

Relaciones jurídicas dinámicas entre necesitados e intolerantes. Balance de la discusión sobre derechos de necesidad y deberes de tolerancia

Dynamic Legal Relations Between Persons in Need of Passive Assistance (Needy) and Parties Unwilling to Provide that Assistance (Intolerant). Balance of the Discussion on Rights of Necessity and Duties to Abstain from Resisting

Sebastián Figueroa Rubio*

Recepción: 14/6/2017

Evaluación: 23/8/2017

Aceptación final: 11/12/2017

Resumen: El texto es un balance de la discusión central de Discusiones 7 relativa a la existencia de derechos de necesidad y deberes de tolerancia. En una primera parte, se presenta brevemente el ámbito de la discusión, así como las tesis debatidas. En una segunda parte, se analizan algunas propuestas sobre la constitución de deberes y la atribución de responsabilidad que pueden dar sustento a las tesis defendidas originalmente por Jesús María Silva Sánchez. Específicamente, se estudian concepciones interpersonales sobre la responsabilidad y hegelianas sobre la justificación de deberes jurídicos. Por último, en una tercera parte, se analiza el rendimiento de algunas críticas presentadas

* Doctor en Derecho por la Universidad de Girona. Profesor de Teoría del derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, Chile. El autor agradece los comentarios de Diego Dei Vecchi, Juan Pablo Mañalich, Javier Wilenmann y especialmente los de Juan Pablo Cox a una versión previa de este trabajo, así como los realizados por un revisor anónimo. También agradece a Bernardo Mundaca por su valiosa ayuda en la edición del texto. Correo electrónico: sebastian.figueroa@uai.cl.

en la discusión original. En particular, se considera la forma en que se pueden identificar deberes jurídico-penales, la forma en que se utiliza el marco hohfeldiano de posiciones jurídicas, y el rol que juegan algunos supuestos que vinculan lo normativo con lo fáctico.

Palabras clave: derecho de necesidad, deber de tolerancia, relación jurídica

Abstract: The text is an assessment of the central discussion of Discusiones 7, related to the existence of rights of necessity and toleration-duties. Firstly, the domain of discussion and the thesis which are debated are briefly showed. Secondly, some proposals about the constitution of duties and the attribution of responsibility that may support Jesús María Silva Sánchez's thesis are analyzed. Specifically, interpersonal conceptions about responsibility and Hegelian conceptions about the justification of legal duties are considered. Lastly, the consequences of some criticisms, part of the original discussion, are analyzed. In particular, criticisms about the identification of legal duties; the way in which the Hohfeldian framework is utilised and; the role played by some ideas that link the normative with the factual.

Keywords: rights of necessity, duties to abstain from resisting - legal relation

1. Introducción. El ámbito de la discusión

Si bien la discusión parece circunscribirse a un problema específico de la dogmática penal, las temáticas tratadas en los trabajos que la componen son muy variadas, desde la fundamentación de deberes jurídicos hasta la relación entre positivismo jurídico y Estado de derecho, pasando por los límites de la explicación causal y el rol de la dogmática en la constitución de obligaciones jurídicas, por nombrar algunas¹.

¹ Me refiero al debate formado por trabajos publicados en el número 7 de esta revista bajo el nombre de *Derechos de necesidad y deberes de tolerancia*. Participaron Andrés Bouzat, Alejandro S. Cántaro y Pablo E. Navarro con un texto conjunto, Marcelo Ferrante, Daniel González Lagier, María Laura Manrique y Gabriel Pérez Barberá con trabajos individuales, a quienes me referiré como los comentaristas. Dichos traba-

Además de su diversidad, se trata de temas que arrastran discusiones de larga data, tal como se puede apreciar en los textos de la discusión, generosos en fuentes. Este escenario dificulta la tarea de hacer un balance exhaustivo después de una década. De todas maneras, creo que se puede interpretar la discusión por las incomodidades que generan algunas propuestas del texto original de Jesús María Silva Sánchez (contrarias a lo que Marcelo Ferrante denomina la solución ortodoxa a los casos objeto de discusión) y en base a ellas orientaré esta reflexión².

Este balance tiene tres partes. En la primera, se presenta la temática que se discute (sección 1.1.) y las tesis defendidas por Silva Sánchez que generan las incomodidades denunciadas (1.2.). En la segunda, se analizan propuestas sobre cómo entender la constitución de deberes y la atribución de responsabilidad que pueden dar sustento a lo señalado por Silva Sánchez. Específicamente, se consideran concepciones interpersonales sobre la responsabilidad (2.1.) y perspectivas hegelianas sobre la justificación valorativa o axiológica de deberes jurídicos (2.2.). En la tercera parte, se exploran críticas que se presentan en la discusión original. En particular, se considera la forma en que se pueden identificar deberes jurídico-penales (3.1.), la forma en que se entienden las posiciones jurídicas de Hohfeld (3.2.) y la manera en que se vincula lo normativo con lo fáctico en el trabajo de Silva Sánchez (3.3).

1.1. Estado de necesidad agresivo

Para comenzar, presentaré los casos sobre lo que está pensada la propuesta de Silva Sánchez y, junto con ello, mostraré las preguntas que surgen al reflexionar sobre este tipo de casos. Esto permitirá identificar

jos discuten un texto de Jesús María Silva Sánchez (publicado originalmente en 2005) quien además aportó con una réplica a los comentaristas. En lo que sigue me referiré a este debate como la discusión.

² Para limitar la reflexión, y siguiendo lo que interpreto como parte del espíritu de la revista, centraré las siguientes páginas en trabajos publicados en la última década en el contexto hispanoamericano. Como uno podrá imaginar, esto nos llevará a mirar a otras latitudes, pero en términos de la recepción de lo dicho en ellas en nuestro ámbito.

los puntos que se debaten, así como dar sentido de los argumentos utilizados en la discusión.

Los casos que son objeto de la discusión se dan en torno al denominado estado de necesidad agresivo, situación calificada como justificante por la dogmática penal. En estos casos, una persona ha realizado una acción típica, pero no antijurídica (por justificada), a diferencia de lo que sucede en casos de estado de necesidad exculpante, donde más que entendida como justificada, la acción es disculpada por las circunstancias en que se da³. Qué significa exactamente que esté justificada (*i. e.* ¿es simplemente la no infracción de una norma o el ejercicio de un derecho?) y cuáles son sus consecuencias no es algo del todo claro y parte de la discusión se centra en ello⁴. De todas formas, podemos decir que una consecuencia indiscutible es que los órganos del Estado tienen el deber de tolerarla (*i. e.* no pueden penarla), pero no es del todo claro qué se sigue de ello para otros destinatarios de las normas penales, en especial aquellos cuyos bienes pueden verse afectados por la acción de quien actúa en estado de necesidad.

Por otra parte, cabe distinguir el estado de necesidad agresivo del estado de necesidad defensivo. Ivó Coca, en un reciente estudio sobre la justificación de este último, caracteriza la diferencia del siguiente modo:

Es pacífico definir la situación de estado de necesidad defensivo como aquel escenario de necesidad individual en el que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado o su auxiliante intervengan ‘defensivamente’ en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos de un tercero

³ Omar Palermo señala que el estado de necesidad justificante pertenece al ámbito de la norma de conducta, mientras que el estado de necesidad exculpante al de las normas de sanción. Por una parte, hay una autorización para actuar de cierta forma, por la otra no se aplica la pena que correspondería (v. Palermo, O. “Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad: la tesis del profesor Silva Sánchez”, en Robles, R. y Sánchez-Ostiz, P. (coord.), *La crisis del derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires: Ad-hoc, 2011, p. 126).

⁴ Un breve panorama de las diversas respuestas que se pueden dar en Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, *Discusiones*, 7, 2007, pp. 25-29.

de donde precisamente emana el peligro que amenaza. Por el contrario, se define el estado de necesidad agresivo como aquella situación de necesidad individual en la que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado o su auxiliante intervengan ‘agresivamente’ en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos de un sujeto ajeno a la fuente de peligro que amenaza, esto es, con status de tercero⁵.

Existe cierto parecido entre las situaciones de legítima defensa y el estado de necesidad defensivo, pues en ambos casos la fuente de peligro puede reconducirse a la esfera de quien se ve afectado por la acción protectora, cuestión que no sucede en el caso de estado de necesidad agresivo. En este último supuesto, quien se ve afectado por la realización de la acción protectora no solo no ha realizado una acción ilegítima, sino que es completamente inocente de lo que detona que otro se encuentre en una situación de necesidad⁶.

Para introducirnos en los casos objeto del debate hay que incorporar un par de elementos más, pues, como dice el título de la discusión, esta no solo trata sobre estado de necesidad sino también sobre los posibles deberes (y derechos) que surgirían en dichos supuestos. Ya hice referencia al deber de tolerancia que compete a órganos estatales, más espinoso es saber qué tipo de exigencia se puede hacer a quien ve afectada su esfera por la acción protectora, considerando que no ha realizado ningún ilícito. En este punto, la acción protectora puede

⁵ Coca, I., “Entre la responsabilidad y la solidaridad: El estado de necesidad defensivo”, *InDret*, 1, 2011, p. 4, 13. v. González Lagier, D., “Sobre el deber de tolerar la acción de salvaguarda en los casos de estado de necesidad agresivo”, *Discusiones*, 7, 2007, p. 157.

⁶ Para distinguir entre estos, en las últimas décadas, la dogmática penal hispanoamericana se ha alimentado principalmente de las discusiones que se han desarrollado en el ámbito alemán (v. Coca, I., *op. cit.*, p. 3; Hörnle, T., “Matar para salvar muchas vidas”, *InDret*, 3, 2010; Wilenmann, J., “El Sistema de derechos de necesidad y defensa en el derecho penal”, *InDret*, 3, 2014; Wilenmann, J., “El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, una introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”, *Revista de derecho (Valdivia)*, 27 (1), 2014, pp. 213-244. En nuestro ámbito el estudio más relevante sobre estos temas pertenece al recientemente fallecido Francisco Baldó Lavilla: *Estado de necesidad y legítima defensa* de 1994, no considerado en este balance por estar fuera del ámbito temporal que le compete.

ser interpretada como un curso salvador de ciertos bienes y cabe preguntarse si dicho curso salvador debe ser o no tolerado por quien ve afectada su esfera o si puede interrumpirlo y, en ese caso, cómo debe caracterizarse dicha interrupción. Como señala Daniel González Lagier, en este escenario cabría preguntarse si existe un deber de sacrificio por parte de este particular, teniendo en cuenta que no tiene una facultad de prohibir dicho tipo de acción protectora, facultad que sí tiene el Estado⁷.

Los casos que nos importan son aún más específicos, se trata de aquellos en que

el afectado por la conducta del necesitado o de su auxiliador no se limite a la resistencia pasiva, sino que, ciertamente manteniéndose en su esfera jurídica originaria, neutralice la conducta del necesitado o su auxiliador, ya mediante una oposición directa activa, ya mediante la sustracción de los bienes que éstos pretendían alcanzar⁸.

En consecuencia, siguiendo una caracterización del propio Silva Sánchez, nos atañen los casos en que

un sujeto, en estado de necesidad agresivo justificante, accede a la esfera jurídica de un tercero – en principio, en franca para él – con el fin de servirse de algún elemento de ésta para neutralizar el riesgo que le amenaza. Sin embargo, el titular de la esfera afectada lo impide⁹.

⁷ V. González Lagier, D., *op. cit.*, p. 156.

⁸ Silva Sánchez, J., *op. cit.*, p. 40; v. Ferrante, M., “Necesitados, intolerantes, homicidas y malos samaritanos”, *Discusiones*, 7, 2007, pp. 57-58.

⁹ Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación”, en Mañalich, J. P. (coord.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile: libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, p. 229, 236.

Por último, los casos en que está pensando Silva Sánchez son de cierta gravedad, considerando los bienes jurídicos en juego. Al respecto dirá que

Importa subrayar que todo ello se ha expuesto a propósito de situaciones de necesidad vital (grave peligro para la vida o la integridad física) en las que el bien afectado por la conducta del sujeto necesitado (o de quien le ayuda) es, básicamente, la propiedad¹⁰.

