

PRESENTACIÓN

Con cierta frecuencia se afirma que los problemas filosóficos carecen de solución; que no hay progreso en filosofía. Estas afirmaciones se basan normalmente en la decepción que produce constatar que los mismos temas reaparecen una y otra vez en la agenda de discusión. Sin embargo, aún cuando fuese verdad que los problemas filosóficos no pueden ser resueltos de manera definitiva, es indudable que el *modo* en que los problemas son formulados es un aspecto importante de los cambios en las discusiones filosóficas. Esto significa que el debate en filosofía tiene un valor especial ya que es precisamente este intercambio racional de argumentos lo que clarifica los problemas y otorga vitalidad a sus nuevas formulaciones. El reconocimiento de la relevancia del debate filosófico y la necesidad de contribuir al mismo son las razones que nos impulsan a presentar *DISCUSIONES* como una revista dedicada al análisis de problemas de teoría del derecho, ética, filosofía política y social.

Esta revista no pretende ser el órgano de difusión de ninguna escuela filosófica en particular y, por consiguiente, espera beneficiarse del debate entre diversas corrientes de pensamiento. *DISCUSIONES* intenta ofrecer un marco de intercambio que permita la crítica y la defensa de las ideas presentadas. Cada número de la revista será dedicado a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte de los autores del trabajo principal.

El objetivo de *DISCUSIONES* es integrar ámbitos de debate, conectar grupos de investigación de distintos lugares del mundo, y ofrecer un espacio institucional para tareas comunes. Por esta razón, se intentará que cada volumen sea coordinado por un *editor invitado*, que se encargará

de seleccionar el tema a debatir, y los autores de los diferentes trabajos. Cada volumen incluirá una presentación de la discusión a cargo del editor del número en cuestión. En este sentido, invitamos calurosamente a proponer temas de debate o a asumir las tareas de editor. La evaluación de las propuestas de debate, así como también de la calidad de los trabajos centrales de cada discusión, estará a cargo de la dirección de la revista y del Consejo Asesor.

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.

DERECHOS DE NECESIDAD AGRESIVA Y DEBERES DE TOLERANCIA

Jesús-María Silva Sánchez*

1. Introducción.

Es pacífico concluir que quien obra en el marco del denominado “estado de necesidad justificante”¹ no actúa de modo penalmente antijurídico. Con todo, existen dudas acerca del exacto significado de esa afirmación². En concreto: sobre si quiere decir sólo que la conducta del sujeto no está prohibida por el Derecho Penal³, de modo que no se da el primero de los presupuestos de aplicación de una norma de sanción jurídico-penal; o si quiere decir, además, que tal conducta no infringe norma de conducta alguna, de modo que está permitida por el Derecho en general; o si, además, significa que el sujeto está ejerciendo un derecho (el denominado derecho de necesidad -*Notrecht*-).

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

¹ Cuyo alcance no pongo en cuestión en este texto, remitiéndome, por tanto, a su caracterización por la doctrina dominante, así como al tenor del § 34 StGB.

² Cfr. las referencias históricas en *Renzikowski*, *Notstand und Notwehr*, Berlin 1994, p. 187, notas 122, 123.

³ Como es sabido, para un sector doctrinal las cosas no son exactamente así, sino que la conducta justificada sigue estando *genéricamente prohibida y sólo excepcionalmente permitida*. Esta posición tiene que ver con una concepción de la relación entre tipicidad y antijuricidad o, en otros términos, de la relación de las permisiones con las normas de mandato y prohibición distinta de la que aquí se sigue. Pero, en todo caso, también para este punto de vista la conclusión es que la conducta justificada *no es indebida*, por lo que no es necesario, a los efectos que aquí interesan, profundizar en ese debate, en parte superado.

Esto último es lo que aquí interesa de modo especial. Ciertamente, si el sujeto necesitado (o quien le ayude, en los términos del denominado *auxilio necesario*) tiene éxito en su empeño, se concluye por lo general que no obra antijurídicamente y, por lo tanto, no se le sanciona penalmente. Expresado de otro modo: el carácter no prohibido de la conducta justificada implica, en todo caso, que los órganos del Estado tienen el *deber de tolerarla*⁴; éstos no pueden impedir su realización y, desde luego, una vez realizada no pueden someterla a pena. Pero ¿qué ocurre si el tercero afectado por la conducta del sujeto necesitado o de su auxiliador reacciona impidiendo que éstos logren su propósito? Más concretamente: ¿Incorre en algún género de responsabilidad el sujeto afectado por la conducta necesaria -u otro sujeto que, a su vez, se ponga de su parte- que tiene éxito en impedir la conducta del necesitado o su auxiliador? Y, de responderse afirmativamente a lo anterior, ¿en qué responsabilidad?⁵ En estrecha relación con esto se halla todavía una pregunta más: si el sujeto afectado por la conducta necesaria se opone a ella, ¿en qué términos puede reaccionar, entonces, el sujeto necesitado para tratar de neutralizar tal oposición?⁶

Una *primera posibilidad* sería afirmar que si el tercero afectado por la conducta necesaria u otro que obre por su cuenta impiden que dicha conducta tenga éxito, no sucede nada. Es decir, que el tercero afectado por la conducta del necesitado o de su auxiliador no tiene el deber de soportarla; y, por tanto, si él -o alguien en su favor- consiguen

⁴ En cambio, los órganos del Estado no tienen el deber de tolerar conductas sólo disculpadas.

⁵ Esta pregunta por la responsabilidad admite diversas variantes. Por ejemplo: ¿qué ocurre si el tercero afectado -o su auxiliador- intentan impedir la conducta del necesitado y no lo consiguen? ¿qué ocurre si impiden la conducta del necesitado sin quererlo, pero por imprudencia?

⁶ No deja de resultar sorprendente que, en el marco de una monografía de más de trescientas cincuenta apretadas páginas sobre el estado de necesidad justificante como la de Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin 2002, estas preguntas queden sin una respuesta mínimamente precisa: cfr. pp. 154-156, especialmente el final de la nota 23.

neutralizarla, de ahí no se deriva la constatación de infracción ni la imposición de sanción alguna. Desde luego, la aceptación de esta posibilidad tiene algo de paradójico, pues conduce a la siguiente conclusión: el que obra en estado de necesidad justificante, si tiene éxito, es decir, consigue la causación del mal menor necesario para evitar el mal mayor, no es sancionado. Pero, antes de conseguirlo, es decir en el momento de actuar, el Derecho no le respalda frente a quien se oponga a su conducta, de modo que, si es este último quien tiene éxito, tampoco el Estado le somete a pena alguna. Y el primero no podría reclamar el auxilio de los órganos del Estado para que le ayudaran a neutralizar la resistencia del afectado.

Esto, de ser cierto, pondría de relieve la posición, significativamente débil, de quien actúa en estado de necesidad realizando algo no prohibido pero sin tener un derecho a realizarlo. Un derecho que daría lugar, como lógico correlato, al deber de terceros de tolerar su realización⁷. Pues dicho sujeto sólo vería protegidas sus posiciones de hecho ya alcanzadas; pero no podría contar con el respaldo del Derecho para alcanzarlas⁸.

Una *segunda posibilidad* es afirmar que, en efecto, tanto el tercero afectado como cualesquiera otros sujetos están obligados a no impedir la conducta justificada del necesitado o de su auxiliador. Esta segunda posibilidad es la acogida cuando en Derecho Penal se alude a la existencia

⁷ Coincidente *Renzikowski*, Notstand, p. 193.

⁸ En la práctica, la situación del sujeto se aproximaría a la del estado de necesidad disculpante. No extraña, en este sentido, que Kant rechazara la propia posibilidad de un estado de necesidad justificante, al negar la existencia de un “*derecho de necesidad*”. Cfr. últimamente sobre ello, *Pawlik*, Notstand, pp. 18 y ss. De todos modos, como indica *Perron*, *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht*, Baden-Baden 1988, p. 87, el derecho de injerencia y el correlativo deber de tolerancia no constituyen propiedades necesarias ni específicas de las causas de justificación. La posición opuesta era sostenida, por ejemplo, por *Maurach*, *Tratado de Derecho penal* (trad. Córdoba Roda), I, Barcelona 1962, p. 367: “*toda causa de justificación confiere un propio derecho de necesidad al agente*”; siguiéndole, *Bacigalupo*, *Principios de Derecho penal*, PG, 4ª edic, Madrid 1997, p. 267, quien ve en el deber de tolerancia la contrapartida de la justificación.

de *deberes de tolerancia* o de sacrificio (*Duldungspflichten*, *Aufopferungspflichten*) en relación con, al menos, algunas causas de justificación, entre las que se cuenta el estado de necesidad agresivo, objeto concreto de estas páginas⁹. En efecto, con ello se pretende concretamente hacer referencia a que las conductas típicas amparadas por *ciertas causas de justificación*¹⁰ constituyen el ejercicio de un *derecho de intromisión* del sujeto justificado en la esfera de un tercero, que debe ser soportado por éste y no impedido por nadie. La imposición legal de este deber de tolerancia se esgrime incluso como “prueba” del carácter justificado -en sentido estricto- de la intervención¹¹. Es decir, precisamente porque habría un deber de tolerancia podría hablarse de un verdadero “derecho de necesidad”. En cambio, más allá del deber de tolerancia del afectado no habría tal derecho de necesidad, aunque sí podría llegar a sostenerse quizá que el hecho no está prohibido penalmente o que no constituye un injusto penal.

Resulta prácticamente seguro que la naturaleza del deber de tolerancia del Estado, al que se aludió más arriba, y la del deber de tolerancia del afectado (y otros terceros) con respecto a la conducta típica y justificada, son distintas. La fuente del deber de tolerancia del Estado se halla en el propio carácter no prohibido de la conducta justificada. En cambio, el deber de tolerancia del afectado y de otros terceros no se deriva sin más

⁹ *Hruschka*, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlin 1983, pp. 89 y ss; *Kühl*, *Freiheit und Solidarität bei den Notrechten*, Festschrift für H.J. Hirsch zum 70. Geburtstag, Berlin/ New York 1999, pp. 259 y ss., 266. Cfr., en cambio, el escepticismo de *Freund* acerca de la apreciación automática de deberes de tolerancia en relación con las conductas amparadas por una causa de justificación (*Duldungspflichtautomatik*), en *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 1, München 2003, consideraciones previas a los §§ 13 y ss, n° marg. 194, 208 y ss, 210.

¹⁰ *Perron*, *Rechtfertigung*, p. 86; *Günther*, *La clasificación de las causas de justificación en Derecho Penal* (trad. Luzón Peña), en Luzón/ Mir (coord.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Pamplona 1995, pp. 45 y ss., 54.

¹¹ *Stratenwerth*, *Strafrecht AT, I, Die Straftat*, 4ª edic., Köln 2000, 9/ 48.

del carácter no prohibido de la conducta justificada, sino que su fuente debe de hallarse en una norma adicional. La cuestión es determinar la fuente del deber de tolerancia de terceros con respecto a la conducta realizada en estado de necesidad agresivo. Si se trata simplemente de un deber moral o de un deber jurídico y, más concretamente, jurídico-penal. En este último caso, procedería determinar si su infracción da lugar a sanción y a qué concreta sanción.

2. El fundamento del deber de tolerar conductas realizadas en estado de necesidad agresivo.

2.1. El contenido del deber de tolerancia.

Puede afirmarse que existe acuerdo en que la imposición de un deber de tolerancia implica, para el titular de una determinada esfera de derechos, la inexistencia de un *derecho subjetivo de exclusión* de terceros de dicha esfera¹². Ello se traduce en la imposibilidad de justificar un acto concreto de exclusión de dichos terceros sobre la base de la legítima defensa o del propio estado de necesidad¹³. Y, consiguientemente, aunque esta cuestión resulta mucho menos clara en la discusión doctrinal, en la sanción jurídica (supuestamente, jurídico-penal) del referido acto de exclusión fáctica de terceros, que constituiría una “*vía de hecho*”. Expresado de modo inverso, todo ello implica que *el sujeto que accede a*

¹² Por tanto, el deber de tolerancia implicaría que los terceros tampoco tuvieran un deber negativo de respeto de dicha esfera de derechos (en la medida en que ello se concretara).

¹³ *Hirsch*, en Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11ª ed., Berlin 1999, § 34, nº marg. 1; *Lenckner/Perron*, en Schönke/Schröder, *StGB Kommentar*, 26ª ed., München 2001, § 34, nº marg. 1; previos al § 32, nº marg. 10. De modo que el sujeto afectado por el deber de tolerancia, si realiza un acto de exclusión, comete una agresión ilegítima.

la esfera de derechos de otro vinculado por deberes de tolerancia con respecto a aquél no cuestiona sus derechos de libertad negativa: no vulnera las relaciones jurídicas existentes entre sus correspondientes esferas de organización. Más adelante se examinará cómo se concreta y cuáles pueden ser las consecuencias de esta observación.

2.2. Fundamento del deber de tolerancia y estado de necesidad.

En otras causas de justificación, como la legítima defensa, la fundamentación del deber de tolerancia puede ser, quizá, más sencilla. En el caso del estado de necesidad agresivo, en cambio, procede admitir de entrada que no resulta fácil explicar por qué un tercero ajeno a la situación de necesidad debe tolerar la intervención del sujeto necesitado o de su auxiliador, abandonando sus bienes a la acción de éstos¹⁴. Así las cosas, la cuestión relativa al fundamento del deber de tolerancia de las conductas realizadas en estado de necesidad agresivo se ha tratado de resolver por remisión a la pregunta sobre la *ratio* de dicho estado de necesidad. Algunos autores recurren a una fundamentación utilitarista¹⁵, para la que el deber de tolerancia del afectado se basa, como el propio estado de necesidad agresivo, en el balance social global de la acción realizada por el sujeto

¹⁴ Kühl, Strafrecht AT, München 1994, 8/7. Jakobs, Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de permisión (trad. Feijóo), RPDJP 4, 2003, p. 205: "...la agresión en el estado de necesidad agresivo sucede responsablemente y por ello tendría que ser tratada conforme a las reglas de la legítima defensa. Los ámbitos de organización del beneficiado y del perjudicado no están vinculados ya conflictivamente, sino que el que se encuentra en la situación de necesidad exige a alguien con el que hasta entonces no había tenido contacto (¿por qué precisamente a él?) un sacrificio".

¹⁵ Cfr. Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), Berlin 1990, *passim*. Vid. otras referencias y críticas en Renzikowski, Notstand, pp. 41 y ss.; Pawlik, Notstand, pp. 32 y ss.; también en Jakobs, Strafrecht AT, 2ª edic., Berlin 1991, 13/8 nota 19 b; Kühl, FS f. Hirsch, p. 264.

necesitado¹⁶. Sin embargo, el planteamiento utilitarista, incluidas sus variantes que tratan de integrar límites de naturaleza deontológica, ha sido mayoritariamente rechazado¹⁷. Así, un rápido examen de la doctrina pone de relieve que por lo común se alude a que el fundamento del estado de necesidad agresivo -y, por añadidura, del deber de tolerancia de terceros- se halla en el principio de solidaridad¹⁸. Partiendo de que éste muestra, de entrada, una naturaleza moral¹⁹, se ha intentado explicar su juridificación²⁰ desde perspectivas, por un lado, contractualistas y, por el otro, institucionalistas²¹.

La primera perspectiva apunta que la solidaridad no es expresión de una actitud moral (que a nadie cabría exigir y que en el *estado originario*

¹⁶ Cfr. la descripción y crítica de Kühn, AT, 1994, 8/8; asimismo, Merkel, La filosofía ¿"convivido de piedra" en el debate del Derecho Penal? (trad. Sánchez-Ostiz), en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.)/Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Esp.), La insostenible situación del Derecho Penal, Granada 2000, pp. 181 y ss., 191 y ss., 201 y ss.

¹⁷ Por muchos, Köhler, Strafrecht AT, Berlin 1997, p. 283; Pawlik, Notstand, p. 51 y ss., con especial referencia y crítica a las tesis contemporáneas que integran la fundamentación utilitarista con otra deontológica asentada en consideraciones de solidaridad (p. 51 nota 115).

¹⁸ Cfr., por muchos, Samson, en Rudolphi/Horn/Samson/Günther/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum StGB, 7ª ed., Neuwied 1999, § 34 n° marg. 2; Jakobs, AT, 2ª edic., 11/3. También, Frister, Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, pp. 291-292; Kühn, AT, 8/9; Renzikowski, Notstand, p. 195; Pawlik, Notstand, pp. 57 y ss., 112, 120 y ss. En España, es fundamental la contribución de Baldó Lavilla, Estado de necesidad y legítima defensa, Barcelona 1994, pp. 67-68, 90 y ss., 97: solidaridad general intersubjetiva; vid. también Bacigalupo, Principios, 4ª, p. 267.

¹⁹ Como es sabido, Kant lo incluía en su "Tugendlehre". Lo recuerda ahora, entre otros, Jakobs, RPDJP 4, 2003, pp. 195 y ss., 204-205.

²⁰ Kühn, FS f. Hirsch, p. 274-276, partiendo del carácter moral del referido deber, acaba admitiendo, bajo ciertas condiciones, su ulterior calificación como deber jurídico. Por otro lado, sobre la juridificación del deber, inicialmente moral, de socorro cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Pflichtdelikt und Beteiligung, Berlin 1999, pp. 111 y ss; Alcácer Guirao, Autonomía, solidaridad y deber de socorro (Un apunte histórico), ADPCP 2000, pp. 361 y ss..

²¹ Pawlik, Notstand, 80 y ss., 103 y ss.

no puede darse por supuesta), sino consecuencia exclusiva de una cooperación racionalmente motivada. En otras palabras, afirma que todo egoísta racional, en el estado originario y tras el *velo de la ignorancia*, ha de tener buenas razones para aceptar *un principio de solidaridad mínima garantizada recíprocamente*²². Como se advierte, el planteamiento se mueve entre coordenadas de carácter básicamente procedimentalista.

