

PRINCIPIOS Y LÍMITES DE LA JUSTIFICACIÓN*

*Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs***

Resumen: Este artículo aborda el tema atinente a los principios y límites que rigen la justificación del hecho desde la perspectiva tanto del Derecho interno como, en particular, de los estándares fijados por el Derecho Internacional –en especial, los protocolos de Ginebra (I, II, III y IV)–, contrastando tal estado de cosas con un análisis basado en la filosofía del Derecho, a fin de resolver una cuestión fundamental: cuál es el límite que rige la actuación del Estado en situaciones en las que, fundamentalmente en el escenario de una guerra civil, las acciones defensivas estatales resultan aptas para producir un daño colateral y cuál es el alcance del deber del Estado de proteger positivamente a las eventuales víctimas.

Palabras clave: Justificación; Estado de necesidad; Legítima defensa; Víctimas; Daño colateral; Conflicto armado no internacional; Principio de ocasionamiento; Principio de primacía de los intereses públicos; Terrorismo; Guerra civil.

* Documento original inédito en idioma alemán, traducido por NURIA PASTOR MUÑOZ, Profesora Investigadora Ramón y Cajal, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Fecha de recepción: 27 de septiembre de 2013. Fecha de modificación: 5 de octubre de 2013. Fecha de aprobación: 16 de diciembre de 2013. Para citar el artículo: JAKOBS, GÜNTHER, “Principios y límites de la justificación”, NURIA PASTOR MUÑOZ (Trad.), en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, n.º 97, julio-diciembre de 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 13-28.

** Doctor en Derecho Doctor Honoris Causa, Catedrático de Derecho penal y filosofía del Derecho, Universidad de Bonn (Alemania). Correo-e: gjakobs@jura.uni-bonn.de.

PRINCIPLES AND LIMITS OF THE THEORY OF JUSTIFICATION

Abstract: This article approaches the wide subjects of principles and limits, which govern the theory of justification of the act from a perspective of the internal law system. Most specifically by the standards proposed by International Law especially those in the Protocols of Geneva (I, II, III, IV), which contrast the state of the matter from an analysis based in philosophy of law, in order to solve a fundamental questions: What is the limit of action of the State in situations that –fundamentally in the scenery of civil war– where defensive State actions and result as collateral damage? , and which is the range of positive action of the State to eventually protect victims?

Keywords: Justification; State of Necessity; Legitimate defense; Victims; Colateral damage; Non-international Armed Conflict; Civil War; Terrorism; Principle of Primacy of Public Interest; Principle of Causation.

I. INTRODUCCIÓN

En el tema que debo abordar, a saber, los *principios y límites de la justificación*, se suele esperar una exposición sobre el Derecho *interno* del Estado, es decir, principalmente sobre la legítima defensa, los diversos estados de necesidad justificantes y los derechos en virtud del cargo. Aquí, en Colombia, las expectativas van probablemente más allá: a la vista de los carteles de drogas y los paramilitares, que actúan de forma intensa, además de guerrillas que actúan por motivaciones políticas o que fingen tener tal motivación y a la vista de las fuerzas denominadas FARC, cuya meta política resulta entretanto difícil de reconocer, habría que decir también algo sobre la justificación en la guerra civil o en estados semejantes a la guerra civil. Pero hay que preguntarse inmediatamente: ¿este juicio no se rige igualmente por el Derecho colombiano nacional, esto es, el Derecho interno del Estado? La respuesta reza: no solamente, pues el denominado Derecho internacional o Derecho de los pueblos (que en sentido estricto no regula las relaciones entre *pueblos*, sino entre *Estados*) también contiene preceptos cuyos estándares humanitarios hay que respetar “en caso de un conflicto armado que no tiene carácter internacional”, preceptos que están ubicados en un lugar destacado, a saber, en cada uno de los artículos 3 de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, esto es, cuatro veces, completados además por el Segundo Protocolo Adicional.

Ahora bien, está totalmente descartado exponer aquí a la vez los principios de la justificación según el Derecho interno del Estado y según el Derecho internacional, sobre todo porque yo no soy un internacionalista. Sin embargo, sí tendré que abordar, por lo menos, un ámbito en el que ambos ámbitos jurídicos se solapan, a saber, el problema del daño colateral, el cual se plantea, como es sabido, en el Derecho internacional de la guerra y –ello es menos conocido– también en el Derecho interno del Estado.

Para valorar esta situación, que no es en absoluto fácil de desentrañar, primero hay que explicar de forma clara los principios y, con ello, los límites de la justificación, y comienzo con consideraciones al respecto para el Derecho nacional de un Estado moderno que se esfuerza por ser liberal y por ser un Estado de Derecho.

II. TEORÍA DE LA JUSTIFICACIÓN

A. Teoría del injusto: deberes positivos y negativos

Empecemos con el esbozo de una teoría de la justificación y, si el Derecho penal no debe desembocar en un revoltijo de *topoi*, la teoría de la justificación no puede ser otra cosa que el reverso de la teoría del injusto, esto es, del ataque a la estructura normativa de la sociedad. ¿En qué consiste esta estructura normativa? Está formada por vínculos de expectativas estabilizados en el sentido de instituciones.

