

DERECHOS DE NECESIDAD Y DEBERES DE TOLERANCIA UNA INTRODUCCIÓN

Laura Manrique*

I. Presentación

Los derechos ocupan un lugar central en el discurso práctico. Muchas veces defendemos nuestras expectativas invocando nuestros *derechos* a obtener determinadas cosas, e.g. prestaciones del estado, compensaciones, protección de nuestra integridad personal, etc. Estas ideas no son patrimonio de juristas o filósofos sino que, como señala Hart¹, esperamos que cualquier persona culta tuviese capacidad para reconocer reglas que confieren derechos. Sin embargo, la naturaleza de los derechos es uno de los temas más controvertidos en el ámbito de la filosofía jurídica y moral. Entre numerosas cuestiones que se debaten, pueden mencionarse a las siguientes:

¿Qué o quién puede ser titular de un derecho? ¿Tiene limitaciones el tipo de ser que puede considerarse titular de un derecho? ¿A qué tipo de cosas puede haber derecho? ¿Cuál es el contenido u objeto de un derecho? ¿Cuál puede ser el fundamento o la justificación de los derechos? ¿Hay derechos que se justifican *a si mismos* quizás de un modo que les vuelve éticamente más fuertes que cualquier cosa de la que puedan derivarse? En este caso,

* CONICET, Argentina.

¹ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, pp. 3-4

¿significa esto que es posible fundamentar la propia moralidad en derechos?

¿Existen derechos inalienables? ¿Existen derechos absolutos?²

Dos problemas han servido de eje para el análisis de los derechos en este último siglo.³ En primer lugar, una mayor preocupación por la precisión del significado de ese término y sus conexiones con otras expresiones de nuestras redes conceptuales, e.g. deberes, responsabilidad, etc. En segundo lugar, un profundo debate acerca del fundamento de los derechos. Este número de DISCUSIONES, dedicado al problema de la fundamentación de los derechos de necesidad y los deberes de tolerancia, es un ejemplo paradigmático de estas características del debate contemporáneo.

Un valor específico de la discusión que se presenta en este volumen es la conexión entre filosofía jurídica y dogmática penal. En el derecho penal contemporáneo se considera al estado de necesidad tanto un factor de justificación como de exculpación.⁴ En tanto causa de justificación, el estado de necesidad excluye la antijuridicidad de la conducta; es decir, el curso de acción (o *curso causal salvador*) que emprende quien actúa en estado de necesidad no resulta contrario a derecho, incluso cuando afecta a bienes de otros individuos.⁵ Por ejemplo, alguien queda atrapado en un incendio y rompe la puerta de ingreso a la casa del vecino para salvar su

² Almond, Brenda, 'Los derechos', Peter Singer (ed), *Compendio de ética*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 364.

³ Waldron, Jeremy (ed), *Theories of Right*, Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 1 y ss.

⁴ Véase por ejemplo, Roxin, Claus, *Derecho Penal -Parte General-*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 671 y ss.; Jakobs, Günther, *Derecho Penal -Parte General-*, Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 492-521, 688-696; Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal - Parte General-*, Editorial Comares, Granada, 1993, pp. 315-332, 434-443.

⁵ *Ibíd.*

vida. El centro de la controversia de este volumen, aunque no de todos los problemas que surgen en el estado de necesidad,⁶ puede resumirse a través de los siguientes interrogantes: ¿Qué significa atribuir un derecho de necesidad a quien emprende un curso causal salvador?; ¿De qué manera se conecta un derecho de necesidad con los deberes de tolerancia?; ¿Qué responsabilidad corresponde a quien impide el ejercicio de un derecho de necesidad?.