Desde la segunda de las perspectivas mencionadas se afirma, en cambio, que el derecho de necesidad constituye la institucionalización jurídica de un deber moral de solidaridad interpersonal y, por tanto, se separa de un modelo liberal-individualista de Derecho²³, para integrarse en el marco de un pensamiento comunitario²⁴. Con todo, en este planteamiento también sigue sin quedar claro el fundamento y alcance de la institución “solidaridad”.

La perspectiva institucionalista ha adquirido una nueva dimensión en recientes aportaciones que, sobre la base de la filosofía de *Hegel*, integran la fundamentación del estado de necesidad agresivo en una concepción del Estado como garante no sólo del derecho formal-abstracto, sino también de un derecho (material) al bienestar. Lo esencial de este planteamiento es que implica extraer la idea de solidaridad del ámbito del mundo de la vida, y de las relaciones interpersonales, para configurarla

²² Especialmente, *Merkel*, en *La insostenible situación*, pp. 196 y ss., 198. Crítico con la fundamentación de *Merkel*, *Pawlik*, *Notstand*, pp. 67 y ss.

²³ *Jakobs*, *Strafrecht*, AT, 2ª edic., 11/3; Con matices *Neumann*, *Nomos Kommentar zum StGB*, Baden-Baden 1995, § 34 n° marg. 9, quien añade que ello supone una limitación de los principios liberales, pero no una suspensión de la fundamentación individualista de las relaciones sujeto-sociedad.

²⁴ *Renzikowski*, *Notstand*, pp. 196-197: “*Ausdruck eines Gemeinschaftsdenkens*”, “*Ausdruck der Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums*”; también *Erb*, en *Münchener Kommentar StGB*, München 2003, § 34 n° marg. 6, quien alude a una “*Sozialfeindlichkeit*” del sujeto que incumple el deber de tolerancia, cuya conducta no sería compatible con la referencia comunitaria del individuo. Sobre este modelo de fundamentación, centrándose en la cuestión del deber de socorro, *Alcácer*, *ADPCP* 2000, pp. 365 y ss.

desde dentro del propio sistema jurídico-político. En este marco pueden situarse las tesis de *Jakobs* y de *Pawlik*.

Así, en su última aproximación al problema, *Jakobs* fundamenta el estado de necesidad agresivo y el deber de ayuda en situaciones de necesidad en que “*el citizen se tiene que ocupar de lo general*”, lo que presupone, más allá de una sociedad civil, “*la existencia de relaciones públicas justas, es decir, un orden estatal*”²⁵. En otras palabras, sosteniendo que “*de la idea de responsabilidad política de todos los ciudadanos se deduce el derecho y el deber de actuar para el Estado en casos de desastre sacrificando bienes de escaso valor o soportando ese tipo de acciones*”²⁶. Esta misma idea ha sido desarrollada extensamente por *Pawlik*, para concluir que es posible atribuir al individuo, como parte integrante de su posición de ciudadano, el deber de soportar en casos excepcionales la injerencia de terceros en la propia esfera jurídica²⁷. Se afirma que en el estado de necesidad agresivo entran en colisión “*pretensiones de libertad*”²⁸. En concreto, que en su base se halla la tensión dialéctica entre el derecho abstracto y el derecho al bienestar, ambos elementos parciales de la idea compleja de libertad jurídicamente garantizada²⁹. Todo ello parece implicar una modificación de la noción de libertad jurídica asentada sobre el criterio rector (estático) de separación

²⁵ RPDJP 4, 2003, p. 206: de ahí se deriva que el burgués propietario, convertido en ciudadano, tenga que soportar “*en casos de desastre, y en la medida en que no se pueda conseguir ayuda estatal, menoscabos insignificantes para el mantenimiento de una tarea pública, o bien, a tener que intervenir auxiliando en una gestión de negocios sin mandato a favor del Estado*”.

²⁶ RPDJP 4, 2000, p. 207. Ello implica que no se trataría de solidaridad interpersonal, sino que la víctima se beneficiaría del reflejo de un deber que el ciudadano tiene respecto al Estado (p. 209).

²⁷ *Pawlik*, Notstand, p. 123: “*Der Eingriffsadressat wird als Rrepresentant der Allgemeinheit zur Erfullung eines Anliegens der Allgemeinheit herangezogen*”.

²⁸ *Pawlik*, Notstand, p. 103-104: “*Freiheitsanspruche der Konfliktbeteiligten*”.

²⁹ *Pawlik*, Notstand, p. 26, 82-83, 88.

de esferas jurídicas, fuera de la cual sólo se hallaría el principio de solidaridad mínima interpersonal, con la finalidad de atenuar los efectos del principio “*casum sentit dominus*”.

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 distribución³⁰. Ello tiene lugar, en general, a través de instituciones públicas organizadas³¹. 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” subsidiarias³².

El deber de tolerancia aparece, en suma, como un deber cuasiinstitucional³³ 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

³⁰ Pawlik, Notstand, pp. 115, 122. Obsérvese la (relativa) proximidad de esta posición con respecto a la de Köhler.

³¹ A las que el ciudadano contribuye, en primera instancia, mediante el pago de impuestos: Pawlik, Notstand, p. 120, 180. Por ello, en realidad, si bien el derecho de necesidad puede teorizarse desde la perspectiva de la libertad jurídicamente garantizada, no es una consecuencia necesaria de ésta. En otras palabras, no pertenece al núcleo irrenunciable de un Derecho Penal moderno.

³² Pawlik, Notstand, p. 104.

³³ Como deber (subsidiario) de contribuir al mantenimiento de un sistema de “libertad real”. El estado de necesidad agresivo cumple, pues, una función de cierre (“*freihändige Schließung von Lücken*”, p. 184). Sobre lo inadecuado de cubrir “necesidades estructurales” de una sociedad por remisión a deberes de solidaridad cfr. *Papageorgiou*, Schaden und Strafe, Baden-Baden 1994, pp. 206 y ss., 213. Sin embargo, conviene no olvidar que en Estados en los que el grado de institucionalización real se mantenga radicalmente lejos de su marco normativo programático, la excepción podría tener que convertirse en regla. Sentado un determinado marco jurídico (digamos, de Estado social), existe una relación inversa entre la densidad institucional existente y el papel de la “cuasi-institución” estado de necesidad agresivo. Sin embargo, el tema no puede ser desarrollado aquí.

a subvenir a las necesidades de los ciudadanos³⁴. Es, expresado en otros términos, un deber positivo basado en una (cuasi)institución (cuasi)estatal de incidencia subsidiaria. Pero, por lo que parece, ello sería aplicable también al deber de socorro en situaciones de peligro, de modo que entre uno y otro no se establece diferencia alguna³⁵. Lo que habría de conducir en todo caso, según parece, a que la sanción de la infracción del deber de tolerancia fuera la propia de la infracción del deber de socorro.

3. ¿Qué relación existe entre deberes de tolerancia (pasiva) y deberes de socorro (activo)?

Si el fundamento del estado de necesidad agresivo y del deber de tolerancia que le es inherente se sitúan -ambos- exclusivamente en el marco de la idea de solidaridad (interpersonal o canalizada a través de las instituciones del Estado), entonces el deber de tolerancia no es sino una especie dentro del género de los deberes de solidaridad. A ello se suele aludir de modo no infrecuente indicando que el deber de tolerancia (*Duldungspflicht*) es un deber de solidaridad pasiva, paralelo al deber de solidaridad activa -*Handlungspflicht*- (deber de socorro)³⁶.

³⁴ Pawlik, Notstand, pp. 112, sobre el primado de las instituciones, pp. 182 y ss. Conviene recordar que ya antes Pawlik, *Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur*, GA 1995, pp. 360 y ss., había apuntado que el fundamento del deber de socorro sólo se hallaría en apariencia en la solidaridad interpersonal, mientras que en realidad se trataría de la delegación en los ciudadanos de funciones policiales.

³⁵ Cfr. Pawlik, Notstand, pp. 154-155, quien entiende incluso que el deber de tolerancia limita más la libertad del sujeto que el deber de socorro (de lo que -parece- habría que derivar que su infracción debe ser considerada más leve que la del deber general de socorro).

³⁶ Sobre la “vinculación”, “paralelismo”, u otras expresiones similares, Neumann, NK, § 34 n° marg. 9; Erb, MünchK, § 34 n° marg. 6; Baldó, Estado de necesidad, pp. 67, 99. Resulta discutible cuál de los dos deberes muestra una mayor intensidad. Mientras que para la doctrina mayoritaria sería más intenso el deber de solidaridad activa (por ejemplo,

Si se examina la discusión existente en la dogmática de los delitos de omisión, la conclusión a la que llega un sector de la doctrina es, significativamente, muy similar. Así, se indica por algunos que, si bien en general el deber de socorro es un deber de actuar, que se infringe por omisión, en ocasiones, dadas las circunstancias, puede aparecer como un deber de omitir, que se infringe por acción. La infracción de deberes de tolerancia constituiría precisamente uno de los casos en los que el deber de socorro se manifiesta como un deber de omitir que se infringe por acción: uno de los supuestos de la llamada “omisión por comisión”. Así, en el conocido ejemplo de *Meyer-Bahlburg*, en el que el propietario 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 mordiéndola³⁷.

Que este último caso, claramente uno de infracción del deber de tolerancia frente a una conducta de allanamiento de morada realizada en estado de necesidad agresivo, sólo se haya examinado hasta ahora desde la dogmática de la omisión de socorro, es significativo. En efecto, como es sabido, el único deber de solidaridad que ha adquirido reconocimiento autónomo como deber jurídico-penal, y eso sólo en algunos países, es el de socorro, cuya infracción es típica por la vía del delito de omisión del deber de socorro y lleva aparejada una sanción penal. Más allá de éste, los deberes de solidaridad o no son jurídico-penales o pertenecen al grupo de los deberes “desprovistos de sanción”.

Pues bien, si se aceptara que la infracción del deber de tolerancia es, sencillamente, una omisión del deber de socorro en “omisión por comisión”,

Hruschka, Strafrecht, p. 96), *Pawlik* (nota 35) apunta la posibilidad de que lo sea el deber de solidaridad pasiva, al implicar que un tercero administre la esfera de derechos del afectado. Cfr., sobre la discusión, *Pawlik*, Notstand, pp. 154-155, apuntando en cualquier caso la interesante posibilidad de la conversión del delito de omisión del deber de socorro en un delito de resultado, así como el incremento de su marco de pena.

³⁷ Este ejemplo ha sido recordado y revisado recientemente por *Gimbernat Ordeig*, La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”, ADPCP 2000, pp. 29 y ss. 75-76, 77-78, 82-83.

se haría preciso asumir las siguientes cuatro consecuencias:

a) el alcance dogmático del deber de tolerancia habría de ser redefinido en los términos del deber jurídico-penal de socorro. En aquellas situaciones de necesidad que, por un lado, fueran subsumibles en el estado de necesidad agresivo y, por otro lado, en la omisión del deber de socorro, cabría afirmar la existencia de tales deberes (jurídico-penales)³⁸. Dicho de otro modo: si se aceptaran las premisas sentadas, más allá de los casos en que un sujeto tiene deber de socorro, dicho sujeto no tendría tampoco deber de tolerancia y, por tanto, nadie podría esgrimir frente a él un derecho de necesidad. El deber de socorro del afectado por la conducta necesaria constituiría el reverso del derecho de necesidad del sujeto que obra en estado de necesidad agresivo³⁹.

³⁸ *Kühl*, FS f. Hirsch, p. 267.

³⁹ *Köhler*, AT, p. 285, habla de “correspondencia”: “*Die allgemeine Hilfspflicht in Notlagen und die hier dargelegten Eingriffsduldungspflicht im Notstand entsprechen einander inhaltlich: Steht die Totalität des Rechtsverhältnisses für den einen in (Lebens-) Not, dann muß sich zu ihrer Abwendung das partikuläre (ersetzbare) Freiheitsdasein des anderen, insbesondere sein gegenständliches Eigentum einschränken*”. Ya así *Jakobs*, AT, 2ª edic., 11/3 a.; *Pawlik*, Notstand, p. 160 indica, por su parte, que el alcance del estado de necesidad agresivo es una cuestión cultural, situando su umbral en la actualidad (p. 161) en la amenaza de un daño que perturbe la “*Lebensführung*” del sujeto durante un período de tiempo relevante, y proponiendo en todo caso la orientación de los umbrales de entrada del derecho de necesidad a los del deber de socorro. También *Kahlo*, *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt*, Frankfurt 2001, p. 293: “*Es geht, mit anderen Worten, ausschliesslich um die endlich-zufälligen, unhintergehbaren gefährdenden Auswirkungen auf das selbständige Dasein praktischer Subjektivität, gleichsam die Kontingenzbedingungen von personaler Existenz*”; asimismo, pp. 295, 305-306, 335. Por eso afirma *Baldó*, Estado de necesidad, p. 67 nota 91, que la coherencia del sistema se vería muy disminuida si, existiendo una regulación del estado de necesidad agresivo, no existiera una de la omisión del deber de socorro. Y, de hecho, *Renzikowski*, Notstand, p. 188, advierte la existencia de una relación entre la calificación -no infrecuente a principios del S. XX- de las conductas realizadas en el estado de necesidad hoy llamado justificante como meramente no prohibidas (y, por ello, susceptibles de ser repelidas en estado de necesidad o legítima defensa) y la inexistencia de una regulación general de la omisión del deber de socorro.

b) en los ordenamientos jurídicos en los que no se hallara tipificada la infracción del deber de socorro no podría hablarse de la existencia de un deber de tolerancia en sentido estricto y, por tanto, tampoco de un auténtico derecho de necesidad. Y lo mismo habría que afirmar a propósito de aquellos ordenamientos jurídicos históricos en los que tal figura no existía⁴⁰.

c) El alcance de la regulación legal del delito de omisión del deber de socorro debería tomarse como criterio para la interpretación (claramente restrictiva) del alcance del deber de tolerancia y del correspondiente derecho de necesidad en el marco general del estado de necesidad agresivo. Ello conduciría a la siguiente disyuntiva: o bien se reinterpreta el estado de necesidad agresivo (todo él) en dicho sentido, dejando fuera de la justificación a las demás conductas; o bien se admite la eficacia excluyente de la antijuricidad penal del estado de necesidad agresivo en sentido amplio, pero sosteniendo que en algunos de sus casos la conducta, a pesar de no estar prohibida, no sería constitutiva de un derecho y tampoco tendría por qué ser tolerada por el sujeto afectado.

d) En fin, la pena imponible por infracción del deber de tolerancia habría de ser sólo, y en todo caso, la propia del delito de omisión del deber de socorro.

4. ¿Sólo deberes de solidaridad pasiva?

4. 1. Introducción.

Sin embargo, la impresión de que en los deberes de tolerancia pueda tratarse sólo de deberes de solidaridad de contenido axiológicamente idéntico al del deber de socorro activo se ve pronto

⁴⁰ Por ejemplo, en el ordenamiento alemán del StGB de 1871, en el que la prestación de socorro requería la intimación de la autoridad. Como sucedía, por lo demás, en el ordenamiento español anterior a la introducción del art. 489 bis en el Código Penal derogado en 1995.

desmentida. Así, incluso autores que afirman -en teoría- que se trata de deberes “paralelos” a los de socorro activo, en la práctica, a la hora de establecer las consecuencias de su infracción, proponen soluciones dispares. Éstas no tienen que ver con el hecho de que las infracciones de deberes de tolerancia no están tipificadas expresamente, a diferencia de lo que sucede con el delito de omisión de socorro. Más bien, se derivan de entender que ciertas conductas infractoras del deber de tolerancia, esto es, que bloquean la conducta realizada en estado de necesidad agresivo, pueden ser conductas típicas en el sentido de los tipos de resultado de la Parte Especial. Dado que, por lo demás, dichas conductas típicas no pueden ampararse en una legítima defensa ni en otra causa de justificación, cabe sancionarlas como coacciones, lesiones⁴¹, homicidios⁴², daños, etc.

Para evitar malentendidos, conviene precisar ya desde este momento que, en realidad, el concepto de infracción del deber de tolerancia es lo suficientemente amplio como para que quepa incluir en él situaciones distintas, que merecen un tratamiento diferenciado. Cabe, así, en primer lugar, que la infracción del deber de tolerancia se manifieste sencillamente en la resistencia pasiva a (o en la falta de colaboración activa con) la conducta del sujeto necesitado o de su auxiliador⁴³. En estas situaciones, que a mi entender constituyen el grupo de infracciones menos graves del

⁴¹ *Seelmann*, Solidaritätspflichten im Strafrecht?, en Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden 1991, pp. 295 y ss., 296.

⁴² Cfr. el comentario de un caso de infracción de deberes de tolerancia al que se da esta solución en *Hruschka*, *Strafrecht*, pp. 83 y ss., 85 y ss.. Concretamente: tratándose de un caso de infracción del deber de tolerancia de un auxilio necesario, existe responsabilidad por la muerte del necesitado y por las coacciones ejercidas sobre el agente auxiliador.

⁴³ Entre las que, a mi juicio, habría que incluir la “*omisión de impedir la interrupción por un tercero del curso causal salvador puesto en marcha por el necesitado o su auxiliador*”. Este caso, sin embargo, que introduce nuevos elementos de complejidad, no puede ser examinado aquí.

deber de tolerancia, si nos hallamos ante casos de mera infracción del deber de solidaridad mínima interpersonal, que merecen el mismo tratamiento que las omisiones de socorro.

Ahora bien, cabe, en segundo lugar, 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 alcanzar. Esta situación, a la que esencialmente se dedican estas páginas, es distinta y más grave que la anterior. Como veremos, en ella cabe fundamentar una responsabilidad por la lesión sufrida por los bienes jurídicos del necesitado, así como por la coacción ejercida sobre el auxiliador en el caso de que éste sea alguien distinto del propio necesitado⁴⁴.

