar activamente para dejar de matar omisivamente” (COCA (2016), p. 488). Por mi parte, yo objetaría que no es el homicidio activo lo que debe considerarse siempre antijurídico, sino el homicidio intencional. Dicho de otro modo, lo que es siempre injusto es matar a una persona inocente como medio para conseguir un fin, y no producir la muerte como resultado de una acción positiva (en cuanto distinta de la omisión).

⁹ El propio Roxin es muy ambiguo en sus afirmaciones. En un caso dice que la justificación no procede porque, por principio, matar a una persona es un acortamiento arbitrario de su vida (ROXIN (1997), p. 689, n. 34), mientras que en otro dirige su rechazo a las acciones que matan *intencionalmente* (ROXIN (1997), p. 690, n. 37). Si lo relevante es la intención, entonces sus conclusiones 1 y 3 serían falsas. Roxin, en efecto, no parece suscribir una teoría que equipare intención con previsión cierta. Según el penalista, la intención incluye, desde luego, el fin de la acción, pero añade que “*intencional es en todos los casos también aquello que se realiza de propósito como medio para ulteriores fines*” (ROXIN (1997), p. 419). Deja, en cambio, en zona de duda las consecuencias previstas con certeza que no son buscadas ni como fin ni como medio: “*queda para la polémica sobre el concepto de intención (o propósito) solo un grupo intermedio de casos, en los que el sujeto debe producir con seguridad un resultado típico, pero no desea ese resultado, sino que se enfrenta a él con indiferencia o incluso pesar*” (ROXIN (1997), p. 419). Sin embargo, un poco más adelante parece tomar partido por la tesis de que estas consecuencias no son intentadas: “*En sentido estricto este [el dolo directo de segundo grado] abarca las consecuencias o circunstancias cuya realización no es intencionada, pero de cuya producción o concurrencia con seguridad se percata el sujeto, ocasionándolas conscientemente*” (ROXIN (1997), p. 423, destacado añadido).

¹⁰ WASSERMAN Y STRUDLER (2003).

¹¹ ROXIN (1997), p. 689.

valores patrimoniales, y ponderar según el resultado social global el desvalor jurídico del hecho, cuando lo que está en juego son vidas humanas”¹².

Se hace indispensable, por tanto, dilucidar si existe o no una conexión necesaria entre atribuir relevancia al número de vidas y suscribir una teoría moral consecuencialista. Un primer modo de aproximarse al problema consiste en revisar qué han pensado sobre la relevancia de los números autores reconocidamente no consecuencialistas. Veámoslo.

Existen algunas alusiones breves a la relevancia ética del número de vidas en los autores del Siglo de Oro español, especialmente al tratar acerca de la proporcionalidad que se exige para la justificación de acciones que producen muertes como efecto colateral o indirecto. Así, Francisco de Vitoria escribe que, aunque en una guerra puede justificarse a veces la muerte de inocentes como un efecto colateral de atacar a los agresores, nunca puede justificarse un ataque en el que, para matar a unos pocos agresores, se deba causar también la muerte de muchos inocentes¹³. Décadas más tarde, Juan Azor y Francisco Suárez, refiriéndose a un caso de “comunidad de peligro”, afirman que una mujer embarazada puede lícitamente realizar acciones necesarias para salvar su vida (p. ej., saltar de un lugar elevado para huir del fuego), aun cuando puedan ocasionar indirectamente la muerte del feto, porque tal acción sería proporcionada. La proporcionalidad se verifica, según los dos autores escolásticos, debido a que la omisión de la acción salvadora implicaría la muerte tanto de la madre como del hijo¹⁴. Ahora bien, tanto Vitoria como Azor y Suárez afirman de modo explícito que en ninguna circunstancia es lícito matar directa o intencionalmente a una persona inocente¹⁵. Y este reconocimiento de que existen especies de acciones que nunca pueden justificarse implica lógicamente un rechazo del consecuencialismo.

En la ética contemporánea, la relevancia del número de vidas ha sido destacada por un autor tan crítico del consecuencialismo como Germain Grisez¹⁶. En su refutación del consecuencialismo, Grisez sostiene que es imposible conmensurar las diferentes realizaciones (*instances*) de los bienes humanos básicos de tal modo que se pueda concluir que una realización contiene toda la bondad de la otra más algo adicional. No obstante, luego de descartar la viabilidad del cálculo de consecuencias como método general de la ética, Grisez añade que hay algunos pocos casos en que la conmensuración es posible. Uno de ellos es precisamente aquel en que las posibilidades “difieren una de la otra sólo en la cantidad de bien que prometen”¹⁷. Para explicarlo, Grisez recurre al ejemplo del tranvía, y afirma que, si se enfrentara un “caso puro de provocar las muertes de más personas o de menos personas, y nada más de importancia humana estuviera involucrado, uno con seguridad preferiría matar al menor número. El bien mayor o mal menor sería tan claro que ninguna elección se requeriría o incluso sería posible”¹⁸.

A menos que los autores no consecuencialistas recién citados estuvieran incurriendo en una contradicción flagrante, invocar su testimonio puede servir como una primera aproximación para constatar que la atribución de relevancia al número de vidas es compatible con el rechazo del consecuencialismo. Pero, desde luego, el argumento más claro para mantener este aserto exige entender bien qué es el consecuencialismo. Una doctrina no es consecuencialista por el solo hecho de afirmar que en ciertos casos se puede, o se debe, atender al principio del mayor bien neto (o del mal menor) en términos de consecuencias previsibles. Una doctrina es consecuencialista únicamente si sostiene que los principios de maximización del bien o

¹² ROXIN (1997), p. 689. Incluso los teóricos del derecho penal que asignan relevancia a los números vinculan esta posición con el consecuencialismo. Así sucede, por ejemplo, en ORTIZ DE URBINA (2011), pp. 187-190. Además, como puede verse también en ORTIZ DE URBINA (2011), p. 190, se plantean el problema de la posibilidad de ponderar vidas humanas a la luz de casos que involucran homicidios intencionales, que no son apropiados para tal efecto.

