

## ***NECESITADOS, INTOLERANTES, HOMICIDAS Y MALOS SAMARITANOS***

**Marcelo Ferrante \***

1.

¿Cuál es la responsabilidad penal de quien se resiste a la agresión justificada de otro, cuando esa agresión estaba justificada en virtud de que mediante ella se habría salvado un interés mayor al que se agredía? Esa es la pregunta que Silva Sánchez responde en el trabajo que encabeza este volumen.<sup>1</sup> Su respuesta es, en esencia, la siguiente: cuando la acción justificada equivale a un “salvamento en curso”, quien se resiste responde como autor de la lesión que la acción justificada habría salvado.

Es conveniente precisar un poco más la clase de casos a los que el trabajo de Silva Sánchez refiere. Para evitar complicaciones innecesarias, limitaré mi discusión a los casos más simples, con sólo dos intervinientes: un individuo se ve sometido a un peligro importante -por ejemplo, como asumiré siempre aquí, su vida está en riesgo-. Para facilitar la discusión, llamaré “necesitado” a quien ocupa este rol. El necesitado puede evitar que el peligro al que se enfrenta se realice en una lesión -puede evitar su muerte- sólo a costa de la afectación de intereses jurídicamente protegidos, pero menos importantes, de otra persona: por ejemplo, el necesitado puede evitar su muerte por enfriamiento sólo si ingresa al domicilio de otra persona que no consiente el ingreso. El necesitado emprende la acción

---

\* Doctor en Derecho, Yale University. Profesor e investigador, Universidad Torcuato Di Tella, Escuela de Derecho (Buenos Aires, Argentina).

<sup>1</sup> Jesús-María Silva Sánchez, “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”.

necesaria para evitar su muerte. La acción, que de otro modo sería ilícita en virtud del interés que afecta, está, sin embargo, justificada por virtud del estado de necesidad concurrente. Por su parte, la persona afectada por la acción del necesitado -a quien llamaré “intolerante”- impide la afectación de su interés mediante una acción que, evaluada con independencia de sus consecuencias para el necesitado, sería indudablemente lícita; por ejemplo: cierra la puerta de su casa, que estaba abierta cuando el necesitado inició su acción. El intolerante, así, frustra el salvamento del necesitado y éste, en consecuencia, muere. La solución favorecida por Silva Sánchez es, en casos como éste, que el intolerante ha de responder como autor de un homicidio.

La solución propuesta por Silva Sánchez<sup>2</sup> es ciertamente plausible. Como muestra en su artículo, ella se inserta cómodamente en la red de conceptos de la teoría de la responsabilidad penal. El problema que quiero subrayar en esta contribución, sin embargo, no se refiere a la plausibilidad de esa solución, sino a su fundamento. La pregunta que, creo, todavía demanda una respuesta acabada es por qué *debemos* concebir la relación entre intolerantes y necesitados del modo propuesto por la solución de Silva Sánchez y no de otro modo. Mi impresión es que cuando se defiende esa solución se tiende a derivarla como verdad conceptual que se sigue del carácter justificado del comportamiento del necesitado. Mi argumento aquí será que *no* es posible defender de ese modo la solución de Silva Sánchez. Pero antes de encarar ese argumento creo apropiado clarificar algo más la posición que discutiré y contrastarla con su alternativa más razonable. A eso dedico la sección siguiente.

## 2.

La solución que postula Silva Sánchez se distingue de lo que aquí llamaré la *solución ortodoxa*. De acuerdo con la solución ortodoxa, la

---

<sup>2</sup> Y sugerida también por otros; cf., p. ej., Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (2da ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1993), 7/63, pp. 215 s., con referencias.

responsabilidad del intolerante, como regla, ha de limitarse, en su caso, a una simple omisión de socorro.<sup>3</sup> 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 responsabilidad penal por el delito de lesión correspondiente a la lesión que el salvamento habría evitado (p. ej., homicidio si, como asumiré siempre aquí, esa lesión fuera la muerte). La solución ortodoxa descansa sobre las consideraciones que siguen.

En primer lugar, la relación que media entre la acción del intolerante de cerrar el acceso a sus bienes y la lesión que padece el necesitado (su muerte) ejemplifica una clase de relación peculiar en la imputación por delitos de lesión. Juristas penales y filósofos morales han llamado a esta clase de relación “interrupción de cursos salvadores” o “remoción de protección o ayuda”<sup>4</sup>. Lo peculiar de estos casos reside en que la imputación por la comisión de un delito de lesión depende crucialmente de a quién ha de serle atribuida la protección que la acción remueve o el curso salvador que ella interrumpe. Cuando la protección que el agente remueve, o el salvamento que su acción interrumpe, proviene del mismo agente, la regla

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, art. 108 CP (Argentina), art. 195 (1) CP (España); § 323 c StGB (Alemania). En el derecho de tradición inglesa, las leyes penales que, como las citadas, establecen tipos de omisión de socorro son llamadas leyes del mal samaritano (*Bad Samaritan statutes*), en alusión a la parábola bíblica del buen samaritano (*Lucas*, 10:25-27); cf., p. ej., Joel Feinberg, “The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan”, en *Freedom & Fulfillment* (Princeton NJ: Princeton University Press, 1992), pp. 175-96. Ocasionalmente usará la expresión “responsabilidad como mal samaritano”, o expresiones semejantes, para aludir a la responsabilidad por el delito de omisión de socorro.