La institución general que engloba a todos es el vínculo de *libertad* de conducta y *responsabilidad* por las consecuencias de la conducta. Mediante este vínculo se generan los deberes negativos, esto es, los deberes de *no* (por ello: negativos) inferir daños a otras personas mediante la configuración de la propia organización, es decir, de no matar, no lesionar, no sustraer, etc. A este vínculo pertenecen también los deberes, fundados en la configuración de la organización, de detener un curso lesivo; hay que mencionar, por ejemplo, los deberes en virtud de injerencia o asunción, si bien también los deberes de mantener asegurada en el tráfico su propiedad. En todo caso, quien infringe estos deberes, sea mediante un hacer o mediante un omitir, es, en virtud de su *organización*, competente por el curso lesivo.

Junto a estos deberes negativos, esto es, de velar por que la propia organización no se expanda demasiado en perjuicio de otros, hay deberes positivos cuyo contenido es evitar un curso lesivo, también en el caso en que dicho curso *no* se funde en una expansión excesiva de la propia organización. Por ejemplo: los padres tienen que procurar asistencia médica para su hijo enfermo también en el caso de que no hayan causado la enfermedad mediante su comportamiento; el presidente del Estado tiene que ordenar la lucha contra invasores o guerrilleros; los jueces deben llevar a cabo procesos y, sin duda, de forma neutral. A diferencia de lo que ocurre en el caso de los deberes negativos, los deberes positivos no afectan a todos, sino solo a los titulares de un estatus *especial*, precisamente a los padres en relación a sus hijos o a los funcionarios en el ámbito de su cargo.

B. Justificación: principio del ocasionamiento

1. Legítima defensa

Si una persona obligada negativa o positivamente no puede o no quiere cumplir sus deberes, si, por tanto, su esfera de organización se expande demasiado o si quien está obligado positivamente no realiza la prestación que debe realizar, se puede impedir el daño amenazante interviniendo en la esfera del obligado primariamente como esfera de *quien ha ocasionado* el curso amenazante. Conforme a este principio puede intervenir cualquiera, pero en un Estado de Derecho las vías de solución se canalizan, para numerosos conflictos, a través de determinados procesos.

Ampliamente no canalizado y, por tanto, libre para todos, es, en especial, el derecho a la defensa o a la defensa de tercero frente a ataques de particulares, siempre y cuando las fuerzas armadas no hayan asumido la solución del conflicto. El derecho a la defensa se fundamenta en la consideración de que una norma solo puede orientar en la vida cotidiana si es afianzada cognitivamente de forma clara. Claramente: es cierto que la prohibición de matar también existe en favor de quien está amenazado con la pérdida de la vida por parte de una agresión antijurídica que tiene lugar en el presente, pero, debido a la falta de un afianzamiento cognitivo, esta vigencia de la norma, que ya es apenas normativa, *carece de valor* para el agredido y no le posibilita la orientación. El Derecho debe ser precisamente no solo algo ideado, sino algo real en tales términos que sirva para la orientación cotidiana; por ello, KANT dedujo analíticamente del concepto de Derecho la facultad para coaccionar, y una de las posibilidades de coacción es la legítima defensa como garantía cognitiva de la expectativa normativa de no ser lesionado (o, en el caso de los deberes positivos: de ser cuidado).

2. Estado de necesidad defensivo

El ocasionamiento por parte de quien en sí está obligado va mucho más allá de la legítima defensa. En la doctrina moderna, esta última se concibe como reacción a una agresión plenamente imputable, esto es, culpable, puesto que solo de este modo se puede explicar la falta, por principio, de proporcionalidad entre el daño de la defensa y el daño de la agresión amenazante. Ahora bien, junto al ocasionamiento culpable aparece el ocasionamiento no culpable, que consiste en que el titular de la esfera de organización (1) excluye a otros de su administración o (2) administra la esfera de manera antijurídica (pero no culpable) en perjuicio de otros o (3) hace esto pero ni siquiera de manera antijurídica, si bien generando un riesgo especial. En este caso se habla de estado de necesidad defensivo, es decir, de la defensa frente a una esfera de organización que se ha vuelto *–sit venia verbo–* salvaje.

(1) En el primer caso, hay un deber del propietario de (aseguramiento en el) tráfico. Quien como propietario excluye jurídicamente a otros de la administración de un objeto (de una cosa o también de su cuerpo) tiene que intervenir, asegurando, en el caso de

que del objeto surja un peligro: ¿Quién si no debería ser competente? Si no cumple su deber, entonces otros pueden realizar el trabajo en su lugar y a su costa. El derecho de intervención acaba con el final del deber de prestación del propietario, esto es, cuando el daño de la defensa sea desproporcionadamente más elevado que el daño que amenazaba desde la cosa, y dicho daño es compensable. En este caso, el propietario puede acogerse a la máxima, que se trata más adelante, según la cual para evitar daños más graves en una persona que, en todo caso, no ha desencadenado el conflicto de forma culpable, otros ciudadanos tienen que asumir pequeños perjuicios compensables que, entonces, han de ser compensados. Si la única razón de la competencia del propietario es la exclusión de los otros de la administración, se puede intervenir solo en el objeto del que proviene el peligro (o en un objeto de menor valor), y el propietario quedará libre mediante la derelicción, siempre y cuando mediante esta no genere peligros adicionales. Por ejemplo, el propietario puede dar permiso para serrar el árbol que, en la tormenta “del siglo”, ha caído y ha quedado atravesado en la calle.