¹³ VITORIA (1539/2017), p. 819.

¹⁴ AZOR (1621), pp. 127-128; SUÁREZ (1621/1858), p. 757.

¹⁵ VITORIA (1539/2017), p. 815; AZOR (1621), p. 128; SUÁREZ (1621/1858), p. 755.

¹⁶ GRISEZ (1978).

¹⁷ GRISEZ Y SHAW (1988), pp. 132-133.

¹⁸ GRISEZ Y SHAW (1988), pp. 132-133. Es cuestionable, con todo, la idea de que en un caso como el del tranvía no se requiera, o incluso no sea posible, hacer una elección. Tal idea parece implicar una forma de determinismo intelectual, y además se ve refutada por la posibilidad de recurrir a la suerte: no es imposible que, ante un caso así, el agente opte por tirar una moneda al aire. El recurso a la suerte es, de hecho, la solución que algunos autores proponen como correcta (por ejemplo, TAUREK (1977), p. 303).

minimización del mal son los principios supremos para evaluar la corrección o incorrección de las acciones, de tal modo que derrotan a cualquier otro principio o consideración moral con los que puedan entrar en conflicto¹⁹. Afirmar que una teoría es consecuencialista por el solo hecho de sostener que el cálculo de consecuencias es moralmente relevante nos conduciría a la absurda conclusión de que prácticamente todas las teorías éticas que existen serían consecuencialistas. Una teoría moral deja de ser consecuencialista si reconoce que existe al menos un principio moral que restrinja o limite el cálculo de consecuencias.

De este modo, la atribución de relevancia al número de vidas no implica lógicamente el consecuencialismo, pues esa atribución de relevancia no exige que el factor numérico sea suficiente para derrotar cualquier otro. Una doctrina que atribuya relevancia al número de vidas, pero sostenga, al mismo tiempo, que dicho cálculo numérico tiene una relevancia restringida porque cesa ante otros deberes —como el de abstenerse de matar intencionalmente a una persona inocente o el de abstenerse de tratar a una persona como mero medio—, no es una doctrina consecuencialista. La defensa (no consecuencialista) de la relevancia de los números que se propone en este trabajo afirma que los números son ciertamente relevantes, pero solo en aquellos casos en los que no hay una prohibición absoluta en juego.

3. Argumentos para probar la relevancia de los números

3.1. Presupuestos de la argumentación

Un análisis filosófico riguroso debe partir por aislar correctamente la cuestión de los números, sin mezclarla con otros factores relevantes que puedan alterar el análisis. Esto exige, en primer lugar, excluir aquellos casos en que el curso de acción necesario para evitar la mayor cantidad de muertes implica transgredir un deber más fuerte, como podría ser una prohibición absoluta en las teorías éticas que contemplan ese tipo de prohibiciones (*v. gr.*, la prohibición de matar intencionalmente a una persona inocente o la de usar a una persona como mero medio). Así, podemos descartar de plano la objeción reportada por Raz, según la cual la relevancia de los números parece entrar en conflicto con otras opiniones que muchos encuentran obvias, como que uno «no puede matar a una persona para usar sus riñones para salvar a dos que de otro modo morirían»²⁰. El conflicto al que apela la objeción es meramente aparente, pues la obviedad de esa opinión puede explicarse por la fuerza de las ya mencionadas prohibiciones de matar intencionalmente a una persona inocente o de tratar a una persona como mero medio, que todavía forman parte de la moralidad más común de Occidente, y muchas personas encuentran obvias.

El rigor metodológico también exige, en segundo lugar, realizar siempre un análisis *ceteris paribus*, es decir, en igualdad de otros elementos que pudieran mutar el juicio moral. De esta manera, no vale como argumento contra la relevancia de los números afirmar, por ejemplo, que se justifica que una madre prefiera salvar a su propio hijo antes que a tres niños extraños, o que se justifica salvar a un niño pequeño y sano antes que a dos ancianos ya moribundos, etc. Es decir, factores como las edades de los involucrados, su expectativa de vida, su especial relación con el agente, su contribución al bien común, la posición jurídica en la que se encuentran, etc., deben mantenerse en paridad o, lo que es igual, deben dejarse fuera del análisis. Si se incluyeran otros factores, habría que dilucidar previamente si ellos mismos son o no relevantes.

Por cierto, las precisiones recién formuladas reducen significativamente el conjunto de los casos que pueden resolverse apelando a los números, pero no lo dejan vacío. Así, los números seguirían siendo relevantes en aquellos pocos casos en que efectivamente hay paridad en los otros factores, pero también —y sobre todo— en aquellos muchos casos en que, por distintas circunstancias, no existe la posibilidad de tener esos factores en cuenta. Por ejemplo,

¹⁹ FINNIS (1983), p. 86.

²⁰ RAZ (2003), p. 347.

los números seguirían siendo relevantes para la configuración de los vehículos autónomos, que, al menos por ahora, no tienen capacidad para considerar los otros factores referidos²¹.

En lo que sigue, entonces, se pretende mostrar que, si la cuestión del número se aísla adecuadamente de otros factores, hay buenas razones para aceptar su relevancia ética y también jurídica. La propuesta que aquí se defiende es, en síntesis, la siguiente: frente a cursos de acción incompatibles, un agente está, *ceteris paribus*, moralmente obligado a elegir el curso de acción del que se sigue un menor número de muertes.