<sup>4</sup> Cf., p. ej., Jakobs, *supra* n. 2, 7/22, p. 193; Jeff McMahan, “Killing, Letting Die, and Withdrawing Aid”, *Ethics*, vol. 103 (1993), pp. 250-79. En la literatura metafísica sobre la naturaleza de la causalidad esta clase de relación es llamada relación de “doble impedimento” (*double prevention*); cf. John Collins, Ned Hall, L. A. Paul, “Counterfactuals and Causation: History, Problems, and Prospects”, *Causation and Counterfactuals* (J. Collins et al. eds., Cambridge Mass.: MIT Press, 2004), pp. 1-57, 28 s.

(bien que con excepciones<sup>5</sup>) es que el caso equivale a una omisión de salvamento y, por lo tanto, sólo puede dar lugar a responsabilidad como delito de lesión si el agente es independientemente garante de la evitación de tal lesión. En los ejemplos más sencillos, el agente interrumpe un salvamento (p. ej., un procedimiento de reanimación con respiración boca a boca) que él mismo está brindando y que aún no ha dado frutos. La situación normativa no varía si el agente reemplaza los movimientos de su cuerpo con un aparato de respiración artificial que opera automáticamente.<sup>6</sup> En cualquier caso, el agente interrumpe un curso salvador, o remueve una ayuda, atribuible al propio agente y, en consecuencia, su acción sólo puede dar lugar a responsabilidad como omisión de socorro -salvo que el agente sea independientemente garante de la protección del interés en peligro y, en virtud de esa posición de garantía, su comportamiento dé lugar a responsabilidad por el correspondiente delito de lesión<sup>7</sup>-. En cambio, si el salvamento que el agente interrumpe, o la protección que su acción anula, proviene de una fuente distinta -por ejemplo, si es un tercero quien desconecta el respirador artificial- entonces la acción es suficiente para dar fundamento a la responsabilidad por la lesión que el salvamento o protección habrían evitado.<sup>8</sup>

En todos los casos relevantes para la discusión de Silva Sánchez, el intolerante frustra el salvamento del necesitado al remover o inutilizar

---

<sup>5</sup> Sobre las excepciones, v. McMahan, *supra* n. 4. Aquí sólo basta decir que las excepciones son independientes del carácter lícito o ilícito del salvamento interrumpido.

<sup>6</sup> Cf., p. ej., Günther Jakobs, “Behandlungsabbruch auf Verlangen und § 216 StGB (Tötung auf Verlangen)”, *Medizinrecht—Psychopathologie—Rechtsmedizin. Diesseits und jenseits der Grenzen von Recht und Medizin. Festschrift für Günter Schewe* (H. Schütz et al. eds., Berlin: Springer Verlag, 1991), pp. 72-80 [versión castellana de M. Cancio Meliá en: Günther Jakobs, *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: UAM-Civitas, 1997), pp. 413-22].

<sup>7</sup> De aquí en adelante daré por supuesto, en todos los casos que discutiré, que esta cláusula no está cumplida; esto es, que los protagonistas de los casos no son garantes de los intereses en juego de los otros protagonistas.

<sup>8</sup> En un análisis detallado también esta regla reconoce excepciones; cf. McMahan, *supra* n. 4, pp. 262-8.

la protección de la que se habría valido este último para evitar el mal mayor. En la medida en que el intolerante sólo opera sobre sus propios bienes -su cuerpo, las cosas que posee, la privacidad de su domicilio, etc.- impidiendo así que el necesitado acceda a ellos, y pueda salvarse haciendo uso de ellos, el intolerante remueve o inutiliza una protección que proviene del propio intolerante. De acuerdo con la premisa anterior, entonces, la regla ha de ser que en estos casos el intolerante sólo responde como autor de una simple omisión de socorro. Éste es el núcleo de la solución ortodoxa.

Nótese que la solución ortodoxa no niega que el intolerante pueda responder como autor del delito de lesión correspondiente. Como indiqué antes, la regla según la cual no responde como autor de la lesión resultante quien frustra el salvamento de otro removiendo una protección que proviene del propio agente, tiene excepciones. Estas excepciones están típicamente relacionadas con el carácter ya operativo y auto-sustentable de la protección que el agente remueve.<sup>9</sup> Un ejemplo puede ser útil: el naufrago *A*, cansado de nadar, ya no puede mantenerse a flote. Para salvar su vida, intenta acercarse al bote de rescate de *B* y apoderarse de él. Si, antes de que *A* tome posesión del bote, *B* lo hunde, la solución ortodoxa implica que *B* sólo puede responder por una simple omisión de socorro. Si, en cambio, *B* hunde su bote cuando *A* ya está sobre él (esto es, la protección es ya operativa) y puede salvarse sin necesidad de ulteriores prestaciones por parte de *A* (esto es, la protección es auto-sustentable), entonces la frustración del salvamento ya no es más una simple omisión de socorro y puede por sí dar lugar a responsabilidad por el delito de lesión correspondiente (homicidio, si *A* muere).