(2) Cuando el titular ha administrado su esfera de organización de forma antijurídica (aunque no culpable), no solo debe responder con el objeto peligroso: al igual que el titular, está obligado, en virtud de la injerencia, a evitar el daño a su costa; otros pueden intervenir en su esfera jurídica al fin de tal evitación y, por cierto, también en objetos de los que no surge peligro alguno. Por ejemplo, si un enfermo mental a quien estaba permitido moverse sin vigilancia apuñala a otra persona, se puede intervenir en todos los derechos del enfermo –con el límite, que antes ya se ha señalado, de la falta de proporcionalidad– para salvar a la víctima; en caso de necesidad, cuando no sea posible mantener de otro modo con vida a la víctima, se puede matar al enfermo. Ahora bien, el peligro a evitar se tiene que poder explicar como la consecuencia de la organización de aquel en quien se debe intervenir; este presupuesto falta, por ejemplo, en caso de movimientos incontrolados en un momento de trance condicionado por la enfermedad.

(3) La conducta antijurídica (pero no culpable) es solo un subcaso destacado de la generación de un riesgo *especial*: este último también se puede generar de manera permitida sin que en tal caso el que lo genera, solamente por el hecho de que no actúa antijurídicamente, pueda ser distanciado de los peligros que surgen. En especial, aunque no de forma exclusiva, en la existencia de un deber de aseguramiento respecto a determinadas actividades se puede reconocer que en tales casos concurre la creación de un riesgo *especial*. El ejemplo principal es el manejo de vehículos: si, pese al manejo correcto de un vehículo, se produce un accidente con un peatón que, a su vez, también se ha comportado correctamente, el conductor (que aquí, para simplificar las cosas, hace las veces de titular) está obligado en virtud de injerencia a buscar ayuda, y los terceros pueden prestar esta ayuda interviniendo en los derechos del titular.

El resultado respecto a (1) hasta (3): en todos los grupos de casos, conforme al principio del ocasionamiento –se han esbozado la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo–, el deber de tolerancia no es un deber de *sacrificio* de aquel en quien se interviene, sino más bien el deber de cargar con los *costes* de la resolución del conflicto,

y ese deber surge de la competencia del titular de una esfera de organización por las consecuencias –no casuales– de su organización.

Los ejemplos de legítima defensa y estado de necesidad defensivo planteados hasta este momento atañen esencialmente a deberes negativos. Pero también en el caso de los deberes positivos que no se cumplen por falta de querer o de poder las cosas no son, en principio, si bien solo, en principio, distintas. Por tanto, si los padres no quieren o no pueden cuidar a su hijo, terceras personas pueden prestar el cuidado a costa de aquellos, lo cual en general podría desembocar en una especie de “realización sustitutoria”, puesto que una coacción –en caso de legítima defensa, esto es, en caso de falta de voluntad culpable de los padres de cumplir su deber–, en sí posible, a realizar la prestación, raras veces se puede llevar a cabo como coacción a un hacer determinado y, en tal caso, solamente con dificultad y, en último término, solamente mediante tortura.

No es por casualidad que se acaban de mencionar los padres *sin voluntad* o sin capacidad, y no los igualmente deficientes jefes de Estado, jueces, oficiales de policía, etc. La razón de ello es evidente: cuando estas últimas personas no cumplen las tareas propias de su cargo, estas no pueden ser realizadas mediante la legítima defensa o el estado de necesidad defensivo por parte de terceras personas dispuestas a ayudar; más bien hay *procesos* determinados mediante los cuales averiguar y, en su caso, subsanar los errores –procesos parlamentarios, procesos judiciales, procesos administrativos y, en cada caso, el *lex specialis derogat legi generali*. Por ejemplo, al fiscal que se niega a presentar la acusación ante el Tribunal competente se le ha de hacer entrar en razón mediante un recurso de vigilancia disciplinaria¹ y no, por ejemplo, maltratarlo hasta que acabe por acusar. Solo en el caso de conductas que sean por antonomasia *ajenas* al cargo entran en juego los derechos de necesidad generales; de nuevo con un ejemplo: al oficial de policía que empieza a disparar a un preso se le puede impedir, mediante legítima defensa, que realice esta acción.

Por último, respecto al principio del ocasionamiento, hay que tratar, aunque sea brevemente, el problema del daño colateral. ¿Cómo hay que tratar, en la legítima defensa, el caso en que la defensa solo es posible si se contraataca al agresor pero, al mismo tiempo, se daña gravemente a una tercera persona ajena al conflicto? Por ejemplo, el disparo de una escopeta evita la agresión antijurídica pero también se desvía y entra en el ojo de una persona ajena al conflicto. Todos los estudiantes que han oído la clase de Parte General del Derecho penal (o sea, que no han dormido durante esta) conocen la solución: apenas están justificadas en virtud de la legítima defensa las intervenciones sobre el agresor, y no las intervenciones sobre personas ajenas al conflicto; frente a estas últimas solo es posible una justificación en virtud de una situación de estado de necesidad agresivo (de la que todavía hemos de hablar). En cambio, tal como se

1 *Dienstaufsichtsbeschwerde*: petición en el sentido del artículo 17 Ley Fundamental en caso de presunta infracción de sus deberes por parte de un funcionario que se dirige al superior jerárquico [N. de la T.].

mostrará, las cosas no son tan fáciles en el caso del daño colateral cuando este se ha de valorar desde la perspectiva del Derecho internacional.

3. *Pena y custodia de seguridad*

Las causas de justificación conforme al principio del ocasionamiento y conforme a los derechos en virtud del cargo que obedecen a este principio, que han sido tratadas hasta este momento, se basan todas ellas en que un comportamiento de organización realizado u omitido hace al titular de la esfera de organización competente para cargar con los *costes* de la solución del conflicto. A este ámbito también pertenecen en especial aquellos derechos en virtud del cargo que facultan a la persecución penal y ejecución de la pena, pues el autor del delito ha cuestionado el irrenunciable afianzamiento cognitivo de la vigencia de la norma y debe, como ocasionador –incluso culpable– cargar con los *sit venia verbo* (*costes* de reparación).