La estructura de este volumen es la siguiente. El profesor Jesús-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona) ofrece un análisis de los derechos que ejercen quienes se encuentran en estado de necesidad justificante, los deberes de tolerancia de los sujetos afectados por los cursos causales salvadores y la eventual responsabilidad que genera la violación de esos deberes.⁷ En general, su trabajo se refiere a la responsabilidad de quien impide o dificulta la conducta del que se encuentra en estado de necesidad justificante. Las preguntas centrales de Silva Sánchez son: ¿existe un deber de tolerar una conducta que afecta nuestros derechos individuales cuando ella es realizada por una persona que se encuentra en estado de necesidad? ¿Qué tipo y grado de reproche merece quien no la tolera? Las respuestas de Silva Sánchez pueden ser resumidas de la siguiente manera:

1) Los ordenamientos penales contemporáneos confieren un derecho de necesidad a quienes emprenden un curso causal salvador en estado de necesidad justificante. Este derecho de necesidad es correlativo de un deber de tolerancia.

⁶ Para una breve presentación de los problemas de justificación en derecho penal y las relaciones entre estado de necesidad y deber de tolerancia, véase: Larrauri, Elena, 'Causas de justificación: criterios de identificación', en Hassemer, Winfried y Larrauri, Elena, *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 49-119.

⁷ Este trabajo fue originariamente publicado en "Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo", Thomson/ Civitas, Navarra 2005, pp. 1007-1028.

2) El deber de tolerancia descarta la existencia de un derecho subjetivo de exclusión por parte de quien está obligado a tolerar y, por la misma razón, el sujeto que interfiere en la esfera de una persona que posee un deber de tolerar la conducta no infringe ningún deber negativo. El fundamento *moral* del derecho de necesidad y el correlativo deber de tolerancia surge de la solidaridad entre los miembros de una comunidad política. El fundamento *jurídico* de esos derechos y deberes surge de la naturaleza cuasi-institucional del estado de necesidad.

3) La razón que justifica el deber de tolerancia es idéntica a la que justifica al deber de socorro. Sin embargo, el deber de tolerancia no es un deber de solidaridad pasivo, paralelo al deber de solidaridad activo formado por el deber de socorro, ya que equiparar a esos deberes conlleva a consecuencias inadmisibles, por ejemplo: a) la pena a imponer por la infracción a un deber de tolerancia debe ser, siempre que esté legislada, la misma que para el delito de omisión del deber de socorro; b) oculta que las conductas que infringen un deber de tolerancia pueden ser de muy diversas clases.

4) La infracción a un deber de tolerancia puede manifestarse no sólo como una resistencia pasiva o falta de colaboración con el sujeto necesitado. Quien rechaza la conducta del necesitado también puede hacerlo mediante una forma más activa sustrayendo los bienes que el necesitado pretendía alcanzar. Quien actúa de esta manera debe ser sancionado como responsable por la lesión sufrida por el necesitado, i.e. muerte, lesiones, daños, etc.

Hay cuatro comentarios a este trabajo. El primero está a cargo de Marcelo Ferrante (Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires); el segundo comentario corresponde a Gabriel Pérez Barberá (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina); el tercer comentario es de Andrés Bouzat, Alejandro Cantaro y Pablo Navarro (Universidad Nacional del Sur, Argentina). El último análisis crítico es de Daniel González Lagier (Universidad de Alicante, Alicante). Finalmente, esta sección se cierra con una réplica de Silva Sánchez a sus comentaristas.

Esta discusión entre Silva Sánchez y sus comentaristas gira en torno a cuatro diferentes grupos de problemas, que pueden ser catalogados de la siguiente manera: conceptuales, fundamentación, adecuación y consecuencias. Una breve exposición de cada uno de ellos constituye el objeto central de esta introducción y, a efectos de no recargar en exceso esta presentación, no haré referencia a la réplica ofrecida por Silva Sánchez.

II. Problemas conceptuales

En este punto se examina qué significa decir que alguien posee un derecho y cuál es su correlato. Esta línea de análisis no es abordada en el trabajo central de Silva Sánchez, pero sí es desarrollado en los comentarios de Marcelo Ferrante y Daniel González Lagier. Que Silva Sánchez no haya tratado este tema en su trabajo central no debe considerarse un error o defecto, sino más bien es un rasgo de la diferente tarea que realizan los dogmáticos y los teóricos del derecho. Mientras los primeros acostumbran a *usar* estos términos, los teóricos del derecho los *mencionan* para intentar reconstruir su significado, sus criterios de aplicación y sus relaciones con otros conceptos relevantes.⁸ En su trabajo central, Silva Sánchez asume que un genuino derecho de necesidad tiene como correlato a un deber de tolerancia, y en su réplica a los comentaristas defiende brevemente su tesis ante estas críticas.