3.2. Argumentos generales a favor de la relevancia de los números

Una primera vía para argumentar a favor de la relevancia de los números es a partir de la siguiente consideración general: si la muerte es un mal para la persona que la padece (y también para otros), entonces se sigue que, mientras menor sea el número de muertes, menos mal se producirá. Ahora bien, tratándose de los males físicos (como la muerte o la tristeza que ella produce en otros), es indudable que, cuando no se puede evitar todo el mal, lo razonable es evitar el mal mayor²². Es evidente que un mayor número de muertes es, *ceteris paribus*, un mal mayor que un menor número de ellas. Hay al menos dos consideraciones de sentido común que atestiguan tal aserto. En primer lugar, todos estimamos que un accidente es peor mientras más personas mueran en él. Así, aunque la muerte de un motociclista que se estrella contra un automóvil es un gran mal, nadie discute que la caída de un avión lleno de pasajeros es una tragedia mucho más grave. En segundo lugar, todos reconocemos que, aun cuando no podamos evitar todas las muertes de un suceso catastrófico, tenemos el deber de evitar tantas muertes como nos sea posible. Por ejemplo, si diez niños caen al mar por el volcamiento de un bote inflable, y nosotros, por una cuestión de tiempo, podemos salvar solo a algunos y no a todos, nos consideramos sin duda obligados a salvar a tantos como podamos. Nadie diría que, como los números no cuentan, da igual salvar a uno o a cinco niños.

Con todo, el argumento precedente no basta por sí solo. Él muestra únicamente que los números son relevantes en acciones salvadoras compatibles. Esta relevancia consiste en que, a menos que exista una razón proporcionalmente grave en contra, si se puede salvar a un grupo completo de personas, entonces no es moralmente lícito salvar solo a algunas de ellas. Lo que se debe probar aquí, en cambio, es la relevancia de los números en la elección entre acciones salvadoras incompatibles. En efecto, es lógicamente consistente afirmar, por una parte, que si se puede salvar sin riesgo a un grupo de cinco personas, entonces no es moralmente lícito salvar solo a dos de ellas, y negar, por la otra, que si se debe optar por salvar a un grupo de cinco personas o a un grupo de dos, deba preferirse siempre salvar al primero²³.

3.3. La relevancia de los números en la elección entre acciones salvadoras incompatibles

Los dos argumentos que siguen procuran probar la relevancia de los números en la elección entre acciones salvadoras incompatibles. Ellos tienen como presupuesto lo que antes

²¹ El tema de los conflictos vitales en la configuración de los vehículos autónomos ha sido tratado en GUERRA Y TISNÉ (2021). Tal trabajo, sin embargo, no aborda el problema de la importancia del número de vidas en la solución de dichos conflictos. Por otra parte, y dado que no es relevante para lo que se pretende probar en este estudio, dejo de lado aquí la cuestión sobre si esta clase de conflictos debe caracterizarse jurídicamente como un caso de colisión de deberes o como un caso de estado de necesidad. Baste añadir que no son pocos los autores que piensan que el estado de necesidad debe ser considerado como una ley general de todas las demás justificantes. Sobre esto último puede verse MOLINA (2009).

²² ZALBA (1993), p. 775.

²³ Kavka ha sostenido que “un presupuesto general de la elección racional es que la indiferencia (i. e. la ausencia de preferencia) es una relación transitiva” (KAVKA (1979), pp. 291-292). De esto se seguiría, según Kavka, que, si es indiferente salvar a dos o a cinco, también debe serlo salvar a dos o a solo cuatro del otro grupo; lo que a su vez implicaría que es igualmente indiferente salvar a cuatro o cinco del segundo grupo. Como esta última implicación es absurda, el argumento esbozado arriba resultaría suficiente para probar la relevancia de los números en la elección entre acciones salvadoras incompatibles (KAVKA (1979), p. 292). No exploraré esta vía aquí, porque exigiría un estudio pormenorizado del principio de transitividad de la indiferencia.

hemos llamado “principio de igual valor de la vida humana”. Pero en este punto es necesario introducir una precisión. La tesis según la cual todas las vidas humanas son igualmente valiosas puede significar dos cosas: primero, que toda vida humana tiene valor intrínseco y, por tanto, nunca es lícito subordinar una vida humana a otra realidad como si fuera un mero medio para conseguir un fin; segundo, que toda vida humana debe considerarse como del mismo valor a la hora de distribuir recursos escasos, elegir acciones salvadoras o, en general, hacer juicios de proporcionalidad. Estos dos significados son independientes entre sí y no deben confundirse²⁴. El que está presupuesto en los argumentos que desarrollaremos es el segundo significado. Con todo, para aceptar la fuerza de dichos argumentos no es necesario suscribir el segundo significado del principio de igual valor de la vida humana en su alcance general: es suficiente con aceptar que el igual valor se cumple en el caso concreto, ya sea porque las vidas en juego efectivamente son de igual valor en ese caso, ya sea porque no se tienen en cuenta los factores que podrían originar una diferencia de valor.

El primer argumento a favor de la relevancia de los números en acciones salvadoras incompatibles se puede exponer, en su forma más simple, del siguiente modo: si se elige salvar al menor número de personas se estaría asignando un valor de cero a las vidas de las personas cuya presencia rompe el empate numérico, es decir, se desconocería el valor de todas aquellas personas en virtud de las cuales el grupo mayor supera en número al grupo menor. Pero asignar el valor de cero a algunas personas y no a otras constituye una injusticia, pues se presupone que, al menos en las circunstancias del caso, todas las vidas humanas tienen igual valor. Luego, elegir salvar al menor número de personas constituye una injusticia.