Para ilustrar esto presenta el ejemplo de un “propietario” que cierra la puerta de su casa, que se encontraba abierta, impidiendo que entre en ella una persona a la que perseguía un perro rabioso, que acaba mordiéndola¹¹. En lo que sigue, con el fin de simplificar lo que se dirá, se reflexionará a partir de este ejemplo, considerando que la mordedura del perro resultó en la muerte inmediata de la persona perseguida¹². A su vez, me referiré a quien ve afectada su propiedad como el intolerante y a quien se encuentra en el estado de necesidad como el necesitado¹³.

En este escenario, surgen varias preguntas que Silva Sánchez procurará responder, ya sea de manera explícita o implícita. La primera tiene que ver con cómo caracterizar los derechos y deberes que tienen el intolerante y el necesitado. Luego de ello, surgen preguntas acerca de la forma en que se pueden identificar esos deberes y derechos, así como cuáles son los efectos penales que se siguen de la infracción de dichos deberes. Por último, corresponde preguntarse cuál es la justificación de dicha caracterización en el contexto del Estado moderno.

¹⁰ Silva Sánchez, J., “Réplica”, *Discusiones*, 7, 2007, p. 179 y 184; v. Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 51.

¹¹ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 36.

¹² Otra variable que no se considerará, y que no debería tener efectos en lo que acá se dirá, es que los cursos salvadores pueden ser llevados a cabo por terceros a favor del necesitado (v. Mañalich, J., “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, en Pawlik, M., Kindhäuser, U., Wilenmann, J. y Mañalich, J. (coords.), *La antijuridicidad en el derecho penal*, Montevideo y Buenos Aires: BdF, 2013, p. 249; Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 39; Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos...”, *op. cit.*

¹³ La referencia en masculino a “el” intolerante y “el” necesitado es solo una cuestión de estilo y no supone que esta reflexión está pensada solo para varones.

1.2. Tres tesis de Silva Sánchez y dos ideas que las sostienen

Las respuestas de Silva Sánchez a esos interrogantes han generado diversos tipos de reacciones. En términos generales, para él estos casos son interrupciones de cursos causales salvadores típicos, pero justificados, y deben tratarse como tales por el derecho penal¹⁴. Esto conlleva defender tres tesis que han llamado la atención de los críticos:

1. La aparición, en estos supuestos, de un derecho (subjetivo) de necesidad y un deber de tolerancia correlativo para quien ve afectada su esfera por el curso salvador.
2. Una consecuencia de 1 es que quien interrumpe el curso salvador en estos supuestos es punible como autor del resultado lesivo.
3. Este deber de tolerancia tiene un carácter preinstitucional o cuasi institucional.

Sobre la tesis 1 para Silva Sánchez se genera un derecho (subjetivo), ya que si el curso salvador puesto en marcha se considera como meramente permitido (y no como el ejercicio de un derecho), su interrupción no podría considerarse como una acción antijurídica (*i. e.* como el quebrantamiento de un deber)¹⁵. Así, surgiría una obligación de “no impedir la conducta justificada del necesitado o de su auxiliar”¹⁶, lo que trae como consecuencia que quien interviene en la esfera de otro por medio de una acción justificada en los términos señalados “no cuestiona sus derechos de libertad negativa [por lo que] no vulnera las relaciones jurídicas existentes entre sus correspondientes esferas de organización”¹⁷.

Vinculado con 2, el autor distingue entre el quebrantamiento del deber de tolerancia y el de la omisión de socorro, considerando menos

¹⁴ V. Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *óp. cit.*, p. 43.

¹⁵ V. *ibíd.*, p. 27; Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos...”, *op. cit.*, p. 230; Montiel, J. *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam parte en el derecho penal*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, p. 317-318

¹⁶ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 27.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 30.

grave al último¹⁸. Desde su perspectiva, el deber de tolerancia no es, a diferencia del de socorro, un mero deber de solidaridad, sino que tendría su fundamento en el ejercicio mismo de un derecho a bienestar asegurado por el derecho. Esto permitiría identificar a la infracción de dicho deber de tolerancia como un delito comisivo y no como uno de omisión por comisión, cómo podría interpretarse si se le entiende como un deber de socorro, como la solución ortodoxa afirmaría¹⁹. Dicha comisión consistiría en la interrupción de un curso salvador, convirtiéndose el intolerante en autor del resultado lesivo²⁰.

Por último, la tesis 3 se vincula con la comprensión de las relaciones que son jurídicamente relevantes, pero que no están reguladas explícitamente por medio de la legislación. Para Silva Sánchez en ciertos casos cuando las instituciones no pueden llegar, son los ciudadanos los que deben asegurar el bienestar de otros, generándose deberes cuasi institucionales.

Estas tesis de Silva Sánchez se sostienen sobre dos ideas. La primera es que los deberes jurídicos deben entenderse a partir de las relaciones entre miembros de una comunidad. La segunda consiste en concebir estas relaciones por medio de un “principio de separación de esferas dinámicamente concebido”²¹. De acuerdo a este principio, según varían las circunstancias en que se desenvuelve una relación, también varían las obligaciones y derechos con que se cuenta dentro de dicha relación. En este sentido, para Silva Sánchez, el *status quo* que debe ser defendido o, al menos, no afectado, por las personas en sus

¹⁸ V. Silva Sánchez, “Réplica”, *op. cit.*, p. 178. Sobre esto se volverá en la sección 3.3.

¹⁹ V. Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *óp. cit.*, p. 35, 40-41, 50; Ferrante, M., *óp. cit.*, p. 59; Bouzat, A., Cántaro, A. y Navarro, P., “El fundamento jurídico de un derecho de necesidad”, *Discusiones*, 7, 2007, p. 144. Sobre esto se volverá en la sección 3.2.

²⁰ V. Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 39; Silva Sánchez, J., “Réplica”, *op. cit.*, p. 187; Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos...”, *op. cit.*, pp. 230-244. Cabe señalar que para arribar a la conclusión citada en este párrafo, según el autor, se deben dar un mayor número de supuestos vinculados con la injerencia que tiene la acción del intolerante sobre la generación de riesgos (lo cual le convertiría en garante), entre otras cosas.

²¹ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 54.

relaciones, tiene un carácter dinámico y el estado de necesidad agresivo mostraría esto. En sus palabras:

la 'necesidad' genera una peculiar dinámica en las relaciones jurídicas existentes entre diferentes esferas de organización. Dicha dinámica produce una modificación temporal y cambiante de las fronteras existentes entre dichas esferas y, consiguientemente, también de los deberes negativos que surgen en las interrelaciones de los sujetos²².

Ambas ideas contrastan con una lectura tradicional que identifica los deberes por medio de una interpretación en abstracto de las normas jurídicas y su relación con los destinatarios de las normas considerados como individuos aislados.

En consecuencia, la perspectiva adoptada por Silva Sánchez supone una doble separación del modelo moderno tradicional. Por una parte, las esferas no son definidas a partir simplemente del individuo, sino sobre el significado de las relaciones entre personas y, por otra, se definen de forma dinámica. Como se verá, asumir esta perspectiva está vinculado con un cuestionamiento de otros aspectos de la visión moderna dominante sobre estos asuntos y, por ello, pueden interpretarse las reacciones ante el texto de Silva Sánchez en la discusión como una reacción a dicho cuestionamiento.

Considerando lo hasta acá dicho, a continuación revisaré tres temáticas que muestran la actualidad de las ideas de Silva Sánchez y, con ello, las posibles consecuencias de releer la discusión diez años después. En primer término, me enfocaré en la recepción en el ámbito hispanoamericano de algunos trabajos en torno a la noción misma de responsabilidad que la ubican dentro de las relaciones entre personas antes que en las características de agentes autónomos pensados aisladamente. La segunda cuestión tiene que ver con la justificación, dentro del ámbito jurídico, de instituciones como las discutidas por Silva Sánchez, a partir de principios que se basan en las relaciones entre individuos mediadas institucionalmente, comprendiendo el derecho

penal a partir de dichas relaciones y no solo a partir de la relación Estado/individuo. Por último, revisaré las consecuencias de estas ideas para la forma de concebir las relaciones entre las personas dentro de una comunidad, en términos de los deberes y derechos que pueden ser justificados.

2. Responsabilidad, deberes y relaciones jurídicas

En las siguientes páginas consideraré algunas ideas desarrolladas en diversas áreas de la filosofía práctica de la última década que sirven de sustento a las propuestas de Silva Sánchez con el fin de realizar una interpretación caritativa, aunque no concluyente, de estas. A su vez, consideraré cómo esta interpretación puede lidiar con algunas de las críticas recibidas por el autor.

2.1. Responsabilidad, interpersonalidad y extraños

Dentro de esta última década se ha generado un creciente interés, en el ámbito anglosajón especialmente, por comprender la noción de responsabilidad desde una perspectiva interpersonal o relacional. Han sido traducidos al español tres influyentes trabajos que adoptan esta visión: la obra de Thomas Scanlon *Las dimensiones morales* en el ámbito moral, y *Sobre el castigo* de Antony Duff y *La idea de derecho privado* de Ernest Weinrib, en el ámbito jurídico.

En palabras de Duff:

La responsabilidad es relacional en el sentido de que está constituida por el vínculo entre un sujeto que es responsable, un objeto del cual el sujeto es responsable y un cuerpo ante el cual el sujeto es responsable del objeto: ser responsable es ser responsable de X ante A²³.

²³ Duff, R. A., *Sobre el castigo*, Buenos Aires y México: Siglo XXI, 2015, p. 97.

Weinrib, por su parte, señala que: “la responsabilidad de un demandado en particular es siempre responsabilidad frente a un demandante en particular”²⁴, resaltando este carácter relacional. Aunque esto parece obvio, estas propuestas se presentan como un quiebre con el modelo tradicional según el cual la responsabilidad se define por alguien siendo responsable por algo (*i. e.* el esquema sería B es responsable por X)²⁵. Este quiebre genera una serie de preguntas y constreñimientos al investigador, pues “para determinar por qué se nos puede considerar responsables debemos entender la práctica o forma de vida dentro de la cual ha de atribuirse la responsabilidad, y nuestras relaciones con los otros en el marco de esa práctica”²⁶.

La propuesta de Scanlon utiliza las dos ideas consideradas por Silva Sánchez (*viz.* que las relaciones entre personas cumplen un rol constitutivo de los deberes y que estas relaciones son dinámicas) para explicar la responsabilidad²⁷. Respecto de la primera, propone que el *significado* de una acción en contextos de atribución de responsabilidad depende de la relación interpersonal dentro de la cual esta se da. Según esto: “la misma acción, realizada por las mismas razones, puede tener diferente significación para diferente gente, dependiendo de la relación que tengan con el agente”²⁸. Cada relación (por ejemplo, de amistad, entre hermanos, etc.) tiene sus propias reglas y quienes están involucrados en ellas pueden esperar diversas cosas del otro (*i. e.* no puedo esperar lo mismo de mi hermana que de mi amiga), cosas que no pueden esperar de las personas con las que tienen otra relación.

²⁴ Weinrib, E., *La idea de derecho privado*, Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 16.

²⁵ V. int. al. Moore, M., *Placing Blame*, Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 36 y ss.

²⁶ Duff, R. A., *op. cit.*, p. 123; v. Scanlon, T. M., *Las dimensiones morales. Permisibilidad, significado y culpabilidad*, Madrid: Avarigani, 2013, p. 164.

²⁷ Algo similar ha hecho Stephen Darwall desde su perspectiva de segunda persona (*The Second Person Standpoint*, Cambridge: Harvard University Press, 2006), trabajo que no ha sido traducido. Para una breve revisión de esta propuesta v. Figueroa, S., “Reconocimiento y asimetría en la constitución de deberes y responsabilidad”, en Giusti M. (ed.), *El paradigma del reconocimiento en la ética contemporánea. El estado de la cuestión*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en prensa).

²⁸ v. Scanlon, T. M., *op. cit.*, pp. 84-85.