Nótese, a su vez, que en la solución ortodoxa el carácter justificado o no de la acción del necesitado no juega papel alguno. En el ejemplo del naufrago, tanto da que *A* sea responsable por la situación de necesidad en la que se encuentra -en cuyo caso su conducta, que es *ex hypothesi*

---

<sup>9</sup> Cf. McMahan, *supra* n. 4.

típica, no estaría justificada- o que no lo sea -en cuyo caso sería lícita-. La razón de esto reside en que ni los deberes generales de socorro cuya infracción capturan los tipos habituales de omisión de socorro distinguen según cuál sea la fuente del peligro en el que se encuentra la víctima, ni los deberes de no dañar a otros, cuya violación capturan los tipos de lesión, dependen del carácter lícito o ilícito del comportamiento de la víctima.<sup>10</sup>

La solución defendida por Silva Sánchez, a la que -por contraste con la anterior- llamaré *solución heterodoxa*, agrega una premisa a los presupuestos de la solución ortodoxa. Esa premisa consiste en la tesis según la cual el solo hecho de que el necesitado actúe justificadamente al amparo de un estado de necesidad agresivo hace que la acción del intolerante sea suficiente para dar base a la responsabilidad por la comisión del delito de lesión correspondiente. Así, en los casos en los que el intolerante frustra el salvamento del necesitado actuando sólo sobre sus propios bienes -esto es, los casos en los que, según la solución ortodoxa, sólo puede haber responsabilidad por omisión de socorro-, la solución heterodoxa impone al intolerante responsabilidad como autor de la lesión que el salvamento habría evitado (p. ej., homicidio).<sup>11</sup>

La solución heterodoxa necesita una restricción importante si es que ha de evitar implicancias contra-intuitivas. Para que la acción del intolerante que frustra el salvamento del necesitado pueda dar lugar a responsabilidad, ella tiene que tener lugar cuando ya existe un salvamento *en curso*. De otro modo, la solución heterodoxa implicaría la conclusión contra-intuitiva

---

<sup>10</sup> Esto último no niega que cuando el comportamiento actual de la víctima consiste en una agresión ilegítima puede activarse un permiso para infringir el deber de no dañar: la justificación de legítima defensa o defensa necesaria.

<sup>11</sup> Siempre que, cabe recalcar, el necesitado en efecto actúe justificadamente al amparo de un estado de necesidad agresivo. De otro modo, si el comportamiento del necesitado no está justificado -como en la variante del ejemplo del naufrago en la que *A* es responsable por su situación de necesidad- rige la solución ortodoxa, esto es, a lo sumo, el intolerante puede ser responsable como mal samaritano.

de que todos tenemos el deber de asegurar en todo momento que todos nuestros bienes estén a disposición de quienquiera que pueda necesitarlos para salvar otros bienes más valiosos, lo que haría prácticamente imposible disponer de ellos.<sup>12, 13</sup>

El rasgo esencial de la solución heterodoxa es, como dije, la tesis según la cual la justificación de la acción del necesitado es lo que hace que el comportamiento del intolerante -que de otro modo no daría lugar más que a la imputación por omisión de socorro- dé lugar a imputación por la comisión de un delito de lesión. Defender la solución heterodoxa requiere, entonces, defender esa tesis. En lo fundamental, el argumento que ofrece Silva Sánchez es el siguiente: la identificación del contexto en el que obra el necesitado como un estado de necesidad justificante implica que los bienes necesarios para el salvamento están jurídicamente a disposición del necesitado, y eso equivaldría a negar que la protección que tales bienes ofrecen es atribuible al intolerante. Dado que el intolerante, así, removería una protección que, en la medida de la necesidad para el interés preponderante, es para él (y frente al necesitado) ajena, su responsabilidad sería entonces equivalente a la de quien causa de modo

---

<sup>12</sup> Jakobs *supra* n. 2, 7/64, p. 216.

<sup>13</sup> Silva Sánchez agrega una segunda restricción: si el intolerante “al actuar sobre su esfera originaria de organización, se limita a proseguir con la gestión de dicha esfera jurídica de un modo *neutral*, tal como lo tenía previsto de forma más o menos automática, y con ello resulta que impide la conducta del sujeto necesitado o su auxiliador, su conducta infractora del deber de tolerancia es sólo constitutiva de una omisión de socorro, aunque lo sea en forma de ‘omisión por comisión’” (*supra* n. 1, p. [54]). Silva Sánchez no ofrece ninguna razón para defender por qué esa “neutralidad” expresada por la conducta del intolerante impide el tratamiento como delito de lesión. Sólo indica (*ibid.* p. [54] n. 79) que el “carácter estandarizado” de la acción podría quitar relevancia jurídico-penal al comportamiento. Aun asumiendo que el mero “carácter estandarizado” de una acción tiene esa implicancia normativa, no se entiende por qué la “neutralidad” con la que puede actuar el intolerante convierte a su acción en un comportamiento “estandarizado”.

imputable la lesión del necesitado.<sup>14</sup> Expresado en otras palabras, el argumento de Silva Sánchez es que la justificación del necesitado implica el deber fuerte, por parte del intolerante, de no frustrar el acceso del necesitado a los bienes del intolerante que son necesarios para el salvamento. El deber es *fuerte* en el sentido de que su violación da lugar a la responsabilidad del intolerante como autor de la lesión que el salvamento justificado habría evitado, en lugar de la responsabilidad correspondiente por una simple omisión de socorro.

En las secciones que siguen nuestro por qué creo que no es posible inferir, sin más ni más, del hecho de la justificación de la acción del necesitado la clase de deberes para el intolerante que Silva Sánchez postula. Naturalmente, eso no probará demasiado; sólo dirá que no es una verdad analítica, que se siga del sólo concepto de justificación (o de otros implicados por él), que los bienes necesarios para el salvamento no puedan ser atribuidos al intolerante, en el sentido requerido por el argumento de Silva Sánchez. Si tengo razón en ese punto, la corrección de la solución heterodoxa dependerá de un argumento sustantivo que demuestre por qué la relación del intolerante y el necesitado ha de ser concebida del modo propuesto por Silva Sánchez y no de otro, como, por ejemplo, el propuesto por la solución ortodoxa.