Pensando, seguramente, en este segundo grupo de casos *Hruschka* lo expone de forma clara: el deber de tolerancia es un deber de omitir; las infracciones de deberes de omitir son delitos comisivos; por lo tanto, la infracción de deberes de tolerancia debe dar lugar a delitos de comisión⁴⁵. Y *Jakobs* lo formula en términos paralelos: el que, sin otro motivo, guarda su bicicleta, cuando el campesino vecino la quiere utilizar para ir a buscar

⁴⁴ En fin, cabe, en tercer lugar, que el afectado por la conducta del sujeto necesitado o de su auxiliador infrinja su deber de tolerancia no ya sólo mediante resistencia pasiva, ni siquiera mediante la reacción activa dentro de la propia esfera originaria de organización, sino llegando incluso a injerirse en la esfera jurídica originaria de aquéllos (por ejemplo, lesionando al agente necesitado o a su auxiliador). Esta situación es todavía más grave que la anterior y permite fundamentar una responsabilidad adicional por la lesión de bienes activamente causada

⁴⁵ *Hruschka*, Strafrecht, p. 91. Para *Hruschka*, si lo entiendo bien, la armonía entre el delito de omisión del deber de socorro y el estado de necesidad justificante pasa más bien por interpretar la cláusula de exigibilidad de aquél en relación con el contenido de éste. Y por la siguiente conclusión: sólo puede estar obligado a socorrer en una determinada situación de necesidad aquel sujeto que estaría obligado a tolerar la actuación necesaria. Lo que, a mi entender, deja al margen el problema que nos hemos planteado aquí.

medicamentos para su ganado enfermo, responde por infracción del deber de tolerancia, dados dolo y resultado (de muerte del ganado), por el delito de daños del § 303 StGB, incluso aunque no tuviera deber de socorro por no darse los presupuestos, más estrictos, del § 323 c StGB⁴⁶.

Como se advierte, pues, estas conclusiones parecen separarse radicalmente de las premisas sentadas en el apartado anterior. Y puede percibirse que lo que se tiene claro, en las consecuencias, es que el deber de tolerancia no es -o, al menos, no es en los casos más relevantes- un deber de solidaridad mínima, cuya infracción haya de seguir la vía del delito de omisión de socorro. Cabría que se tratara, ciertamente, de un deber positivo como este último, aunque, por lo que se infiere de la conclusión, sería un deber positivo de intensidad equiparable a la de los deberes negativos. E incluso no cabría descartar que constituyera un deber negativo.

En realidad, a pesar de no abandonar la referencia permanente al delito de omisión del deber de socorro, en el planteamiento de *Pawlik* se hallan elementos que permiten fundamentar conclusiones como las apuntadas: se afirma que la conducta realizada en estado de necesidad agresivo es expresión del ejercicio de un derecho al bienestar que integra, como lo hace el derecho abstracto, la idea compleja de libertad jurídicamente garantizada. Todo ello parece implicar una modificación de la noción liberal-individualista de la libertad jurídica. Ésta, en efecto, era entendida como autonomía excluyente y se asentaba sobre el criterio de la rígida separación de esferas jurídicas, fuera de la cual sólo se hallaría el principio de solidaridad mínima interpersonal, así como las formas institucionales de solidaridad cualificada, con la finalidad de atenuar los efectos del principio “*casum sentit dominus*”. Ahora, junto a esa dimensión de libertad formal aparece una dimensión de libertad real, que, a mi juicio, debe entenderse como autorrealización.

Y otro tanto sucede con *Köhler*, a pesar de que tampoco este autor prescinde de la relación del deber de tolerancia con el deber de

⁴⁶ *Jakobs*, AT 7/ 63 y nota 109.

socorro. En efecto, también Köhler apunta a una noción de libertad real⁴⁷ como fundamento de un derecho de necesidad limitado, basado en la idea de que la existencia de una dimensión de justicia distributiva es presupuesto necesario de las relaciones jurídicas interpersonales⁴⁸.

A mi juicio, a la vista de lo anterior podría formularse la siguiente hipótesis. La “situación de necesidad” constituye una institución (o cuasiinstitución) peculiar. En efecto, en este caso no se trata de la conformación de un “mundo en común” entre sujetos. Sí es cierto, en primer lugar, que en ella -y en su excepcionalidad- se fundamenta el surgimiento de deberes positivos: por un lado, el deber de socorro directo; y, por otro lado, el deber de colaboración activa con la actuación autosalvadora del necesitado o con la conducta auxiliadora de un tercero (primera manifestación del deber de tolerancia). Ahora bien, en segundo lugar, 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 sujetos. De ahí se deriva el deber de no interrumpir activamente las conductas autosalvadoras o auxiliadoras (segunda manifestación del deber de tolerancia).

El derecho de necesidad es, pues, entonces un derecho de libertad (real). En la medida en que se trata de un derecho excepcional, circunscrito a casos muy concretos, dicho derecho de libertad prevalece sobre la libertad formal del sujeto afectado por la conducta necesaria. Tal prevalencia da

⁴⁷ Köhler, AT, p. 284-285: “Die Begründung setzt die rechtliche Selbständigkeit der Personen in ihrer Pragmatik und in ihrem Gutstreben voraus”.

⁴⁸ Köhler, AT, p. 284 alude al “freiheitsnotwendig-distributiven Gehalt des Rechtsverhältnisses”, con lo que fundamenta un derecho de necesidad limitado sobre la base de consideraciones de justicia distributiva. Su concepción del derecho de necesidad lo reduce a casos límite de necesidad vital que puede resolverse a costa de bienes fungibles, reversibles o resarcibles.

lugar, como se ha indicado, al deber de tolerancia que, por tanto, es, en esta faceta, un deber negativo. La relación entre esferas jurídicas no se rige, pues, por el modelo rígido y estático de la separación, sino que, en un ordenamiento no formalista, que considere las exigencias de la libertad real, no excluye la existencia de interferencias. Una de dichas interferencias, que modifica radicalmente la situación de partida, es la del estado de necesidad agresivo. En efecto, en su marco, lo que era una estructura “*derecho de exclusión de A/deber (negativo) de respeto de B*” se convierte, en términos provisionales y reversibles⁴⁹, en la estructura inversa “*deber (negativo) de tolerancia de A/derecho de injerencia necesaria de B*”.

4.2. El estado de necesidad agresivo y los cursos causales salvadores.

La perspectiva esbozada acerca de la naturaleza de la infracción de deberes de tolerancia puede verse seguramente enriquecida si se tiene en cuenta que la acción realizada en estado de necesidad agresivo⁵⁰ responde a la estructura de un *curso causal salvador*, que inicia el propio necesitado o el tercero que le auxilie⁵¹. La peculiaridad, frente a los cursos causales salvadores atípicos y frente a los antijurídicos, es que éstos son cursos salvadores típicos pero justificados. Así las cosas, la no tolerancia pasiva (por parte del afectado o de otros terceros que actúen como gestores de sus intereses) frente a la conducta necesaria constituye la *interrupción de un curso causal salvador*.

Pues bien, si el sistema del Derecho Penal es, efectivamente, un sistema, entonces las soluciones doctrinales al problema de la infracción

⁴⁹ Köhler, AT, p. 285.

⁵⁰ Como también lo son la acción realizada en legítima defensa y la realizada en estado de necesidad defensivo.

⁵¹ Como advirtió con claridad Baldó, Estado de necesidad, p. 183.

de deberes de tolerancia en el estado de necesidad agresivo y al problema de la interrupción de cursos salvadores ajenos han de ser coherentes. Parece que a ello se refiere últimamente *Jakobs*, cuando indica lo siguiente: *“el que deniega una cooperación obligada prosiguiendo con la organización que tenía previamente planeada (otra cosa sería si impidiera a terceras personas emprender el salvamento) no podría ser castigado por un delito de comisión por omisión, sino sólo por la existencia de una regla especial (más débil) como la que se encuentra tipificada en Alemania como delito de omisión del deber de socorro (§ 323 c del Código penal alemán). En el caso del ejemplo mencionado anteriormente en el que se necesita una embarcación para salvar a una persona que se está ahogando hay que llegar a la conclusión de que el que no hace uso del bote para ese fin o no se lo proporciona a terceras personas dispuestas a socorrer o sale a pescar como tenía inicialmente planeado de tal manera que los que quieran socorrer no pueden utilizarlo es autor de un delito de omisión del deber de socorro (distinto sería el caso del que evita el salvamento -garante- lo cual es delito de comisión)”*⁵². Y es que, efectivamente, el hecho de si se aprecia o no la interrupción de un curso salvador resulta decisivo a los efectos del tratamiento dogmático del problema.

Ciertamente, cabría afirmar que resulta discutible que pueda llamarse curso causal salvador al que parece no poseer todavía idoneidad salvadora de los bienes del necesitado, pues para ello requiere precisamente obtener algo de la esfera organizativa de un tercero. Ello, incluso, podría dar pie a distinguir los casos en los que ya se ha accedido al bien del tercero que se necesita y es entonces cuando ello no se tolera por el afectado; y los casos en que lo que no se tolera por el tercero es el propio acceso a su esfera de organización para alcanzar la pretendida idoneidad salvadora de la conducta realizada por el necesitado. Sin embargo, si, como sucede en los casos que aquí interesan, resulta que la esfera organizativa del afectado

⁵² *Jakobs*, RPDJP 4, 2003, pp. 206-207.

se encuentra *rebus sic stantibus* perfectamente accesible al sujeto que obra en estado de necesidad, en la medida en que éste lo requiere, no parece que quepa poner en duda que, en tal *statu quo*, la conducta necesaria posee *ex ante* la condición de curso salvador idóneo⁵³.

En todo caso, la situación que nos ocupa puede tener seis variantes:

a) el curso salvador iniciado por el necesitado -y, de entrada, idóneo *rebus sic stantibus*- es interrumpido activamente (no tolerado) por el titular de los bienes afectados.

b) el curso salvador iniciado por el necesitado -y, de entrada, idóneo *rebus sic stantibus*- es interrumpido activamente (no tolerado) por un tercero en favor del titular de los bienes afectados.

c) el curso salvador iniciado por un auxiliador -no garante- del necesitado -y, de entrada, idóneo *rebus sic stantibus*- es interrumpido activamente (no tolerado) por el titular de los bienes afectados.

d) el curso salvador iniciado por un auxiliador -no garante- del necesitado -y, de entrada, idóneo *rebus sic stantibus*- es interrumpido activamente (no tolerado) por un tercero a favor del titular de los bienes afectados.

e) el curso salvador iniciado por un auxiliador -garante- del necesitado -y, de entrada, idóneo *rebus sic stantibus*- es interrumpido activamente (no tolerado) por el titular de los bienes afectados.

f) el curso salvador iniciado por un auxiliador -garante- del necesitado -y, de entrada, idóneo *rebus sic stantibus*- es interrumpido activamente (no tolerado) por un tercero a favor del titular de los bienes afectados.

⁵³ Cfr. *Roxin*, En el límite entre comisión y omisión, en Problemas básicos del Derecho Penal (trad. Luzón Peña), Madrid 1976, pp. 226 y ss., 233, indicando que las relaciones de propiedad respecto del instrumento salvador no pueden decidir sobre la subsunción típica.

Como puede observarse, las variantes se construyen en función de que quien realiza la acción en estado de necesidad agresivo sea el propio necesitado o un tercero auxiliador (que puede ser garante del necesitado o no); y en función de que quien interrumpe (no tolera) dicha acción en estado de necesidad sea el titular de los bienes afectados o un tercero que obre en favor de él. Pues bien, paradójicamente, las estructuras expuestas, que, desde el punto de vista de la dogmática del estado de necesidad, conforman variantes exentas de significado especial⁵⁴, reciben, desde la dogmática de la interrupción de los cursos causales salvadores, soluciones no coincidentes en absoluto.

La doctrina dominante suele optar, si bien es cierto que con fundamentación diversa⁵⁵, por sostener la imputación del resultado lesivo de los bienes del necesitado al sujeto que interrumpe el curso salvador ajeno realizado en estado de necesidad agresivo (esto es, que infringe su deber de tolerancia)⁵⁶. Sin embargo, un sector minoritario tiende a apreciar en todos -o al menos algunos- de estos casos, la solución de la mera omisión de socorro. En España, recientemente, *Gimbernat*⁵⁷ ha construido un modelo distintivo. Así, siguiendo a *Meyer-Bahlburg*, ha propuesto tratar la estructura a) como una omisión del deber de socorro, con el argumento de que cabe no-socorrer tanto permaneciendo inactivo como actuando para desbaratar un proceso causal desencadenado por el sujeto desamparado, “*de modo que quien cierra la puerta de una casa, donde*

⁵⁴ Con la única matización de que en las variantes e) y f) (y, eventualmente, en las c) y d)) habría que construir una colisión de deberes.

⁵⁵ Cfr. las referencias en *Silva Sánchez*, El delito de omisión. Concepto y sistema, Barcelona 1986, pp. 227 y ss; *Gimbernat*, ADPCP 2000, pp. 87 y ss.

⁵⁶ Cfr., por ejemplo, *Roxin*, Problemas básicos, pp. 232 y ss, aludiendo significativamente a la existencia de una “*injerencia en los esfuerzos de otro por impedir el resultado*”.

⁵⁷ ADPCP 2000, pp. 82-83. *Gimbernat* separa este caso de los de interrupción de cursos salvadores ajenos, aunque, sin embargo, me parece claro que en él se interrumpe un curso salvador y que éste es ajeno con respecto a quien lo interrumpe.

podría haber encontrado refugio el desafortunado perseguido por los canes, está no socorriendo, no auxiliando a quien se encuentra en peligro manifiesto y grave”. En cuanto a las estructuras c) y d) Gimbernat⁵⁸ propone tratarlas también como omisiones del deber de socorro, en la medida en que lo interrumpido sería un curso salvador iniciado por un no-garante. En cambio, sostiene la imputación del resultado lesivo de los bienes del necesitado al infractor del deber de tolerancia en los casos e) y f), porque lo interrumpido sería un curso salvador ajeno iniciado por un garante. Queda abierto en su planteamiento el tratamiento que habría de recibir la variante b), aunque probablemente habría de ser el mismo de la variante a). Todo ello, en el marco de su concepción, que en sí me parece asumible, de que la interrupción de cursos salvadores constituye en realidad un *tertium genus* de realización de los tipos de resultado, distinto de la comisión activa y de la comisión por omisión en sentido estricto⁵⁹.

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto Dopico⁶⁰, si Gimbernat entiende que la interrupción de los cursos salvadores llevados a cabo por un garante debe dar lugar a responsabilidad por el resultado lesivo, ello debería aplicarse también a los cursos “autosalvadores” (estructura a), pues resulta difícil negar al propio sujeto necesitado la condición de “garante de sí mismo”⁶¹. Además, incluso en los casos de interrupción de cursos salvadores ajenos de terceros no garantes (auxiliadores no garantes del

⁵⁸ ADPCP 2000, pp. 102 y ss.

⁵⁹ Gimbernat, ADPCP 2000, pp. 98 y ss. Ya Hruschka, *Strafrecht*, p. 74, indicando que, sin embargo, estas estructuras se tratan igual que la comisión activa y que “habría que dedicar más atención al problema en el futuro”; Joerden, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, Berlin 1988, pp. 51 y ss., alude a la causación activa y a la interrupción de cursos causales salvadores como dos variantes del concepto de acción.

⁶⁰ Dopico Gómez-Aller, *Fundamentos de la responsabilidad por injerencia en Derecho Penal*, tesis doctoral inédita, Madrid 2002, p. 1015.

⁶¹ De hecho, incluso podría sostenerse que quien presta el socorro debido, e incluso quien lo hace de modo supererogatorio, se convierten, en cierta medida, en garantes por asunción.

necesitado), no puede afirmarse sencillamente que el sujeto infractor del deber de tolerancia ha dejado de prestar medios propios para la evitación de un resultado lesivo que no es de su incumbencia⁶². En realidad, como se verá, lo que hace es injerirse en la esfera jurídica ajena, ya directamente, ya por afectarse la esfera de terceros que actúan como gestores de negocios ajenos -los del necesitado- sin mandato⁶³.

Mi posición, criticada ahora por *Gimbernat*, es, desde hace dos décadas, distinta. Ciertamente, y en concordancia con lo que indica *Gimbernat*, me parece claro que entre la conducta de interrupción de un curso salvador ajeno (en lo que aquí interesa, de infracción del deber de tolerancia) y la producción del resultado lesivo (lesión de los bienes jurídicos del necesitado) no existe relación de causalidad⁶⁴. Sin embargo, me parece difícil negar 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 necesitado⁶⁵: modifica el *statu quo* en perjuicio de los bienes de éste⁶⁶.

Si esto es así, parece claro, también, que la situación es distinta de la de una mera omisión del deber de socorro activo, que deja intacto el *statu quo ante*. Ciertamente, no es lo mismo perturbar el ejercicio del derecho de necesidad (vgr. empeorar la situación de los bienes del necesitado) que no socorrer al necesitado (vgr. no mejorar la situación de sus bienes jurídicos). En mi opinión, ello implica que el sujeto que infringe el deber

⁶² *Dopico*, Fundamentos, pp. 1016-1017.

⁶³ Más adelante trataré de exponer en detalle por qué puede llegar a afirmarse esto.

⁶⁴ *Silva Sánchez*, El delito, pp. 237 y ss.

⁶⁵ *Baldó*, Estado de necesidad, p. 188-189, con referencias a *mi* citada obra.

⁶⁶ Y ello, tanto si quien realiza el curso causal salvador es un garante, un obligado en virtud del deber general de socorro, o un sujeto que realiza un comportamiento supererogatorio. Por ejemplo, alguien que, para ayudar al necesitado, se arriesga personalmente, con lo que la omisión de su auxilio no habría sido típica.

de tolerancia se convierte en garante de aseguramiento del riesgo incrementado, que queda integrado en su esfera de organización⁶⁷. Expresado de otro modo, que la infracción del deber de tolerancia es una auténtica injerencia en la esfera de derechos (de necesidad) ajena, aunque sea ésta una injerencia que no causa el resultado⁶⁸. Por eso cabe imputarle al infractor el resultado lesivo de los bienes del necesitado; así como reaccionar frente a su infracción del deber de tolerancia en legítima defensa⁶⁹.