Según Scanlon, la infracción de un deber afecta la relación concreta, lo cual nos lleva a la segunda idea en cuestión: cuando la acción de alguien daña la relación, dicha acción emplaza a la otra persona a revisar la relación misma y, con ello, a adoptar y expresar ciertas actitudes (*i. e.* acciones expresivas de reproche, el equivalente a la pena en el ámbito moral)²⁹. Así, responsabilizar a alguien es “entender que la relación que tenemos con esa persona se ha modificado de tal modo que hace apropiado culpabilizarlo”³⁰. El reproche es algo más que una evaluación negativa de una acción, expresa un cambio en la relación que se ha visto dañada por la acción, mostrando el dinamismo propio de las relaciones.

En recientes trabajos se ha presentado una crítica a dicha propuesta por medio del denominado *problema del desconocido*³¹. Este se presenta al preguntar qué sucede cuando quien comete la acción ilícita es un extraño, esto es, alguien que apenas tiene relaciones con otros. El problema es que si nos centramos en la idea de relación para determinar lo que podemos esperar de los demás, así como las reacciones adecuadas ante ellos, ¿cómo se pueden justificar las reacciones (*i. e.* reproches y otras sanciones) de los demás cuando no hay relación previa? Si no podemos derivar estándares claros de la relación, entonces la relación pierde su relevancia explicativa.

El problema adquiere un especial cariz cuando prestamos atención al contexto jurídico, pues en este contexto las normas regulan de forma general las interacciones entre personas que no tienen vínculo entre sí. En este sentido, podemos denominar al problema como el *problema de la relación jurídica*, ya que aparece la exigencia de caracterizar dicha relación sin reducirla al vínculo de cada individuo con la autoridad jurídica (ya sea quien crea las normas, quien realiza la investigación

²⁹ *Ibíd.*, p. 164.

³⁰ *Ibíd.*, p. 31

³¹ V. Brown, E., “Blame: Strangers and the Moral Relationship”, *Analysis*, 2016; Sher, G., “Wrongdoing and Relationships: The Problem of the Stranger” en Coates, D. J. y Tognazzini, N. (ed.), *Blame: Its Nature and Norms*, New York: Oxford University Press, 2013, pp. 49-65; Shoemaker, D., “Blame and Punishment”, en Coates, D. J. y Tognazzini, N. (ed.), *op. cit.*, pp. 100-118.

por su incumplimiento o quien dicta la sentencia) de manera desagregada, entendiendo al ciudadano como quien debe seguir las reglas, antes que como partícipe de una relación³².

Por último, el problema adquiere otra fisonomía cuando quien responsabiliza y castiga es el Estado y no la persona que se ve agredida, pues se torna difícil determinar la significación de la acción dentro de las relaciones relevantes sin reducirla a su significación pública con base en los estándares generales (y abstractos) aplicables a cualquiera.

Una posible réplica a este problema, precisamente, se puede encontrar en los trabajos de Duff y Weinrib por medio de lo que ellos denominan una reconstrucción racional o la identificación de la racionalidad inmanente del derecho penal y del derecho privado respectivamente³³. Para Weinrib, en el derecho privado “la determinación de la responsabilidad es un juicio según el cual el demandado y el demandante están relacionados mutuamente en tanto que persona que causa y que sufre, respectivamente, una misma injusticia”³⁴. Esto marcará su propuesta, pues para él “la tarea central de la teoría del derecho privado es iluminar el carácter directo de la conexión entre las partes”³⁵. En concreto, basándose en una idea de autonomía kantiana, dirá que las nociones de ganancia y pérdida dependen de criterios normativos basados en la interacción entre agentes libres e intencionales capaces de autodeterminarse tanto en su interioridad como en las transacciones con otros³⁶. A su vez, el derecho privado media entre las esferas de autonomía de las personas, corrigiendo aquellas transacciones dañinas para ellas, estando las relaciones entre extraños regidas por una idea de

³² Esta postura es achacada por Duff al “simple positivista” (Duff, R. A., *op. cit.*, p. 103). Si bien no estoy seguro de si la traducción expresa por completo la idea de Duff, me parece injusto hacer dicha acusación al positivismo jurídico, particularmente después del trabajo de Hart sobre el tema.

³³ V. Duff, R. A., *op. cit.*, p. 135; Weinrib, E., *op. cit.*, p. 236.

³⁴ V. Weinrib, E., *op. cit.*, p. 16. Sobre el carácter dinámico de estas relaciones, véase p. 36.

³⁵ *Ibid.*, p. 44.

³⁶ *Ibid.*, pp. 117-157. Para una revisión de esta propuesta en nuestro contexto, v. Pappayannis, D., *El derecho privado como cuestión pública*, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2016, cap. 3.

justicia correctiva (opuesta a una distributiva) que refleja una igualdad transaccional que supone reciprocidad en las interacciones.

La tarea de caracterizar el derecho penal desde una perspectiva interpersonal es más compleja, si se considera que no solo se trata de explicar relaciones entre particulares (mediadas por el Estado), sino también las relaciones entre personas y algunos órganos del Estado que le son características. Duff enfrenta esto utilizando dos argumentos. En primer lugar, dirá que “en una democracia liberal debemos responder ante nuestros conciudadanos”³⁷, así, cuando los órganos estatales de persecución actúan, lo harían en nombre del *pueblo* o de la *comunidad*, lo que significa, a su vez, que aunque es cierto que se responde ante un tribunal penal, “ese tribunal afirma hablar y actuar en nombre de los ciudadanos”³⁸. De este modo, Duff redirige la atención a las relaciones entre ciudadanos mediadas por el derecho penal y, para ello, impondrá exigencias normativas para decir que la persecución penal es legítima, ya que “el derecho de una democracia liberal es un derecho común [*a common law*], en el sentido de que es el derecho de todos los ciudadanos, en contraposición al impuesto a los súbditos por un soberano”³⁹. Esto lleva precisamente al segundo punto, pues Duff considera que una precondition para que lo anterior sea posible es que el derecho penal hable un lenguaje que todo ciudadano pueda entender y que al hacerlo cada ciudadano pueda comprender las razones que llevan al derecho penal a castigar ciertas conductas⁴⁰.

Al referir a la determinación del contenido de los deberes jurídico-penales, Duff va a tener en cuenta dos tópicos: el reconocimiento de ciertos ilícitos como *mala in se*, por una parte, y la aplicación del principio del daño como condición necesaria de la criminalización, por otra. Esto le permite compatibilizar lo dicho con una propuesta contractualista sobre

³⁷ Duff, R. A., *op. cit.*, p. 124.

³⁸ *Ibid.*, p. 128.

³⁹ *Ibid.*, p. 128. En este aspecto la propuesta de Duff parece estar mucho más cerca de lo normativo que de lo descriptivo. De todas formas, dicha distinción es difícil de hacer dentro de su teoría en general, haciéndola blanco de varias críticas.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 145-159.

el sentido de la comunidad política. De hecho, él entiende su propuesta como la defensa de una comunidad democrática liberal⁴¹.

Lo último abre la puerta a un tema importante dentro de la discusión: el fundamento de las obligaciones entre los miembros de una comunidad. Una vez que podemos identificar cierta forma de caracterizar las relaciones jurídicas, cabe preguntarse cuáles son los límites de lo permisible dentro de ellas y, con ello, surge la exigencia de mostrar cómo la específica caracterización de las relaciones permite fundamentar deberes y derechos. A estas preguntas, Duff y Weinrib responden de forma similar, basándose en una lectura de la teoría contractualista de Kant para la que el derecho debe generar las condiciones para proteger la autonomía individual que es previa al mismo (al menos conceptualmente). En este sentido, las instituciones responden a un esquema de protección de la autonomía de los individuos, entendida como autorrealización, autonomía que peligra en el encuentro con otros⁴². Esto supone la imposición de al menos un deber general para todos: el de no interferir en las esferas de autonomía reflexiva individuales de otros. Dicha interferencia constituye el ilícito, pues significa *salirse* de la esfera propia para *apropiarse* de la *ajena*, socavando el sentido mismo de las relaciones mediadas por el Estado.

En este punto cabe preguntarse si un deber de tolerancia como el propuesto por Silva Sánchez puede sostenerse sobre este tipo de fundamentación. Una primera respuesta se encuentra en el comentario de Ferrante. Según este,

en la medida en que el comportamiento del intolerante se limita a impedir el acceso del necesitado a los bienes del propio intolerante, su acción es insuficiente para fundamentar la

⁴¹ *Ibid.*, pp. 152-153. Para una revisión de la propuesta de Duff en nuestro contexto, v. Gargarella, R., *Castigar al prójimo*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2016, cap. 7 y Mañalich, J. "Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff", *Discusiones*, XVII, 2015.

⁴² V. Honneth, A., *El derecho de la libertad*, Argentina y España: Katz, 2014, cap. 2. También los trabajos compilados en Ormeño, J. y Vatter, M. (eds.), *Forzados a ser libres*, México: Fondo de Cultura Económica, 2017.

responsabilidad penal por el delito de lesión correspondiente a la lesión que el salvamento habría evitado⁴³.

Desde este punto de vista, la licitud o ilicitud de lo que realiza el necesitado no es relevante para caracterizar el comportamiento de la persona a quien quiere acusársele de haber incumplido un deber. Esto es así por dos razones. La primera es que los deberes van dirigidos desde el Estado al individuo directamente por medio de normas legisladas, forma que asegura su autonomía (por medio del principio de legalidad). La segunda es que si alguien actúa siempre dentro de su esfera, sin salir del espacio que el derecho ha dejado para su autonomía y, de no haber una ley que le imponga un deber específico de socorro, no hay infracción de por medio⁴⁴.

Obligar a las personas a actuar más allá supone abrir una puerta a la intervención excesiva de la comunidad (*i. e.* del Estado) en la vida de los individuos. No se puede asumir la existencia de deberes generales de actuar solidariamente si es que queremos que cada persona desarrolle su propio plan de vida. Michael Pawlik muestra esta idea diciendo que “tan solo cuando las expectativas de solidaridad se contienen, nace para el individuo la posibilidad de conducir *su propia* vida”⁴⁵. El punto también es defendido por Andrés Bouzat, Alejandro Cántaro y Pablo Navarro. En su comentario conjunto, señalan que

si el afectado por la conducta del necesitado se mantiene en su esfera jurídica originaria, neutralizando la conducta del necesitado, no puede decirse que haya infringido un deber jurídico especial. A menos que exista otra norma específica, que imponga una posición de garantía de la que deriven especiales deberes de evitar un resultado típico, el afectado que

⁴³ Ferrante, M., *op. cit.*, p. 61. Se puede notar que este modelo no es del todo incompatible con seguir viendo de forma intrapersonal la responsabilidad.

⁴⁴ v. Ferrante, M., *op. cit.*, pp. 60-62. Si bien Ferrante llama esto como solución ortodoxa, para Silva la doctrina está dividida (v. Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos...”, *op. cit.*, pp. 235-236).

⁴⁵ Pawlik, M., *Ciudadanía y derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2016, p. 86.

no colabora con la conducta salvadora sólo ha infringido las normas relativas al deber de socorro⁴⁶.

Fuera de dicho específico deber de socorro, ninguna persona tiene el deber de ayudar a otra cuando no ha sido causante de la situación en que se encuentra.

En consecuencia, dentro de este modelo puede hacerse una lectura formalista, en el sentido de que requiere de una disposición normativa explícita para identificar estos deberes específicos. Esta lectura estaría basada en la idea de autonomía, como se ha visto. Creo que gran parte de la discusión se explica por la asunción por parte de los participantes de dicho modelo o uno similar, pero que uno de los aportes más interesantes de lo dicho por Silva Sánchez es que según él

no es irrazonable sostener la existencia de derechos de libertad real, que trascienden a la libertad formal y, por tanto, ponen en tela de juicio el principio liberal de rígida separación de esferas, solamente complementado por la noción de solidaridad mínima intersubjetiva⁴⁷.

Sobre cómo se puede solventar esta afirmación me detendré en las páginas siguientes.

2.2. Autonomía, solidaridad e instituciones

La dogmática penal de los últimos años ha puesto en duda la utilidad del tipo de justificación esbozado en la sección anterior. Los cuestionamientos aparecen tanto por el carácter excepcional de la situación (*i. e.* que se autorice a alguien para cometer una acción a primera vista

⁴⁶ Bouzat, A., Cántaro, A. y Navarro, P., *op. cit.* p. 144. Una revisión crítica de la teoría de la norma subyacente a esta tesis en Mañalich J., “Normas permisivas...”, *op. cit.*, p. 220 y ss.