3.

Afirmar que la acción del necesitado de servirse de los bienes del intolerante para evitar un mal mayor está *justificada* equivale a afirmar

---

<sup>14</sup> Cf. Silva Sánchez, *supra* n. 1, p [53]: “[E]l 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. Ello significa que la esfera de organización del sujeto pasivo, en tanto que necesaria para salvaguardar los bienes del sujeto activo, se transfiere a la esfera de actividad de éste. Así, el necesitado o su auxiliador, operando en la esfera de organización ajena, estaría ejerciendo sin embargo su propia libertad de organización (directamente -en el caso del agente necesitado- o como gestor de negocios ajenos -en el caso del auxiliador-).”

que es *permisible* para el necesitado llevar a cabo esa acción a pesar de que hay algo en esa acción que fundamenta un juicio de desaprobación o ilicitud.<sup>15</sup> Ahora bien, del hecho de que la acción del necesitado es permisible *no* se sigue que el intolerante o algún otro tenga un deber de favorecerla o de abstenerse de frustrarla. Sencillamente, la existencia de deberes de esa clase no forma parte del significado de *permisibilidad*.<sup>16</sup> Una acción permisible puede no estar acompañada del deber de otros de no interferir con su realización. Supóngase, por ejemplo, un combate de boxeo entre los púgiles *A* y *B*.<sup>17</sup> En ese contexto, es permisible para *A* dar golpes reglamentarios a *B* (y viceversa, para *B* dar golpes reglamentarios a *A*) y, sin embargo, *B* no tiene el deber de dejarse golpear por *A* (y viceversa). En otras palabras, a pesar de que es permisible para un púgil golpear al otro, es permisible para éste resistirse a la acción permisible del primero y viceversa. Casos como este muestran que la permisibilidad de la acción de uno no implica para otros deberes de abstenerse de llevar a cabo acciones que frustren la acción permisible del primero.

El caso del intolerante y el necesitado puede ser concebido como un ejemplo de conflicto de acciones permisibles semejante al de los boxeadores *A* y *B*. Al menos, no hay nada en el concepto de permisibilidad que se aplica a la acción del necesitado que imposibilite esta lectura del

---

<sup>15</sup> En especial, aquello que da fundamento a la tipicidad de la acción y que aquí, para mantener condiciones de generalidad, he referido como “servirse de los bienes del intolerante”. Sobre la posición de que la justificación, en el sentido específico utilizado en el derecho penal, equivale a permisibilidad en los términos expuestos en el texto, v. Robert F. Schopp, *Justification Defenses and Just Convictions* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), pp. 16-21.

<sup>16</sup> Cf., p. ej., Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (2da ed., Oxford: Oxford University Press, 1990) pp. 85-97, esp. 85-9.

<sup>17</sup> Tomo el ejemplo de Genaro Carrió; cf. Genaro R. Carrió, “Nota preliminar”, en W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales* (trad. G. R. Carrió, México D. F.: Fontamara, 1991), pp. 7-21.

caso. El hecho de que la acción del necesitado sea permisible no implica que la acción del intolerante que la frustra no lo sea.

Quizás podría objetarse que el análisis del que depende esa conclusión parte de una noción demasiado amplia de permisibilidad y deja así de lado un rasgo importante de la clase de permiso que el estado de necesidad ofrece, a saber, que el estado de necesidad justifica la realización de acciones que violan normas penales (esto es, acciones penalmente típicas). Ahora, si bien es claro que las causas de justificación aplicables en el derecho penal forman un caso especial de permisibilidad,<sup>18</sup> ¿por qué podría esa peculiaridad modificar el análisis anterior? Una respuesta razonable podría ser la siguiente. Algunos teóricos del derecho sostienen el principio según el cual es deseable que las causas de justificación formen una red coherente que evite la justificación recíproca de las partes enfrentadas en confrontaciones violentas.<sup>19</sup> Una forma de observar este principio consistiría, precisamente, en imponer un deber de no interferir con las acciones justificadas de otros. De ese modo, cada vez que una de las partes de un conflicto violento actuara al amparo de una causa de justificación, no podría estar justificado para las otras partes intervenir en el conflicto. Así, si bien, en general, la permisibilidad de una acción no implica el deber de otros de no interferir, las causas de justificación de un sistema jurídico que evita la justificación recíproca de la violencia sí lo implicarían.

---

<sup>18</sup> Es habitual distinguir entre permisibilidad en sentido fuerte y en sentido débil, y sostener que las causas de justificación son casos de permisibilidad en sentido fuerte; cf., p. ej., Raz, *supra* n. 16.

<sup>19</sup> Cf., p. ej., George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2000 [1978]), pp. 759-62; otros, en cambio, niegan que las causas de justificación deban de cumplir con ese requisito; cf., p. ej., Joshua Dressler, "New Thoughts about the Concept of Justification in the Criminal Law: A Critique of Fletcher's Thinking and Rethinking", *UCLA Law Review*, vol. 32 (1984), pp. 61-99; Kent Greenawalt, "On the Perplexing Borders of Justification and Excuse", *Columbia Law Review*, vol. 84 (1984), pp. 1897-1927.