En el caso de la custodia de seguridad las cosas no son muy distintas, si bien en este caso no se parte directamente de la vigencia de la norma, sino de la persona del sujeto que hay que custodiar como *ejemplar* de la institución jurídica *persona*. También la personalidad solo puede ofrecer orientación en la medida en que esté afianzada cognitivamente en las personas concretas, y este afianzamiento no solamente falta en el caso de un comportamiento incorrecto presente de la persona, sino que también falta cuando su autorrepresentación permite deducir que esta persona delinquirá una y otra vez de forma grave. A diferencia de lo que afirmaba KANT, la sociedad civil no puede integrar un pueblo de demonios si estos siguen siendo demonios: la vigilancia debería alcanzar cotas gigantes. Los ciudadanos deben comportarse en general de forma fiel al Derecho, sin vigilancia constante, si es que ha de existir una sociedad civil, pues también la personalidad ha de estar afianzada cognitivamente para poder ofrecer verdadera orientación. Por ello, los ciudadanos, si su tratamiento como tales debe tener lugar en la práctica, tienen la incumbencia de mostrar una actitud de fidelidad al Derecho mediante su hacer y dejar de hacer. La delincuencia sería repetida como lesión de esta incumbencia no constituye, ciertamente, un delito *adicional junto a* los delitos cometidos, pero hace que quien lesiona su incumbencia aparezca como inidóneo para una sociedad civil: no puede moverse libremente en ella, y eso lo ha ocasionado él mismo mediante sus hechos culpables.

C. **Justificación: principio de la primacía de los intereses públicos**

1. *Estado de necesidad agresivo*

Junto al principio del ocasionamiento, que acabo de concluir, aparece el principio de la primacía de los intereses públicos. Si, por un interés público, se interviene en los derechos de una persona, la pérdida que surge se ha de compensar, y ello significa que la pérdida se tiene que mantener dentro del marco de lo compensable. En el caso

concreto, puede que la intervención sea tan pequeña que no *valga la pena* compensar; esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una calle se cierra por un breve espacio de tiempo para hacer posible un transporte pesado o cuando tienen lugar otros menoscabos insignificantes del derecho, en sí existente, a participar en el uso común. Sin embargo, en principio, lo que rige es que quien, sin haber ocasionado, tiene que tolerar, puede liquidar, es decir, puede exigir una compensación (y quien ha ocasionado, como ya se ha indicado, no tiene que tolerar, sino cargar con los costes).

Lo que se pretende decir se puede aclarar mediante el ejemplo del estado de necesidad agresivo, un anuncio que podría generar sorpresa: el estado de necesidad agresivo –al igual que el mandato de prestar socorro, § 323 c Código Penal alemán², ¿no se basa en la solidaridad *entre los ciudadanos*, esto es, en la solidaridad existente con independencia del Estado, sea como resquicio del cristianismo, sea como exigencia ética o sea como cálculo económico o utilitarista? Desde luego, sería difícil convertir estas fundamentaciones en algo *jurídico*, pues el cristianismo, la ética, el beneficio para todos o la felicidad de la mayoría no son, en todo caso, categorías *genuinas* del Derecho. Por consiguiente, debería seguirse otro camino, que el colega PAWLIK de Friburgo descubrió hace diez años cumplidos en una monografía decisiva sobre el estado de necesidad.

En la sociedad moderna se han roto las viejas comunidades: clan, gran familia, tribu. Estas comunidades también eran comunidades económicas, y como las cosas les iban bien o a todos o a nadie, o todos pasaban necesidad o nadie la pasaba. La división del trabajo, sobre todo en la sociedad industrial, ha hecho surgir, en el lugar de una economía común, un adaptarse a un mercado de actores anónimos que llevan una economía cada uno para sí y que, precisamente de este modo, contribuyen al beneficio común de la sociedad civil. HEGEL, que es uno de los primeros que procesa esta evolución desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, afirma que el individuo ya no es miembro de la comunidad tradicional, sino “hijo de la sociedad civil”, y así como antes la comunidad exigía del individuo y aceptaba las pretensiones de este, ahora la sociedad civil tiene “tantas pretensiones frente a él como derechos tiene él frente a ella”. El bienestar del individuo, esto es, su interés legítimo, se convierte en un derecho dirigido *a la sociedad civil*.

Con ello se debería vislumbrar qué tienen que ver estas consideraciones con el estado de necesidad agresivo: quien se encuentra en una necesidad intensa, quizá incluso existencial, tiene *frente a la sociedad civil* un derecho a ayuda. Según esto, se trata de situaciones de conflicto en las que es *el Estado* el que *primariamente* tiene que procurar una solución, y cuando este prescribe una vía de solución, ello es vinculante. Por

2 El § 323 c Código penal alemán tipifica la “omisión del socorro debido”, previendo el castigo con una pena privativa de libertad de hasta un año o multa de quien en caso de accidente o de peligro común o necesidad no preste ayuda cuando ello es necesario y se le puede exigir, conforme a las circunstancias, en especial cuando es posible auxiliar sin peligro propio y sin infringir otros deberes importantes [N. de la T.].

ejemplo, quien no puede pagar el pan no debe aprovisionarse en la primera panadería, sino dirigirse a la Oficina de Asistencia Social, y cuando el seguro obligatorio no prevé un determinado medicamento para los enfermos, el asegurado no puede sustraerlo (hurtarlo) en la farmacia: en estos casos se excluye el estado de necesidad agresivo. La ley alemana expresa la primacía de los procesos regulados en forma de *cláusula de adecuación* (§ 34 frase 2 Código Penal alemán³).