En su trabajo, Ferrante sostiene que del hecho de que una conducta esté justificada y que esa acción sea equivalente a un ‘salvamento en curso’ no se deriva la conclusión que Silva Sánchez pretende obtener. En particular, no se sigue que el afectado que no tolera la injerencia deba responder como autor de la lesión que la acción justificada del necesitado hubiera evitado. Más concretamente, asumir que el necesitado posea un derecho a evitar el mal a costa de los bienes de otra persona no implica,

⁸ Carrió, Genaro, *Los conceptos jurídicos fundamentales de W.N. Hohfeld*, en *Notas Sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 304.

para quien no tolera esa injerencia, mayor responsabilidad que la generada por la omisión de socorro. Para Ferrante, si Silva Sánchez desea mantener su postura, i.e. ir más allá de la atribución de responsabilidad por la omisión de socorro, necesita de un argumento sustantivo adicional en apoyo de su posición.

Ferrante apoya su conclusión en dos argumentos distintos. El primero es acerca de la naturaleza de los derechos. Su idea es que aun si la conducta del necesitado está permitida no se sigue que el afectado tenga el deber de abstenerse de impedir o de facilitar esa acción. Hay casos, e.g. la conducta agresiva de dos boxeadores, en que sus acciones están permitidas para ambas partes sin que se genere un correlativo deber de abstención. Podría objetarse que las causas de justificación sean simplemente un caso especial de normas permisivas porque estas causas deberían impedir que las conductas de las partes enfrentadas se consideren como mutuamente justificadas. Sin embargo, según Ferrante, si hubiese obligación de abstenerse de interferir en situaciones en que las acciones están justificadas, ello llevaría a la conclusión de que un tercero no puede inmiscuirse para evitar que las partes se lesionen. Por ello, el objetivo de no legitimar la violencia mutua protege a la acción justificada de una parte en conflicto y constituye una razón en contra de justificar recíprocamente la acción de quien se resiste a ella. Sin embargo, este objetivo no excluye que esta acción del afectado sea permitida por otra razón diferente de la de la acción justificada que frustra.

El segundo argumento es acerca de las consecuencias que generan los derechos. En un sentido genérico, el término ‘derecho’ abarca, en terminología de Hohfeld, las nociones de derecho-pretensión, libertad, inmunidad y potestad. Sólo la primera acarrea como correlato un deber. Por lo que, en sentido amplio, el necesitado puede tener derecho a servirse de los bienes del afectado sin que esto implique algún deber por parte de este último. A su vez, el análisis de las causas de justificación como permisiones parece discurrir mejor en términos de libertad o potestades. La existencia de un derecho-libertad tiene como consecuencia que se

convierta en permitido aquello que de otro modo sería una violación de derechos de terceros. Esta diferencia entre distintos usos del término ‘derecho’ es bien conocida en el ámbito de la filosofía jurídica y también ha sido recogida en la discusión penal contemporánea. Al respecto, Larrauri señala:

Como podrá observarse, una de las diferencias entre el derecho entendido en sentido estricto y el derecho entendido como facultad de actuación es que mientras del primero surge una obligación de tolerar, ésta no surge del segundo.⁹

Para Ferrante, la solución de Silva Sánchez tampoco es correcta si se entiende que el derecho del necesitado es un derecho-pretensión o derecho en sentido estricto. Para este comentarista, la tesis de Silva Sánchez requiere algo más que algún deber, éste tiene que ser lo suficientemente fuerte como para convertir al infractor en autor de la lesión que el cumplimiento del deber habría evitado. Por el contrario, Ferrante señala que el derecho del necesitado a servirse de los bienes de un tercero para evitar el mal mayor tiene como correlato solamente el deber de auxiliar al necesitado. El fundamento de un deber general de auxilio se asentaría sobre un derecho que posee la persona en peligro y no en consideraciones abstractas e independientes de la persona que se encuentra en la situación riesgosa, e.g. la solidaridad. Si este argumento es correcto, la propuesta de Silva Sánchez estaría equivocada.