5. Sobre la necesaria redefinición del significado de las infracciones de deberes de tolerancia.

5.1. Introducción.

Así pues, según entiendo, el derecho de necesidad aparece como *derecho a que no se modifique el statu 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 statu quo*, tal como éste ha quedado configurado en el momento de tener lugar el curso

⁶⁷ No puedo desarrollar aquí cómo concibo ahora la configuración de esa responsabilidad. Sí quiero, sin embargo, remitirme a las importantes matizaciones críticas que *Dopico*, Fundamentos, pp. 1096 y ss., hace a mi planteamiento de 1986, buena parte de las cuales me parecen perfectamente asumibles. En particular, la de situar el momento central de la comisión por omisión en la propia conducta interruptora y no en un momento posterior, lo que, además, permite -según creo- salvar las críticas que me dirige *Gimbernat* (ADPCP 2000, pp. 97 y ss.). Se trataría, en efecto, de una “*comisión por omisión realizada mediante acción*”.

⁶⁸ Sobre la interrupción de cursos salvadores como paradigma de injerencia dolosa, vid. *mi* Comentario al art. 11 CP, en Cobo del Rosal (dir.), Comentarios al Código Penal, I, Madrid 1999, pp. 441 y ss., 479-480.

⁶⁹ *Baldó*, Estado de necesidad, p. 189.

salvador. En este sentido, el derecho de necesidad y el correlativo deber de tolerancia serían algo más que derechos/deberes de solidaridad.

En efecto, resulta, de entrada, claro que la conducta realizada en estado de necesidad agresivo justificante es una conducta que la ley no prohíbe: es decir, es una conducta que no vulnera el principio *neminem laede*. Esto significa que el sujeto afectado no puede impedirlo con violencia, pues “*el que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe*” comete un delito de coacciones (art. 172 CP)⁷⁰. Pero, si nos planteamos un caso en el que la conducta necesaria se proyecte sobre la propiedad ajena, precisamente el impedirlo con violencia sería lo propio del derecho de exclusión que se asocia a los derechos reales⁷¹. Habría, entonces, que sostener que la acción necesaria conlleva una suspensión del derecho de propiedad del sujeto afectado. De modo que lo que en general sería ejercicio normal del derecho de exclusión de terceros se convertiría circunstancialmente en un delito de coacciones. De ser esto cierto, el deber de tolerancia del afectado sería, en este punto, un deber negativo, resultante de la inversión del derecho de propiedad y de la atribución de derechos provisionales y reversibles de cuasipropiedad al necesitado.

5.2. *La cuestión de la propiedad.*

La referencia, puramente ejemplificativa, a la propiedad no es casual. Buena parte de los casos de estado de necesidad agresivo afectan a la propiedad ajena. De hecho, el estado de necesidad agresivo jurídico-civil

⁷⁰ Claro está que puede que la impida mediante engaño, o, en todo caso, sin violencia, lo que excluiría esta infracción adicional y su sanción.

⁷¹ Cfr. *Mir Puig*, El delito de coacciones en el Código Penal, RJCat 1977, pp. 777 y ss., 803 nota 99, citando a Castán: “*Los derechos reales son derechos de exclusión, pues su función se reduce a conceder al titular el poder de no ser perturbado por nadie en el desempeño de su libre actividad respecto a la cosa*”.

aparece regulado en el BGB alemán en los párrafos correspondientes al derecho de propiedad⁷². Así que conviene no ignorar que las consideraciones que se efectúan en torno a los deberes de tolerancia en el marco del estado de necesidad agresivo tienen muy presente la cuestión de la propiedad. Es interesante constatar, pues, cómo las consideraciones que aquí se efectúan entroncan perfectamente con la tradicional doctrina cristiana sobre el destino común de los bienes⁷³, de los que el propietario formal sólo es administrador, pudiendo disponer de ellos sólo en tanto y en cuanto no sean necesarios para los demás. Ello, porque “*in necessitate sunt omnia communia*”. En efecto, como indicaba Santo Tomás de Aquino⁷⁴, debe distinguirse entre el poder de administrar y disponer, y el uso o disfrute de los bienes. El uso o disfrute de los bienes no es exclusivo del propietario porque, en cuanto al uso, el hombre no debe poseer los bienes exteriores como propios, sino como comunes, es decir, de tal manera que fácilmente los comunique a los demás, haciéndoles partícipes de ellos en caso de necesidad. Así también lo exponía más tarde entre nosotros

⁷² Cfr., por todos, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 3. Buch, 13ª edic, Berlin 1996, § 904 n° marg. 1, donde el referido precepto se configura como una “*Eigentumsbeschränkung*”.

⁷³ Cfr. la Constitución pastoral *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II, que indica con claridad que todo hombre tiene el derecho natural a usar de los bienes humanos que sean precisos para satisfacer sus necesidades materiales, así como que la naturaleza no vincula, de suyo, ningún bien concreto a tal o cual hombre determinado. Esta doctrina del destino común de los bienes pone de relieve, por tanto, que la propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene una índole social (*Gaudium et Spes*, 71). Con palabras gráficas se ha indicado que sobre toda propiedad pesa una “hipoteca social”.

⁷⁴ *Summa Theologiae*, liber I, q. 98 a. 1 ad 3. Otras referencias a Santo Tomás y a Grocio en *Renzikowski*, *Notstand*, p. 192. Cfr., también *Köhler*, *AT*, p. 285: “*In der Gefahr eines totalen Rechtsverlustes für den einen -zugespitzt in der Lebensnot, die durch partikuläre (ersetzbare) Aufopferung anderer abgewendet werden könnte- beweist der freiheitsnotwendig-distributive Gehalt des Rechts -das ursprünglich allgemeine Besitzrecht auf der Erde- seine Kraft*”.

*Domingo de Soto*⁷⁵: “*quantum ad usum potest quammodo affirmari ius naturae praecipere omnia esse communia in necessitate*” (“en cuanto al uso, puede afirmarse en cierta manera que el derecho natural dispuso que todas las cosas fueran comunes en tiempo de necesidad”)⁷⁶.

5.3. Propuesta de redefinición.

Por tanto, como se ha indicado, 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*⁷⁷.

⁷⁵ De Iustitia et iure, liber IV, q. 3, a. 1.

⁷⁶ De todos modos, en algunos pasajes de *Domingo de Soto* no queda claro cuál es el título de ese uso, pareciendo que, más que de “justicia”, se trata de “misericordia”, lo que se alejaría de la idea que aquí se pretende expresar.

⁷⁷ Dicho derecho es tal, a pesar de que se prevea que el sujeto beneficiado por la conducta realizada en estado de necesidad agresivo (el necesitado), ha de indemnizar al afectado por los daños eventualmente sufridos por éste. Así las cosas, el deber de indemnizar al afectado (que prevé el § 904 BGB y el art. 119.3 CP) aparece, también, como una exigencia de justicia distributiva (*Renzikowski*, Notstand, pp. 196, 199; *Pawlik*, Notstand, pp. 9-10), que según algún autor habría de ser asumida por la colectividad (*Jakobs*, Kommentar, en Eser/ Nishihara -Hrsg.- Rechtfertigung und Entschuldigung, IV, Freiburg 1993, pp. 143 y ss., 168-169). En efecto, el derecho del afectado a recibir una compensación es el que, en la dinámica de relaciones jurídicas desencadenada por la necesidad, pasa a sustituir al originario *ius excludendi*, que desaparece al ceder ante el derecho de intromisión del necesitado o su auxiliador (*J. von Staudingers Kommentar BGB*, 3., 13ª ed., § 904 nº marg. 3, 33 y ss.). Y el deber de compensar tiene por objeto resarcir al afectado del uso o consumo de sus bienes llevado a cabo por el agente (enriquecimiento sin causa).

La opinión contraria a la que aquí se apunta la sostiene *Feinberg*. *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton 1980, p. 230, quien, sobre la base de la existencia del referido “*duty of compensation*”, llega a la conclusión de que la acción necesaria lesiona derechos y no es, por tanto, en sí misma, ejercicio de un auténtico derecho. *Feinberg* admite, ciertamente, la posibilidad de que en casos de estado de necesidad agresivo, como claramente lo es el ejemplo que propone (un sujeto que para salvar su vida en medio de una tempestad

Mientras tanto, en el caso del sujeto que se encuentra en situación de peligro abocado al socorro ajeno, se trata de un *derecho (de solidaridad) a la modificación positiva del statu quo*, modificación que habrá que emprender para socorrer.

La radicalidad de la distinción (que no pretende descartar la existencia de una zona gris de situaciones intermedias graduales) puede sorprender. Ciertamente, se podría afirmar, para relativizar la distinción trazada, que en ambos casos la salvación de los bienes del necesitado hace necesario el concurso de una esfera jurídica ajena. La cuestión habría de plantearse, pues, en los siguientes términos: ¿por qué un sujeto habría de estar obligado, más allá de por puras razones de solidaridad, a no modificar un determinado *statu quo* en su propia esfera de organización?

A mi juicio, como he sugerido más arriba, porque el curso salvador iniciado en virtud de la conducta del sujeto necesitado o de su auxiliador -el derecho de necesidad ejercido- supone el establecimiento de una *relación de interferencia de esferas de organización*. Expresado de otro modo, 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 pasivo⁷⁸. Ello

que le sorprende en la montaña, entra en una cabaña ajena, que ocupa mientras dura la tormenta, sirviéndose de la comida y de los muebles para hacer fuego) no se hayan lesionado “*actual rights*”, sino sólo “*prima facie rights*”. Concretamente: “*It will be said, perhaps, that the undeniable right of the homeowner, when fully specified, excludes emergency circumstances such as the ones that obtained*”. Sin embargo, acaba descartándolo porque entiende que, si no se hubiera lesionado derecho alguno, no existiría un deber de indemnización, que sin embargo a su juicio concurre en estos casos. En el mismo sentido *Jarvis Thomson*, *Rights and Compensation*, en su *Rights, Restitution and Risk*, Cambridge (Mass.) 1986, pp. 66 y ss., 71.

⁷⁸ Según creo, es próxima a esta idea la afirmación de *Renzikowski*, *Notstand*, p. 191, quien, a propósito del estado de necesidad agresivo jurídico-civil del § 904 BGB señala: “*Soweit das Eingriffsrecht des Gefährdeten reicht, wird die Grenze zwischen seiner Rechtssphäre und der Rechtssphäre des Eigentümers neu gezogen. § 904 ist somit ein intrasystematischer Rechtfertigungsgrund, weil er die Abgrenzung der*

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-). Y el afectado o tercero que impidiera su actuación estaría paradójicamente infringiendo el principio de separación de esferas dinámicamente concebido: estaría lesionando un deber negativo.

Con todo, creo que puede introducirse todavía una precisión adicional en lo anterior. En efecto, si el afectado por el estado de necesidad agresivo, 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 de su auxiliador, su conducta infractora del deber de tolerancia es sólo constitutiva de una omisión de socorro, aunque lo sea en la forma de “omisión por comisión”⁷⁹.

Ahora bien, si el afectado por el estado de necesidad agresivo procede a una reorganización *ad hoc* de su esfera de actividad en función de la acción realizada por el necesitado o su auxiliador, entonces su conducta tiene inequívocamente el sentido de la interrupción de un curso causal salvador, lo que debería dar lugar a responsabilidad por el resultado.

Freiheitsbereiche bestimmt”. Y también: “*Im Notstandsfall verschieben sich die Grenzen der gegenseitig abgegrenzten Freiheitssphären*”. Aunque también *Renzikowski* parece establecer una correspondencia entre el § 904 BGB y el § 323c StGB, cuya exactitud no se comparte aquí.

⁷⁹ Porque el carácter estandarizado de la conducta determinaría que el incremento del riesgo producido no fuera jurídico-penalmente relevante, con lo que sólo quedaría la dimensión de estricta solidaridad que se halla en la base de los deberes de tolerancia (deber de colaborar activamente). Dicha omisión de socorro podría entenderse, con todo, como cualificada.

En suma, el deber de tolerancia es, en esta dimensión que he pretendido resaltar, parte integrante del deber, más general, *de no organizar (o reorganizar) la propia esfera jurídica de modo tal que de ello se derive un incremento del riesgo para terceros (un empeoramiento de la esfera jurídica de éstos)*. Aunque no estoy del todo seguro de que nuestros puntos de vista sean coincidentes, me ha parecido hallar elementos de una exposición en cierto modo próxima a la efectuada en el Tratado de *Jakobs*⁸⁰, cuando este autor indica que el círculo de organización de un sujeto alcanza hasta donde llega el derecho de éste, en su caso ejercitable mediante derecho de necesidad, a una configuración sin impedimentos. Añadiendo, a continuación, que el derecho de disposición sobre el propio círculo de organización cesa en los casos en que existe un deber de tolerancia⁸¹.

6. Observación final.

El esbozo efectuado no agota, naturalmente, el conjunto de problemas propios de la dogmática de la infracción de deberes de tolerancia de conductas en estado de necesidad agresivo. A algunos de ellos se ha hecho sucinta mención en notas a pie de página. Pero existen muchos más. Por ejemplo, los relativos a la distinción entre infracciones dolosas e

⁸⁰ *“schon die Duldungspflicht allein nimmt das Bestimmungsrecht über die Organisationsgestalt”*: *Jakobs*, AT 7/ 63, con referencia (nota 109) a la posición coincidente de Roxin y de Armin Kaufmann, así como a las divergentes de Meyer-Bahlburg, Ranft y Herzberg.

⁸¹ *Jakobs*, AT 7/ 63: *“(der Organisationskreis) endet also schon bei Duldungspflichten (etwa aus § 34 StGB)”*, con independencia de que a éstos no les corresponda ningún deber de actuar, un deber de actuar propio (general o de garante) o un deber de actuar de terceros. Añadiendo que un deber de tolerancia no implica que el propietario del bien esté obligado a mantener el bien afectado permanentemente dispuesto: *“vor dem Beginn des zu duldenden Eingriffs kann er darüber beliebig verfügen”*.

imprudentes⁸² (o ni siquiera imprudentes) del deber de tolerancia; así como los que aluden a la diferencia entre infracciones consumadas e intentadas del referido deber. En esta última línea aparecen también las cuestiones que suscita el desistimiento de la infracción intentada del deber de tolerancia mediante actos positivos de salvamento de los bienes del necesitado. En realidad, si bien se observa, se trataría de analizar los problemas que plantea la infracción del deber de tolerancia de conductas necesarias como forma de realización de los tipos de la Parte Especial. Todo ello deberá ser objeto de una investigación específica.

⁸² *Silva Sánchez*, El delito, pp. 243-244. Las infracciones imprudentes del deber de tolerancia constituyen interrupciones imprudentes de un curso causal salvador ajeno. De modo que si, tras ellas, el sujeto infractor del deber de tolerancia dolosamente no presta socorro al necesitado, la situación debe reconducirse a las omisiones de gravedad intermedia, naturalmente en concurso con la responsabilidad imprudente por la lesión sufrida por los bienes del necesitado.

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.¹ 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).

¹ 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 Sánchez² 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

² 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.³ 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”⁴. 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

³ 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.

⁴ 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 excepciones⁵) 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.⁶ 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 lesión⁷-. 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.⁸

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

⁵ 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.

⁶ 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].

⁷ 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.

⁸ 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.⁹ 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*

⁹ 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.¹⁰

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).¹¹

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

¹⁰ 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.

¹¹ 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.^{12, 13}

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

¹² Jakobs *supra* n. 2, 7/64, p. 216.

¹³ 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.¹⁴ 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

¹⁴ 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.¹⁵ 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*.¹⁶ 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*.¹⁷ 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

¹⁵ 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.

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

¹⁷ 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,¹⁸ ¿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.¹⁹ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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:²⁰ *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,²¹ 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)

²⁰ Cf. Schopp *supra* n. 15 pp. 46 s.

²¹ *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.²² 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.²³ 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*.

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

²³ 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.²⁴ 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 impermisible 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 impermisible para *A* expulsarlo de *I* si en el exterior *B* quedaría expuesto al mal mayor.²⁵

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

²⁵ 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.²⁶

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 postula²⁷ 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

²⁶ 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.

²⁷ ¡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)²⁸ 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 original²⁹. 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

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

²⁹ 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*.³⁰ 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.³¹ Quien, como yo, encuentre radicalmente desatinadas estas ideas acerca

³⁰ 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.

³¹ 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.³² 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

³² 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.

***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***

Gabriel Pérez Barberá *

I. Introducción

1. Objeto. Planteo del problema

En este trabajo procuramos analizar críticamente la fundamentación que brinda el profesor SILVA SÁNCHEZ a su toma de posición respecto a si existe o no una relación de causalidad entre la violación de un deber de tolerancia y el resultado lesivo que de ello se deriva. El tema ha sido abordado en su trabajo *Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia*, incluido en esta publicación y al cual remitimos en lo que atañe a la clarificación conceptual de los términos empleados en él.

SILVA SÁNCHEZ, en dicho artículo, ofrece un tratamiento apenas marginal de este problema. Él, sin embargo, es a nuestro juicio de especial importancia, pues de lo que se decida en este nivel ontológico dependerá la ulterior posibilidad de imputar o no penalmente aquel resultado a quien pueda tenerse como su autor. Fuera de ello, nos parece particularmente interesante ocuparnos de esta cuestión en el marco de una discusión acerca de un trabajo de este brillante catedrático de la Universidad Pompeu Fabra, pues él, desde hace casi dos décadas, viene brindando una respuesta

* Profesor de Derecho Penal, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

básicamente correcta acerca del interrogante planteado: no existe tal relación de causalidad.¹ Pero, a nuestro modo de ver, no acierta al intentar determinar si, con todo, existe un nexo empírico u ontológico entre antecedente y consecuente en estos supuestos, y, en su caso, cuál es.