La primacía del Estado también se muestra en la medida en que hay que darle la posibilidad de solucionar el conflicto, siempre y cuando sea posible sin que empeore la situación. De nuevo con un ejemplo: quien descubre un gran incendio tiene que llamar a los bomberos y no organizar por su cuenta, por la vía del estado de necesidad, una acción de salvamento mediante intervenciones en los derechos de otros y, en concreto, tampoco cuando esta acción de salvamento tenga *menos costes* que los *costes* que genera la intervención estatal. La perspectiva no la rigen los *costes*, sino que la rige la primacía del ordenamiento jurídico. En todo caso, en lo referente a los supuestos de bagatela se puede argumentar que los procesos no han sido establecidos *para dichos supuestos*.

Por tanto, el estado de necesidad agresivo solo entra en consideración si no hay previstos procesos para la resolución del conflicto o si el Estado es incapaz de actuar. En tal caso, los ciudadanos están obligados –al margen de su deber de ayuda en caso de amenaza de catástrofes (§ 323 c Código Penal alemán)– a tolerar intervenciones en sus derechos, en caso de que el daño que surja de ese modo sea compensable y el beneficio esperado “prevalezca esencialmente” (§ 34 frase 1 Código Penal alemán⁴). Pero ¿de dónde surge el deber de tolerancia? Los ciudadanos podrían objetar, *primero*, que no están obligados a realizar prestaciones más allá de su carga fiscal y, *segundo*, que no es tarea suya representar al Estado. La *primera* objeción es correcta y, por ello, lo que se ha de sacrificar debe ser algo compensable y, además, debe ser compensado. En el principio del ocasionamiento hay un deber de cargar con los *costes* de la solución del conflicto; en cambio, aquí, en la primacía de los intereses públicos, hay un deber de *sacrificio*. Ahora bien, la *segunda* objeción es incorrecta: al igual que en una gran familia nadie puede refugiarse en un único rol, sino que, en caso de necesidad, también tiene que asumir tareas que en sí debían ser realizadas por otros, la sociedad civil tiene, en caso de necesidad, un derecho frente a todos a que realicen, en representación de los órganos estatales, un sacrificio compensable, esto es, en lo que se refiere al estado de necesidad agresivo, a que toleren una intervención.

3 Según el § 34 frase 2 CP alemán, concurre un estado de necesidad justificante solo en la medida en que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro [N. de la T.].

4 El § 34 CP alemán, que define el estado de necesidad justificante, exige, en la frase 1, que en la ponderación de los intereses en conflicto, esto es, los bienes afectados y el grado de los peligros amenazantes, “el interés protegido prevalezca esencialmente sobre el menoscabado” [N. de la T.].

En conclusión, el beneficiario no tiene un derecho directo frente a quien soporta la carga, tal como sugeriría la idea de solidaridad, sino que más bien tiene un derecho frente a la sociedad civil y *por esta* tiene que sacrificarse quien soporta la carga. El derecho a un sacrificio y el deber de sacrificar se vehiculan mediante la sociedad civil.

El principio de la primacía de los intereses públicos va más allá del estado de necesidad agresivo. Pienso, en especial, en los deberes de sacrificio de quienes han adquirido voluntariamente un estatus especial como, por ejemplo, soldados profesionales o bomberos. En este trabajo no se va a continuar analizando este tema, al igual que apenas se puede mencionar el problema más espinoso de la primacía de los intereses públicos, a saber, la legitimación de la prisión provisional contra un sujeto –como después se constata– no culpable.

2. *Daño colateral*

a. Derecho internacional

Ahora que, en el marco del principio de primacía de intereses públicos, me centro en el problema del daño colateral, hay que empezar con la situación jurídica del Derecho internacional. En un conflicto armado internacional, esto es, esencialmente en una guerra entre Estados que, en general, no se puede desarrollar en modo alguno sin que existan fuertes peligros de daños colaterales, según el Derecho internacional general y el Primer Protocolo de las Convenciones de Ginebra (artículo 51 apartado 5 letra b), las acciones militares solo están permitidas cuando tienen metas militares, aunque amenazan con menoscabar a civiles y bienes no militares de una forma –que aquí no se va a especificar con más detalle– todavía *proporcionada*. Dicho de forma coloquial: el lanzamiento de una bomba a una unidad de lucha que se reúne para el ataque no debe omitirse por el hecho de que dicha bomba vaya a matar también a la cantinera o a un cartero que pasaba en bicicleta por ahí.

La pregunta de si los *no* combatientes pueden defenderse frente al lanzamiento de la bomba, si es que tienen la posibilidad de hacerlo, se responde, *desde la perspectiva del Derecho internacional*, de forma hasta cierto punto sencilla: en ningún caso pueden hacerlo mediante acciones de combate, puesto que no son combatientes. Por ejemplo, en una trinchera se encuentran de cuclillas diez soldados y un civil, que, sea como fuere, ha llegado allí. Desde la trinchera enemiga situada en frente y al alcance, son lanzadas dos granadas de mano; rápidamente un soldado devuelve la primera granada y, con ello, logra acallar en parte a la trinchera enemiga. Desde el punto de vista del Derecho internacional, el soldado puede actuar así. También el civil devuelve rápidamente la segunda granada y, de este modo, acalla al resto de la trinchera enemiga, de la que, de lo contrario, habría que haber temido más ataques: según el Derecho internacional general, el civil no puede actuar de este modo.

Desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, es decir, con los fundamentos del Derecho del presente, no se puede *fundamentar* esta valoración del Derecho internacional. No obstante, sí se puede *explicar*: por una parte, la guerra se debe refrenar, lo cual, sin embargo, solo es posible si no se acaba prohibiéndola *de facto*, mediante la exclusión de todos los daños colaterales, pues en tal caso los Estados no lo aceptarían. Por otra parte, se deberían prohibir totalmente las acciones de francotiradores, para que la línea del frente pueda ser marcada de manera clara. En el camino entre estos dos polos queda la víctima de un daño colateral que, en consecuencia, ha sido por su parte *privada de sus derechos*. Esta privación de derechos significa, en todo caso cuando haya una amenaza de perder la vida, que la víctima es *excluida* del vínculo del Derecho. Pero entonces, la víctima se encuentra en el estado de la libertad *prejurídica* y puede ayudarse a sí misma como pueda y quiera, si bien, en la praxis, será difícil que nunca pueda hacerlo.

b. “Guerra civil”

Si estas consideraciones se trasladan a una guerra civil, en el caso de lucha contra guerrilleros o en situaciones semejantes, la situación jurídica se complica, puesto que el Estado que lucha contra los rebeldes está al mismo tiempo obligado positivamente a proteger a las víctimas de eventuales daños colaterales, pues tales víctimas son sus propios ciudadanos. Con todo, el deber de tolerancia de las víctimas no plantea problemas cuando el daño amenaza con producirse en bienes *compensables*: el ciudadano tiene que sacrificar estos bienes compensables en interés del Estado, si bien tiene que ser resarcido por ello. Por ejemplo, si los rebeldes se atrincheran en una propiedad rural (cuyos habitantes han huido), en caso de necesidad el Estado puede, mediante su poder militar (cuya competencia conforme a la Constitución se presupone aquí), destruir la propiedad con granadas, si bien tiene que reparar a los propietarios, al igual que ha de ocurrir en la causa de justificación del estado de necesidad agresivo.

La decisión será, en cambio, más difícil cuando no se trate de bienes compensables, sino de bienes existenciales, especialmente de la vida, y este caso no es solo teoría, pues los rebeldes tienden a atrincherarse en medio de ciudadanos fieles al Derecho y a utilizarlos así como escudos. Es evidente que, en una situación de estas características, en principio el poder militar no puede hacer nada que pudiera costar la vida a los ciudadanos fieles; por tanto, debe esperar a una oportunidad *más favorable*. Sin embargo, la situación de lucha puede estar configurada de tal manera que los rebeldes, si se retrasa el golpe, consigan una ventaja enorme de la que no se les puede privar de manera alguna o, en el mejor de los casos, con elevadas pérdidas. Formulada la pregunta de forma concreta: ¿se puede atacar al precio de la vida de cinco personas ajenas al conflicto si, en caso de no hacerlo, dentro de poco se tendrá que volver a tomar toda la región, lo cual quizá no se logre y que, desde luego, costará la vida de cincuenta soldados?

¿Cuál podría ser el fundamento para exigir de las personas ajenas al conflicto el sacrificio de la vida? Pues es *su* Estado el que lucha por su propia existencia. Pero ¿existe

para los ciudadanos que no tienen el estatus especial de un soldado profesional un deber de sacrificarse por su Estado o, dicho de forma más precisa, de dejarse sacrificar? ROUSSEAU responde afirmativamente a esta pregunta: en su planteamiento, el ciudadano se define mediante lo general, y cuando lo general exige el sacrificio de la vida, este tiene que realizarse. Sin embargo, esta es una solución que presupone heroísmo y que en la época presente, post-heroica, solo convence a algunos, pero no constituye desde luego la *communis opinio*.

En Alemania, el problema se ha discutido intensamente tras el 11 de septiembre de 2001 respecto al caso en el que un avión comercial secuestrado por terroristas va a ser dirigido contra un edificio en el que suele haber personas, salvo que un derribo interrumpa inmediatamente el vuelo, por cierto con la consecuencia de la muerte de todos los pasajeros y todos los miembros (legales) de la tripulación. (Contra los secuestradores opera la legítima defensa o el correspondiente derecho en virtud del cargo). Las soluciones propuestas para el problema consisten o bien en conclusiones naturalísticas erróneas (los pasajeros y la tripulación estarán “de todos modos” muertos pronto; además, su número es menor que el de las personas del edificio elegido) o son poco plausibles en esta época post-heroica (del estatus de ciudadano se deduciría un *deber* de sacrificio) o incluso vacilantes (estado de necesidad defensivo, puesto que la existencia de los pasajeros debería convertirse en una *intrusión*) o no prácticas (*disculpación* de los órganos del Estado que actúan) o, finalmente, fatalistas (*fiat justitia, pereat mundus*).

En estas situaciones, el Derecho llega a su límite: el conflicto no puede resolverse *dentro* del Derecho, puesto que el derecho de la generalidad y el derecho de los individuos –que pertenecen totalmente a la generalidad– se enfrentan. Quien no abogue por un *pereat mundus*, tendrá que excluir a los individuos, esto es, dejarlos sin derechos, y eso no tiene nada que ver con la relación de cifras, sino con la necesidad de mantener lo general, lo cual también podría ocurrir en caso de que fueran pocas personas las que representan lo general frente a muchos que están perdidos.