⁴⁷ Silva Sánchez, J., “Réplica”, *op. cit.*, p. 187.

ilícita⁴⁸) como por la necesidad de determinar las consecuencias normativo-penales de quienes interrumpen cursos salvadores.

Una lectura formalista de la versión ortodoxa no da espacio, en principio, para una interpretación de las normas jurídicas a partir de valores como la solidaridad, restringiendo la justificación a lo que se deriva de la protección de la autonomía individual. En esta línea, la solidaridad aparecería excepcionalmente a partir de la formulación de normas explícitas que la exijan (por ejemplo, aquellas que imponen un deber de socorro en ciertas circunstancias), pero la solidaridad parece jugar un rol más relevante en las interacciones entre individuos y en la determinación de sus deberes.

Esto ha llevado a la dogmática a reconstruir el sostén axiológico del sistema a partir de una relación más fuerte entre autonomía y solidaridad. Javier Wilenmann muestra esta relación señalando que:

Aunque la distribución formal de autonomía constituye la forma general de atribución de la libertad a través del derecho, éste establece a su vez límites en la observación puramente abstracta de conflictos. Esos límites, en los cuales se expresa la posibilidad de una consideración sustantiva y concreta de la libertad en juego, pueden ser agrupados bajo la descripción ‘principio de solidaridad’.

En esta alternativa la solidaridad aparece cumpliendo una función correctora (de los problemas de entender las relaciones jurídicas como la compatibilización de esferas formales de autonomía) sin dejar de ser excepcional.

⁴⁸ V. Silva Sánchez, J., “Deberes de necesidad...”, *op.cit.*, p. 42. Se puede argumentar que la interrupción de cursos salvadores es por sí una cuestión excepcional como relación jurídica (v. Lerman, M., “Sobre el criterio de distinción entre la interrupción de cursos causales salvadores iniciados por terceros o provenientes de la naturaleza y la causación directa”, *Lecciones y Ensayos*, 93, 2014, pp. 131-147). Para Javier Wilenmann (v. “El fundamento...”, *op. cit.*), la excepcionalidad se da por cuestiones axiológicas, ya que la regla general en el derecho moderno sería la de encontrar justificación por medio de la idea de autonomía y la excepción la justificación por medio de la solidaridad como valor preponderante.

De todas formas, el modelo permite dar un paso más, dando espacio a que la solidaridad cumpla un rol de justificación directo de ciertas acciones lesivas, sin dejar de ser excepcional. Esto supone, para Wilenmann, concebir la relación entre autonomía y solidaridad como de limitación recíproca⁴⁹. De esta concesión surge la pregunta sobre cómo debe ser entendida la idea de solidaridad para que cumpla dicho rol o, al menos, cómo se pueden justificar la formación de deberes generales que van más allá del respeto a la autonomía individual.

Silva Sánchez identifica dos maneras de dar respuesta a dichas preguntas por medio de lecturas diferentes de lo que implica la solidaridad⁵⁰. Una primera lectura, compatible con tesis contractualistas como la de Duff, entiende que “la solidaridad no es expresión de una actitud moral (que a nadie cabría exigir y que en el *estado originario* no puede darse por supuesta), sino consecuencia exclusiva de una cooperación racionalmente motivada”⁵¹. Desde esta perspectiva, la determinación de los deberes que reflejen solidaridad se hace de forma procedimental, con independencia del contexto institucional concreto, por agentes racionales que se preguntan qué limitaciones a su libertad pueden aceptar con el fin de poder llevar a cabo sus planes de vida. Consecuencia de esto es la aparición de “un principio de solidaridad mínima garantizada recíprocamente”⁵².

Para Silva Sánchez este tipo de justificación no es suficiente y debe ser rechazada si queremos defender la propuesta de que existe un deber de tolerancia en los casos en cuestión⁵³. En concordancia, existe otra forma de dar sentido a la noción de solidaridad, pero abrazarla significa pensar las relaciones jurídicas desde un modelo distinto del liberal

⁴⁹ V. Wilenmann, J., “El sistema de derechos...”, *op. cit.*, pp. 22-24. Un panorama sobre estas relaciones puede verse en Coca, I., *op. cit.*

⁵⁰ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 31. Wilenmann identifica tres formas (v. Wilenmann, J., “El fundamento...”, *op. cit.*, pp. 234-239).

⁵¹ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁵² *Ibid.*, p. 32. V. Wilenmann, J., “El sistema de derechos...”, *op. cit.*, p. 235-236.

⁵³ Una crítica al modelo en Honneth, A., *óp. cit.*, p. 61-68. En este contexto se puede entender la afirmación de Silva Sánchez de que “el derecho de necesidad y el correlativo deber de tolerancia serían algo más que derechos/deberes de solidaridad” (Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 50, 41).

en que se basan propuestas como la de Duff y Weinrib y prestar atención a lecturas hegelianas acerca de las relaciones entre individuos. Este punto es considerado explícitamente por Silva Sánchez y va de la mano con la publicación en los últimos años de varios trabajos de inspiración hegeliana. A este respecto pueden considerarse como hitos los trabajos de Axel Honneth: *El derecho de la libertad* y el de Michael Pawlik: *Ciudadanía y derecho penal*⁵⁴. Silva Sánchez cita expresamente a este último, junto con Günther Jakobs, como fuentes de sus tesis⁵⁵.

Desde una perspectiva hegeliana, el sujeto se constituye dentro de las interacciones situadas en un contexto institucional. Silva Sánchez suele utilizar la expresión “libertad real” para dar cuenta de esta idea. Al respecto Honneth distingue tres estadios que adquiere la comprensión de la organización político-jurídica desde la idea de libertad⁵⁶. El primero se centra en la libertad negativa, en donde el individuo “es presentado, sin duda alguna, como un ser atómico que no posee más interés que el de actuar sin restricciones, según sus propias preferencias circunstanciales”⁵⁷. Esta forma de entender a los individuos, si bien puede estar acorde con la una interpretación formal de la visión ortodoxa, no es estrictamente hablando la defendida por los autores citados (Duff y Weinrib, acompañados por Rawls, Habermas y Forst, entre otros), quienes defienden lo que Honneth denomina una libertad reflexiva, en la que se incorporan elementos kantianos y rousseauianos que permiten hablar de relaciones intersubjetivas basadas en la

⁵⁴ El libro de Pawlik citado se compone de un conjunto de conferencias realizadas en Barcelona en donde se presentan las ideas centrales de su obra *Das Unrecht des Bürgers* de 2012. Este trabajo de 2012 ha sido revisado críticamente en el ámbito hispanohablante en Sánchez-Ostiz, P., *Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. Comentario a propósito de la obra de M. Pawlik, Das Unrecht des Bürgers* 2012, 2016 y “Recensión a Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012”, *Exlibris* sección de *InDret*.

⁵⁵ No se profundizará en lo dicho por Jakobs debido a que la producción relevante de este autor en estos temas ha sido publicada en castellano antes de que la discusión tuviera lugar, alejándose del rango temporal considerado en este balance.

⁵⁶ Honneth trabaja el tema a partir de la noción de autonomía, reconociendo tres concepciones de esta.

⁵⁷ Honneth, A., *op. cit.*, p. 42

comunicación. En este escenario tiene sentido hablar de procedimientos democráticos y de la conformación de deberes por medio de la interacción y el acuerdo formado intersubjetivamente.

De todas formas, según Honneth:

la ampliación del 'yo' al 'nosotros' de la autolegislación no alcanza aún para abarcar en su completa extensión el pensamiento de la libertad intersubjetiva, puesto que queda fuera de foco el hecho de que tanto el 'yo' como el 'nosotros' solo podrían ejecutar su autodeterminación si encontraran en la realidad social condiciones institucionales que ofrecieran una oportunidad de realización de metas⁵⁸.

Así, para los hegelianos las instituciones se presentan como condición para el desarrollo personal, no como el fruto de un acuerdo entre personas autónomas. Solo por medio de prácticas normadas se podría lograr el desarrollo individual, pues las relaciones deben estar reguladas para que haya comprensión entre quienes interactúan. Las instituciones se presentan como el trasfondo de las interacciones⁵⁹.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 55. En consecuencia: “la carencia decisiva de la libertad reflexiva radica en que la libertad ampliada hacia el interior no se extiende, en cambio, a la esfera de la objetividad” (*ibid.*, p. 66). Esta carencia es identificada por Hegel en su *Filosofía del Derecho* en la idea del contrato como base de la explicación de la realidad institucional, así como para determinar lo precario que supone basarla en la esfera de la moralidad. Este punto, que hace referencia a la noción de reconocimiento desarrollada por Hegel, no solo trata sobre cuestiones éticas, sino también sobre cuestiones de ontología social. En nuestro ámbito, reacio a incorporar ideas de origen hegeliano, estos temas han sido tratados en los últimos años por medio de relecturas al convencionalismo (v. Arena, F., *El convencionalismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2014; Ramírez, L. y Vilajosana, J., *Convencionalismo y derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2016 y el debate en torno al trabajo de Bruno Celano en los números 30 y 32 de la revista *Revus*; con antecedentes en Bayón, J., “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro, P. y Redondo, M. C. (comp.), *La relevancia del derecho*, Barcelona: Gedisa, 2002 y Narváez, M., *Wittgenstein y la teoría del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2004).

⁵⁹ Esto quiere decir que “ambos sujetos deben haber aprendido tanto a articular sus respectivas metas de manera inteligible para su contraparte como a entender sus enunciaci-ones adecuadamente antes de poder reconocerse mutuamente en su dependencia el uno del otro” (Honneth, A., *op. cit.*, p. 68).

Este marco es tomado por Pawlik para su interpretación del derecho penal. Este autor rescata el carácter institucional del derecho reconociendo en este la fuerza configuradora de la realidad necesaria para poder asegurar la libertad de los individuos. En esta línea, señala que

la expectativa de que la ‘envoltura simbólica’ que el derecho coloca en torno a cada ciudadano individual no sea lesionada considerablemente por otros constituye la ‘condición previa de la personalidad’ y, con ello, también de la legitimidad de todo Estado obligado por la idea de la libertad personal⁶⁰.

Esta última idea ya está en la justificación del Estado por Hobbes y Kant, pero la lectura propuesta desde Hegel va más allá. Dado que la personalidad misma se configura por medio de la organización social, no se la ve como algo preexistente para cuya protección son creadas las instituciones (jurídicas).

Desde esta perspectiva ser ciudadano supone ser parte de una generalidad (no de una mera suma de voluntades) que a veces toca representar. El ciudadano no se define por una relación abstracta con las normas, centrada solo en el vínculo individuo/Estado, por el contrario, cada sujeto aparece como elemento constitutivo del Estado en sus interrelaciones, a la vez que las instituciones estatales establecen las condiciones de su actuar libre. Así, para Pawlik

El ciudadano que reclama autodeterminación no solamente actúa en el rol de un particular que está interesado en una protección efectiva de su integridad frente a posibles daños y que es responsable *frente al Derecho*, sino también en el rol de un ciudadano del Estado que es responsable *del Derecho*⁶¹.

⁶⁰ Pawlik, M., *op. cit.*, p. 41. La forma en que el sujeto libre se configura en sus relaciones mediadas institucionalmente según Hegel puede verse en Dri, R., *Hegelianas*, Buenos Aires: Biblos, 2011, cap. 7.

⁶¹ Pawlik, M., *op. cit.*, p. 36. El punto de Duff en este contexto es similar respecto del origen de las normas, pues señala que solo está justificado un derecho penal de origen democrático, pero no respecto de cómo se constituyen las obligaciones, donde se sigue defendiendo un modelo liberal (v. Gargarella, R., *op. cit.*, cap. 7).