Esa objeción, sin embargo, no es correcta. El objetivo de no legitimar la violencia mutua no requiere de la imposición de un deber general de no interferir con el comportamiento justificado de otros. Casos como el que sigue ilustran este punto:<sup>20</sup> *C* ataca justificadamente a *D* en un contexto de legítima defensa y, antes de que el ataque de *C* tenga éxito, o bien (a) el policía *E* detiene a *D*, frustrando así el ataque de *C*, o bien (b) el mismo *D* esquivo el ataque de *C*. Si el objetivo de no proveer justificaciones recíprocas en conflictos violentos exigiera la imposición del deber general de abstenerse de frustrar acciones justificadas, entonces cumplir con ese objetivo importaría un compromiso con la posición absurda de que (a) *E* debe abstenerse de detener a *D*, y (b) *D* debe omitir esquivar el ataque. Como ha sostenido recientemente Robert Schopp,<sup>21</sup> lo que ese objetivo requiere es que la acción justificada de una parte en un conflicto violento *no justifique* la acción de la parte que se resiste u opone a ella. Así, por ejemplo, si *C* ataca justificadamente un interés de *D*, y *D* se resiste al ataque mediante una acción que viola una norma que prohíbe actos de violencia -por ejemplo, *D* golpea a *C*-, *D* no ha de poder justificar la violación que comete apelando al comportamiento justificado de *C*. En términos más generales, lo que el objetivo veda es sólo que los actos de resistencia que son ilícitos con independencia del carácter justificado del comportamiento que interrumpen estén justificados en tanto que respuestas al comportamiento justificado de otro. El objetivo no niega, pues, la posibilidad de que los actos de resistencia sean permisibles en virtud de consideraciones independientes de la acción justificada que frustran. Por eso, en el ejemplo inicial, la adopción de ese objetivo no nos compromete con las conclusiones absurdas de que *E* no puede detener justificadamente a *D*, o que es impermisible para *D* esquivar el ataque de *C*. Pues, en efecto, la justificación de la acción de *E* no depende de la acción (justificada)

---

<sup>20</sup> Cf. Schopp *supra* n. 15 pp. 46 s.

<sup>21</sup> *Ibid.* pp. 42-52.

de *C*, y la acción de *D* de esquivar el ataque (justificado) de *C* no viola norma alguna.

De acuerdo con ello, no se sigue de (i) el hecho de que el comportamiento del necesitado esté *justificado* por la concurrencia de un estado de necesidad, y (ii) el principio de que las causas de justificación no deben legitimar la violencia mutua, la conclusión (iii) de que el intolerante deba abstenerse de realizar la acción que priva al necesitado del acceso a los bienes necesarios para el salvamento. Pues, en efecto, es posible que esta acción del intolerante sea permisible a pesar de que ella frustre el salvamento justificado del necesitado. La restricción de que su permisibilidad deba ser independiente de la acción justificada del necesitado no es un impedimento en estos casos: si la acción del intolerante es permisible, lo es por consideraciones independientes de la acción justificada del necesitado; en particular, por consideraciones referidas a su derecho sobre los bienes necesarios para el salvamento. En otras palabras, el intolerante que frustra así un salvamento en curso actuaría permisiblemente por las mismas razones por las que actúa permisiblemente el intolerante que frustra de igual modo un salvamento que aún no ha sido emprendido, cuando la situación de necesidad no se ha configurado todavía.

#### 4.

La conclusión de mi análisis tampoco varía si se postula, como lo hace Silva Sánchez, que el necesitado no sólo tiene un mero permiso, sino que tiene un *derecho* a servirse de los bienes del intolerante que son necesarios para evitar el mal mayor. Dos argumentos principales explican este punto. El primero reside en que la noción de derecho no permite inferir deberes en cabeza del intolerante. El segundo destaca que, aún presuponiendo que la noción de derecho relevante es tal que permite inferir la existencia de deberes para el intolerante, ello no implica que tales deberes sean de la clase de deberes que el argumento de Silva Sánchez necesita. Considero el primer argumento en esta sección y dedico la sección siguiente al segundo.

La noción de derecho es imprecisa. A los efectos de mi argumentación, es suficiente con distinguir dos sentidos distintos del término *derecho*, uno amplio y otro estricto. En su sentido amplio, el término refiere a distintas clases de relaciones normativas. En su famoso estudio sobre conceptos jurídicos fundamentales, W. N. Hohfeld detectó cuatro relaciones distintas a las que suele aludirse con el lenguaje de los derechos, a las que llamó pretensiones (*claims*), privilegios (o libertades), potestades e inmunidades.<sup>22</sup> De estas cuatro relaciones, sólo la primera (derecho-pretensión) implica deberes correlativos de otros. De modo que, en este sentido amplio de *derecho*, el necesitado puede tener un derecho a servirse de los bienes del intolerante para el salvamento necesario sin que eso implique deber alguno en cabeza del intolerante. De hecho, el análisis de las causas de justificación como permisos para llevar a cabo acciones que de otro modo el agente tendría el deber de omitir sugiere que la clase de derecho que las causas de justificación conferirían corresponde a lo que Hohfeld identificó como privilegios o libertades.<sup>23</sup> Considérese el siguiente ejemplo: *A* posee el inmueble *I* y tiene el derecho de excluir a otros (entre ellos a *B*) de él. Este derecho es, en la terminología hohfeldiana, un derecho-pretensión a que *B* (entre otros) no ingrese en *I* y, por lo tanto, implica el deber de *B* (entre otros) de no ingresar en *I*. Si *B* ingresa en *I* actúa incorrectamente -ilícitamente si los derechos y deberes en juego son jurídicos- pues viola el deber correlacionado con el derecho de *A*. Dado que la acción es incorrecta, y que lo es en virtud del derecho de *A*, tiene sentido que *A* proteste ante el mismo *B* por la violación de sus intereses. Sin embargo, si media una causa de justificación aplicable a la conducta de *B*, lo que se sigue de ella es que, en la medida en que la causa de justificación es aplicable, *B* ya no tiene el deber de no ingresar en *I*.