El mismo argumento ha sido propuesto por F. M. Kamm con el nombre de argumento “del balance (o del equilibrio)” (*balancing argument*): “... la justicia exige que cada persona de un lado tenga sus intereses equilibrados con los de una persona del lado opuesto; aquellos que no están equilibrados en el grupo más grande ayudan a determinar que el grupo más grande debe ser salvado. Por lo tanto, el número de personas salvadas cuenta moralmente”²⁵. Kamm afirma que este argumento prueba la relevancia de los números con independencia de la producción del mejor resultado, pues se apoya únicamente en “una perspectiva imparcial que implica que hay igual valor en ayudar a personas iguales”²⁶.

Desde presupuestos contractualistas, Thomas Scanlon también ha defendido la relevancia de los números con el argumento precedente. Su propósito es mantener la idea de sentido común de que los números cuentan, pero sin utilizar argumentos agregativos que desconozcan la consideración de las personas como individuos, que está en la base del contractualismo. El argumento del autor estadounidense consiste en que, si se opta, por ejemplo, por evitar la muerte de una persona antes que la muerte de cinco, cuatro personas del grupo desfavorecido podrán alegar que el agente actuó como si ellos no existieran, pues no los tuvo en cuenta para nada en su decisión. Ahora bien, actuar como si la presencia de esas cuatro personas no hiciera ninguna diferencia es tratarlas injustamente. Dicho de otro modo, la adición numérica de personas quiebra el empate entre las pretensiones de igual fuerza y cantidad. Por otro lado, la persona del grupo menor no puede alegar legítimamente que el valor de su vida no fue tomado en cuenta, por lo que no ha sido víctima de ninguna injusticia. Scanlon agrega que este argumento cumple con dos exigencias fundamentales: primero, otorga un valor o peso positivo a la vida de cada persona; segundo, otorga la misma importancia a la vida de cada persona²⁷.

²⁴ Se pasa por alto esta diferencia, por ejemplo, en SINGER (2014). Apoyándose en *Evangelium Vitae* n. 57, Singer sostiene que, conforme a la doctrina católica sobre el igual derecho a la vida de todo ser humano inocente, uno debería arrojar una moneda al aire si debe decidir entre “salvar la vida de un ser humano que está irreversiblemente inconsciente y salvar la vida de un ser humano normal y plenamente consciente” (SINGER (2014), p. 60). Y añade Singer que esta solución “golpea a cualquiera que no esté en las garras de una ideología tan loca” (SINGER (2014), p. 60). Pero esto es un error de Singer. La doctrina católica sobre el igual derecho a la vida de todo ser humano inocente, tal como dice la encíclica unas líneas después, significa que “ante la norma moral que prohíbe la eliminación directa de un ser humano inocente ‘no hay privilegios ni excepciones para nadie. No hay ninguna diferencia entre ser el dueño del mundo o el último de los miserables de la tierra’”. Es decir, se refiere al primer sentido del igual valor de la vida humana, y no al segundo.

²⁵ KAMM (2013), p. 408.

²⁶ KAMM (2013), p. 518.

²⁷ SCANLON (1998), pp. 232-233.

El segundo argumento a favor de la relevancia de los números en acciones salvadoras incompatibles ha sido propuesto por F. M. Kamm con el nombre de argumento “para los mejores resultados” (*argument for best outcomes*). Para una situación en que la alternativa es salvar a A o a B+C, el argumento dice lo siguiente: “(1) Si se usa el Óptimo de Pareto, se ve que es peor si mueren tanto B como C que si sólo muere B, aun cuando no sea peor para B. Esto es $B+C < B$. (2) Un mundo en el cual A muere y B sobrevive es tan malo como un mundo en el que B muere y A sobrevive. Esto es verdad desde un punto de vista imparcial, aun cuando los mundos no sean igualmente buenos para A y B. Es decir, hay equivalencia moral en las muertes de A o B. (3) Dado (2), podemos sustituir A por B en el lado derecho de la ecuación moral en (1) y obtener el resultado de que es peor si B y C mueren que si A muere. Esto es, si $B+C < B$ y $A=B$, entonces $B+C < A$ ”²⁸. Si se esquematiza en la forma de un silogismo, el argumento sería el siguiente:

Primera premisa: la muerte de Pedro más la muerte de Juan es un mal mayor que solo la muerte de Pedro.

Segunda premisa: la muerte de Pedro es un mal igual a la muerte de Diego.

Tercera premisa: en virtud de la segunda premisa, se puede cambiar a Pedro por Diego en el predicado de la primera premisa.

Conclusión: la muerte de Pedro más la muerte de Juan es un mal mayor que la muerte de Diego, es decir, los números cuentan.

La primera premisa se prueba fácilmente, pues su negación implicaría afirmar que la muerte de Juan no tiene ninguna importancia, lo que se opone al presupuesto del igual valor de las vidas humanas. La segunda premisa se prueba por el mismo principio. La tercera, como resulta evidente, se sigue de la segunda, con lo que queda probada la conclusión.

Para comprender mejor el alcance de este argumento, es preciso efectuar dos consideraciones. En primer lugar, algunos han objetado que este argumento aplica de modo erróneo la superioridad paretiana. La crítica afirma que optar por el curso de acción que salva a B+C es Pareto-superior que optar por el que salva solo a C, pero no es Pareto-superior que optar por el que salva a A, pues para que exista superioridad paretiana es necesario que ningún individuo quede en una condición peor que aquella en la que hubiese quedado de elegirse otra alternativa, lo que no se cumple respecto de A²⁹. Esta objeción, sin embargo, no parece concluyente. Y no lo parece porque Kamm no invoca una superioridad paretiana respecto de salvar a A. Su conclusión se extiende a A en virtud de la equivalencia moral que existe entre las muertes de A y B, que es otro paso del razonamiento. En segundo lugar, se debe reparar en que considerar la salvación del mayor número como “el mejor resultado” no permite concluir inmediatamente que exista un deber de salvar al mayor número. Ya se ha dicho que podría existir alguna otra razón moral o de justicia que derrote el cálculo de consecuencias. No obstante, si conseguir el mejor resultado no viola ninguna posible prohibición absoluta, sí se sigue que el agente debe elegir evitar la muerte del mayor número.