2. El punto de vista de SILVA SÁNCHEZ sobre la causalidad en la infracción de deberes de tolerancia

Para este autor, la infracción de un deber de tolerancia presenta la misma estructura dogmático-penal que la interrupción de cursos salvadores ajenos. De allí que entienda que sean válidas para aquel supuesto las mismas conclusiones a las que él mismo ha arribado respecto de la interrupción de cursos salvadores.² Y esas conclusiones son:

a) La interrupción de un curso salvador ajeno (incluso cuando él es típico pero justificado por tratarse de un actuar en estado de necesidad agresivo, que genera por tanto la obligación de tolerarlo) no está en relación de causalidad con el fracaso de la salvación, pues la estructura de la relación entre la interrupción de un curso salvador ajeno y el fracaso de la salvación es la misma que la de la relación entre omisión y resultado lesivo en un contexto de omisión impropia, y esa relación *no es causal*.³

b) Esa relación no es causal porque, según su punto de partida, un nexo tal es por definición naturalístico, no lógico ni epistemológico, y empíricamente la nada (una omisión) no puede causar nada.⁴

c) Que exista un nexo entre omisión y resultado (y entre la interrupción de un curso salvador y el fracaso de la salvación) se determina en función

¹ Cf. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, p. 235 y ss. En el trabajo aquí sometido a discusión mantiene la opinión sentada en esta obra, con los mismos fundamentos.

² Cf. SILVA SÁNCHEZ, en este número, punto 4.2.

³ Cf. SILVA SÁNCHEZ (1986), pp. 229 y ss., 239; en este número, punto 4.2, previo a nota a pie n° 64.

⁴ Cf. SILVA SÁNCHEZ (1986), p. 236.

de la concurrencia de una posición de garante, la cual, en estos contextos, actúa como “equivalente funcional de la causalidad”.⁵

d) Habrá tal posición de garante si puede afirmarse que la interrupción del curso salvador -que no es causal respecto del resultado lesivo- importó no obstante un incremento del riesgo para la integridad del bien jurídico cuya salvación se pretendía, pues ello implicará el “surgimiento de una relación de garantía derivada de (un) actuar precedente peligroso”.⁶ Y entiende que este criterio del incremento del riesgo es un “criterio de imputación objetiva del resultado”.⁷

3. Adelanto de nuestra posición respecto del punto de vista de SILVA SÁNCHEZ

Nuestra concepción coincide -en los resultados, no en los fundamentos- con las conclusiones a) y b) del apartado precedente: la relación de que se trata no es causal.⁸ En efecto: a nuestro juicio ese nexo es, ciertamente, empírico, pero no causal, sino estadístico o probabilístico. SILVA SÁNCHEZ, sin embargo, no aborda esta distinción, y ello genera importantes inconsistencias en su punto de vista. No coincidimos, en consecuencia, con la conclusión c) del autor que analizamos, pues si sostenemos que el nexo en cuestión es empírico, no podemos estar de acuerdo con que él se establezca a partir de una categoría eminentemente normativa como es la posición de garante. Ello implica caer en una

⁵ Ibid.

⁶ Ibid., p. 239 y s. (el paréntesis me pertenece).

⁷ Ibid., p. 238.

⁸ Una exposición detallada de los fundamentos que estimamos correctos -y que aquí reproducimos en gran parte- en PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad y determinabilidad*, en AA.VV., *Nuevas formulaciones de las ciencias penales. Libro homenaje a Claus Roxin*, Lerner, Córdoba, 2001, p. 87 y ss.; EL MISMO, *Kausalität und Determiniertheit*, ZStW 114 (2002), p. 600 y ss.

falacia normativista. Finalmente, en la conclusión d) salta a la vista una de las inconsistencias anunciadas: el no distinguir adecuadamente entre relaciones empíricas causales y relaciones empíricas estadísticas o probabilísticas le impide a SILVA SÁNCHEZ advertir que el llamado “incremento del riesgo” no es un criterio de *imputación* (objetiva), sino una forma de denominar un tipo de relación *empírica* existente entre antecedente y consecuente en el marco de un contexto de determinación estadística o probabilística.⁹

A continuación fundamentaremos estas afirmaciones.

II. Principios generales. La determinación causal

Todo delito de resultado tiene, necesariamente, un presupuesto ontológico. Este es el punto de partida que aquí se acepta.¹⁰ Pero ¿es verdad que todo resultado penalmente relevante tiene siempre una *causa*? ¿Es la causalidad un presupuesto ontológico *necesario* en *todos* los casos en que se trata de un delito de resultado? Estas preguntas serán respondidas negativamente. Si la relación entre el resultado típico y su antecedente ontológico puede expresarse mediante el condicional “si *p* entonces *q*” ($p \rightarrow q$), donde el consecuente *q* es el resultado típico, se sostendrá aquí que el antecedente *p* no tiene por qué ser una causa, aunque *puede* serlo. Esta tesis permitirá derivar una serie de conclusiones que se estiman sumamente útiles para la solución de muchos de los difíciles problemas que plantea esta “parte ontológica” del llamado tipo objetivo, en particular en los casos de omisión impropia y de interrupción de acciones salvadoras, que son los especialmente analizados en el artículo del Profesor SILVA SÁNCHEZ.

⁹ Cf. al respecto las referencias bibliográficas citadas en nota anterior.

¹⁰ Así también, expresamente, WOHLERS, *Generelle Kausalität als Problem richterlicher Überzeugungsbildung*, JuS 1995, p. 1019.

Para que lo afirmado en el párrafo anterior resulte inteligible es necesario establecer algunas estipulaciones. En orden a ello se seguirá el esquema conceptual trazado por BUNGE en su clásico libro sobre la causalidad.¹¹ A nuestro juicio, ese marco teórico, elaborado en 1959 y revisado y ratificado por su autor en 1997,¹² permite solucionar adecuadamente los problemas aludidos. Sus tesis configuran el marco axiomático de la propuesta teórica que aquí se desarrolla.

Según BUNGE, el principio de causalidad es sólo una parte del principio de determinación. Este autor defiende, para el mundo físico, la tesis determinista que denomina “determinismo general”, y que define como “aquella teoría ontológica cuyos componentes necesarios y suficientes son: *el principio genético* o principio de productividad, según el cual nada puede surgir de la nada ni convertirse en nada;¹³ y *el principio de legalidad*, según el cual nada sucede en forma incondicional ni completamente irregular, o sea, de modo ilegal o arbitrario”.¹⁴ Entiende que “ambos principios pueden ser fundidos en uno solo, a saber: *Todo es determinado según leyes por alguna otra cosa*”, y concluye que “este enunciado puede llamarse el *principio de determinación*”, el cual constituye “un supuesto filosófico de la ciencia”.¹⁵

El principio causal, por su parte, constituye “sólo una entre muchas categorías de determinación”,¹⁶ como la estadística, la teleológica, la

¹¹ En *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, trad. Rodríguez (del original en inglés *Causality. The place of the causal principle in modern science* [1959]), 1ª edic. (en Argentina, revisada por el autor), Buenos Aires, 1997. También SILVA SÁNCHEZ cita esta obra de BUNGE en op. cit. (1986), p. 233 y ss., notas a pie n° 369, 373 y ss., aunque sin extraer de ella las consecuencias que aquí se estiman pertinentes.

¹² Cf. el “Prólogo a la presente edición” del propio BUNGE en op. cit., p. 7 y s.

¹³ El principio genético se remonta a LUCRECIUS (99-55 a.C.); cf. al respecto EISLER, *Philosophen-Lexicon*, 1912, p. 434 y s.

¹⁴ Cf. BUNGE, op. cit., p. 48; bastardillas en el original.

¹⁵ *Ibid.*, p. 48 y s.; bastardillas en el original.

¹⁶ *Ibid.*, p. 37.

estructural, etc. Aquel “se aplica, esencialmente, cuando la determinación se realiza en forma *unívoca* o inequívoca por condiciones *externas*”.¹⁷ Más precisamente, para que un enunciado pueda considerarse causal, es necesario que presente los siguientes componentes esenciales: “*condicionalidad, univocidad, dependencia unilateral* del efecto con respecto a la causa, *invariabilidad* de la conexión y *productividad* o naturaleza genética del vínculo”.¹⁸ Para BUNGE, entonces, la formulación adecuada del principio causal debe presentar la forma siguiente: “*Si ocurre C, entonces (y sólo entonces) E es siempre producido por él*”.¹⁹ Para decirlo en términos muy simples: de acuerdo con esta concepción, a la que se adhiere en este trabajo, un agente causal debe tener, necesariamente, “naturaleza activa y productiva”;²⁰ concretamente: debe tratarse de una causa *eficiente*, a la que se considera “como un agente que obra en forma extrínseca”.²¹ SILVA SÁNCHEZ acepta también esta noción de causalidad.²²

En la dogmática penal el principio genético ha sido rechazado, sobre todo, mediante el argumento de que el vínculo que él establecería entre causa y efecto no es observable ni medible.²³ Esta opinión, sin embargo, no resiste el menor análisis. Tanto la física actual como la ciencia jurídica trabajan permanentemente con conceptos o términos teóricos que se refieren a fenómenos no observables, sin por ello dejar de ser disciplinas

¹⁷ Ibid., p. 49; bastardillas en el original.

¹⁸ Ibid., p. 79; bastardillas en el original.

¹⁹ Ibid.; bastardillas y paréntesis en el original. Acerca de las razones de esta fórmula, detalladamente BUNGE, *ibid.*, pp. 61-85.

²⁰ Ibid., p. 71.

²¹ Ibid., p. 85. Aquí mismo destaca BUNGE que este concepto de causa es, de hecho, el único que el pensamiento moderno ha conservado de las tradicionales cuatro “causas” aristotélicas (la formal, la material, la eficiente y la final; cf. ARISTÓTELES, *Metafísica*, lib. I, cap. III, 983^a, b).

²² Cf., DEL MISMO, *op. cit.* (1986), p. 233 y ss.

²³ Cf., por todos, PUPPE, *Anmerkung zum Urteil des BGH v. 6.7.1990*, JR 1992, p. 31.

científicas (antes bien: *por ello lo son*).²⁴ “Fuerza” es un término teórico-no “metafísico”-,²⁵ que permite explicar fenómenos físicos y que es empleado por los físicos sin ninguna dificultad. ¿Por qué entonces han de oponer dificultades los juristas?²⁶ Para comprobar lo inobservable ha de partirse siempre de indicadores observables (así, por ejemplo, cuando un penalista quiere comprobar que el autor poseía cierto conocimiento al momento del hecho, o un físico la existencia del núcleo atómico). Del

²⁴ Sobre los conceptos o términos teóricos y el mayor poder explicativo -y por ende mayor carácter científico- de las teorías que los emplean, cf. especialmente, entre la numerosa literatura de filosofía de la ciencia que se ocupa del tema, CARNAP, *Einführung in die Philosophie der Naturwissenschaft*, trad. al alemán del original en inglés (*Philosophical Foundations of Physics*, New York, 1966) a cargo de Hoering, München, 1969, p. 225 y ss. (existe también versión castellana: *Fundamentación lógica de la física*, Buenos Aires, 1973); cf. asimismo POPPER, *Das Wachstum der wissenschaftlichen Erkenntnis* (1960), en, DEL MISMO, *Lesebuch*, 2ª edic., Tübingen, 1997, p. 154 y ss., esp. p. 156 y ss.

²⁵ Como de hecho cree la autora citada en nota 23. La palabra “fuerza” es empleada aquí no en un sentido metafórico (v.gr. “fuerza social”, etc.) sino estrictamente físico, esto es, como aquello que puede cambiar la velocidad de un cuerpo, o bien como un agente situado fuera de un sistema que puede cambiar el estado de ese sistema. Como es sabido, el concepto de fuerza comprende el de energía, puesto que la energía “describe la capacidad de producir trabajo [en sentido físico]”, y el trabajo presupone el empleo de una fuerza. Acerca de los conceptos de “fuerza”, “trabajo” y “energía” cf. por ejemplo TIPLER, *Physik*, 3ª reimpresión, Heidelberg, 2000 (traducido del inglés al alemán por BAUMGARTNER y otros); sobre la historia del concepto de fuerza en la física y en la filosofía de la ciencia cf. MITTELSTRASS (comp.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, t. II, 1995, p. 490 y s.

²⁶ Se podría responder: el jurista objeta no desde su campo de saber, sino adhiriendo a determinadas concepciones filosóficas. Pero convendría no olvidar que la concepción filosófica que podría avalar esta objeción sería, a lo sumo, alguna de las más torpes versiones del empirismo, superadas desde hace mucho en teoría de la ciencia. Para la superación de ese empirismo resulta fundamental la contribución de QUINE, sobre todo el artículo *Dos dogmas del empirismo*, publicado en *Desde un punto de vista lógico*, trad. Sacristán, Barcelona, 1962; en este sentido se pronuncia TARUFFO en *La prueba de los hechos*, trad. Ferrer Beltrán, Madrid, 2002, p. 31 y s., nota 24 al pie.

mismo modo, en lo que respecta a la “fuerza” o vínculo genético, él primero *se supone*, y luego se prueba,²⁷ teniéndose en cuenta los fenómenos observables que aparecen como premisas-datos en el *explanans* de un esquema de cobertura legal inferencial de explicación científica,²⁸ y que hablan a favor de la existencia de la relación genética aludida.

Esta aclaración creemos que libera al requisito genético o productivo del prejuicio mencionado, que lo recluye últimamente en un desprestigio injustificado dentro de la dogmática penal alemana. De ello resulta que la conocida fórmula de ENGISCH de la condición conforme a leyes, en tanto método para la *constatación* de una relación de causalidad, es correcta siempre que se entienda que los enunciados legales a incluir en la explicación contienen un (presupuesto) componente genético o productivo, el cual, por cierto, como toda hipótesis, debe ser luego puesto a prueba. Si, empleándose la metodología indicada, la existencia de ese componente genético no puede comprobarse, entonces es seguro que la explicación causal intentada resultará insatisfactoria. En tal caso será por lo tanto preferible formular otro tipo de hipótesis, de naturaleza no causal.

Un llamativo ejemplo de explicación causal insatisfactoria (por estar ausente justamente el componente genético) es el que ofrece el caso de la omisión impropia, que es precisamente el que centra la atención del trabajo de SILVA SÁNCHEZ: ninguna de las explicaciones causales propuestas hasta ahora por la doctrina o la jurisprudencia ha conformado a los penalistas.²⁹

²⁷ Al respecto BUNGE dice: “Las regularidades rara vez se *observan*: por lo general se *infieren* o reconstruyen, o sea, que primero se suponen y luego se prueban” (op. cit., p. 383; bastardillas del original).

²⁸ Al respecto véase el punto siguiente.

²⁹ El carácter probabilístico (y por tanto no universal) de toda explicación ontológica relacionada con los casos de omisión impropia constituye uno de los obstáculos insalvables para admitir explicaciones causales (que tienen siempre carácter universal) en esta constelación. De allí la insatisfacción que se produce cuando se sostiene que la explicación ontológica de las omisiones impropias tiene un carácter *causal*.

Esto debería ser señal suficiente de que, con respecto a este caso, convendría intentar otro tipo de explicación (no causal). Pero como los autores -por alguna razón vinculada a una desconfianza infundada en contra de otra clase de explicaciones- no se resignan a abandonar el paradigma causal, han preferido o bien construir un concepto de causa inadmisiblemente amplio, que les permita explicar ontológicamente el fenómeno de la omisión sin salirse de la categoría de determinación que les es familiar, o bien establecer -falacia normativista mediante- nexos ontológicos a través de criterios jurídicos o normativos.

No es plausible, en consecuencia, insistir con explicaciones causales en ámbitos en los que éstas, más que explicar, confunden. Antes bien es preferible la suposición de que, en esos ámbitos, los sucesos se explican *ontológicamente* en virtud de otras categorías, diferentes a la causal.

III. Explicación científica y categorías de determinación. La determinación estadística o probabilística

Según la hipótesis que aquí se considera preferible, entonces, todo está *determinado* por algo, pero no todo está *causado* por algo. La causalidad constituye sólo una de las categorías posibles de la determinación en general, y, como dice con razón BUNGE, ciertamente ni la más importante ni la más insignificante.³⁰ Además de la determinación causal puede mencionarse la determinación estadística o probabilística, la teleológica, la dialéctica, la estructural o totalista, la determinación por interacción, la autodeterminación cuantitativa, etc.³¹ En lo que atañe al derecho -y en particular al derecho penal- son tres las categorías de determinación que, a nuestro juicio, pueden tener una importante aplicación práctica: la causal,

³⁰ Op. cit., p. 467. BUNGE resume la pretensión de su enfoque diciendo que con él quiere “indicar el lugar a la vez modesto y sin embargo indispensable que la causación ocupa en el contexto, más amplio, del determinismo general” (p. 42).

³¹ Cf. BUNGE, op. cit., p. 37 y ss.

la estadística o probabilística y la teleológica (o teleológico-probabilística, como sería preferible denominarla). Aquí nos detendremos únicamente en la categoría de determinación estadística o probabilística,³² además por cierto de la causal.

La función de las categorías de determinación es explicar sucesos ontológica o empíricamente. La explicación resultante será causal o estadística (o probabilística) según cuál sea la categoría de determinación aplicable. A su vez, cada categoría de determinación es regida por sus propias leyes: causales, probabilísticas, etc., según el caso. Antes de continuar avanzando es necesario, entonces, detenerse a clarificar con algo más de precisión los conceptos empleados hasta aquí, a saber: el concepto de *explicación* (científica), en particular el de explicación causal y el de explicación (y determinación) estadística o probabilística, así como el de ley causal y ley estadística o probabilística.