Consecuencia de ello es que la responsabilidad del ciudadano no termina en el ejercicio de su libertad reflexiva, sino que se configura en el mantenimiento del orden que la hace posible. Ya no se identifican los deberes de los ciudadanos a través de esferas de libertad positiva que ponen límites al espacio en que es legítimo actuar, sino por medio de las competencias que se pueden atribuir en un contexto institucional⁶². Estas se traducen en al menos dos tipos de deberes: deberes de respeto para con otras personas (equivalentes a los deberes fundamentados de forma liberal, en el sentido de que se centra en la prohibición de menoscabar la esfera del otro) y “deberes de garantía de las condiciones reales básicas de la existencia personal”⁶³ (en donde surgen deberes cuya consecuencia es realizar cambios relevantes en la distribución de las esferas). Para Pawlik un deber de tolerar la acción del necesitado se puede entender a partir de la idea de merecimiento: quien se encuentra en estado de necesidad ha llegado a dicha situación sin culpa propia, esto supone que la posibilidad de salir de esta situación a costa de terceros no estaría en conflicto con la idea de libertad real y podría exigirse a otros sacrificar parte de su esfera en casos de emergencia⁶⁴.

Este marco parece ser más propicio para entender los deberes de tolerancia propuestos por Silva Sánchez. Según esta lectura, estamos jurídicamente comprometidos no solo a respetar las esferas de otros, sino también a mantener las condiciones para que estas puedan existir como tales, en algunos casos, por medio de la realización de sacrificios. Compete a los ciudadanos el mantenimiento de las condiciones sociales que aseguran la libertad, teniendo un rol colaborativo en la configuración de la realidad social. Esto supone hacer una relectura de la idea de *relación jurídica* en la cual el deber de tolerancia va de la mano con entender a los ciudadanos como representantes de la generalidad.

⁶² V. Pawlik, M., *op. cit.*, pp. 81-83, quien cita a Jakobs como inspirador de esta idea. Para ver los cambios que implica la incorporación de la noción de competencia en la teoría del delito, v. Lerman, M., *Sobre el criterio...*, *op. cit.*, pp. 16-20.

⁶³ V. Pawlik, M., *op. cit.*, pp. 84-97.

⁶⁴ V. *ibíd.*, pp. 102-103. Ahora, Pawlik señala que es recomendable dar al obligado por el deber de tolerancia una pretensión de resarcimiento frente a la comunidad de derecho por el sacrificio realizado. Este punto no está presente en la idea de Silva Sánchez.

Hasta acá dejaré las cuestiones vinculadas con la configuración axiológica del sistema que permiten identificar y justificar deberes de tolerancia. En lo que queda de este balance volcaré la atención en algunos problemas que se presentan en torno a la estructura de estos deberes (en su relación con el derecho de necesidad) y su relación con las normas que encontramos en los sistemas jurídicos.

3. Deberes, permisos y derechos

En las páginas anteriores he explorado las justificaciones subyacentes a las propuestas de los críticos de Silva Sánchez, procurando mostrar una opción favorable a las ideas de este último. En las siguientes páginas me concentraré en las críticas mismas y la forma en que pueden leerse diez años después de publicadas.

3.1. Permisos y principio de legalidad

Si bien se podría pensar que la incorporación de la lectura hegeliana propuesta por Pawlik es imprescindible para poder dar cuenta de las tres tesis de Silva Sánchez, recientemente se ha argumentado que se puede llegar a conclusiones similares sin renunciar a ideas centrales de la visión ortodoxa. En esta línea se encuentra un reciente trabajo de Juan Pablo Mañalich quien, siguiendo lo expresado por autores como Binding, Merkel y Hruschka, hace una interpretación *positiva* de las normas permisivas. Argumenta que no tiene sentido autorizar a realizar una acción si no se prohíben las acciones que obstruyen la realización de dicha acción, por lo que toda norma sería obligatoria y autorizante a la vez⁶⁵. Consecuencia de esto es que se “vuelve inviable seguir hablando de las normas ‘permisivas’ como normas que meramente introducen excepciones frente a un determinado conjunto de

⁶⁵ V. Mañalich, J., “Normas permisivas...”, *op. cit.*

normas prohibitivas”⁶⁶, alejándose del modelo que entiende a las normas que consagran causales de justificación como meras excepciones.

A pesar de ello, para Mañalich, una norma permisiva como la que consagraría una causal de justificación no puede fundar un derecho a ejecutar acciones (que, a su vez, tendría como correlato un deber de no impedir la acción permitida) del estilo que Silva Sánchez pretende⁶⁷. Para Mañalich

una persona infringe un deber de abstención por la vía de impedir a otra la ejecución de una acción permitida si y solo si esa acción impeditiva satisface alguna descripción que la haga subsumible bajo una norma prohibitiva (que a su vez no se encuentre excluida por norma permisiva alguna)⁶⁸.

De este modo, parece llegar a la misma conclusión que los críticos de la tesis de Silva Sánchez antes citados que niegan la existencia de un deber de tolerancia. Pero esto no es así, pues para Mañalich, en los casos que son objeto de la discusión, la presencia de una norma permisiva para la realización de cursos salvadores no altera la vigencia de la norma prohibitiva de la lesión de un bien cuyos destinatarios siguen siendo todos los ciudadanos. En este sentido, el intolerante es destinatario de un deber de abstención proveniente de la norma que prohíbe tal lesión (el homicidio en el ejemplo que tenemos en consideración) y en dicha norma encuentra su fundamento el deber de tolerancia, no en la norma permisiva vinculada al estado de necesidad. Lo que es necesario demostrar, para Mañalich, es la relación entre la acción del intolerante y la muerte de quien se encontraba en estado de necesidad, de tal modo que

⁶⁶ *Ibid.*, p. 229. El autor denomina el modelo opuesto como el *la colisión*, según el cual “una norma permisiva puede recortar el ámbito de aplicabilidad de cualquier norma prohibitiva bajo la cual sea subsumible una acción que al mismo tiempo sea subsumible bajo aquella” (*ibid.*, pp. 208-209), en este modelo se traduce a la teoría de normas la idea de que la solidaridad cumple un rol correctivo, *recortando* el ámbito general de la autonomía.

⁶⁷ *V. ibid.*, p. 237.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 248.

la acción impeditiva de la ejecución de una acción de salvamento puede ser redescrita, en el sentido del así llamado ‘efecto acordeón’, como una acción productiva de la muerte de X, sin que la prohibición de matar a otro haya resultado situacionalmente desplazada por norma permisiva alguna⁶⁹.

Juan Pablo Montiel llega a la misma conclusión, señalando que “los denominados *deberes de tolerancia* no serían otra cosa más que apariciones especiales de los tipos de la parte especial en situaciones concretas”⁷⁰. Pero lo hace utilizando una argumentación diferente, pues para él las normas de justificación generarían habilitaciones (potestades) para el necesitado en términos hohfeldianos. Sobre esto volveré en la siguiente sección. De esta forma, con un aparatage teórico más parecido al de Bouzat, Cántaro y Navarro, estos autores llegan a una conclusión similar a la de Silva Sánchez (*viz.* quien interrumpe un curso salvador que resulta en la muerte de una persona puede ser calificado como autor de dicha muerte), pero no creen que esto se pueda fundamentar en la norma permisiva de la legítima defensa y, por ende, en la existencia de un derecho de necesidad.

Una de las cuestiones en que difiere lo señalado por Mañalich de lo dicho por Silva Sánchez es que para el primero la relación relevante a la hora de ver las interacciones mediadas con la norma es la que se da entre el individuo y el Estado y no necesariamente una entre individuos. En este sentido, para Mañalich el único que tiene un deber de no impedir la ejecución de la acción permitida (por la norma vinculada al estado de necesidad) es el Estado. Pero, por otra parte, el Estado debe perseguir a quienes infrinjan la prohibición de homicidio, por lo que quien interrumpe un curso salvador puede ser castigado bajo ese título, pero no bajo la derivación de un deber a partir de un derecho de necesidad⁷¹.

⁶⁹ *Ibíd.*, pp. 250-251.

⁷⁰ Montiel, J., *op. cit.*, p. 325.

⁷¹ Otra diferencia en el modelo es que el autor ve las cuestiones desde la perspectiva de un individuo (el destinatario de la norma), antes que de la relación entre personas, lo que supone tratar a las normas como razones para la acción. Esto no quiere decir

Un claro punto a favor dentro de la crítica común que se puede encontrar en Mañalich y Bouzat, Cántaro y Navarro es la importancia del principio de legalidad para la determinación de un ilícito penal. Básicamente, esto quiere decir que nadie puede ser considerado autor de un delito que previamente no está tipificado y que, junto con ello, la identificación de un deber jurídico debe hacerse a partir de las normas jurídicas válidas en el momento de realizarse la conducta, lo que contrasta con la tesis de Silva Sánchez sobre la existencia de deberes cuasi institucionales.

Más allá de sus diferencias, los autores reseñados en esta sección están de acuerdo en una tesis general sobre la existencia de deberes jurídicos, a la que podemos caracterizar como tesis *de la contingencia institucional de los deberes*. Se trata de contingencia porque para ninguno de ellos existe necesariamente algún deber jurídico, con la consecuencia de que estos solo existen ahí donde han sido puestos por una autoridad jurídica. Dicha contingencia es institucional porque, al menos en el contexto estatal, la identificación de las autoridades normativas se determina institucionalmente.

Al respecto Mañalich señala:

Que un deber de tolerancia, en tanto deber de no impedir la ejecución de una acción permitida, solo puede estar fundamentado por una norma que prohíba la correspondiente acción impeditiva, implica que la existencia de tal deber no puede sino ser contingente⁷².

Por su parte, Bouzat, Cántaro y Navarro dirán:

Es común asumir que si un argumento únicamente contiene premisas morales, no puede justificar una conclusión jurídica. Entre otras cosas, esto significa que los fundamentos jurídicos y morales de los derechos tienen diferente naturaleza. Mientras

que ambas perspectivas sean completamente incompatibles, pero centrar el foco en una significa asumir tesis difíciles de conciliar.

⁷² Mañalich, J., “Normas permisivas...”, *op. cit.*, p. 242.

que los primeros tienen un apoyo institucional, los segundos dependen de argumentos sustantivos⁷³.

En el caso de la protección que asegura el principio de legalidad, solo serían relevantes aquellos derechos y deberes que tienen un origen institucional, pues, como señalan: “Una norma que reconozca el derecho de necesidad sólo puede derivarse de otra norma y no de ideas, conceptos, definiciones o proposiciones”⁷⁴. Para estos autores, un derecho puede identificarse tanto a partir de lo que expresamente dice el legislador como de las normas que implícitamente se derivan de ello, por lo que no asumen necesariamente una visión restrictiva. De todas maneras, reconocen un claro límite a ello: “Las normas que no pueden ser eliminadas deliberadamente no forman parte del sistema jurídico. No existen ‘normas necesarias’ en el derecho positivo (*i. e.* ‘derecho puesto por las autoridades’)”⁷⁵.

Para estos autores, la propuesta de Silva Sánchez supone la creación de una norma dogmática. Este tipo de normas tendría tres características:

a) (...) son formuladas por individuos que carecen de autoridad política; b) En tanto que el rango de una norma es una función del nivel de la autoridad, las normas dogmáticas carecen de jerarquía específica; c) Dado que la jerarquía de una norma determina qué autoridad puede eliminarla del sistema, (...) son ajenas al procedimiento normal de modificación de los sistemas⁷⁶.

Como se puede notar, las normas dogmáticas no satisfacen los criterios de identificación de deberes jurídicos propios de la tesis de la contingencia institucional, por lo que no serían fuente de deberes jurídicos.

⁷³ Bouzat, A., Cántaro, A. y Navarro, P., *op. cit.*, p. 119.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 138, 145.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 125.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 150. Este problema ha sido recientemente retomado en Manrique, M. L.; Navarro, P. y Peralta, J., “Ley penal y la autoridad de la dogmática”, *Revus*, 31, 2017.