4. Objeciones a la relevancia de los números

Hasta ahora hemos visto dos objeciones contra la relevancia del número de vidas en situaciones de necesidad. La primera, presentada por Roxin, sostiene que el “principio de irrelevancia de los números” es un aspecto del “principio de imponderabilidad de la vida humana”. La imposibilidad de ponderar el valor de la vida humana implica, según el penalista, que tampoco se admite la ponderación según el número de las vidas humanas en conflicto. Como se puede notar, esto es más una afirmación que un argumento, pues no se ve por qué razón lo segundo se podría seguir de lo primero³⁰. Tal como se mostró, lo que sucede es más

²⁸ KAMM (2005), p. 4. Véase también LIAO (2008).

²⁹ FARREL (2012), pp. 147-150.

³⁰ Esta falta de argumentos parece ser un defecto común de la literatura penal sobre estado de necesidad. Así, Wilenmann constata que dicha literatura reconoce la existencia de una prohibición de ponderar vidas humanas, pero que no puede encontrarse en ella “*un análisis exhaustivo de sus fundamentos o de su estructura*” (WILENMANN (2016), p. 6).

bien lo contrario de lo que piensa Roxin: el “principio de igual valor de la vida humana” —el otro aspecto del “principio de imponderabilidad de la vida humana”— opera precisamente como fundamento de la relevancia de los números. En efecto, si no se pondera según el número de las vidas humanas en conflicto se asigna valor cero a las vidas de las personas cuya presencia rompe el empate numérico. La segunda objeción ya vista decía que la atribución de relevancia al número de vidas implica una aceptación del consecuencialismo. Pero se ha mostrado que esa no es una conexión necesaria: es perfectamente posible afirmar que los números son relevantes y, a la vez, que esa relevancia es limitada y puede ser derrotada por otras consideraciones de justicia. En lo que sigue veremos otras dos objeciones a las que es preciso responder.

Una de las objeciones más conocidas es la que formula G.E.M. Anscombe en una réplica a un trabajo de Philippa Foot. En su texto, Foot considera como obvio que, en un caso de asignación de recursos médicos escasos, el agente debe optar *ceteris paribus* por el curso de acción que permite salvar al mayor número³¹. La situación que se plantea Foot es la siguiente: una persona que está a cargo de un medicamento recibe a un grupo de seis enfermos que necesitan tal medicamento para sobrevivir; el primero de ellos solo puede ser salvado con la dosis completa del medicamento, mientras que los otros cinco necesitan únicamente un quinto de la dosis cada uno. Anscombe objeta que, aunque es ciertamente lícito dividir el medicamento para salvar al mayor número, también lo es usar la dosis completa para salvar a uno. Según Anscombe, mientras se ayude a alguien, nadie del grupo mayor puede decir que se le ha tratado injustamente, y si nadie ha sido tratado injustamente, el agente no ha cometido ninguna injusticia³².

El primer argumento que hemos analizado en el apartado anterior permite notar que Anscombe no está en lo correcto. Por lo que allí se dijo, dar todo el medicamento a quien necesita la dosis completa implicaría desconocer el valor de las cuatro personas en que el segundo grupo excede al primero. Quien opta por salvar solo a uno, actúa como si cuatro del segundo grupo no estuvieran presentes, como si salvarlos no fuera ningún bien. Por eso Kamm sostiene acertadamente que cada persona del grupo mayor “puede quejarse si no se le asigna el papel que le corresponde en el proceso de equilibrio”³³, pues se hace injusticia si “iguales no son equilibrados contra iguales opuestos”³⁴.

La siguiente objeción es la de las llamadas “loterías”. Las loterías otorgan una cierta relevancia a los números, pero además tienen la característica —positiva, a juicio de sus defensores— de que, conforme a ellas, todas las personas cuyas vidas están en juego tienen al menos la posibilidad de ser salvadas³⁵. Una primera forma de lotería es la “lotería proporcional” (*weighted lottery*). Según ella, si se debe optar entre salvar a A o al grupo compuesto por B+C+D+E, se debe utilizar un sistema aleatorio —por ejemplo, poner cinco números en una tómbola— y realizar un sorteo: A tendrá 1/5 de posibilidades de ser salvado y los restantes tendrán, como grupo, 4/5, pues el triunfo de cada uno favorece al resto³⁶. Una segunda forma de lotería es la “lotería individualista”, propuesta por Timmermann³⁷. Según este autor, este es el único método que toma en serio la separación de los individuos y los considera como fines en sí mismos. El método no agrega ni cuantifica, da a todos una igual posibilidad de ganar la lotería, pero beneficia indirectamente al mayor número: “Para dar a las pretensiones de A, B y C el mismo peso, una moneda no funcionará. Necesitamos una rueda de la fortuna con tres sectores, cada uno de los cuales lleva el nombre de un isleño [que está en peligro de muerte]. La persona cuyo sector gana será salvada. Si esta persona es A, tanto B como C perecerán. Si se selecciona

³¹ FOOT (1967), p. 9.

³² ANSCOMBE (1967), pp. 16-17.

³³ KAMM (1993), p. 119.

³⁴ KAMM (1993), p. 119.

³⁵ Otros atractivos de las loterías pueden verse en HIROSE (2015), pp. 205-209.

³⁶ KAVKA (1979); BROOME (1984); BROOME (1998); SAUNDERS (2009).