González Lagier también hace hincapié en este mismo tipo de problema conceptual. En el primer punto de su trabajo analiza, con las herramientas de Hohfeld, en qué posición jurídica se encuentra la persona que actúa en estado de necesidad y, correlativamente, cuál es la posición jurídica del intolerante. Al igual que Ferrante afirma que si el necesitado posee una *libertad* frente a otro sujeto para realizar la acción de

⁹ Larrauri, Elena, ‘Causas de justificación: criterios de identificación’, op.cit., p. 102.

salvaguarda, no implica que el afectado tenga el deber de tolerar esta acción. Para González Lagier, cuando los bienes jurídicos protegidos son de valor equivalente, ambos poseen una libertad o privilegio. Por ello, que el necesitado posea una simple libertad -en términos hohfeldianos- no implica que carece de protección jurídica, ni tampoco produce una situación extravagante o paradójica.

En el caso en que los bienes jurídicos que el necesitado trata de proteger sean mayores que los del afectado, González Lagier analiza la situación como si el necesitado tuviese un derecho en sentido estricto (derecho-pretensión). El afectado, por lo tanto, tendría el deber de tolerar la afectación a su interés. Este deber de tolerar es un deber genérico de no impedir la acción de salvaguarda de ninguna manera, i.e. ni como acción y tampoco como omisión. González Lagier critica en este punto a Silva Sánchez porque entiende que este último imputa de diferente manera al afectado que impide la acción de salvaguarda mediante omisión y al que impide la salvaguarda mediante una acción, imputando en el primer caso una omisión del deber de socorro y la lesión del bien afectado en el segundo, i.e. homicidio, lesiones, daños, etc. Es por ello que González Lagier dedica un punto de su trabajo a negar la relevancia sustantiva entre actuar y omitir. De este modo, las consecuencias de la violación del deber de tolerancia no se modifican por el hecho de que se haya impedido por medio de acción u omisión.

Para González Lagier surgen varias formas de entender la infracción a los deberes de tolerancia. En primer lugar, se puede entender que cualquier infracción de este deber es una violación al deber de socorro. En segundo lugar, podría ocurrir que el sujeto esté en posición de garante respecto del necesitado, por lo que la infracción es más grave; incluso podría plantarse si alguien que infringe un deber de tolerancia no se encuentra siempre en posición de garante. Rechaza esta opción por ampliar excesivamente el concepto de garante. Una tercera opción sería la propuesta de Silva Sánchez: asumir que quien infringe un deber de tolerancia interrumpe un curso causal salvador y quien realiza esta acción

incrementa el riesgo de daño del sujeto necesitado. Esto genera una posición de garante y se puede imputar al agente la lesión del bien jurídico que el necesitado pretendía defender.

Para González Lagier este argumento es inviable por dos razones: a) en una concepción de la causalidad como la sostenida por Silva Sánchez, la interrupción de cursos causales no queda limitada a las acciones de los individuos; b) el argumento de Silva Sánchez no sirve para distinguir los casos de omisión del deber de socorro y los casos de interrupción de cursos causales salvadores como lesión del bien jurídico, ya que en ambos casos se aumenta la probabilidad de que el riesgo se produzca. Para González Lagier, si el argumento es correcto, muestra que el deber de tolerancia es un deber derivado de otros deberes como el de socorro o el deber de garante.

III. Problemas de fundamento

El objetivo en esta línea de análisis es esclarecer, por un lado, si hay un fundamento moral del derecho de necesidad y, por otro, si existe un fundamento jurídico de este derecho. Para Silva Sánchez el fundamento moral del deber de tolerancia derivaría de la aceptación de una tesis comunitarista que reconoce un principio de solidaridad entre los miembros de una comunidad política. La jurídicación de este principio puede lograrse, mediante una perspectiva institucionalista. Silva Sánchez, apoyado en este enfoque, encuentra el fundamento del deber de tolerancia en una ‘cuasi-institución’ que surge cuando se hace imposible que las instituciones estatales lleguen a tiempo para proteger el interés del necesitado. Su trabajo, aunque distingue entre razones morales sustantivas y las decisiones explícitas de las autoridades, le otorga primacía al fundamento moral del deber de tolerancia. Por ello, Silva Sánchez encuentra el fundamento del derecho de necesidad en una ‘cuasi-institución’ y no, lisa y llanamente, en una determinada institución de un determinado ordenamiento jurídico. La crítica central que le dirigen en su trabajo Bouzat, Cantaro y Navarro es un desacuerdo acerca de estos presupuestos.