Silva Sánchez replica a esta acusación señalando:

no creo que a los fundamentos jurídicos (no sólo legales) de un derecho les baste con un apoyo institucional, sino que, en mi opinión, también dependen de argumentos sustantivos: en otras palabras, de racionalidad material. En segundo lugar, que pienso también, efectivamente, que las reglas dogmáticas compatibles con el texto de la ley son ‘derecho’. Y, en tercer lugar, que la moderna ciencia del Derecho penal – al menos en lo que hace a la teoría del delito, que es de lo que aquí se trata – tiene mucho menos que ver con la diferenciación entre descripción y crítica a que aluden mis comentaristas que con la esforzada pretensión de hacer compatible con las leyes positivas todo un conjunto sistemático preexistente de principios y reglas de ‘imputación justa’⁷⁷.

Para Silva Sánchez, la tesis de la contingencia institucional de los deberes es insuficiente debido a que los deberes jurídicos suelen identificarse teniendo en cuenta más variables que el estudio de procedimientos formales de creación (y derivación) de normas. De hecho, la misma defensa de la tesis de la contingencia institucional de los deberes jurídico-penales supone una interpretación del Estado y su relación con los individuos, como hemos visto en secciones anteriores.

La tesis de que el deber de tolerancia tendría un carácter preinstitucional o cuasi institucional se presenta así como un complemento de la tesis de la contingencia institucional de los deberes. En sus palabras:

La idea central, que me interesa resaltar, es que en el Estado moderno no cabe admitir que la distribución social de suerte y desgracia sea cosa de la naturaleza, sino que, en cierta medida, es al Estado a quien corresponde la corrección de esa distribución. Ello tiene lugar, en general, a través de instituciones públicas organizadas. Sin embargo, en ocasiones, éstas pueden llegar demasiado tarde; y es en este punto en el que surgen “derecho de necesidad” y “deber de tolerancia” como “cuasi

instituciones” subsidiarias. El deber de tolerancia aparece, en suma, como un deber cuasi institucional dinámico, cuya función es contribuir a asegurar las condiciones reales de la libertad jurídica en aquellas situaciones límite a las que no alcanzan las medidas institucionales ordenadas de modo estático a subvenir a las necesidades de los ciudadanos⁷⁸.

Es posible relacionar lo escrito en la cita con el modelo de derecho penal de Pawlik, según el cual el mantenimiento del orden institucional es algo que incumbe a los ciudadanos. La idea es transportada a este tipo de situaciones extremas por parte de Silva Sánchez, llegando a la conclusión de que los ciudadanos deben actuar a favor de otros cuando las agencias estatales no pueden hacerlo.

De todas formas, más allá del carácter preinstitucional adjudicado al deber de tolerancia, cabe notar que el punto central es filosófico antes que puramente de derecho positivo⁷⁹. Como se discutió en la segunda parte de este balance, una nueva fundamentación de las relaciones jurídicas puede implicar una interpretación del derecho vigente que cambie los deberes y derechos que identifican. Así, no es descabellado pensar que la dogmática juega un rol en la creación de deberes y derechos (no de leyes, claro está) al interpretar el derecho. Esta posibilidad queda suprimida en la propuesta de Bouzat, Cántaro y Navarro cuando concluyen que:

dato que las normas jurídicas son ‘contingentes’, nada impide que los derechos de necesidad y los correlativos deberes de tolerancia hayan sido establecidos en un determinado sistema. En esos casos, su nivel jerárquico depende del rango de la

⁷⁸ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, pp. 34-35; v. Montiel, J., *Analogía favorable al reo, op. cit.*, pp. 318-319.

⁷⁹ Se podría identificar a las partes de la discusión como positivistas excluyentes (esto queda de manifiesto en la utilización de la obra de Joseph Raz por Bouzat, Cántaro y Navarro) e interpretativistas (en el sentido en que Ronald Dworkin entiende esta visión). De todas formas, no creo necesario asumir una perspectiva como la de Dworkin para hacer una interpretación al texto de Silva Sánchez como la aquí realizada, bastaría con hacer referencia a la noción de convención interpretativa como la propuesta por Bayón (*op. cit.*).

autoridad que lo ha consagrado y sólo esas autoridades (y otras de rango superior) pueden suprimirlos. Pero, si esos derechos y deberes no han sido expresamente reconocidos y no se derivan de otras normas explícitamente formuladas, entonces ellos no forman parte de las posiciones jurídicas que asegura un determinado sistema jurídico⁸⁰.

Lo interesante es que una conclusión así depende tanto de normas contingentes que la apoyen como de una interpretación valorativa o axiológica del sistema. Se podría especular que para estos autores, si no se establece el principio de legalidad en una norma explícita (o implícita) de derecho positivo, sigue siendo el principio el que rige la forma de leer el funcionamiento del sistema penal al momento de identificar deberes, pero esto debe ser probado argumentando a un nivel distinto de aquel que se centra en lo que se puede leer a partir de las normas contingentes de un sistema concreto⁸¹.

Hay razones para afirmar que la incorporación o exclusión deliberada de un deber dentro de un sistema jurídico tiene que ver parcialmente con la voluntad del legislador (considerando el argumento de Bouzat, Cántaro y Navarro), sin negar que las fuentes formales son el primer material con el que se trabaja al interpretar un sistema jurídico y que, entre ellas, la principal es la legislación (al menos en el área del derecho penal). Digo “parcialmente” porque considerando distintas interpretaciones de la forma en que se constituyen los deberes, tendríamos distintos derechos y deberes en un mismo sistema de

⁸⁰ Bouzat, A., Cántaro, A. y Navarro, P., *op. cit.*, p. 152.

⁸¹ En su libro *La forma del derecho* de 2016, Fernando Atria defiende una idea similar, al argumentar a favor de que los conceptos jurídicos y las instituciones jurídicas no pueden identificarse solo por su estructura (v. Atria, F., *La forma del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2016, cap. 7). Una gran diferencia de la propuesta de Atria con lo acá señalado es que para este autor hay una sola interpretación valorativa (y/o funcional, distinción que no queda del todo clara en el libro) correcta para cada institución o concepto. Por su parte, el problema de la identificación de normas explícitas e implícitas, en conjunto con la posibilidad de derivar normas de clausura (y su relación con la comprensión de normas permisivas), ha generado extensas discusiones que no serán tratadas acá (v. Navarro, P y Rodríguez, J., *Deontic Logic legal Systems*, Cambridge: Cambridge, 2014, caps. 4-6).

normas de derecho positivo. Por lo tanto, lo que para un intérprete puede constituirse como un privilegio, para otro puede ser un derecho y así sucesivamente. Por otra parte, no cabe duda de que en el contexto estatal el legislador tiene el poder de excluir expresamente derechos y deberes. Eso es algo que, me atrevo a decir, Silva Sánchez no negaría. De esta forma, el deber presentado por Silva Sánchez no es necesario, sino contingente, como cualquier otro deber jurídico y aparece de una interpretación del contexto institucional estatal⁸². Por eso, más que una cuestión de un derecho positivo en concreto, el debate tiene que ver más bien con cómo interpretar ciertas normas que usualmente existen en los estados y, más aún, preguntarse cuán hondo queremos explorar dicha interpretación para dar con el fundamento de nuestras obligaciones jurídicas.

3.2. Posiciones jurídicas y la conformación del deber de tolerancia

En el texto discutido Silva Sánchez propone entender el derecho de necesidad como correlato del deber de tolerancia, idea que los comentaristas no ven con buenos ojos. Estos últimos notan que al hablar de que existe un correlato entre un derecho y un deber hay tener en cuenta la teoría de las posiciones jurídicas propuesta por Wesley N. Hohfeld⁸³. A pesar de su popularidad, lo señalado por Hohfeld pocas veces es respetado por los pensadores jurídicos, cayendo en diferentes confusiones que el texto pretende superar. De hecho, eso es lo que piensan algunos de los comentaristas sobre el texto de Silva Sánchez, pues para él “la existencia de este deber sería una suerte de ‘prueba’ de que se reconoce un genuino derecho de necesidad”⁸⁴. Para los críticos dicha relación

⁸² Silva Sánchez expresa en su réplica: “Las conclusiones a las que llegué en este punto no se derivan directamente de la ley penal, pero, según creo, tampoco desbordan su marco, como tampoco resultan contradictorias con un entendimiento posible de la axiología constitucional; luego son defendibles” (“Réplica”, *op.cit.*, pp. 178-179).

⁸³ Una interpretación actual de los textos con un recuento histórico del debate en torno a ellos se puede consultar en Duarte, L., “Fundamental Legal Concepts: The Hohfeldian Framework”, *Philosophy Compass*, 11 (10), 2016, pp. 554-569.

⁸⁴ Bouzat, A., Cántaro, A. y Navarro, P., *op. cit.*, p. 117.

debe justificarse y argumentar de la forma en que lo hace Silva Sánchez es dar por sentado lo que se debe probar.

Más aún, utilizando el marco hohfeldiano, los críticos consideran que: “El hecho de que la acción del necesitado sea permisible no implica que la acción del intolerante que la frustra no lo sea”⁸⁵. De este modo, no se seguiría de la existencia de una norma permisiva para una persona, el nacimiento de un deber (correlativo) para otra⁸⁶. Una interpretación natural, dentro del marco hohfeldiano, del permiso que se asigna a quien se encuentra en la situación de necesitado es entenderla como una libertad (o privilegio). Como señala González Lagier:

Decir que el sujeto que actúa en estado de necesidad tiene la libertad o el privilegio de lesionar alguno de los derechos del otro sujeto implica, de acuerdo con la definición de Hohfeld, que, jurídicamente, puede hacerlo (esa conducta no le está prohibida y, por tanto, no es antijurídica, aunque en otra situación sí lo sería) y que el sujeto afectado no tiene el derecho de exigir que se abstenga (por tanto, el sujeto necesitado no tiene el deber de abstenerse). Ahora bien, de aquí no se infiere que el sujeto afectado por la acción de salvaguarda tenga el deber de tolerar dicha acción, esto es, no se infiere que no pueda tratar de evitar o impedir la lesión⁸⁷.

Para probar el punto, los críticos acuden a un célebre ejemplo de Genaro Carrió sobre las posiciones en que se encuentran entre sí dos boxeadores dentro de un combate: cada púgil tiene la libertad o privilegio de golpear al otro (respetando las reglas que regulan la forma en que se pueden golpear) en el sentido de que no tiene el deber de abstenerse de hacerlo, pero al mismo tiempo, cada púgil tiene el permiso de hacer lo que esté a su alcance para evitar que el otro ejerza dicho privilegio (pues de un privilegio se sigue un no derecho, pero no

⁸⁵ Ferrante, M., *op. cit.*, pp. 65-66.

⁸⁶ V. Ferrante, M., *op. cit.*, pp. 67-68; Mañalich, J., “Normas permisivas...”, *op. cit.*, p. 237; Montiel, J., *op. cit.*, pp. 322-323.

⁸⁷ González Lagier, D., *op. cit.*, p. 161. v. Mañalich, J., “Normas permisivas...”, *op. cit.*, pp. 224-225.

un deber)⁸⁸. Así, para Ferrante, “el caso del intolerante y el necesitado puede ser concebido como un ejemplo de conflicto de acciones permisibles semejante al de los boxeadores”, lo que se traduce, en palabras de González Lagier, en que “el sujeto necesitado tiene la libertad de realizar la acción de salvaguarda poniendo en peligro o lesionando los bienes del tercero y éste tiene la libertad de tratar de impedirselo”⁸⁹.

Considerando esta crítica, me parece que se puede explorar una forma de interpretar el deber de tolerancia propuesto por Silva Sánchez como correlativo de un derecho de necesidad, pero caracterizándolo como una relación de potestad/sujeción y no con la asumida por los comentaristas a partir de las modalidades libertad (o privilegio) y no derecho⁹⁰. Esta interpretación supone tener presente dos elementos de la propuesta de Hohfeld: que dentro de su esquema un derecho subjetivo tal como usualmente se entiende en la dogmática (*i. e.* el derecho de propiedad), puede incorporar una serie de relaciones de diverso tipo entre diversas personas y, por otra, que este marco es sensible al dinamismo de las relaciones interpersonales, es decir, un cambio en las circunstancias tiene efectos sobre las posiciones entre las partes de una relación⁹¹.