---

<sup>22</sup> Wesley Newcomb Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal*, vol. 23 (1913), pp. 16-59.

<sup>23</sup> Este es el análisis que defiende, p. ej., Schopp, *supra* n. 15, cap. 2.

Esto es, en otras palabras, *B* tiene el derecho-libertad (o el privilegio hohfeldiano) respecto de *A* de ingresar en *I*, lo que implica que *A* no tiene respecto de *B* un derecho-pretensión a que *B* no ingrese en *I* -o, en el lenguaje de Hohfeld, *A* tiene una no-pretensión (*no-claim*) a que *B* no ingrese en *I*-. En consecuencia, si *B* ingresa justificadamente en *I*, *A* no puede válidamente quejarse ante *B* por la invasión de sus intereses.

En contra de esa interpretación podría argüirse que, de acuerdo con ella, el valor del derecho conferido por las causas de justificación sería prácticamente nulo: cualquiera podría interferir a su antojo con la acción justificada de otro. Si, como parece razonable asumir, los derechos son algo valioso, ¿cómo puede ser que algo que prácticamente no tiene valor sea un derecho? Dos observaciones alcanzan para rechazar esta objeción. En primer lugar, no es necesariamente verdadero que del hecho de que las causas de justificación confieran *meras* libertades o privilegios hohfeldianos se siga que cualquiera puede interferir a su antojo con la acción justificada de otro. Normalmente, la libertad provista por una causa de justificación está protegida por deberes (y sus derechos-pretensión correlativos) independientes.<sup>24</sup> En el ejemplo anterior de *A*, *B* y el inmueble *I*, el hecho de que *A* pueda impedir el acceso justificado de *B* a *I* no niega que *A* tenga deberes de abstenerse de realizar ciertas conductas que afectarían la integridad física o la vida de *B*. Entonces, si bien *A* no tendría el deber de no clausurar la puerta de entrada de *I* antes de que *B* lograra ingresar, sí sería impermissible para *A* evitar el ingreso disparando sobre *B* o golpeándolo. Más aún, si *B*, más rápido que *A*, lograra ingresar a *I* antes de que *A* clausurase la puerta de entrada, sería impermissible para *A* expulsarlo de *I* si en el exterior *B* quedaría expuesto al mal mayor.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Cf. Hillel Steiner, *An Essay on Rights* (Oxford: Blackwell, 1994), p. 75.

<sup>25</sup> Como sostuve más arriba, en la sección 2, en los casos de esta clase, en los que el actor remueve una protección operativa y auto-sustentable, el actor daña a la víctima y no simplemente omite salvarla; v. *supra* nn. 5-9 y el texto correspondiente.

En segundo lugar, no puede afirmarse sin más ni más que aquello que confiere un mero privilegio o libertad no tenga valor alguno. Un derecho-libertad hace que lo que de otro modo sería una violación de derechos de terceros sea, para el titular de la libertad, una conducta permisible que esos terceros no pueden objetar. Y eso, sin duda, no es poca cosa.<sup>26</sup>

En suma, si las causas de justificación, en general, y el estado de necesidad agresivo en particular, sólo confieren derechos en el sentido de privilegios o libertades, entonces no se sigue del hecho de que el necesitado tiene un derecho (en ese sentido) a servirse de los bienes del intolerante que el intolerante tiene un deber de abstenerse de frustrar el acceso a sus bienes.

5.

Ahora bien, las cosas no mejoran para la solución heterodoxa aun si se postula<sup>27</sup> que el derecho que el necesitado tiene a servirse de los bienes del intolerante debe ser un derecho en sentido estricto. En este sentido estricto, el término *derecho* equivale a lo que, en la sección anterior, llamé *derecho-pretensión*. Naturalmente, si el derecho del necesitado a los bienes del intolerante es un derecho en este sentido estricto, entonces se sigue que el intolerante tiene un deber de no interferir de modo alguno con el salvamento justificado de aquél. Sin embargo, esto está aún lejos de ser una victoria para la solución heterodoxa.

En efecto, la conclusión de Silva Sánchez de que el intolerante responde como autor de la lesión que el comportamiento del necesitado habría evitado necesita más que la existencia de *algún* deber en cabeza

---

<sup>26</sup> Cf. Judith Jarvis Thomson, *The Realm of Rights* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1990), pp. 50-2. Sin embargo, v. George W. Rainbolt, "Rights as Normative Constraints on Others", *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 53 (1993), pp. 93-111, quien defiende un análisis más restringido.

<sup>27</sup> ¡De algún modo que no implique una falacia de petición de principio!

del intolerante de abstenerse de frustrar el salvamento del necesitado. El deber que la acción del intolerante ha de violar debe ser tal que su violación haga del intolerante un autor de la lesión que la observancia del deber habría evitado. Y no cualquier deber correlativo al derecho del necesitado a servirse de los bienes del intolerante para evitar el mal mayor tiene ese carácter. Precisamente por ello la solución ortodoxa, como muestro a continuación, es consistente con el reconocimiento de un derecho (en sentido estricto)<sup>28</sup> del necesitado a los bienes del intolerante que son necesarios para su salvamento.