La tesis general del trabajo de Bouzat, Cantaro y Navarro es que los argumentos de Silva Sánchez no distinguen de forma clara entre descripción y crítica del derecho penal. Aunque su trabajo desarrolla diversos argumentos en contra de la tesis de Silva Sánchez, tanto en lo que se refiere al fundamento así como también al contenido del derecho de necesidad, la crítica de estos autores subraya la discrepancia básica acerca de la función que posee la dogmática en el derecho y, en forma derivada, la concepción del derecho que cada uno de ellos asume como correcta para identificar las normas jurídicas¹⁰.

En el desarrollo de su trabajo estos autores asumen, por hipótesis, y a diferencia de Ferrante y González Lagier, que el deber de tolerancia tiene como correlato el derecho de necesidad. Su trabajo se asienta sobre la base de que el derecho de una comunidad es el conjunto de normas que los jueces pueden invocar para justificar sus decisiones y que las reglas morales pueden ser consideradas como justificación en derecho de una decisión sólo en el caso de que una norma jurídica lo establezca. Como consecuencia de ello surge la posibilidad de establecer lo que denominan un *Test de Fundamento*. Este test establece que para identificar cuál es el fundamento de una norma derivada es preciso establecer qué normas deberían eliminarse de un sistema para que ésta dejase de existir. Por ello, si el fundamento del deber de tolerancia surge de la normativa de las causas de justificación y, más específicamente, del estado de necesidad recogidas en el código penal, entonces dicho fundamento entra en conflicto con la protección constitucional de los bienes individuales, e.g. propiedad, libertad, etc. De esta manera, los autores ejemplifican su discusión con la regla de la constitución española que consagra la

¹⁰ Acerca de las diferentes funciones que cumple la dogmática jurídica, véase: Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 43-178. Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, U.N.A.M., México, 1989. Nino, Carlos S., *La legítima defensa*, Astrea, Buenos Aires, 2000, pp. 1-10. Bovino, Alberto y Courtis, Christian, 'Por una dogmática conscientemente política', en Courtis, Christian (comp), *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, pp. 183-222.

inviolabilidad del domicilio salvo casos de consentimiento del titular, resolución judicial o delito flagrante. Dado que el estado de necesidad no se encuentra mencionado entre esas excepciones, surge el interrogante acerca de la posibilidad de que prevalezca una causal de justificación de jerarquía normativa inferior (la del código penal) frente a la disposición constitucional.

Para estos autores, quienes intentan fundamentar un deber de tolerancia tienen que asumir: a) Que las normas, valores y principios que expresamente adopta el constituyente junto con sus consecuencias lógicas no agotan el contenido constitucional relevante; y b) Que el deber de tolerancia y el derecho de necesidad están sobredeterminados, es decir que al margen de lo dispuesto por el código penal, también poseen un fundamento constitucional.

Para esos autores, la fundamentación que ofrece Silva Sánchez es insuficiente ya que no sólo no identifica ninguna norma que pueda ser eliminada sino que también lo fundamenta en premisas controvertidas, como una ‘cuasi-institución’ subsidiaria. Incluso asumiendo esta fundamentación, ello no alcanza para reconocer la existencia de deberes jurídicos genuinos (y no meramente de ‘cuasi-deberes’) derivados de estas ‘cuasi-instituciones’.