Respecto a lo primero, el análisis de las posiciones jurídicas desarrollado por Hohfeld es particularista en el sentido de que sirve para caracterizar relaciones concretas entre dos partes en relación con un objeto, pero cuando contamos con un derecho subjetivo jurídico (como los entiende la dogmática) este debe caracterizarse por medio de una multiplicidad de relaciones. El mismo Hohfeld presenta esto por medio de un ejemplo:

⁸⁸ V. Carrió, G., “Nota preliminar”, en W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México: Fontamara, 1991, pp. 17-20; Bouzat, A., Cántaro, A. y Navarro, P., *op. cit.* pp. 117-118; Ferrante, M., *op. cit.*, pp. 65-66; González Lagier, D., *op. cit.*, pp. 161-162.

⁸⁹ González Lagier, D., *op. cit.*, p. 164.

⁹⁰ *Ibíd.*, pp. 157-166. La idea de que puede ser interpretada como una relación de sujeción también es defendida, pero con otros argumentos, por Montiel (*op. cit.*, pp. 323-329).

⁹¹ Además, esta forma de ver la relación se puede vincular con la tesis de Silva Sánchez de que estaríamos ante un deber cuasi institucional, lo que presenta una lectura de las relaciones entre personas muy distinta a algo comparable a una pelea entre boxeadores.

Si X, propietario de un inmueble, ha celebrado un contrato con Y, comprometiéndose a no venderlo a Z, los actos de X, necesarios para ejercer la potestad de enajenar el inmueble a Z son ‘privilegiados’ en las relaciones entre X, y toda otra persona que no sea Y; pero obviamente, entre X y Y, el primero no tiene el privilegio de realizar los actos necesarios; o, invirtiendo la frase, X tiene frente a Y el deber de no hacer lo que sea necesario para ejercer la potestad⁹².

Siguiendo esta idea, si interpretamos el derecho de necesidad al que hace referencia Silva Sánchez como un derecho subjetivo, vemos que su estructura es compleja, tal como él lo caracteriza en sus trabajos sobre el tema⁹³, lo que está en concordancia con que no afirme que dicho deber recaiga sobre todos sino solo sobre quien ve afectada su propiedad por la acción del necesitado (*i. e.* el potencial intolerante que interrumpe cursos salvadores). El necesitado tendría diferentes posiciones hacia distintas personas, la que aquí nos interesa es la que tiene con el intolerante.

Sobre el dinamismo, Silva Sánchez afirma que “el estado de necesidad agresivo implica una redefinición provisional, circunstancial (y sólo a los estrictos efectos de la actuación necesaria) de las esferas de organización respectivas de agente y sujeto pasivo”⁹⁴. Esta redefinición puede leerse como un cambio en el significado de las acciones de las personas involucradas en la situación, teniendo efectos normativos que no surgirían en otras circunstancias. Con ello no solo se hace referencia a que una acción normalmente prohibida se entiende como permitida (por justificada), sino que es capaz de generar deberes sobre otros. En el esquema de Hohfeld esto puede incorporarse por medio de la noción de hecho operativo. Esto es a los eventos que “con arreglo de las normas jurídicas generales aplicables, bastan para modificar las relaciones jurídicas, esto es, para crear una relación nueva o extinguir una

⁹² Hohfeld, W. N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México, Fontamara, 1991, p. 84.

⁹³ V. Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos...”, *op. cit.*; Montiel, J., *op. cit.*, pp. 317-320; Wilenmann, J., “El sistema de derechos...”, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁴ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 53.

anterior, o para cumplir ambas funciones simultáneamente”⁹⁵. En el caso del derecho de necesidad defendido por Silva Sánchez, este hecho operativo es la ejecución del curso salvador idóneo (más allá de si este es o no es exitoso). Este hecho operativo conlleva la generación de una relación de potestad/sujeción entre el necesitado y el intolerante⁹⁶.

Con estas consideraciones tiene sentido la afirmación de Silva Sánchez de que “el deber de tolerancia aparece como un deber de respeto (negativo) del *statu quo*, tal como éste ha quedado configurado en el momento en que tiene lugar el curso salvador, que expresa un auténtico derecho de libertad del necesitado o su auxiliador”⁹⁷. Al iniciarse el curso salvador, se reconfigura el *status quo* y, con ello, los derechos y deberes (y las posiciones jurídicas vinculadas a ellos) de quienes se ven envueltos en la situación. En consecuencia, según la interpretación acá realizada, el necesitado con su acción protectora convierte a una persona indiferente en alguien que debe soportar un sacrificio. Por eso podría decirse que del estado de necesidad, en los casos que nos conciernen, se habilita al necesitado a realizar ciertas acciones, cuya realización conlleva el surgimiento de deberes sobre un otro. Así, la acción protectora crearía un deber (entendido como una sujeción)⁹⁸ para quien ve afectada su propiedad, convirtiéndose en intolerante en caso de interrumpir dicho curso de acción.

⁹⁵ Hohfeld, W., *op. cit.*, p. 41.

⁹⁶ Es recurrente entender que las relaciones de sujeción/potestad y de inmunidad/incompetencia dependen de que alguien pueda crear normas (generales) voluntariamente y, con ello, cambiar el estatus jurídico de la otra parte (esta lectura se hace de la idea de “potestad jurídica”, v. *int. al.* Arriagada, B., “El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo”, *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, 65, 2014, pp. 17-18), pero esto no debe ser necesariamente así, de hecho, el mismo Hohfeld pone como ejemplo el envío de una carta haciendo una oferta junto con su recepción como un caso de potestad/sujeción (v. Hohfeld, W., *op. cit.*, pp. 79-83).

⁹⁷ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 52.

⁹⁸ Esto se traduce en que se convierte en garante. Sobre esto algo se dirá en la próxima sección.

3.3. Riesgos y empeoramiento de la situación del necesitado

A lo anterior Silva Sánchez adhiere una consideración acerca de cómo se identifica el estándar propio de este deber (*i. e.* cómo interpretar una modificación del *status quo* como ilícita). Para esto incorpora dos nociones: la de empeoramiento del *status quo* y la de la generación de riesgo. Ambas incorporaciones se pueden identificar cuando afirma que

quien interrumpe un curso causal salvador ajeno –aquí, el sujeto que no tolera la conducta realizada en estado de necesidad agresivo– produce un incremento del riesgo de producción del resultado lesivo que amenaza al sujeto necesitado: modifica el *status quo* en perjuicio de los bienes de éste⁹⁹.

Esta caracterización sirve para distinguir el deber de tolerancia del de socorro, pues la interrupción de un curso salvador supone un incremento de riesgo, mientras que una omisión del deber de socorro activo deja intacto el *status quo*, ya que

quien impide que otro socorra hace algo más que el que se limita a no socorrer: éste no mejora la situación del bien jurídico; aquel neutraliza una posibilidad existente de mejora, ya incorporada al *status quo* del bien jurídico: esto es, empeora la situación del bien jurídico¹⁰⁰.

La propuesta de Silva Sánchez se apoya en la intuición de que alguien infringe un deber cuando actúa de tal forma que genera un riesgo que sin su acción hubiese podido ser evitado (más específicamente, actúa aumentando el riesgo de muerte de alguien que necesita irrumpir en su propiedad para evitar dicha muerte). En este sentido, “no sólo no se le socorre, sino que además se impide la autoayuda del necesitado (o la ayuda que le está prestando un tercero), que se mostraba perfectamente idónea y se hallaba en curso”¹⁰¹. Esto per-

⁹⁹ Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 48.

¹⁰⁰ Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos...”, *op. cit.*, p. 246.

¹⁰¹ Silva Sánchez, J., “Réplica”, *op. cit.* p. 189.

mite explorar una respuesta a la crítica de González Lagier de que la distinción en la propuesta de Silva Sánchez estaría basada en una diferencia entre actuar y omitir que es insostenible. Al respecto se pregunta “¿Por qué es más grave cerrar la puerta a quien necesita entrar en nuestra vivienda para evitar un mal que no abrísela?”¹⁰². Cerrar la puerta supone cambiar la situación de quien realiza la acción protectora, empeorándola al incrementar el riesgo. En esta línea, Mañalich señala que el deber de tolerar siempre se caracteriza como un deber de abstención, según el cual “lo que ha de omitirse es una acción impeditiva de la ejecución de una determinada acción ajena”¹⁰³.

Para Silva Sánchez la diferencia valorativa está entre “no mejorar” la situación del necesitado (e.i. no haciendo nada para prestarle auxilio) y “empeorarla” (e.i. haciendo algo que interrumpe su curso salvador)¹⁰⁴, la que se traduce en la aparición de una posición de garante que va de la mano con la existencia de deberes de garantía como los propuestos por Pawlik. En este sentido, para este autor

El garante que no impide la producción del resultado de modo normativamente idéntico a la comisión activa responde por el resultado. La cuestión es que quien interrumpe un curso causal por omisión –valga la expresión–, sin ser garante, no responde por ese resultado. Expresado mejor: quien no colabora con un curso salvador y tampoco es garante no responde por el resultado lesivo producido. Ahora bien, quien, por el contrario, sin ser previamente garante, interrumpe un curso salvador, en mi opinión, se convierte de ese modo en garante, y por tanto, dados todos los demás elementos, responde por el resultado lesivo producido¹⁰⁵.

¹⁰² V. González Lagier, D., *op. cit.*, p. 166. En este mismo sentido Palermo, O., *op. cit.*, p. 132.

¹⁰³ Mañalich, J., “Normas permisivas...”, *op. cit.*, pp. 237-238. Los supuestos de omisión son lo suficientemente variados como para generar relecturas de los casos (v. Silva Sánchez, J., *El delito de omisión*, Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 467-480; 268-311)

¹⁰⁴ V. Silva Sánchez, J., “Réplica”, *op. cit.*, pp. 189-190. La posición de garante surge por medio de la noción de injerencia (v. Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos...”, *op. cit.*).

¹⁰⁵ Silva Sánchez J., “Réplica”, *op. cit.*, p. 192.

No abrir la puerta tiene algo en común con una omisión de socorro, como expresa González Lagier, pues se niega un auxiliador a un sujeto necesitado. Pero para Silva Sánchez el caso del intolerante es distinto y la fundamentación del deber de socorro no es suficiente para entender el tipo de responsabilidad que supone interferir en la salvación de alguien. En sus palabras: “el deber infringido... sería un deber primario de abstención definido como prohibición de intervenciones empeoradoras del *status quo* de los bienes jurídicos”¹⁰⁶. Más específicamente, dirá que

el derecho de necesidad aparece como derecho a que no se modifique el *status quo* en perjuicio de los bienes jurídicos del necesitado, esto es, empeorando su situación. El deber de tolerancia sería, pues, un deber de respeto (negativo) del *status quo*, tal como éste ha quedado configurado en el momento de tener lugar el curso salvador¹⁰⁷.

Las consideraciones en torno al riesgo nos obligan a decir brevemente algo sobre uno de los problemas que guían la discusión: el de los límites de la explicación causal¹⁰⁸. En los casos que acá se comentan el problema surge al interpretar la relación entre la interrupción de cursos salvadores (considerando que estos no han sido exitosos, aunque idóneos) y la generación de riesgos, en especial teniendo en cuenta que se propone asumir como correcta la imputación del resultado lesivo (la muerte de quien se encontraba en estado de necesidad, por ejemplo) al intolerante. A este respecto, Pérez Barberá propone distinguir entre nexos empíricos y causales, siendo los segundos una forma que

¹⁰⁶Silva Sánchez, J., “Interrupción de cursos...”, *op. cit.*, pp. 234.

¹⁰⁷Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, pp. 49-50.

¹⁰⁸Este tema ha adquirido especial atención en la última década, lo que puede verse en la rápida traducción que tuvo el trabajo de Michael Moore: *Causalidad y Responsabilidad*, Madrid: Marcial Pons, 2011, así como en monografías dirigidas a analizar los problemas de explicación causal que se presentan en las diversas áreas del derecho (v. *int. al. Papayannis, D. (ed.), Causalidad y atribución de responsabilidad*, Madrid: Marcial Pons, 2014. con referencias ulteriores).

adoptan los primeros¹⁰⁹. En consonancia con varios autores contemporáneos, propone no insistir en la búsqueda de explicaciones causales cuando estas no son pertinentes para explicar los vínculos relevantes¹¹⁰. Además, asume como consecuencia de ello que es errado concluir que no hay relación fáctica de por medio, pues este tipo de relación puede adquirir diversas formas.