³⁷ TIMMERMANN (2004).

el sector B, B será salvada. Al llegar a la isla, el rescatador tiene la obligación de salvar a C. De forma similar, si C gana también B será salvada”³⁸.

Si se miran con detenimiento, se puede apreciar que ambas loterías coinciden en lo esencial. El procedimiento tiene dos fases: en la primera los números son irrelevantes, pues cada individuo recibe solo un número o un sector en la rueda de la fortuna; en la segunda se recoge la relevancia de los números en acciones salvadoras compatibles, pues no se salva solo al que fue sorteado, sino a todas las personas que están con él. Así pues, las loterías fallan por la primera fase de su procedimiento: si no asignan relevancia al número de vidas, puede decirse contra ellas lo mismo que se dijo contra el argumento de Anscombe. Además, las loterías no aseguran que efectivamente se obre el curso de acción que produzca el bien mayor o —en el lenguaje de la argumentación de Kamm— el mejor resultado. En una teoría no consecuencialista el bien mayor en términos de resultados previsibles no es lo único ni lo principalmente relevante, pero sí es relevante cuando no hay otro deber superior en juego. El presunto deber de dar a todos al menos la posibilidad de ser salvados no parece tener la fuerza que las loterías le confieren. De hecho, la apelación a la suerte solo es razonable en ausencia de otros factores moralmente relevantes³⁹, y ya se ha mostrado que la diferencia numérica sí es moralmente relevante.

5. La relevancia de los números y la justificación jurídica

En este apartado se procura resolver el problema acerca de las relaciones entre la relevancia de los números y la justificación jurídica. En particular, se intenta responder las dos preguntas siguientes. Primera: ¿se encuentra amparado por una causa de justificación quien, teniendo un deber positivo de salvar, opta, en paridad de otras circunstancias, por salvar al mayor número? Segunda, ¿se encuentra amparado por una causa de justificación quien, en el mismo caso anterior, opta por salvar al menor número?

Por supuesto, no es posible abordar aquí en profundidad la cuestión del fundamento de las causas de justificación, ni en general ni en lo que se refiere especialmente al estado de necesidad. Pero algunas consideraciones se deben hacer para enmarcar las respuestas a las preguntas precedentes.

Siguiendo una tradición que parece remontarse a Bentham⁴⁰, la doctrina más común del derecho penal sostiene que las causas de justificación pueden basarse en el “principio de la ausencia de interés” o en el “principio del interés preponderante”⁴¹. Según el primero de estos principios, hay justificación cuando concurre el consentimiento de la persona afectada; conforme al segundo, hay justificación cuando el juicio de proporcionalidad revela que el bien o interés salvaguardado es de mayor valor que el bien o interés afectado. Una teoría no utilitarista podría recoger la intuición fundamental de Bentham, pero tendría que añadir ciertas prevenciones. Por ejemplo, la tradición tomista de la ley natural agregaría, por un lado, que el consentimiento solo puede actuar como causa de justificación tratándose de bienes disponibles por parte del sujeto, y, por otro lado, que el interés preponderante solo puede actuar como

³⁸ TIMMERMANN (2004), p. 110.

³⁹ La legitimidad de usar la suerte se debe a que ella permite concretar la exigencia de justicia de tratar por igual a quienes están en igualdad de condiciones respecto de recibir un bien que no alcanza para todos (BROOM (1984), p. 45). Pero esa igualdad de condiciones deja de existir si hay otro factor moralmente relevante que permita asignar preferencias.

⁴⁰ BENTHAM (1839), p. 17.

⁴¹ Una fuente influyente de esta doctrina es Mezger: “*o desaparece por determinado motivo el interés que en otro caso sería lesionado por el injusto (‘principio de la ausencia del interés’), o surge frente a dicho interés otro de más valor que transforma en conducta conforme al Derecho lo que en otro caso hubiera constituido un injusto (‘principio del interés preponderante’)*. Estos fundamentos de exclusión de la antijuricidad se hallan en la conexión más íntima con el fin último del Derecho” (MEZGER (1935), p. 340). Bentham defendía la misma idea: “*Hay muchas circunstancias que hacen que los actos que sin ellas serían delitos, dejen de serlo; porque, o prueban que el acto ningún mal ha producido, o que ha producido más bien que mal. Estas circunstancias se llaman medios de justificación*” (BENTHAM (1839), p. 17). Luego agrega que estos medios son, respectivamente, el consentimiento del que padece el mal y la repulsión de un mal más grave. Esta última —que es un género que contiene a otras cuatro causas de justificación— “*se reduce a hacer un mal por evitar otro mayor, [y] justifica los extremos a que puede ser forzoso recurrir en los contagios, en los sitios, las hambres, las tempestades, los naufragios, los incendios y otras calamidades*” (BENTHAM (1839), p. 17), es decir, en las situaciones de necesidad.

causa de justificación tratándose de acciones que no inflijan un daño intencional grave sobre las personas (en particular si se trata de personas inocentes).

Dejaré de lado la cuestión del consentimiento, que no es relevante para nuestro problema, y me centraré en el principio del interés preponderante, porque es este el que se invoca como fundamento para el estado de necesidad justificante⁴². Como se acaba de decir, para una teoría no consecuencialista la justificación puede exigir, en algunos casos, más que la mera preponderancia obtenida como resultado de un cálculo o ponderación de bienes o intereses⁴³. Sin embargo, aunque la justificación pueda exigir más que la preponderancia del bien respecto del mal, nunca puede exigir menos que eso. Esto quiere decir que la preponderancia del bien respecto del mal es un requisito de base para la justificación. Incluso una doctrina no utilitarista como la tradición tomista de la ley natural reconoce como principio general que “dicta la recta razón que uno debe abstenerse de un bien menor cuando este se obtiene por una acción de la cual se sigue un mal mayor”⁴⁴.