IV. Problemas de adecuación

Una vez que se asume que hay un fundamento jurídico para un derecho de necesidad, surge la cuestión acerca de cuál es el tipo de protección que el mismo posee o debe poseer en un determinado ordenamiento jurídico. En terminología de Alchourrón y Bulygin aquí se corresponde analizar la coincidencia entre la descripción y evaluación de propiedades relevantes, i.e. la adecuación de la tesis a la hipótesis de relevancia.¹¹ Silva Sánchez intenta fundamentar que, en ciertas ocasiones,

¹¹ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 154 –157.

quien viola un deber de tolerancia incurre en una responsabilidad equivalente a la de un agente que inflinge de forma directa un determinado daño. Argumenta que el deber de tolerancia no es un deber de solidaridad pasivo, paralelo al deber de solidaridad activo ejemplificado en el deber de socorro. Para este autor equiparar estos deberes, en todos los casos, ocasiona consecuencias inadmisibles. Por ejemplo, la pena a imponer por la infracción a un deber de tolerancia, siempre que esté legislada, sería la misma que para el delito de omisión del deber de socorro.

Otra consecuencia perjudicial es, para este autor, que la equiparación entre esos deberes ocultaría que las conductas que infringen un deber de tolerancia pueden ser de muy diversas clases. En primer lugar, la infracción puede manifestarse sólo como una resistencia pasiva o falta de colaboración con el sujeto necesitado. En segundo lugar, quien rechaza la conducta del necesitado puede hacerlo mediante una forma más activa sustrayendo los bienes que el necesitado pretendía alcanzar. Silva Sánchez entiende que quien actúa de esta manera debe ser sancionado como responsable por la lesión sufrida del necesitado, i.e. muerte, lesiones, daños, etc. La forma de llegar a esta conclusión es, para Silva Sánchez, analizar la situación en la que se ve inmerso el necesitado bajo la estructura de los cursos causales salvadores. Así, quien no tolera la intromisión del necesitado está interrumpiendo un curso causal salvador. Quien interrumpe un curso causal salvador ajeno incrementa el riesgo de producción del resultado lesivo que amenaza al sujeto necesitado. Ello implica que, al infringir el deber de tolerancia, el sujeto se convierte en garante por el incremento del riesgo.¹²

El trabajo de Pérez Barberá puede encuadrarse dentro de lo que denominé *problema de adecuación* ya que critica la respuesta que da Silva Sánchez a los deberes de tolerancia. Sin embargo, este artículo se distingue del resto de las contribuciones porque no critica el desarrollo y

¹² Para un análisis crítico de la teoría del incremento del riesgo, véase, por ejemplo: Martínez Escamilla, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pp. 205-233

conclusiones del trabajo de Silva Sánchez sino que asume los presupuestos expresamente asumidos por el profesor de la Pompeu Fabra. Pérez Barberá intenta mostrar que, aunque Silva Sánchez asume que no existe relación de causalidad entre violación de un deber de tolerancia y el daño que se deriva de su incumplimiento, esto no implica rechazar que exista algún nexo empírico entre la violación del deber y el resultado lesivo. Este nexo puede ser estadístico o probabilístico. Concretamente, Pérez Barberá intentará mostrar que Silva Sánchez tiene razón al afirmar la inexistencia de causalidad, pero por razones equivocadas.

Cuestionará, también, el criterio del incremento del riesgo asumido por Silva Sánchez para justificar el surgimiento del deber de garante y su utilidad como equivalente funcional de la causalidad. Pérez Barberá sostendrá que el criterio del incremento del riesgo no es un criterio normativo sino que es empírico, y derivar de éste una posición de garante es caer en una falacia naturalista. Es decir, para Pérez Barberá se extraerían consecuencias normativas de una cuestión fáctica como es el incrementar un determinado riesgo.

Pérez Barberá critica a Silva Sánchez porque éste, al asumir que no hay relación de causalidad entre la interrupción del salvamento y la lesión del necesitado, abandona todo intento por buscar un nexo ontológico y acude a criterios normativos como la posición de garante para reemplazar el nexo ontológico. Esto trae como consecuencia dos errores: en primer lugar, que la ausencia de causalidad da lugar a otra clase de nexo ontológico y sólo una vez que éste se ha demostrado puede abordarse el aspecto normativo. En segundo lugar, que ‘incremento del riesgo’ es una conclusión empírica a favor de una relación estadística entre antecedente y consecuente, y no un criterio normativo que puede por sí solo fundar una imputación.