Exclusión significa que las personas son expulsadas del Derecho, privadas de derechos, esto es, despedidas (mejor: empujadas) a la libertad del estado original. Quien no soporta esto como *ultima ratio* para la defensa del país, tampoco debería aspirar a un alto cargo político, y ello significa, a la inversa, que quien aspire a tal cargo, tiene que poder soportar exclusiones –de nuevo, como *ultima ratio*–; de lo contrario, en tiempos revueltos, se irá a pique. Ciertamente, los excluidos habrán *perdido*, puesto que difícilmente podrá tener jamás éxito una defensa en contra de su sacrificio. Sin embargo, no se puede prohibir la defensa, puesto que, debido a la exclusión, ya no existe ningún vínculo de Derecho mediante el cual se pueda *transportar* una prohibición. Así, el resultado es el que resulte *fácticamente* de la proporción de fuerzas.

También hay un daño colateral cuando el Estado intenta liberar a rehenes retenidos por los terroristas y se sabe que, al hacerlo, se matará a *un* rehén *concreto*, por ejemplo, porque se encuentra en la central de los secuestradores que ha de ser bombardeada. Las

cosas son distintas en el caso de la liberación de un rehén o de un grupo de rehenes en el que no está claro si aquella se logrará o si, en cambio, conducirá a daños de relevancia existencial en una persona no determinada *ex ante*. En concreto, en la misma toma del campamento en el que está retenido un rehén o un grupo de rehenes, puede producirse su muerte o la muerte de algunos de ellos. En tales casos, en los que la persona que resulta lesionada también participa en las oportunidades de la acción de liberación, es posible –a diferencia de lo que ocurre en los casos de daños colaterales– una justificación y, en concreto, conforme a las reglas del consentimiento presunto, algo que aquí solo puede explicarse brevemente. El consentimiento presunto se basa, en lo que se refiere a los peligros existenciales, en la idea del estado de necesidad agresivo, pero tiene en cuenta la particularidad de que el titular del bien puesto en peligro (por ejemplo, la vida de un rehén) es idéntico con el titular del bien que se ha de proteger (por ejemplo, la libertad *de ese mismo* rehén). En esta situación no sería adecuado insistir en que el éxito del salvamento o la posibilidad de salvamento tienen que preponderar *esencialmente* sobre el daño o peligro de daño, sino que es suficiente una preponderancia que sea todavía medible, de manera que el titular de los bienes estaría presuntamente de acuerdo con la acción de salvamento. Por ejemplo, un rehén enfermo, mal cuidado, es liberado en una acción que, con un 20 por ciento de probabilidad puede fracasar y costarle la vida al rehén (también en caso de fracaso concurre una justificación por consentimiento presunto).

En concreto, son relevantes las circunstancias de la detención, en especial, la situación de abastecimiento, cuánto tiempo ya ha transcurrido y cuánto tiempo de pérdida de libertad queda presuntamente por pasar, asimismo el mayor o menor miedo al riesgo de las personas que hay que liberar y otros factores. Esto no se puede seguir detallando en este lugar.

III. RESUMEN

1º) El caso más claro de justificación según el *principio del ocasionamiento* es la justificación en virtud de legítima defensa. Junto a ella aparece la justificación en virtud del estado de necesidad defensivo (II. B. 1 y 2).

2º) La justificación de la imposición de la pena y de la custodia de seguridad también se deriva de dicho principio (II. B. 3).

3º) En los casos mencionados en 1º) y 2º) no hay un deber de aquel en quien se interviene consistente en *sacrificar* intereses, sino consistente en cargar con los *costes* de la resolución de un conflicto (II. B. 1 a 3).

4º) El estado de necesidad agresivo se basa en el *principio de la primacía de los intereses públicos* y fundamenta un deber de *sacrificio*; solamente se justifican intervenciones en bienes *compensables* (II. C. 1.).

5º) El Derecho internacional público excluye a las víctimas de los daños colaterales (en la medida en que permite esos daños), puesto que les prohíbe la defensa (II. C. 2. a).

6º) El problema del daño colateral se agudiza en la guerra civil, puesto que el Estado está obligado *positivamente* a proteger a las víctimas potenciales (II. C. 2. b).

IV. COMENTARIOS SOBRE LA DOCTRINA

1º) Sobre la restricción de la *legítima defensa* al caso de la agresión *culpable*, véase JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil, die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª edición, 1991, 12/16 y ss.

2º) Sobre todas las cuestiones del estado de necesidad justificante, véase PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, 2002. La cita de HEGEL se encuentra en su *Filosofía del Derecho*, § 238.