La solución ortodoxa no niega que el intolerante tenga el deber de mantener sus bienes a disposición del necesitado a efectos de que éste evite con ellos el mal mayor. Lo que la solución ortodoxa niega es que el incumplimiento de ese deber implique la responsabilidad del intolerante como autor de la lesión que el salvamento habría evitado. De acuerdo con la solución ortodoxa, el intolerante puede ser responsable como autor de una omisión de socorro. Lo que quiero agregar ahora es simplemente que este deber de auxiliar al necesitado que el comportamiento del intolerante violaría es el correlato de un derecho del necesitado: el derecho del necesitado a servirse de los bienes del intolerante para evitar el mal mayor. Si tengo razón habré mostrado, entonces, que la proposición de que el necesitado tiene el derecho que Silva Sánchez postula que tiene no implica la conclusión que Silva Sánchez pretende derivar de ella.

El argumento que quiero esbozar aquí es sencillo y, por cierto, no original<sup>29</sup>. Supóngase un caso cualquiera de aplicación del deber general de auxilio; por ejemplo, el siguiente: un transeúnte se topa con una persona desconocida cuya vida está en peligro y que aquél podría salvar con un simple llamado telefónico a un servicio público de urgencias médicas. En tales circunstancias, el transeúnte tiene el deber de hacer ese llamado

---

<sup>28</sup> En lo que sigue omitiré esta aclaración; salvo que indique lo contrario, usaré el término “derecho” en su sentido estricto, como derecho-pretensión.

<sup>29</sup> Cf., p. ej., Feinberg, *supra* n. 3, *passim*.

telefónico y, así, salvar la vida del desconocido. Si omitiera cumplir con ese deber, el transeúnte respondería por una simple omisión de socorro. Por supuesto, es posible negar que el deber del transeúnte sea el correlato de un derecho del desconocido. Ahora, quien renuncia a la idea de que el deber del transeúnte en este caso es el correlato de un derecho del desconocido renuncia a algo importante. En efecto, en general, afirmar que el deber de *A* de hacer *X* es el correlato de un derecho de *B* es decir algo acerca del fundamento de ese deber: en especial, que hay algo importante en *B* (alguno de sus intereses, su autonomía, etc.) que da fundamento al deber de *A* de hacer *X*, y que, por lo tanto, es *en el interés de B* que *A* debe hacer *X*, o bien que *A le debe a B* hacer *X*.<sup>30</sup> Negar que el deber del transeúnte deriva de un derecho del desconocido equivale, entonces, a negar la posibilidad de una fundamentación de esa clase. En especial, quien niega el derecho de la persona en peligro (pero afirma el deber de auxilio) se compromete con ideas como las que siguen: la razón de ser del deber del transeúnte de auxiliar al desconocido es ajena a los intereses de éste último; su incumplimiento no implica nada por lo que el desconocido pueda sentirse personalmente afectado; si bien el desconocido puede ciertamente lamentarse de que el transeúnte no cumpla con su deber, carece de toda legitimidad para exigirle ese cumplimiento, o para quejarse ante él si no cumpliera; si, a pesar de ello, el desconocido le exigiera al transeúnte el cumplimiento de su deber, o se quejara ante él por su incumplimiento, el transeúnte podría con razón responderle “¡Métase en sus propios asuntos!” -después de todo, si él cumple con sus deberes, o no los cumple, no es algo que incumba al desconocido-; etc.<sup>31</sup> Quien, como yo, encuentre radicalmente desatinadas estas ideas acerca

---

<sup>30</sup> Cf. Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986), cap. 7; Joel Feinberg, “In Defense of Moral Rights: Their Bare Existence”, *Freedom & Fulfillment* (Princeton NJ: Princeton University Press, 1992), pp. 197-219.

<sup>31</sup> Cf., con términos semejantes, Feinberg, *ibid.*, p. 204 y, aplicando este análisis al caso del deber de auxilio, *supra* n. 3, p. 188.

de la relación normativa que une al desconocido con el transeúnte, encontrará, entonces, radicalmente desatinada la idea de que el deber de auxiliar al desconocido en peligro no presupone el derecho correlativo de la persona en peligro. Quien, a su vez, crea que la persona del desconocido juega un papel central en la fundamentación del deber del transeúnte y que, por lo tanto, éste le debe a aquél el salvamento, tendrá entonces todas las razones para creer que el deber del transeúnte encuentra su fundamento en el derecho correlativo del desconocido.

De lo anterior no se sigue que, en efecto, el deber general de auxilio que reflejan los tipos penales de omisión de socorro implique el derecho correlativo de la persona en peligro. Lo que el argumento muestra es sólo que es posible que los deberes de esa clase encuentren su fundamento en derechos de las personas en peligro y, más aun, que esa es la posición intuitivamente más atractiva. En cualquier caso, eso es suficiente para sostener lo que quiero defender aquí, esto es, que no se sigue del hecho de que el necesitado tenga un derecho al salvamento, que el intolerante deba responder como autor de la lesión que el salvamento frustrado habría evitado. Esa conclusión no se sigue -al menos, ese ha sido mi argumento hasta aquí- pues es posible que el deber al que aquel derecho da fundamento no sea otro que el deber general de auxilio, cuya violación sólo autoriza la imputación por el delito de omisión de socorro.