V. Problemas de consecuencias

Una vez que se dan por solucionados los problemas mencionados en los apartados anteriores, la pregunta que corresponde hacer es: ¿qué

se sigue de aceptar este derecho de necesidad? Este derecho autoriza al necesitado a intervenir en los bienes de quien está obligado a tolerar pero ¿puede este derecho ejercerse sobre todos los bienes o sólo sobre algunos de ellos? Por ejemplo, ¿se limita sólo al derecho de propiedad de quien debe tolerar? En el trabajo de Silva Sánchez no hay una referencia a ese tipo de limitaciones, aunque los ejemplos que analiza se refieren de forma directa o indirecta al derecho de propiedad. Sin embargo, las razones que utiliza para apoyar su tesis, pueden extenderse para justificar la afectación de otro tipo de bienes o derechos. Así, mientras que parece claro que nadie debe tolerar que le extraigan un órgano vital a favor de quien se encuentra en estado de necesidad, ¿qué ocurre con la extracción de aquellos órganos, e.g. riñón, que permiten al afectado mantener una vida (prácticamente) normal? Más aún ¿qué sucede si el necesitado requiere de alguna sustancia corporal regenerable como la sangre o el cabello?.¹³

Estos interrogantes permiten formular el problema en términos generales. La cuestión es sobre si en nuestros diseños institucionales los derechos negativos deberían poseer o no algún tipo de prioridad sobre los derechos positivos. Podría distinguirse, siguiendo a Warren Quinn, diferentes tesis acerca de la prioridad entre estos derechos.¹⁴

Hay tres maneras de darle prioridad a los derechos negativos.¹⁵ Una tesis débil en la que los derechos negativos tienen prioridad sobre los positivos solamente en la medida en que los bienes que los primeros protegen sean al menos del mismo valor que los derechos positivos. Una

¹³ Para una breve exposición en la dogmática penal contemporánea véase Roxin, Claus, *Derecho Penal – Parte General*, op.cit. pp. 686-694.

¹⁴ Quinn, Warren, *Actions, Intentions, and consequences: The Doctrine of Doing and Allowing*, en *Morality and Action*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, p. 168.

¹⁵ Hay más alternativas lógicamente posibles. Sin embargo, puede dejarse al margen la tesis en la que los derechos positivos tienen prioridad sobre los negativos ya que asumir esto llevaría a resultados absurdos, y también podemos dejar de lado la justificación consecuencialista en la que ninguna especie de deber tiene prioridad sobre el otro y el único factor relevante es el mayor bienestar general o maximización de utilidades.

tesis fuerte que, por el contrario, descartará cualquier tipo de infracción a un deber negativo sin importar el tipo de derechos positivos que entren en conflicto con ellos. Esta tesis no rechaza la posibilidad de garantizar derechos positivos sino más bien, garantiza la prioridad de los negativos sobre los positivos. Por último, una tesis intermedia que sostendrá que ningún derecho negativo es absoluto pero le otorgará mayor fuerza de la que le otorga la tesis débil.¹⁶

Podemos afirmar que una determinada persona posee un derecho o que un derecho pertenece moralmente a alguien solamente en el caso de que el individuo tenga un freno a lo que se le puede hacer sin importar las necesidades de los demás. Al reconocer en él esta autoridad es que se reconoce su existencia como un individuo con fines propios y como un ser independiente. En palabras de Quinn,

Ya sea que hablamos de propiedad, u otras formas más elementales de posesión algo es, moralmente hablando, *suyo* solamente si lo que él dice sobre lo que se puede hacer... prevalece sobre las mayores necesidades de los demás.¹⁷

¿Por qué adoptar una u otra de estas tesis? La respuesta depende de cuán relevante sea para cada uno poseer derechos negativos. Detrás de muchos de los desacuerdos de este volumen subyace, creo, una diferencia en la asunción de alguna de estas tres tesis.

¹⁶ Quinn, Warren, *Actions. Intentions, and consequences: The Doctrine of Doing and Allowing*, op.cit., p. 168.

¹⁷ Quinn, Warren, *Actions. Intentions, and consequences: The Doctrine of Doing and Allowing*, op.cit., p. 170.