Ahora bien, dado que los casos para los que he defendido la relevancia de los números no se refieren a muertes intencionales, sino siempre a muertes que se prevén como un efecto colateral de la decisión de salvar al mayor número, el principio del interés preponderante es suficiente para la justificación. Pero, en tal caso, es claro que salvar al mayor número constituye una causa de justificación, pues el número mayor de vidas salvadas prepondera respecto del menor, o, lo que es igual, la muerte de más personas es, *ceteris paribus*, un mal mayor que la muerte de menos personas. Esto ya se ha probado en las secciones precedentes, por lo que la conclusión puede darse por establecida. Al contrario, no se encuentra amparado por una causa de justificación quien, teniendo un deber positivo de salvar, opta, en paridad de otros factores relevantes, por salvar al menor número de personas. Dicho agente no cuenta con ninguna razón a favor de su decisión, y comete injusticia contra todas aquellas personas en virtud de las cuales el grupo mayor supera en número al grupo menor. Por lo mismo, solo podría invocar, en el mejor de los casos, una causa de exculpación⁴⁵.

Conclusiones

Lo razonado en las páginas precedentes permite arribar a las siguientes conclusiones principales:

1. Existen argumentos filosóficos sólidos para probar que el número de vidas salvadas o de muertes evitadas es un factor moralmente relevante para determinar el correcto curso de acción en una situación de necesidad. Estos argumentos muestran que, en paridad de otros factores, el agente tiene un deber moral de elegir el curso de acción del que se sigue una menor cantidad de muertes.

⁴² ROXIN (1997), p. 521; WESSELS et al. (2018), p. 188.

⁴³ También algunos penalistas son conscientes de que la mera ponderación de intereses o bienes conduce a la idea consecuencialista de que el fin justifica los medios, “*si no se encauzan los medios limitándolos a los medios adecuados para el ordenamiento determinante*” (JAKOBS (1997), p. 494). En el derecho penal se suele distinguir entre ponderación de “bienes jurídicos” y ponderación de “intereses” (ROXIN (1997), pp. 673-674). Aquí uso la noción de “bien” en un sentido suficientemente amplio como para incluir ambos.

⁴⁴ BILLUART (1746), p. 88. Si los intereses o bienes son de igual valor o importancia, la doctrina penal considera que hay exculpación, pero no justificación. A primera vista, pareciera existir una diferencia entre esta tesis y la que han sostenido algunos moralistas de la escolástica tomista, que ponen la igualdad de bienes del lado de la justificación. Esto se aprecia en la formulación tradicional del principio del doble efecto, que contiene la exigencia de que el efecto bueno *al menos compense (saltem compenset)* al malo (BILLUART (1746), p. 88). Con todo, el requisito del *saltem compenset* debe entenderse como referido únicamente a la proporcionalidad de los efectos considerados en sí mismos. Si se consideran, en cambio, todos los factores de la ponderación (deberes especiales del agente, probabilidades, etc.), entonces la teoría escolástica también exige, para la justificación, que exista preponderancia del bien respecto del mal, pues en caso contrario el agente tendría el deber de no intervenir. En definitiva, la tesis escolástica coincide con la de los penalistas, a condición de que estos también tomen en cuenta todos los factores relevantes para la ponderación, y no solo la importancia de los bienes y males en sí mismos.

⁴⁵ Ronald Dworkin escribe que “*el principio de que es mejor salvar más vidas humanas antes que menos, sin considerar de quién sean esas vidas, es una comprensión plausible, aunque no inevitable, de lo que exige el adecuado respeto por la importancia de la vida. El principio rival, según el cual es mejor salvar menos vidas antes que más, no puede serlo. Ese supuesto principio es solo perverso*” (DWORKIN (2011), p. 283). Comparto, pues, la segunda de estas afirmaciones.

2. Los principales argumentos para probar la relevancia de los números no están conectados lógicamente, de manera necesaria, con presupuestos consecuencialistas. Al contrario, son válidos también en el contexto de teorías éticas no consecuencialistas. En estas teorías, por cierto, el factor numérico entrará en escena solo una vez que se haya descartado la transgresión de alguna prohibición absoluta (es decir, de alguna prohibición no sometida a cálculo utilitario).

3. Los argumentos expuestos en este trabajo permiten concluir que el principio de irrelevancia de los números, considerado por algunos juristas como un aspecto del principio de imponderabilidad de la vida humana, no resiste la crítica filosófica y debe, por tanto, abandonarse.

4. El aparente atractivo del principio de irrelevancia de los números se basa muchas veces en una confusión conceptual. Esta confusión se produce por no aislar el factor numérico de otros elementos moralmente relevantes presentes en el caso (*v. gr.*, transgresión de la prohibición de matar intencionalmente a personas inocentes o de la prohibición tratar a una persona como mero medio).

5. Puesto que la salvación del mayor número es una exigencia de justicia que deriva del igual valor de la vida humana, la relevancia de los números debe ser recogida por el Derecho en aquellos casos en que el agente tiene un deber positivo del salvar. De este modo, se ha de juzgar que se encuentra amparado por una causa de justificación quien, teniendo un deber positivo de salvar, opta, en paridad de otras circunstancias, por salvar al mayor número. En cambio, se ha de juzgar que no se encuentra amparado por una causa de justificación quien, en el mismo caso anterior, opta por salvar al menor número.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ANSCOMBE, GERTRUDE ELIZABETH MARGARET (1967): "Who is Wronged? Philippa Foot on Double Effect: One Point", en: *The Oxford Review* (Nº 5), pp. 16-17.

AWAD, EDMOND; DSOUZA, SOHAN; KIM, RICHARD; SCHULZ, JONATHAN; HENRICH, JOSEPH; SHARIFF, AZIM; BONNEFON, JEAN-FRANÇOIS y RAHWAN, IYAD (2018): "The Moral Machine Experiment", en: *Nature* (Nº 563), pp. 59-64.