3º) Sobre el *problema del daño colateral*, la referencia a ROUSSEAU corresponde a su “*Contrat Social*” II/5. Sobre el problema, que en Alemania se discute a propósito del ejemplo del derribo de un avión secuestrado, véase:

a) centrándose en la brevedad del margen de vida que queda “de todos modos”: HIRSCH, “Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen”, en: HETTINGER y otros (eds.), *Festschrift für Wilfried Küper*, 2007, pp. 149 y ss., p. 160, p. 161. Sin embargo, esto no va más allá de una descripción de la situación fáctica, por lo que no alcanza el plano de lo jurídico: el plano de la *competencia* de las víctimas potenciales. Además, esta perspectiva sesga el problema: si desde el avión se fuera a tirar una bomba a la ciudad, después de lo cual el avión podría aterrizar de forma segura, los pasajeros y la tripulación no estarían “de todos modos” muertos pronto; véase JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª ed., 2008, pp. 84 y ss.

b) Ponderando el tamaño de los grupos de personas: HÖRNLE, “Töten um viele Leben zu retten. Schwierige Notstandsfälle aus moralphilosophischer und rechtlicher Sicht”, en PUTZKE y otros (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, 2008, pp. 556 y ss., p. 570* (según esta autora, en una “situación de empate” entre los grupos de víctimas potenciales lo decisivo es la “relación de cifras”). El hecho de que no exista argumento alguno contra la despersonalización no altera el problema en nada; al respecto, JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, 2008, pp. 20 y ss., pp. 25 y ss.

* Existe traducción al castellano: “Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal”, en *InDret* 2/2010, pp. 1 y ss., trad. PASTOR MUÑOZ, http://www.indret.com/pdf/744_es.pdf [N. de la T.].

c) Planteamiento según el cual el ciudadano ha de estar obligado al sacrificio, puesto que solo de este modo se puede mantener la capacidad de acción del Estado; con distintos puntos centrales, por ejemplo, PAWLIK, “§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?”, *JZ* 2004, pp. 1045 y ss., p. 1052; ISENSEE, “Leben gegen Leben. Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug”, en PAWLIK y otros (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2002, pp. 205 y ss.*; DEPENHEUER, *Selbstbehauptung des Rechtsstaats*, 2007; HILLGRUBER, “Der Staat des Grundgesetzes – nur ‘bedingt abwehrbereit’?”, *JZ* 2007, pp. 209 y ss. Hoy en día, en la época post-heroica, difícilmente puede fundamentarse un *deber* de personas sin un estatus especial (como lo tienen, por ejemplo, los soldados profesionales) de renunciar, por el Estado, a la vida; en esencia, tendría que haber, por tanto, una despersonalización de las víctimas.

d) La existencia de los pasajeros como “intrusión”: KÖHLER, quien se centra en que –“sin acción imputable en sentido estricto”– “la existencia personal...” tiene efectos antijurídicos, de forma objetivamente imputable, en otra persona” (“Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand”, en HOYER y otros (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, 2006, pp. 257 y ss., p. 266); según este autor, a la existencia de la persona le es “inmanente el elemento de convertirse en una intrusión” (pp. 266 y s.). *De este modo*, se convierte a las primeras víctimas de los terroristas, a saber, los pasajeros y el personal de a bordo, en personas que tienen que responder de una “intrusión”, como si *ellas* hubieran organizado el abuso del avión (al respecto, MERKEL, “§ 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?”, *JZ* 2007, pp. 373 y ss., p. 384 y s.).

e) Contra una exculpación de los órganos estatales que actúan: JAKOBS, “Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand”, en AMELUNG y otros (eds.), *Festschrift für Volker Krey*, 2010, p. 207 y ss., p. 209; ISENSEE (ob. cit. *supra*), pp. 231 y ss. También la solución de ROXIN (“Der Abschuss gekapertter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben”, *ZIS* 2011, pp. 552 y ss., pp. 562 y s.), según la cual en “casos extremos” se excluye la “responsabilidad penal”, no puede eliminar ese defecto: la Policía y, eventualmente, el poder militar tendrían que aspirar a evitar el intento injusto (!) de solucionar el conflicto –de un modo que no se diferencia de la construcción mediante un supuesto estado de necesidad disculpante. Sin embargo, ROXIN ve acertadamente que queda excluida una justificación frente a las víctimas potenciales (pp. 553 y ss., con referencias detenidas de las posiciones defendidas).

f) La exclusión de las víctimas del daño colateral la reconoce MERKEL, “Die ‘kollaterale’ Tötung von Zivilisten im Krieg”, *JZ* 2012, pp. 1137 y ss., p. 1144. Este autor basa

* Existe traducción al castellano: “Vida contra vida. El dilema de derechos fundamentales del ataque terrorista con un avión de pasajeros capturado”, trad. PASTOR MUÑOZ, Universidad Externado de Colombia, en prensa [N. de la T.].

una “*nonideal justification*” en el artículo 51 apartado 5 letra b del Primer Protocolo Adicional de las Convenciones de Ginebra.

g) Sobre el consentimiento presunto, véase JAKOBS, *en el lugar citado*, 15/16 y ss.

V. COMENTARIOS SOBRE LA SITUACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA

El *ejército federal* [*Bundeswehr*] sirve a la “defensa”, artículo 87 a apartado 2 Ley Fundamental.

También puede movilizar en un “sistema de seguridad colectiva recíproca”, artículo 24 apartado 2 Ley Fundamental.

Presta “ayuda en caso de catástrofe”, artículo 35 apartados 2, 3 Ley Fundamental (con ello se quiere decir: como ayuda técnica)

En “estado de necesidad interno” (también en caso de lucha contra los rebeldes organizados y militarmente armados) el ejército puede ser movilizadado de forma subsidiaria a las fuerzas de la Policía, pero no en caso de que se oponga a ello el Congreso Federal [*Bundestag*] o el Senado Federal [*Bundesrat*], artículo 91 apartado 2, 87 a apartado 4 Ley Fundamental; véase también el artículo 87 a apartado 3 Ley Fundamental (protección de objetos, regulación del tráfico, “caso de defensa” y en “caso de tensión”, respectivamente).