1. La explicación científica. La distinción entre explicaciones causales y explicaciones estadísticas o probabilísticas

Como es sabido, existe acuerdo general en filosofía de la ciencia en que una explicación es científica si se adecua al esquema o método de cobertura legal inferencial (o nomológico-deductivo), presentado sistemáticamente por primera vez por HEMPEL y OPPENHEIM -aunque POPPER se atribuye también la respectiva paternidad-, y que consiste, como es sabido, en llevar adelante los siguientes pasos: a) determinar con precisión *aquello que se quiere explicar* (que es siempre una hipótesis, se denomina *explanandum* y constituye la conclusión de una inferencia); b) seleccionar los datos empíricos que se consideran relevantes para su explicación; y c) seleccionar las leyes generales (que también son siempre hipótesis) que se consideran pertinentes para relacionar los datos empíricos. El resultado

³² En este contexto empleamos los términos “estadística” y “probabilística” como sinónimos.

de estas dos últimas operaciones es *lo que explica* (se denomina *explanans* y conforma las premisas de la inferencia).³³

No parece adecuado, sin embargo, presentar a la forma más general de este método como “nomológica-deductiva” -tal como es usual en la literatura especializada-, porque la inferencia explicativa puede ser tanto deductiva como inductiva. De allí que, en la presente investigación, se ha preferido seguir en esto a Díez/Moulines y denominar al método de explicación científica, en sus términos más generales, como “modelo de cobertura legal inferencial”.³⁴ En efecto: lo que caracteriza a *toda* explicación científica es que el *explanans* contiene siempre al menos una *ley* (natural o empírica) y que la relación entre premisas (*explanans*) y conclusión (*explanandum*) es de inferencia lógica: “el *explanandum se infiere del explanans*”.³⁵

³³ Cf. HEMPEL/OPPENHEIM, *La lógica de la explicación*, trad. Míguez y otros del original en inglés (1948), en *La explicación científica. Estudios sobre la filosofía de la ciencia*, Barcelona, 1979, p. 247 y ss. POPPER, por su parte, había propuesto ya el mismo método varios años antes (en 1935), aunque sin la fundamentación exhaustiva que luego le proporcionarían HEMPEL y OPPENHEIM (cf. POPPER, *Logik der Forschung*, 10ª edic. [1ª edic. 1935], Tübingen, 1994, p. 31 y ss.). El aporte principal de POPPER consistió en dejar bien en claro que tanto las premisas-leyes del *explanans* como el *explanandum* son siempre hipótesis (cf., por ejemplo, *Das Problem der Induktion*, cit., en op. cit. [1997], p. 88). Una exposición muy didáctica del modelo de cobertura legal inferencial o nomológico-deductivo de explicación científica ofrecen, entre otros, KLIMOVSKY/HIDALGO, *La inexplicable sociedad. Cuestiones de epistemología de las ciencias sociales*, Buenos Aires, 1998, p. 27 y ss.; cf. también MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht*, Göttingen, 1980, p. 64 y s., y, especialmente, STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie. Band I: Wissenschaftliche Erklärung und Begründung*, Berlín y otras, 1969, p. 82 y ss. Para una explicación menos didáctica pero más rigurosa y precisa cf. Díez/Moulines, op. cit., p. 219 y ss. En lo que hace a la aplicación de este método en la praxis jurídica relacionada con la llamada *questio facti*, y particularmente en el derecho penal, se ha dicho que él constituye “el mejor camino” para “considerar una inferencia inductiva más razonable o plausible que otras” (FERRAJOLI, *Derecho y razón*, trad. Andrés Ibáñez y otros, Madrid, 1997, p. 141).

³⁴ Díez/Moulines, op. cit., p. 224 y ss.

³⁵ Díez/Moulines, op. cit., p. 227, bastarda del original.

A partir de esta idea básica, en función de las distintas combinaciones posibles que surgen de determinadas condiciones adicionales (que el *explanandum* sea un hecho particular o general, que la ley del *explanans* sea causal o probabilística, que la inferencia sea deductiva o inductiva, etc.), puede haber cuatro tipos distintos de explicación, que los autores citados denominan nomológico-deductivas particulares, nomológico-deductivas generales, deductivo-estadísticas e inductivo-estadísticas.³⁶ A los fines de este trabajo sólo interesan la primera y la última, esto es, aquellas en las que el *explanandum* es un hecho particular, pues es esta la clase de hechos que se investigan en un proceso penal. Y, con el objeto de mantener coherencia terminológica con la toma de postura asumida aquí y en aras asimismo de la simplificación, mantendremos el nombre de explicaciones “nomológico-deductivas particulares” para las primeras y llamaremos “nomológico-inductivas particulares” a las últimas.

Las explicaciones causales son las nomológico-*deductivas* particulares en cuyo *explanans* aparece una ley causal (universal). Y las explicaciones estadísticas o probabilísticas son las nomológico-*inductivas* particulares en cuyo *explanans* aparece una ley estadística o probabilística (no universal).

Las explicaciones causales se simbolizan, por tanto, así:

D ₁ , D ₂ , D ₃ , D _n (premisas-datos)	<i>explanans</i> (lo que explica)
L ₁ ¹ , L _n ² (premisas-leyes causales)	

Hipótesis	<i>explanandum</i> (lo que se explica)
-----------	--

³⁶ Díez/MOULINES, *ibid.*

En el supuesto graficado arriba, como se trata de una deducción, la conclusión se sigue necesariamente de las premisas, o -lo que es lo mismo- está contenida en aquellas. Como ejemplo puede servir el siguiente. El *explanandum* “esta puerta de madera se dilata en verano” se explica en función de las premisas-datos: “madera”, “calor”, etc., y de la premisa-ley (causal-universal) “todo cuerpo se dilata con el calor”.³⁷ Esta es, para el punto de vista seguido aquí, una típica explicación causal de un hecho particular o singular.

Si, en cambio, las leyes generales del *explanans* son leyes estadísticas o probabilísticas, y por tanto no son universales, la inferencia en cuestión será inductiva, y la simbolización estandarizada en tal caso es la siguiente:

D ₁ , D ₂ , D ₃ , D _n (premisas-datos)	<i>explanans</i> (lo que explica)
L ₁ , L ₂ , L ₃ , L _n (premisas-leyes estadísticas)	
-----	[entonces es probable que...]
Hipótesis	<i>explanandum</i> (lo que se explica)

En este segundo supuesto, la línea punteada que separa a las premisas de la conclusión indica que la inferencia en cuestión es inductiva, de allí que resulta necesario agregar el adverbio modal de probabilidad encerrado entre corchetes. Aquí la conclusión no se sigue necesariamente de las premisas; entre ambas lo que existe es una *relación de apoyo*, y más precisamente una relación de apoyo inductivo:³⁸ las premisas no contienen la conclusión, sino que apoyan a ésta en un determinado grado.³⁹

Al igual que en las explicaciones nomológico-deductivas particulares aplicables a hipótesis causales (universales), en la explicación estadística

³⁷ Cf. HEMPEL/OPPENHEIM (1948), en op. cit., p. 248 y ss.

³⁸ Pues también en una deducción las premisas apoyan a la conclusión, sólo que ese apoyo es de otra índole.

³⁹ Cf. HEMPEL, *Aspectos de la explicación científica*, trad. Míguez del original en inglés (1965), en op. cit., p. 377 y ss.

o nomológico-inductiva particular hay premisas-datos y premisas-leyes (estadísticas o probabilísticas) que conforman un *explanans*. Pero su particularidad reside en que, en ellas, el *explanandum* se obtiene por inducción, no por deducción. Así, por ejemplo, el *explanandum* “X se curó de la enfermedad E”, constituye un enunciado que se infiere inductivamente de (o se explica con) las premisas-datos “X padece la enfermedad E” y “el médico M suministró a X la droga D”, junto con la premisa-ley (estadística o probabilística) “la droga D cura a la enfermedad E en ciertos casos”.⁴⁰

Ahora podemos entonces afirmar, con más precisión: una explicación es causal si las leyes que integran el *explanans* son leyes causales. Y es estadística o probabilística si las leyes que integran el *explanans* son leyes estadísticas o probabilísticas. Corresponde, entonces, caracterizar ambos tipos de leyes.

2. La distinción entre leyes causales y leyes estadísticas o probabilísticas. Relevancia estadística

Las leyes causales, técnicamente, son generalizaciones empíricas universales de segundo nivel, pues generalizan ciertas proposiciones básicas particulares o de primer nivel, que surgen de la simple observación.⁴¹ Un ejemplo de proposición básica particular es: “la fuente de calor F dilata al cuerpo C”. Una ley causal es la generalización del fenómeno del que da cuenta una proposición empírica básica particular de primer nivel, pero no cualquier generalización, sino -como ya fuera insinuado- una generalización *universal*, que usualmente tiene la forma de un enunciado condicional.⁴² Ejemplo: “si un cuerpo recibe calor, entonces *necesariamente* ese cuerpo se dilata”.

⁴⁰ Ibid.; cf. también KLIMOVSKY/HIDALGO, op. cit., p. 51 y ss.

⁴¹ Cf. al respecto KLIMOVSKY/HIDALGO, op. cit., p. 105 y ss.

⁴² Cf. HEMPEL (1948), en op. cit., p. 265 y s.

“Universal”, en este contexto, quiere decir que se trata de “generalizaciones o regularidades *nómicamente necesarias*”, esto es, de generalizaciones empíricas que no pueden ser falsas sin contradecir las leyes naturales conocidas.⁴³ Las leyes causales no son, pues, lógicamente necesarias, sino *empíricamente* necesarias dentro del contexto conformado por el conjunto de leyes naturales conocidas. Se oponen, en consecuencia, a las meras regularidades accidentales o factuales, que no son empíricamente necesarias dentro de ese contexto.⁴⁴ Dado el carácter universal de las leyes causales, presentan ellas la característica definitoria de que un solo contraejemplo basta para refutarlas o falsarlas. De allí que, si ese contraejemplo se presentara, la regularidad en cuestión dejaría de ser *nómicamente necesaria* y, por tanto, traería como consecuencia la refutación de esa ley natural, que deberá abandonarse a partir de ese momento.

Por su parte, una ley estadística o probabilística es una generalización empírica *no universal* de segundo nivel. No son, por tanto, generalizaciones *nómicamente necesarias* en el sentido explicado en el párrafo anterior. Ese carácter no universal se expresa mediante el empleo del adverbio modal “probablemente” u otras expresiones equivalentes, si se trata de un enunciado comparativo, o con el giro “grado *x* de probabilidad” u otro equivalente, si se trata de un enunciado cuantitativo.⁴⁵ Precisamente por este carácter no universal de las leyes estadísticas o probabilísticas es que éstas tienen la propiedad de que el hallazgo de un contraejemplo, o incluso

⁴³ Cf. al respecto Díez/Moulines, op. cit., p. 128 y ss.; Nagel, *La estructura de la ciencia*, trad. Míguez, Barcelona, 1981, p. 57 y ss.

⁴⁴ “Todo cuerpo se dilata con el calor” es una regularidad *nómica* (i.e. empíricamente necesaria en función de las leyes naturales conocidas: si un cuerpo no se dilatara con el calor se contradiría una ley natural); “todos los tomates cosechados ayer estaban podridos” es, en cambio, una regularidad *accidental* (i.e. empíricamente no necesaria en función de las leyes naturales conocidas: si un tomate no hubiera estado podrido no se hubiera contradicho, con ello, ninguna ley natural). Cf. al respecto Díez/Moulines, *ibid.*

⁴⁵ Cf. Hempel (1965), en op. cit., p. 377.

de varios, no es suficiente para refutarlas o falsarlas. Así, en el caso descrito más arriba, la explicación dada a la cura de X puede ser acertada y concluyente aun cuando la droga D no haya curado a la enfermedad E en algunos casos. Esta peculiaridad nos introduce en el concepto de “relevancia estadística”, de suma importancia, que se analiza a continuación.

Lo que permite formular una ley universal (causal) es el hecho de la no ocurrencia de ningún contraejemplo tras repetidas observaciones, i.e. la inexistencia de falsación o refutación, al menos hasta el momento de la formulación de la ley. Lo que permite formular una ley estadística o probabilística, por su parte, es la posibilidad de realizar una generalización empírica *no obstante la existencia de contraejemplos*. La condición *mínima* para que esa posibilidad quede habilitada (y justificada) es que exista “relevancia estadística”.

Hay relevancia estadística cuando la presencia de un dato determinado en el *explanans* aumenta la probabilidad del suceso a explicar (i.e. del *explanandum*). Con otras palabras: cuando la probabilidad del suceso a explicar sin ese dato en la explicación (probabilidad anterior) es menor que la probabilidad que surge si ese dato se agrega (probabilidad posterior). Ejemplo: la probabilidad del *explanandum* “el señor X no quedará embarazado este mes”, no es aumentada con el dato del *explanans* “el señor X toma regularmente la píldora anticonceptiva”; allí, por tanto, entre *explanans* y *explanandum* no hay relevancia estadística (completamente distinta sería la situación, desde luego, si la hipótesis a explicar dijera que la *señora X* no quedará embarazada).⁴⁶

El autor más influyente respecto del concepto de relevancia estadística es SALMON.⁴⁷ La explicación dada aquí, sin embargo, no concuerda

⁴⁶ El ejemplo es de SALMON y lo cita KINDHÄUSER en *Intentionale Handlung*, Berlin, 1980, p. 482; cf. también PUPPE, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit*, ZStW 95 (1983), p. 308; SUPPES, *A Probabilistic Theorie of Causality*, Amsterdam, 1970, p. 12 y ss.

⁴⁷ Véase, entre otros trabajos suyos, *Statistical Explanation and Statistical Relevance*, Pittsburgh, 1971, cit. por DIEZ/MOULINES, op. cit., p. 243.

completamente con la de este autor, sino más bien con la alcanzada tras el aporte de sus críticos. En efecto, según SALMON, para que haya relevancia estadística basta con que la probabilidad posterior *modifique* a la anterior, es decir, no es necesario que, además de modificarla, la aumente; sostiene incluso que, en ciertos casos, hasta cuando existe modificación negativa (i.e. *disminución* de la probabilidad anterior por la posterior) puede haber relevancia estadística.⁴⁸ A ello se ha opuesto, sin embargo, que “la presencia del explanans debe hacer al menos *más* esperable al explanandum que su ausencia”,⁴⁹ y esta última es la postura que se ha impuesto.

Esta concepción de la idea de relevancia estadística apunta a demostrar que no es necesario que el grado de probabilidad que surge de la ley probabilística aplicada al caso sea alto para considerar que la explicación obtenida es satisfactoria o concluyente:⁵⁰ explicaciones probabilísticas concluyentes son perfectamente posibles aun cuando se basan en un grado de probabilidad bajo, o incluso muy bajo. En este sentido, resultan esclarecedoras las palabras de KLIMOVSKY/HIDALGO, quienes, citando a CARNAP, afirman:

“Para que una explicación estadística sea aceptable no es necesario, siquiera, que el número probabilístico que proporciona la ley sea un número alto”. Y dan el siguiente ejemplo: “...a un paciente se le administra una droga que determina una probabilidad 0.05 [5 %] para sus efectos curativos, y el enfermo se cura. ¿Estamos aquí ante una explicación? Carnap sostiene que sí. Si hasta ahora ninguna

⁴⁸ Sobre todo esto cf. Díez/MOULINES, op. cit., p. 243 y ss.

⁴⁹ Díez/MOULINES, *ibid.*, p. 247; bastardilla agregada.

⁵⁰ Los adjetivos “satisfactoria” y “concluyente”, referidos a una explicación, se emplean aquí como sinónimos: ambos términos califican una explicación que da cuenta de un suceso en forma suficientemente adecuada como para aceptar la explicación como correcta dentro del marco ontológico y nomológico conocido.

droga había curado al enfermo ¿cómo puede entenderse que de repente esto se haya logrado? Porque se le ha administrado una droga que ‘cura en ciertas ocasiones’. Aunque el número probabilístico sea bajo, sin embargo se ha ensayado y el caso ha resultado favorable”.⁵¹

Obviamente que, en un proceso penal, deberá estar claro que la conclusión acerca de la existencia de relevancia estadística es “segura”, pues de lo contrario -por imperio del *in dubio pro reo*- no será idónea como determinante de la existencia de un nexo ontológico de determinación. De allí que, como se verá más adelante, resulte conveniente en tales casos hablar de relevancia o correlación estadística *fuerte* (= segura). Pero para que esa correlación sea segura no es necesario que el grado probabilístico sea alto, sino, simplemente, que quede excluida toda hipótesis alternativa que ponga en duda dicha relevancia.⁵²

Los ámbitos en los que interviene un número elevado de variables empíricas o premisas-datos suelen denominarse “ámbitos indeterminados”, así como se denomina “ámbitos determinados” a aquellos en los que interviene un número reducido de estas variables. En los primeros reina la explicación estadística o probabilística; en los segundos, la causal. Aquí denominaremos a los primeros “ámbitos determinados estadística o probabilísticamente”, y, a los segundos, “ámbitos determinados causalmente”, pues, conforme a la hipótesis de partida de este trabajo, *todo* está determinado por algo. Lo que cambia es la categoría de determinación.

El empleo de leyes causales en ámbitos determinados estadística o probabilísticamente (como en el de la omisión impropia o en el de la interrupción de acciones salvadoras) es, se insiste, imposible, pero es perfectamente posible *explicar* (ontológicamente) los sucesos que ocurren en ellos: resulta forzoso entonces admitir que son posibles otra clase de

⁵¹ KLIMOVSKY/HIDALGO, op. cit., p. 54 (la aclaración entre corchetes me pertenece).

⁵² Más adelante volveremos sobre este punto.

explicaciones ontológicas además de las causales, y que el derecho penal, en consecuencia, no debería pasar por alto esta conclusión cada vez que le toque en suerte toparse con un hecho propio de un ámbito estadístico o probabilístico.

La mayor o menor presencia de variables empíricas (conocidas) intervinientes en cada suceso condiciona, obviamente, nuestro posicionamiento frente al mundo y la consecuente pretensión que asumimos respecto de la clase de hipótesis a formular para explicarlo. En tal sentido, puede aceptarse que siempre se parte de un determinado grado de déficit epistémico, independientemente de que éste se corresponda o no con una ausencia objetiva. Es decir: nunca conocemos todo, ni sabemos si lo que no conocemos (déficit epistémico) realmente no existe (ausencia objetiva) o sí. Y esto, a nivel teórico, es aplicable tanto a los ámbitos determinados causalmente cuanto a los determinados probabilísticamente, más allá de que, a nivel práctico, el grado de déficit epistémico pueda -por lo general- ser mayor en estos últimos que en los primeros.⁵³

Por eso es incorrecto sostener que las explicaciones estadísticas o probabilísticas son sólo sucedáneos de las explicaciones causales, en el sentido de que es necesario acudir a tales explicaciones “imperfectas” por no disponerse de todo el conocimiento necesario para las “perfectas” explicaciones causales.⁵⁴ Ello sólo podría aparecer como correcto en un

⁵³ De allí que a las que aquí denominamos “leyes probabilísticas” suele llamárselas también “leyes no estrictas” o “leyes con cláusulas *ceteris paribus*”, esto es, leyes con excepciones. Si se las analiza tomando como referencia a las denominadas “leyes estrictas”, es claro que aparecerán como “leyes estrictas incompletamente formuladas”, en donde la incompletitud es epistémica: desconocimiento de algunos de los factores relevantes (sobre esto cf. Díez/MOULINES, op. cit., pp. 135 y s., 150 y ss.). Si se adoptara dicha terminología lo importante sería, entonces, no identificar leyes estrictas con leyes causales, ni leyes no estrictas *exclusivamente* con leyes probabilísticas. En rigor, tanto las causales como las probabilísticas son leyes no estrictas, esto es, con un determinado grado de incompletitud epistémica (así BUNGE, op. cit., p. 446).