AZOR, JUAN (1621): *Institutionum moralium* (Brixiae, Io. Baptistam Bozzolam).

BENTHAM, JEREMY (1839): *Compendio de los tratados de legislación civil y penal* (Traducc. Joaquín Escriche, Madrid, Imprenta de José María Repullés), tomo II.

BILLUART, CHARLES (1746): *Summa S. Thomae hodiernis academiarum moribus accommodata, sive Cursus theologiae* (Leodii, Everardum Kints), tomo II.

BROOME, JOHN (1984): "Selecting People Randomly", en: *Ethics* (Nº 95), pp. 38-55.

BROOME, JOHN (1998): "Kamm on Fairness", en: *Philosophy and Phenomenological Research* (Nº 58), pp. 955-961.

COCA, IVÓ (2016): *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución* (Barcelona, Atelier).

DWORKIN, RONALD (2011): *Justice for hedgehogs* (Cambridge [Mass.], Harvard University Press).

FARRELL, MARTÍN (2012): *Entre el derecho y la moral* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).

FINNIS, JOHN (1983): *Fundamentals of Ethics* (Washington, Georgetown University Press).

FOOT, PHILIPPA (1967): "The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect", en: *Oxford Review* (Nº 5), pp. 5-15.

- GUERRA, RODRIGO, y TISNÉ, JORGE (2021): “Vehículos autónomos y estado de necesidad: Análisis desde la perspectiva del peatón sujeto a una situación de peligro”, en: *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (Nº 10), pp. 103-122.
- GRISEZ, GERMAIN (1978): “Against Consequentialism”, en: *The American Journal of Jurisprudence* (Nº 23), pp. 21-72.
- GRISEZ, GERMAIN y SHAW, RUSSELL (1988): *Beyond the New Morality. The Responsibilities of Freedom*, 3ª edición (Notre Dame, University of Notre Dame Press).
- HIROSE, IWAO (2015): *Moral Aggregation* (Oxford, Oxford University Press).
- JAKOBS, GÜNTHER (1997): *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (Traducc. Joaquín Cuello y José Luis Serrano, Madrid, Marcial Pons).
- KAMM, FRANCES MYRNA (1993): *Morality, Mortality. Volume I. Death and Whom to Save from It* (Oxford, Oxford University Press).
- KAMM, FRANCES MYRNA (2005): “Aggregation and Two Moral Methods”, en: *Utilitas* (Nº 17), pp. 1-23.
- KAMM, FRANCES MYRNA (2013): *Bioethical Prescriptions. To Create, End, Choose, and Improve Lives* (Oxford, Oxford University Press).
- KAVKA, GREGORY (1979): “The Numbers Should Count”, en: *Philosophical Studies* (Nº 36), pp. 285-294.
- LIAO, MATTHEW (2008): “Who Is Afraid of Numbers?”, en: *Utilitas* (Nº 20), pp. 447-461.
- MEZGER, EDMUND (1935): *Tratado de derecho penal* (Traducc. José Rodríguez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado), tomo I.
- MOLINA, FERNANDO (2009): *Estado de necesidad y justificación penal. ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?* (Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez).
- ORTIZ DE URBINA, ÍÑIGO (2011): “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, en: Sánchez-Ostiz, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal* (Madrid, La Ley), pp. 177-192.
- RAZ, JOSEPH (2003): “Numbers, with and without Contractualism”, en: *Ratio* (Nº 16), pp. 346-367.
- ROXIN, CLAUS (1997): *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Traducc. Diego-Manuel Luzón, Miguel Díaz y Javier de Vicente, Madrid, Civitas).
- SAUNDERS, BEN (2009): “A Defence of Weighted Lotteries in Life Saving Cases”, en: *Ethical Theory and Moral Practice* (Nº 12), pp. 279-290.
- SINGER, PETER (2014): “Engaging with Christianity”, en: John Perry (Ed.), *God, the Good, and Utilitarianism. Perspectives on Peter Singer* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 53-67.
- SCANLON, THOMAS (1998): *What We Owe to Each Other* (Cambridge [Mass.], Harvard University Press).
- SUÁREZ, FRANCISCO (1621/1858): *Commentaria in secundam secundae divi Thomae, scilicet de fide, de spe et de charitate disputationes*, en: Suárez, Francisco, *Opera omnia* (Parisiis, Ludovicum Vivés), tomo XII.
- TAUREK, JOHN (1977): “Should the Numbers Count?”, en: *Philosophy and Public Affairs* (Nº 6), pp. 293-316.
- TIMMERMANN, JENS (2004): “The Individualist Lottery: How People Count, but Not Their Numbers”, en: *Analysis* (Nº 64), pp. 106-112.
- VITORIA, FRANCISCO DE (1539/2017): “De jure belli”, en: *Relecciones jurídicas y teológicas* (Traducc. R. Hernández, Salamanca, San Esteban Editorial), pp. 752-851, tomo II.

WASSERMAN, DAVID y STRUDLER, ALAN (2003): "Can a Nonconsequentialist Count Lives?", en: *Philosophy and Public Affairs* (Nº 31), pp. 71-94.

WESSELS, JOHANNES; BEULKE, WERNER y SATZGER, HELMUT (2018): *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura* (Traducc. Raúl Pariona, Breña, Instituto Pacífico).

WILENMANN, JAVIER (2016): "Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad", en: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* (Nº 1), pp. 1-54.

ZALBA, MARCELINO (1993): "Mal menor", en: AA.VV., *Gran enciclopedia Rialp* (Madrid, Rialp), tomo XIV, pp. 775-776.