Silva Sánchez concuerda con que no hay relación de causalidad¹¹¹, pero, a diferencia de Pérez Barberá, para él la cuestión fáctica tiene sentido en términos del significado normativo que se atribuye a la situación. El vínculo fáctico es evaluado a partir del sistema de deberes, de ahí que la interpretación sobre la constitución de los deberes es prioritaria. En la Réplica señala que un “incremento fáctico de la probabilidad de lesión no equivale a un incremento del riesgo jurídicamente desaprobado. Para apreciar un incremento del riesgo jurídicamente desaprobado es preciso que el sujeto infrinja el deber negativo de abstenerse de incrementarlo”¹¹².

En concordancia con esto, utiliza una noción puramente normativa para mostrar las diferencias entre las situaciones: la de posición de garante (más específicamente, la del garante de que el riesgo no se incremente al nivel de resultar en la muerte de una persona). En esta línea dirá: “Lo que he querido subrayar, con mejor o peor fortuna, es que la ostentación de la posición de garante (esto es, la asunción de la función de barrera de contención de riesgos) era un equivalente fun-

¹⁰⁹Pérez Barberá, G., “Infracción punible de deberes de tolerancia: el problema de la causalidad. Acerca del trabajo de Jesús-María Silva Sánchez: Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, en *Discusiones*, 7, 2007, pp. 81-82.

¹¹⁰Ante esta cuestión, la reacción por parte de muchos teóricos ha sido generar múltiples teorías causales y, junto con ellas, diversos criterios de identificación de nexos causales (v. int. al. Bárcena, A., *La causalidad en el derecho de daños*, Tesis doctoral de la Universidad de Girona, Girona, 2013, cap. 1, con referencias ulteriores). Cabe señalar que para Pérez Barberá, que sostiene su tesis en un clásico trabajo de Mario Bunge, la explicación probabilística no es una explicación causal, estando en pugna con quienes proponen entender la explicación causal precisamente desde la noción de probabilidad.

¹¹¹V. Silva Sánchez, J., “Derechos de necesidad...”, *op. cit.*, p. 48.

¹¹²Silva Sánchez, J., “Réplica”, *op. cit.*, p. 193.

cional de la creación activa del riesgo”¹¹³. El vínculo fáctico se daría al interpretar el actuar como fuente de incremento de peligro¹¹⁴.

En consecuencia, la propuesta de Silva Sánchez está comprometida con la idea de que quien interrumpe un curso causal afecta el *status quo* amparado por la norma por medio del incremento de un riesgo. A su vez, el riesgo solo surge a partir del cambio en lo que se identifica como *status quo* el cual se interpreta, según lo acá dicho, a partir de relaciones vistas dinámicamente¹¹⁵.

4. Consideraciones finales

En la medida en que investigaba en torno a los efectos de la discusión para realizar este balance, me iba haciendo consciente de que un trabajo como el acá llevado a cabo más que llegar a conclusiones, apenas podía dar cuenta de algunos rasgos identificables dentro de debates cada vez más sofisticados. En este sentido, si algo se puede concluir no es para nada novedoso: lo inmensamente fructífero que es el diálogo serio e imaginativo entre la dogmática jurídica y la filosofía del derecho¹¹⁶. Todo esto está presente en los diversos trabajos a los que acá se ha hecho referencia.

Si bien este balance ha puesto el acento en lecturas favorables a las propuestas del texto original de Silva Sánchez, no creo que se pueda concluir que todo lo que aparece en él es correcto o que lo dicho acá

¹¹³Ibid., p. 196. Por ello vale la pena identificar como criterio relevante la idea de que lo problemático es que el riesgo se incrementa por la acción del intolerante, a pesar de que él no lo haya originado (v. ibid., p. 193).

¹¹⁴V. Coca, I., *op. cit.*, pp. 6-8.

¹¹⁵V. Silva Sánchez, “Interrupción de...”, *op. cit.*, p. 246. Con esto se podría esbozar una respuesta a la crítica de Bouzat, Cántaro y Navarro de que el incremento del riesgo, como cuestión empírica, no puede sustentar la existencia de un deber (v. Bouzat, A., Cántaro, A. y Navarro, P., *op. cit.*, p. 147).

¹¹⁶De esta forma concuerdo plenamente con lo señalado por María Laura Manrique al introducir el debate (Manrique, M. L., “Derechos de necesidad y deberes de tolerancia: Una introducción”, *Discusiones*, 7, 2007, p. 10) y espero que este balance sea un aporte en este sentido.

permite clausurar las discusiones. Menos aún, puedo decir que Silva Sánchez respondería de la misma forma. Por el contrario, lo dicho en estas páginas se puede ver como una invitación a explorar nuevas lecturas de temas clásicos. A este respecto, la incorporación de teorías interpersonales sobre la constitución de conceptos prácticos como el de responsabilidad y el de deber, así como la lectura desde una perspectiva hegeliana de la constitución y justificación de las relaciones jurídicas pueden ser muy prometedoras al hacerse cargo de tópicos como el aspecto dinámico de las relaciones entre personas mediadas jurídicamente, así como por su potencial crítico respecto de la fundamentación de varias teorías predominantes.

Para terminar, quisiera llamar la atención sobre dos cuestiones. La primera es lo interesante que resulta la propuesta de Silva Sánchez cuando se la contrasta con ciertas visiones modernas bien arraigadas entre dogmáticos y teóricos del derecho. Esto muestra cómo ciertas figuras jurídicas presentes en el derecho desde hace siglos, tal es el caso del estado de naturaleza, pueden ser constantemente releídas y adquirir diversas significaciones en la medida en que la reflexión en torno a ellas avanza. La segunda cuestión es el gran abanico de retos que surgen a partir de estas ideas, lo que muestra un futuro prometedor para las conversaciones entre dogmáticos, filósofos y teóricos del derecho en el ámbito hispanohablante. En este sentido, siguiendo el espíritu de esta revista, este balance ha buscado sugerir caminos por los que seguir explorando.

Bibliografía

- Arena, F., *El convencionalismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2014.
- Arriagada, B., “El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo”, *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaiso*, 65, 2014, pp. 13-45.
- Atria, F., *La forma del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Bárcena, A., *La causalidad en el derecho de daños*, Tesis doctoral de la Universidad de Girona, 2013.
- Bayón, J., “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro P. y Redondo M. C. (comp.), *La relevancia del derecho*, Barcelona: Gedisa, 2002, pp. 57-92.
- Baldó Lavilla, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona: Bosch, 1994.
- Bouzat, A., Cántaro, A. y Navarro, P., “El fundamento jurídico de un derecho de necesidad”, *Discusiones*, 7, 2007, pp. 113-154.
- Brown, E., “Blame: Strangers and the Moral Relationship”, *Analysis*, 2016 (doi: 10.1093/analys/anw058).
- Carrió, G., “Nota preliminar”, en W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México: Fontamara, 1991, pp. 7-24.
- Celano, B., “Pre-conventions. A Fragment of the Background”, *Revus*, 30, 2016, pp. 9-32.
- Coca, I., “Entre la responsabilidad y la solidaridad: El estado de necesidad defensivo”, *InDret*, 1, 2011.
- Darwall, S., *The Second Person Standpoint*, Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- Dri, R., *Hegelianas*, Buenos Aires: Biblos, 2011.
- Duarte, L., “Fundamental Legal Concepts: The Hohfeldian Framework”, *Philosophy Compass*, 11 (10), 2016, pp. 554-569.
- Duff, R. A., *Sobre el castigo*, Buenos Aires y México: Siglo XXI, 2015.
- Ferrante, M., “Necesitados, intolerantes, homicidas y malos samaritanos”, *Discusiones*, 7, 2007, pp. 57-77.
- Figueroa, S., “Reconocimiento y asimetría en la constitución de deberes y responsabilidad”, en Giusti M. (ed.), *El paradigma del reconocimiento en la ética contemporánea. El estado de la cuestión*, Lima:

- Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en prensa), 2017.
- Gargarella, R., *Castigar al prójimo*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.
- González Lagier, D., “Sobre el deber de tolerar la acción de salvaguarda en los casos de estado de necesidad agresivo”, *Discusiones*, 7, 2007, pág. 155-175.
- Hohfeld, W. N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México: Fontamara, 1991.
- Honneth, A., *El derecho de la libertad*, Argentina y España: Katz, 2014.
- Hörnle, T., “Matar para salvar muchas vidas”, *InDret*, 3, 2010.
- Lerman, M., “Sobre el criterio de distinción entre la interrupción de cursos causales salvadores iniciados por terceros o provenientes de la naturaleza y la causación directa”, *Lecciones y Ensayos*, 93, 2014, pp. 131-147.
- ____ “Recensión a Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012”, *Exlibris*, sección de *InDret*, 2014.
- Manrique, M. L., “Derechos de necesidad y deberes de tolerancia: Una introducción”, *Discusiones*, 7, 2007, pp. 9-23.
- Manrique, M. L., Navarro, P. y Peralta, J., “Ley penal y la autoridad de la dogmática”, *Revus*, 31, 2017 (<http://revus.revues.org/3760>; DOI).
- Mañalich, J., “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, en Pawlik, M., Kindhäuser, U., Wilenmann, J. y Mañalich, J. (coord.), *La antijuridicidad en el derecho penal*, Montevideo y Buenos Aires: BdF, 2013.
- ____ “Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff”, *Discusiones*, XVII, 2015.
- Montiel, J. *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam parte. En el derecho penal*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.
- Moore, M., *Placing Blame*, Oxford: Oxford University Press, 1997.
- ____ *Causalidad y Responsabilidad*, Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Narváez, M., *Wittgenstein y la teoría del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2004.

- Navarro, P. y Rodríguez, J., *Deontic Logic legal Systems*, Cambridge: Cambridge, 2014.
- Ormeño, J. y Vatter, M. (eds.), *Forzados a ser libres*, México: Fondo de Cultura Económica, 2017.
- Palermo, O., “Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad: la tesis del profesor Silva Sánchez”, en Robles, R. y Sánchez-Ostiz, P. (coord.), *La crisis del derecho penal contemporáneo*: Buenos Aires, Ad-hoc, 2011, pp. 125-147.
- Papayannis, D. (ed.), *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Madrid: Marcial Pons, 2014.
- _____. *El derecho privado como cuestión pública*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Pawlik, M., *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- _____. *Ciudadanía y derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2016.
- Pérez Barberá, G., “Infracción punible de deberes de tolerancia: el problema de la causalidad. Acerca del trabajo de Jesús-María Silva Sánchez: Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, *Discusiones*, 7, 2007, pp. 79-111.
- Ramírez, L. y Vilajosana, J., *Convencionalismo y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- Sánchez-Ostiz, P., *Sobre los fundamentos de una teoría general del delito Comentario a propósito de la obra de M. Pawlik, Das Unrecht des Bürgers* 2012, 2016 (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_3_1096.pdf).
- Scanlon, T. M., *Las dimensiones morales. Permisibilidad, significado y culpabilidad*, Madrid: Avarigani, 2013.
- Sher, G., “Wrongdoing and Relationships: The Problem of the Stranger”, en Coates, D. J. y Tognazzini, N. (ed.), *Blame: Its Nature and Norms*, New York: Oxford University Press, 2013, pp. 49-65.
- Shoemaker, D., “Blame and Punishment”, en Coates, D. J. y Tognazzini, N. (ed.), *Blame: Its Nature and Norms*, New York: Oxford University Press, 2013, pp. 100-118.
- Silva Sánchez, J., *El delito de omisión*, Buenos Aires: B de F, 2006.
- _____. “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, *Discusiones*, 7, 2007, pp. 25-56.

_____ “Réplica”, *Discusiones*, 7, 2007, pp. 177-199.

_____ “Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación”, en Mañalich, J. (coord.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile: libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013.

Weinrib, E., *La idea de derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

Wilenmann, J., “El sistema de derechos de necesidad y defensa en el derecho penal”, *InDret*, 3, 2014.

_____ “El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”, *Revista de derecho (Valdivia)*, 27 (1), 2014, pp. 213-244.