⁵⁴ Se aproximan a tal punto de vista KLIMOVSKY/HIDALGO, op. cit., p. 58.

nivel intuitivo pre-teórico. Ya se dijo que *toda* explicación -por el insuperable déficit epistémico que padecemos- es imperfecta. Pero ello no impide que, cada una en su ámbito, pueda satisfacer de modo concluyente la inquietud cognitiva de que se trate. El carácter concluyente o satisfactorio de cualquier explicación -causal o probabilística- dependerá de cómo ella se relaciona con nuestro plafón epistémico (el bagaje actual de nuestros conocimientos). Si frente a ámbitos con elevado número de variables empíricas intervinientes decidimos quedar a la espera de superar nuestro consecuente déficit epistémico fuerte para ensayar una explicación, es probable que tengamos que esperar demasiado. Mucho más sensato (y necesario prácticamente) es ensayar explicaciones conforme al grado de déficit epistémico asumido en ese momento histórico, y aceptar que, para ese tiempo y ese lugar, esa es la explicación más perfecta posible (sea causal o probabilística). En un proceso penal, esto tiene que conducir necesariamente a una reformulación de la comprensión tradicional del alcance del principio *in dubio pro reo* en los ámbitos determinados estadística o probabilísticamente.⁵⁵

IV. El “nexo de determinación” como nueva categoría de la teoría del tipo penal

Resulta pertinente, por lo tanto, proponer una nueva categoría para la teoría del delito, a ubicar en la llamada tipicidad objetiva: la del *nexo de determinación*. Ella es una categoría ontológica (empírica o naturalística), cuya función es explicar la ocurrencia de sucesos en el mundo del ser, y en la cual tienen su sede las distintas categorías de determinación, especialmente la causal y la estadística o probabilística. Al caso concreto se aplicará una u otra según cuál tenga en él un predominio relativo.⁵⁶

⁵⁵ Véase al respecto *infra*, *.

⁵⁶ Sobre el significado de “predominio relativo” en este contexto cf. BUNGE, op. cit., p. 41.

Así, dentro del ámbito del denominado tipo objetivo, la pregunta más general a realizarse antes de pasar a las cuestiones normativas que usualmente se resuelven en la categoría de la imputación objetiva no será ya: “¿fue el resultado R *causado* por el autor A?”, sino: “¿fue el resultado R *determinado* por el autor A?”; y en caso afirmativo la pregunta que sigue es: “¿por qué categoría de determinación fue determinado el resultado R: por la causal o la probabilística?”. La cuestión del nexo de determinación, esto es, la necesidad de que el resultado penalmente relevante haya sido determinado ontológicamente por la acción del autor, constituye, por lo tanto, el presupuesto ontológico *general* de la imputación jurídico-penal en los delitos de resultado, y no la causalidad, como se ha sostenido hasta ahora.⁵⁷ Esta última sólo tendrá el carácter de presupuesto ontológico específico en aquellos supuestos en que ella sea la categoría de determinación a aplicar.

Huelga aclarar que la mera afirmación de un nexo de determinación no implica ya la *imputación* jurídico penal (en términos objetivos) de un resultado a su autor. Para ello, previamente -pero *tras* la comprobación del nexo de determinación- será necesario acudir a los criterios normativos propios de la imputación objetiva, de la posición de garante, etc. La categoría del nexo de determinación opera respecto de la imputación objetiva de modo análogo a como -según la concepción tradicional- lo hace la causalidad: es nada más que su presupuesto ontológico.

El carácter exclusivamente empírico u ontológico que aquí se le atribuye al nexo de determinación implica afirmar que los límites entre determinación e imputación objetiva *no son difusos*, como pretende

⁵⁷ Cf., por todos, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, München, 2003, 26/184, p. 192 y s., que sostiene: “...la causalidad es el presupuesto básico o general (*Grundvoraussetzung*) de la imputación para *todo* hecho punible de acción consumado...” (el destacado en bastardilla está en negrita en el original).

sostenerse en algunos recientes trabajos sobre causalidad en Alemania.⁵⁸ De hecho, tales límites *no deben* ser difusos si no quiere violarse el llamado “abismo lógico” de HUME. La opinión contraria se basa en una evidente falacia normativista, que es tan ingenua como aquella otra falacia también normativista en la que se apoyaban las llamadas “teorías individualizadoras de la causalidad”, e implica volver a sostener el absurdo de que existe algo así como una específica causalidad jurídico-penal. Vale la pena recordar aquí una importante afirmación de ROXIN: “La separación de causalidad [en rigor: de determinación] e imputación es un logro dogmático que no se debería volver a abandonar precipitadamente”.⁵⁹

V. Repercusiones en la dogmática de la omisión impropia y de la interrupción de acciones salvadoras, con especial referencia al principio *in dubio pro reo*

El sector práctico donde, según creemos, más rendimiento puede otorgar la categoría del nexo de determinación es el constituido por aquellos casos cuya determinación es, en rigor, estadística o probabilística, como el de la omisión impropia y el de la interrupción de cursos salvadores ajenos (y también: el de la responsabilidad penal por el producto mal elaborado, el de la mala praxis médica, el del derecho penal del medio ambiente, el de la responsabilidad penal de decisiones colegiadas que afectan bienes jurídicos, el de casos como la llamada “complicidad psíquica”, la estafa, la coacción, etc.). Ellos son tratados, sin excepción

⁵⁸ Así, por ejemplo, KNAUER sostiene: La “causalidad... no puede sustraerse a una valoración normativa. En este sentido, los límites con la imputación objetiva son difusos. Una separación entre una causalidad puramente naturalística y una imputación objetiva puramente valorativa no es, por lo tanto, posible” (EL MISMO, *Die Kollegialentscheidungen im Strafrecht*, München, 2001, p. 115).

⁵⁹ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 3ª edic., München, 1997, 11/21, p. 302 (el agregado entre corchetes me pertenece).

hasta ahora -y tanto por la doctrina como por la jurisprudencia-, en términos causales, es decir, en *lenguaje causal*,⁶⁰ a punto tal que, si se concluye que no hay relación causal, se abandona todo intento por buscar otra clase de nexo ontológico y se acude directamente a criterios normativos, como de hecho opera SILVA SÁNCHEZ al menos en este contexto, según se ha visto. Esto provoca no pocos inconvenientes, especialmente el relacionado con la legitimidad de condenas basadas -según se cree- “sólo” en probabilidades estadísticas.

El principio *in dubio pro reo* exige -según opinión pacífica en la literatura procesal penal- *certeza* para la constatación de las circunstancias de hecho incriminantes, entre las cuales cabe contar al nexo de determinación. Ahora bien, ¿puede brindar certeza una explicación estadística o probabilística? ¿No es la certeza, por definición, un grado de convicción que sólo pueden proporcionar las explicaciones causales? La respuesta a ambas preguntas ha de ser negativa, pero para que ello resulte comprensible es necesario, antes que nada, especificar qué debe entenderse por “certeza” en este contexto.

Ya no es ninguna novedad que la expresión “certeza” tiene siempre carácter aproximativo o regulativo (y no verificadorio, como todavía creen muchos juristas). FERRAJOLI, con razón, considera a la verdad procesal, precisamente, como “verdad aproximativa”, y en tal sentido dice: “...la verdad ‘cierta’, ‘objetiva’ o ‘absoluta’, representa siempre la ‘expresión de un ideal’ inalcanzable”; “...la idea contraria... es en realidad una ingenuidad epistemológica...”.⁶¹ De allí que no sea acertada la afirmación

⁶⁰ Al respecto dice BUNGE: “Todos tendemos a expresar todo tipo de ideas sobre la determinación, así como todo tipo de explicación, en un *lenguaje causal* que a menudo deforma el significado que en realidad queremos transmitir” (op. cit., p. 482; bastardilla en el original; cf. también p. 428). También ALCHOURRÓN/BULYGIN reconocen este problema de lenguaje cuando aclaran que utilizan el término “causal” sólo “por no encontrar otro mejor” (LOS MISMOS, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2ª reimpresión, Buenos Aires, 1993, p. 233).

⁶¹ FERRAJOLI, op. cit., p. 50.

de que el *in dubio pro reo* “no es en absoluto aplicable” en ámbitos estadísticos o probabilísticos.⁶² Lo correcto es sostener que el principio *in dubio pro reo* debe amoldarse a las particularidades epistemológicas de cada ámbito de determinación.⁶³

La verdad es que, si se revisa con cuidado la praxis de los tribunales, podrá comprobarse con facilidad que los jueces, más allá de que eventualmente *afirmen* lo contrario, en la práctica nunca quiebran el principio epistémico señalado; jamás, ni siquiera en los ámbitos más estrictamente causales, llegan al absurdo de autoexigirse alcanzar una “certeza absoluta” para poder emitir una sentencia de condena (les basta alcanzar una “razón suficiente”). Entonces, si es sabido que cada vez que *se habla* de certeza en ámbitos determinados causalmente se admite -al menos tácitamente- el mero carácter aproximativo o regulativo de esa expresión, ¿por qué no podrá hablarse de certeza, con esa misma limitación, también en ámbitos determinados estadística o

⁶² Así, PUPPE, *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Baden-Baden, 2000, p. 93.

⁶³ “En rigor, si se pensara que el juicio penal debe alcanzar la verdad ‘objetiva’ y se tomase al pie de la letra el principio *in dubio pro reo*, los márgenes de incertidumbre irreducibles que caracterizan a la verdad procesal deberían comportar la ilegitimidad de cualquier condena y, por tanto, la parálisis de la función judicial” (FERRAJOLI, op. cit., p. 62); cf. también STRATENWERTH, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, en *Festschrift für Gallas*, Berlin-New York, 1973, p. 231 y ss. En este sentido resulta inadecuada la concepción de FREUND (cf. su *Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung*, Heidelberg, 1987, esp. p. 56 y ss.), que pretende elaborar criterios normativos que legitimen el margen o riesgo de error que puede tener una condena, atento a la imposibilidad por principio de acceder a la verdad “objetiva” o “absoluta”. Pero creer que de lo que se trata en este contexto es de un margen o riesgo de *error* implica, en realidad, la *aceptación* y no la negación de la posibilidad, epistemológicamente ingenua, de acceso a la verdad objetiva. El problema es que FREUND utiliza el concepto de verdad objetiva más como criterio verificador que como principio regulativo. No se trata –como pretende FREUND– de determinar, conforme a criterios normativos, cuándo un (supuestamente inevitable y objetivo) riesgo de condena errónea es legítimo, sino de saber, conforme a los conocimientos empíricos disponibles, cuándo una explicación ontológica no permite dudar.

probabilísticamente? Lo cierto es que “certeza”, para todo juez (y también para una concepción epistemológica plausible), no significa otra cosa que el grado de convicción que adquiere a partir de aquella configuración de la prueba que le permite estar seguro acerca de la existencia, en el pasado, de ciertos hechos, es decir, que le da *razones suficientes para creer*, i.e., para tener una *creencia justificada*⁶⁴ de que algo efectivamente ocurrió (los jueces emplean de hecho muy a menudo la expresión “más allá de toda duda *razonable*”, con lo cual dejan en claro que se refieren a una seguridad epistémica). Y esa seguridad subjetiva, si no quiere ser arbitraria o absurda, deberá construirse con base en las características ontológicas conocidas propias del ámbito fáctico a juzgar.

En ámbitos de determinación causal, por lo tanto, “certeza” significa que el enunciado que conforma el *explanandum* de la explicación no ha podido hasta el momento ser falsado. Sigue siendo una hipótesis, apoyada en leyes que también son hipótesis, pero se trata de una hipótesis que ha adquirido tal grado de verosimilitud que el juez no puede, respecto de ella, permitirse dudar.⁶⁵ Pero sí podrá y deberá dudar si se presenta tan sólo *un* caso que pueda tener *algún efecto* falsante (si la falsación es total obviamente no habrá tampoco lugar para la duda, pues será seguro que la hipótesis es falsa). Esto es lo que resulta de la pretensión de universalidad de las hipótesis causales.

Por su parte, en ámbitos de determinación estadística o probabilística, “certeza” significa que el enunciado que conforma el *explanandum* mantiene una correlación estadística *fuerte* con los antecedentes fácticos y legales del *explanans*. “Correlación estadística fuerte”, que también podemos denominar “correlación estadística segura”, significa, como sostienen KLIMOVSKY e HIDALGO, que *no existe ninguna variable de prueba*

⁶⁴ Sobre la noción de “creencia justificada” cf. DANCY, *Introducción a la epistemología contemporánea*, trad. Prades Celma, Madrid, 1993, pp. 23 y ss., 39 y ss.

⁶⁵ Así, en los resultados, BGHSt 41, 206 (caso del producto protector de maderas [*Holzschutzmittelfall*]).

que demuestre la irrelevancia del antecedente (conformado por el *explanans*) respecto del consecuente (conformado por el *explanandum*).⁶⁶

Por lo demás, la tesis sostenida aquí de la correlación estadística segura (= certeza estadística) por inexistencia de variables probatorias que enerven la relevancia estadística indicada, constituye nada más que una manera consecuente de aplicar el tradicional principio de razón suficiente en esta clase de ámbitos. En efecto, según este principio -que permite de hecho abrir la puerta a la idea de *creencia justificada* como meta cognitiva del proceso en lugar del tan mentado “descubrimiento de la verdad material”- existirá razón suficiente respecto de una conclusión inductiva precisamente cuando las premisas no sólo apoyen esa conclusión sino que, además, *excluyan* la posibilidad de una conclusión distinta con ese mismo grado de apoyo.⁶⁷

Esto ha sido entendido así desde siempre -al menos implícitamente- también por la jurisprudencia tradicional, e incluso para contextos causales: “certeza”, según esa visión práctica, siempre fue comprendida (correctamente) como logro de razón *suficiente* en un marco inferencial inductivo y no (ingenuamente) como comprobación de una verdad *absoluta*. Y a la inversa: falta de “certeza” se identificó -y se identifica- invariablemente con falta de razón suficiente, esto es, con el fracaso no de una constatación objetiva, sino de una meta epistémica. “Descubrir la verdad” no es otra cosa que inferir (inductivamente) una conclusión aumentativa que tenemos por cierta en función de lo que sabemos. De allí lo dicho anteriormente en el sentido de que el *in dubio pro reo* impondrá

⁶⁶ Cf. KLIMOVSKY/HIDALGO, op. cit., p. 58.

⁶⁷ Esto es, de hecho, lo que quiere decir la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba en su comprensión tradicional del principio de razón suficiente; cf. por ejemplo, entre muchos otros fallos, TSJ Córdoba, Sala Penal, sentencia n° 13 del 27.5.1985, causa “Acevedo”, donde se dice: “Esta última hipótesis [cuando se requiere certeza] exigirá que la prueba en la que se basen las conclusiones a que se arribe en la sentencia sólo puedan dar fundamentos a esas conclusiones y no a otras”.

metas diferentes según cuál sea el ámbito epistemológico (causal o probabilístico) en el que es aplicado.

Se trata, por lo demás, de aquello que, para la prueba de los hechos, FREUND, siguiendo a ENGISCH, ha denominado “modelo de exclusión de hipótesis alternativas”.⁶⁸ Todo apunta a lo mismo: la meta probatoria principal es la exclusión de variables de prueba que permitan debilitar el apoyo inductivo en que se basa la hipótesis que fundamenta la condena.

La certeza exigida por el *in dubio pro reo* será, por lo tanto, la que se corresponda con cada categoría de determinación. En consecuencia, en los ámbitos determinados estadística o probabilísticamente el juez podrá permitirse dudar cuando la correlación estadística sea lo suficientemente débil como para tornar, precisamente, dudosa la relevancia de los antecedentes fácticos y legales respecto del consecuente.⁶⁹ Y obviamente esto no tiene por qué ocurrir ante la sola posibilidad hipotética o incluso la presencia real de un caso aislado en contra (de un contraejemplo), o incluso de varios, pues la certeza que puede proporcionar un enunciado

⁶⁸ Cf. FREUND, op. cit., p. 23 y ss.

⁶⁹ Ilustra bien el punto el conocido ejemplo que brinda HOYER del alcohólico empedernido que afirma que lo que determina su ebriedad es la soda, porque siempre bebe whisky con soda, vino con soda, gin con soda, etc. Aquí resulta claro que existen variables de prueba que demuestran la irrelevancia de la soda respecto de la ebriedad (cf. HOYER, *Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Productkhaftung*, GA 1996, pp. 164 y 169 y s.). Pero HOYER se equivoca cuando dice que la soda es una “causa aparente” del resultado porque ella está, respecto de él, “en una correlación estadística”, es decir, en “una correlación *acausal*” (ibid., p. 170; bastardilla agregada). Conforme al esquema conceptual aquí desarrollado, tal afirmación no puede ser correcta. Pues, en primer lugar, considera “estadístico” justo aquello que es estadísticamente irrelevante; y, en segundo lugar, porque sugiere que las leyes estadísticas (probabilísticas) no son idóneas para una explicación ontológica del suceso, pero, sorprendentemente, sostiene esto dentro de un esquema conceptual que precisamente propone como solución un concepto “causal-probabilístico” (!) (cf. pp. 169, 172 y 177; bastardilla agregada).

estadístico no depende de su grado (cuantitativo) de probabilidad, sino, como se dijo, de que la relevancia estadística del antecedente respecto del consecuente sea fuerte o segura. Esto es lo que resulta de la *no* pretensión de universalidad de las hipótesis estadísticas o probabilísticas.