Con todo, alguien podría objetar el razonamiento anterior con el argumento siguiente. La tesis de que el deber general de auxilio tiene fundamento en los derechos de la persona que necesita socorro puede bien ser correcta como tesis de moral crítica; sin embargo, ella no se refleja en las prácticas jurídico-penales efectivamente existentes -y, por lo tanto, fracasaría como interpretación del derecho penal actual-. En efecto, la legislación penal comparada muestra que el comportamiento de quien, como el transeúnte del ejemplo anterior, omite salvar al desconocido cuya vida está en peligro, cuando es punible, lo es con una pena más bien baja (típicamente exigua) que contrasta con las penas mucho más severas previstas para la causación imputable de daños equivalentes a los que

siguen a la omisión de auxilio. Esto sugiere la tesis de que el deber de auxilio que estas prácticas punitivas reflejan es un deber débil, en comparación con los deberes fuertes reflejados en tipos legales como el homicidio. Una explicación natural de la diferencia entre el deber débil de auxiliar al desconocido y el deber fuerte de abstenerse de hacer aquello que conduciría a un daño equivalente podría apelar a una diferencia en términos de derechos: mientras quien causa daño a otro viola un derecho de éste, quien sólo omite auxiliar a un desconocido no viola derecho alguno (esto es, el transeúnte tiene el deber de auxiliar al desconocido, pero el desconocido no tiene un derecho a ese auxilio). La diferencia de reacción punitiva reflejaría precisamente esta diferencia normativa.

Quien -como yo- sostiene que el que omite auxiliar al desconocido viola derechos de éste se ve entonces obligado a explicar la diferencia punitiva en otros términos. Si no hubiera una explicación de la diferencia punitiva consistente con la visión del deber de auxilio como correlato de derechos de los individuos en peligro, eso podría restarle plausibilidad a mi argumento. Sin embargo, existe una explicación de la diferencia a la vez convincente y compatible con esa visión.<sup>32</sup> La explicación, en pocas palabras, es la siguiente. Las penas bajas previstas para la omisión de socorro no expresan la supuesta debilidad del deber general de salvar a quienes están en peligro. Antes bien, ellas son el reflejo del arreglo institucional establecido para administrar el cumplimiento colectivo de ese deber que pesa sobre todos y cada uno de los miembros de la comunidad. El arreglo consiste, básicamente, en la creación de instituciones y roles a los que se les asigna competencia para el auxilio de distintas personas y respecto de distintos peligros. De ese modo, se aumenta las chances de salvamento de las personas en peligro, pues se favorece la especialización y se evitan problemas de acción colectiva. La contribución de los miembros de la comunidad al sostenimiento de ese arreglo

---

<sup>32</sup> Cf., p. ej., Feinberg, *supra* n. 3, pp. 194-6.

institucional es el modo en que cada uno de ellos cumple con su deber de salvar a quienes caen en situaciones de peligro. Parte de esa contribución consiste en el deber, derivado de aquél, de poner en funcionamiento la maquinaria preestablecida para el socorro de personas en peligro cuando eso queda en manos de un ciudadano cualquiera -típicamente, alertando al servicio de emergencias correspondiente, o a quien de otro modo se halla en posición de garantía, o mediante una acción de rescate no más costosa que las anteriores-. Los tipos penales de omisión de socorro respaldan con pena sólo este deber derivado, esto es, sólo la porción minúscula del deber general de rescatar a quienes están en peligro que, bajo el arreglo institucional de administración colectiva, ha quedado a cargo de todos y cada uno de los miembros de la comunidad. De acuerdo con esta explicación, lo exiguo de la pena prevista para la omisión de socorro refleja el carácter parcial, y comparativamente poco relevante, de ese deber derivado.

Si esa es la mejor interpretación del fundamento de la responsabilidad por omisión de socorro, tal como se la concibe en las legislaciones penales actuales que incluyen leyes del mal samaritano, es algo que puede quedar de lado aquí. Mi intención es simplemente advertir que postular que el necesitado tiene un derecho a evitar el mal mayor a costa de los bienes del intolerante no implica para el intolerante más responsabilidad que la responsabilidad por una simple omisión de socorro.

6.

Es tiempo de recapitular. Silva Sánchez encuentra en el hecho de que el necesitado obra justificadamente al amparo de un estado de necesidad agresivo el fundamento de un deber fuerte de tolerancia en cabeza de aquel de cuyos bienes se sirve el necesitado para evitar el mal mayor. La posición de Silva Sánchez se aparta de la solución ortodoxa, según la cual la regla es que el deber de tolerancia de la acción justificada del necesitado no es más que una manifestación del deber general de socorrer a quienes están en peligro y, por lo tanto, su violación sólo puede

dar lugar a responsabilidad por una omisión de socorro. He intentado mostrar aquí por qué no es posible derivar la existencia del deber fuerte que necesita el argumento de Silva Sánchez como una verdad conceptual que se sigue de los conceptos normativos que pueden predicarse más o menos incontrovertiblemente de la acción del necesitado (en particular, permisibilidad, justificación y ejercicio de un derecho). Mis argumentos, vale recalcar, no niegan la posibilidad de que el intolerante tenga, en efecto, el deber fuerte que Silva Sánchez postula. Antes bien, ellos sugieren que la defensa de la tesis que postula la existencia de ese deber necesita de una argumentación moral sustantiva.