El esquema conceptual aquí propuesto permite solucionar de manera prolija y coherente los problemas señalados. Aceptado que un suceso ha sido determinado estadística o probabilísticamente -y no causalmente- es lícito recurrir a leyes estadísticas o probabilísticas para demostrarlo. Porque un suceso determinado estadísticamente no es que puede, sino que *debe* ser explicado conforme a leyes probabilísticas, las que, en su ámbito de aplicación, son tan seguras y confiables como las causales en el suyo.

Así, en lo que respecta a la dogmática de la omisión impropia y a la de la interrupción de acciones salvadoras, cabe concluir -en consonancia en este punto con SILVA SÁNCHEZ, como se vio- que a la causalidad, como categoría de determinación, no le corresponde ningún papel, pues no se dan en ella las señaladas condiciones del principio genético o de virtud productiva que caracterizan el ámbito de dominio del principio causal. Deberían, por lo tanto, abandonarse definitivamente los infructuosos intentos de “encontrar” una causalidad en la comisión por omisión.

La categoría de determinación estadística o probabilística ha de jugar, desde luego, un papel central en estos ámbitos. De hecho, que la acción que se señala como omitida hubiese podido evitar el resultado es una cuestión que, como desde siempre lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia -aunque sin extraer de ello las consecuencias pertinentes-, sólo puede determinarse estadística o probabilísticamente (la cuestión es análoga a la que se presenta en los casos de conducta alternativa conforme a derecho). Fórmulas como las de “probabilidad rayana en la certeza” muestran esto con toda claridad. Es cierto que tales fórmulas resultan insatisfactorias dentro de un marco teórico causal. Pero pueden tener utilidad si se las presenta, como corresponde, en un contexto teórico conformado excluyentemente por leyes estadísticas o probabilísticas, y se las comprende conforme al concepto de “certeza estadística”

desarrollado más arriba. La problemática de la omisión impropia y la de la interrupción de cursos salvadores pertenecen, pues, a la clase de los “ámbitos determinados estadística o probabilísticamente”. Y en ellos, dentro de lo que es el presupuesto empírico u ontológico del tipo objetivo, lo que corresponde no es establecer, v.gr., si la omisión de A *causó* la muerte de B, sino si la *determinó* (estadística o probabilísticamente), en función de los principios establecidos para esta clase de determinación. Una respuesta afirmativa dejará sentada, *únicamente*, la existencia de un nexo *ontológico o empírico* entre omisión y resultado (o entre interrupción del curso salvador y fracaso de la salvación en los casos de interrupción de acciones salvadoras). Para establecer, *ulteriormente*, si ese resultado es *imputable* jurídico-penalmente al autor habrá que aplicar los criterios normativos propios de la teoría de la imputación objetiva, de la posición de garante, etc. Pero éstos no pueden reemplazar a las pertinentes categorías ontológicas para establecer la existencia de un nexo de esa índole, como de hecho pretende SILVA SÁNCHEZ. La existencia de un nexo de determinación (empírico) no es, por tanto, condición suficiente para la imputación jurídico-penal de un delito de resultado, pero sí es condición necesaria. Ambos aspectos (su insuficiencia y su necesidad) deben ser, pues, debidamente enfatizados.

VI. Incremento del riesgo como simple dato empírico y no como criterio de imputación

Habíamos visto que el error de la conclusión de SILVA SÁNCHEZ aquí nominada “d)” consistía en entronar a una mera condición empírica (el incremento de un riesgo) de un criterio normativo de imputación (la posición de garante) en una suerte de criterio de imputación paralelo, cuando lo analiza como tal junto con el criterio “rival” de la teoría de la evitabilidad.

En rigor, lo que hacen tanto la teoría de la evitabilidad como la del incremento del riesgo es aplicar el procedimiento de la fórmula de la *conditio sine qua non* en ámbitos no causales sino estadísticos o

probabilísticos, y ello no es incorrecto. Esa fórmula funciona por lo general adecuadamente en ámbitos causales de acción por el carácter universal o de necesidad empírica (regularidad nómica) de esa clase de proposiciones: si A no hubiera disparado contra B, éste *con seguridad* no habría muerto de esa manera, etc. Y en ámbitos estadísticos o probabilísticos funciona igualmente bien, sean casos de acción o de omisión impropia, sólo que la conclusión será, desde luego, siempre probabilística. Pero el esquema es el mismo: suprimir o agregar mentalmente lo ocurrido o lo no ocurrido, respectivamente (si A hubiera respetado la distancia lateral de adelantamiento, B probablemente no habría muerto aplastado de esa manera; si A hubiera arrojado un salvavidas a B, éste probablemente no habría muerto ahogado, etc).

El recurso a los denominados “cursos hipotéticos” (causales o no causales) constituye una operación a la que -correctamente- se acude con toda naturalidad, pues mediante él se constata la presencia de dependencia contrafáctica del consecuente respecto del antecedente, que es la manera más intuitiva de establecer nexos de determinación entre ambos. En la dogmática penal, por tanto, no deberían oponerse objeciones de principio a la utilización de esta metodología para constatar empíricamente la relación ontológica que corresponda. A lo sumo podría ser atendible alguna objeción práctica en ciertos casos puntuales en los que esa aplicación no dé resultados satisfactorios (por ejemplo, en los supuestos de causas substitutivas o de causalidad múltiple). Pero es dable pensar que, si eso sucede, será antes bien porque se ha formulado inadecuadamente la hipótesis ontológica en cuestión (y en consecuencia habrá que revisarla o tendrá que formularse otra), y no porque el procedimiento en sí sea incorrecto. En verdad, las objeciones se explican porque, en el esquema tradicional, se acude a cursos ontológicos hipotéticos para fundar *imputaciones normativas* (esa es la pretensión tanto de la teoría de la evitabilidad cuanto de la teoría del incremento del riesgo), y ello por cierto que es incorrecto. Pero nada cabe objetar si, como corresponde, dicho recurso se emplea para constatar empíricamente la existencia de meros nexos ontológicos de

determinación (causal o probabilística), cuya afirmación es sólo condición necesaria pero no suficiente de un juicio normativo de imputación.

La necesidad de acudir a un criterio normativo adicional como el de la posición de garante no surge, pues -como cree SILVA SÁNCHEZ- de la multiplicidad de variables propia de los ámbitos determinados estadística o probabilísticamente en general y de la omisión impropia en particular, pues esa necesidad de aplicar criterios normativos ulteriores tras la comprobación de un nexo empírico es propia también de los casos de comisiones determinadas causalmente. Pero en ningún caso debe emplearse un criterio normativo como este (ni ningún otro) para reemplazar nexos propiamente ontológicos. La especificación del nexo *empírico* en ámbitos estadísticos o probabilísticos como el de la interrupción de cursos salvadores se logra una vez que se comprueba la existencia de una correlación estadística segura entre antecedente y consecuente, o -lo que es lo mismo- una vez que se comprueba la existencia de un incremento del riesgo: hay “incremento del riesgo” cuando se constata una relevancia estadística segura del antecedente respecto del consecuente.

Lo que sucede es que, ante casos de evidente exclusión de leyes causales en el análisis (como ocurre en los supuestos de omisión impropia o de interrupción de cursos salvadores), la doctrina dominante ha creído hasta ahora que, por ello, se encontraba ya en terreno normativo, y ese carácter concedió a teorías como la del incremento del riesgo. Por eso es que, tal como procede SILVA SÁNCHEZ, es común que, tras concluirse que no existe relación de causalidad entre antecedente y consecuente, se acuda a la idea de incremento del riesgo para fundamentar ya una imputación, en la creencia, por tanto, de que se ha superado el problema ontológico con un criterio normativo. Con ello, sin embargo, no se advierten dos cosas: en primer lugar, que la ausencia de causalidad simplemente remite a otra clase de nexo *ontológico* entre conducta y resultado, y que sólo tras especificarse y probarse éste podrá abordarse el aspecto normativo; y, en segundo lugar, que “incremento del riesgo”, como se ha demostrado, no es otra cosa que una conclusión *empírica* a favor de la existencia de

una relación ontológica (estadística o probabilística) entre antecedente y consecuente, y no un criterio normativo que pueda fundar ya una imputación (distinto es, por supuesto, el caso del criterio de “creación de un riesgo *no permitido*”, claramente normativo pues apunta al carácter prohibido de un riesgo de existencia empírica ya comprobada). Igualmente incorrecta es, por cierto, la creencia de que un nexo ontológico pueda fundarse en un criterio normativo: ello implicaría, como se vio, caer en una burda falacia normativista. En cuanto a las consecuencias prácticas, “saltarse” este primer paso estrictamente empírico u ontológico en la estructura analítica de la teoría del delito implica privar al acusado de la posibilidad de colocar un obstáculo más a una eventual conclusión incriminatoria, afectándose así, en cierta medida, su garantía de defensa en juicio.

VII. Conclusión

Para retomar entonces lo planteado en la introducción, con relación al problema específico de la interrupción de cursos salvadores ajenos (violación de deberes de tolerancia) se ha demostrado que:

a) La relación empírica entre antecedente y consecuente en casos de interrupción de cursos salvadores ajenos o de omisiones impropias no es causal, sino estadística o probabilística.

b) Un criterio como el del incremento del riesgo puede aplicarse para determinar la existencia de la relación aludida en a), pero si ello es correcto es porque él señala la existencia de un nexo *empíricamente* relevante (de carácter estadístico o probabilístico) entre antecedente y consecuente; no es, pues, un criterio normativo de imputación.

c) Ningún otro criterio normativo (como el de la posición de garante) tiene papel alguno que jugar en la determinación de nexos meramente ontológicos entre antecedente y consecuente en ámbitos determinados estadística o probabilísticamente.

Y se han obtenido también, al menos, tres conclusiones relevantes de carácter general:

a) La causalidad es sólo una categoría de determinación más entre otras que forman parte de una categoría más amplia que es la del nexo de determinación. Todo está determinado ontológicamente por algo, pero no todo está causado por algo. En los casos que corresponda, por lo tanto, la explicación ontológica del resultado penalmente relevante deberá llevarse a cabo a través de categorías de determinación diferentes a la causal, como, especialmente, la estadística o probabilística, las que, en sus ámbitos de dominio, son tan seguras y confiables como la causal en el suyo.

b) Los límites entre determinación e imputación (objetiva) no son ni pueden ser difusos, de lo contrario se cae o bien en una falacia naturalista, o bien en una falacia normativista. La categoría del nexo de determinación es puramente ontológica, al igual que las hipótesis causales, probabilísticas o teleológicas que se formulan dentro de su marco. Ni aquella ni éstas contienen ningún criterio, elemento o componente normativo.

c) El nexo de determinación, y no la causalidad, es el presupuesto ontológico general de los delitos de resultado.

EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE UN DERECHO DE NECESIDAD

Andrés Bouzat *

Alejandro S. Cantaro **

Pablo E. Navarro ***

I. Introducción

Las causas de justificación pretenden corregir el excesivo alcance de los tipos penales¹, aunque no siempre sea fácil determinar si un precepto jurídico tiene que entenderse como una excusa o una justificación². Esta dificultad no es tanto el resultado de una deficiente técnica legislativa

* Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Político (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca).

** Profesor de Derecho Penal I y Derecho Penal II (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca).

*** CONICET, Profesor de Filosofía del Derecho (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca).

¹ Siguiendo la terminología empleada por Schauer es usual señalar que las causas de justificación pretenden corregir la sobre-inclusión de las reglas penales. Al respecto, véase: Schauer, Frederick, *Playing by the Rules*, pp. 39-47 (Oxford: Oxford University Press). Para una aplicación de las categorías de Schauer al derecho penal, véase: Ferreres, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, pp. 34-37 (Madrid: Civitas, 2002); Moreso, José Juan, 'Principio de legalidad y causas de justificación' en *Doxa* 24 (2001), pp. 534 y ss

² Las diferencias entre excusa y justificación constituyen uno de los rasgos básicos del discurso moral. Una excusa constituye el reconocimiento de una infracción y pretende disminuir o cancelar el reproche. Por el contrario, una justificación es una manera de defender la corrección de una conducta, aun en casos en que la misma pueda ser considerada

como el producto del desarrollo histórico y contingente de las justificaciones en el derecho penal. Por ejemplo, aunque ya antiguamente se reconoce a la legítima defensa como una justificación, hay divergencias significativas en el *modo* en que esa justificación se configura en el derecho contemporáneo, i.e. diferencias respecto de quienes tienen derecho a repeler una agresión, las circunstancias en que la defensa es legítima, los medios que se pueden utilizar, el reproche en caso de excesos y el valor de los bienes que se protegen.

En el caso del estado de necesidad, las dificultades conceptuales son aún mayores ya que, como señala Fletcher, ‘la característica más notable del estado de necesidad como justificación es su relativa modernidad’³. En tanto que justificación, el estado de necesidad compromete con dos consecuencias: por una parte, quien emprende una conducta salvadora en el marco de ese tipo de situaciones se comporta de manera jurídicamente correcta y, por otra parte, la fuerza justificatoria se expande hacia las acciones que cooperan, alientan o promueven la conducta salvadora. Sin embargo, una adecuada reconstrucción del estado de necesidad ofrece todavía muchos aspectos desconcertantes. Por ejemplo, ¿son relevantes las actitudes subjetivas de los agentes a los efectos de evaluar si se aplica una causa de justificación?⁴ Al respecto, Carlos

a primera vista como ilegítima. Para una exposición de estas dificultades, véase, por ejemplo: Austin, John, ‘A Plea for Excuses’ en *Philosophical Papers*, 2ª edición, pp. 175-204 (Oxford: Oxford University Press, 1970); Hart, H.L.A., ‘Legal Responsibility and Excuses’ en *Punishment and Responsibility*, pp. 28-53 (Oxford: Oxford University Press, 1968); Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, 2ª edición, pp. 107 y ss (Buenos Aires: Hammurabi, 1999); Silva Sánchez, *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo*, pp. 408 y ss (Barcelona: PPU, 1992)

³ Fletcher, George, *Conceptos básicos en el derecho penal*, p. 207 (Valencia: Tirant Lo Blanc, 1997); Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, § 33, pp. 419-420 (Buenos Aires: Tipográfica editora argentina, 1956)

⁴ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, pp. 469-470 (Barcelona: REPERTOR, 1998)

Nino sostiene⁵:

...supongamos que alguien tira una piedra contra un vidrio con la intención de perjudicar a su dueño y, por casualidad, lo salva así de morir asfixiado por un escape de gas. ¿Está la acción justificada? Creo que la respuesta debe ser afirmativa una vez que se toma en cuenta que sería correcta una acción que cooperara con ella e incorrecta una acción que la obstaculizase.

Mientras Nino afirma que las actitudes subjetivas son irrelevantes para evaluar la justificación de una conducta, Carmen Argibay sostiene⁶:

Si, por mera intención de dañar, alguien arroja una piedra contra la vidriera de un comercio haciendo sonar la alarma, lo cual posibilita la detención de quienes intentaban asaltar el negocio, esta acción no está encuadrada en la causa de justificación pues no aparece el elemento subjetivo indispensable para poder hacerlo.

Otro importante tema de debate se refiere al modo en que impactan en bienes ajenos las conductas que se despliegan bajo la protección de una causa de justificación. Una valiosa contribución al análisis de este problema es el artículo ‘Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia’ del profesor Silva Sánchez, que abre la discusión de este volumen⁷. En su trabajo, Silva Sánchez analiza si las conductas que se emprenden en situación de estado de necesidad justificante constituyen el ejercicio de un derecho de intromisión y, correlativamente, si los individuos afectados por esa conducta tienen el deber de tolerarla. Su conclusión es

⁵ Nino, Carlos, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 113 (Buenos Aires: Eudeba, 1987)

⁶ Argibay, Carmen, ‘Artículo 34, inciso 3. Estado de necesidad justificante’ en Baigún, David, et al. *Código Penal Comentado*. Tomo I, p. 630 (Buenos Aires: Hammurabi, 1997)

⁷ Silva Sánchez, Jesús, M., ‘Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia’ en DISCUSIONES

afirmativa y defiende que en el derecho de los Estados modernos existe un derecho de necesidad y un correlativo deber de tolerancia.

En este trabajo mostraremos que aun cuando la propuesta de Silva Sánchez subraye importantes aspectos de nuestro discurso moral acerca del derecho, sus argumentos no distinguen con suficiente claridad entre la descripción y la crítica del derecho penal. Por esa razón, nuestra conclusión será que sus tesis centrales tienen que ser revisadas.

II. Derecho de necesidad y deber de tolerancia

En diversos pasajes de la introducción de su trabajo, Silva Sánchez asume una conexión entre un derecho de necesidad y un deber de tolerancia. El derecho de necesidad tendría un correlato lógico en el deber de tolerancia, y la existencia de este deber sería una suerte de ‘prueba’ de que se reconoce un genuino derecho de necesidad. Sin embargo, no hay en su trabajo un argumento específico a favor de tal conexión. Por el contrario, en la teoría del derecho contemporánea es usual asumir que sólo en algún sentido de ‘derecho’ y en algún sentido de ‘deber’, ambas posiciones jurídicas se encuentran conectadas de manera tan fuerte. Por ejemplo, las relaciones entre esas posiciones se alterarían sustancialmente si se concibe a los derechos de necesidad en términos de *libertades hohfeldianas* (también denominados *privilegios*)⁸. Podría decirse, por ejemplo, que la persona que actúa en estado de necesidad no ejerce un derecho subjetivo sino una *libertad*. La persona afectada por la acción del necesitado se encuentra en una situación de *no derecho*: no tiene derecho a interferir con la acción del necesitado. Pero de allí no se sigue que tenga el deber jurídico de no interferir, y mucho menos que tenga el deber jurídico de colaborar con la acción del necesitado. En este caso se enfrenta una persona -el necesitado- que tiene la *libertad* de, por ejemplo,

⁸ Hohfeld, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales* (Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968).

usar el bien *x*, con otra persona -el propietario- que tiene el *derecho* de usarlo. La libertad de usar el bien *x* que se le confiere al necesitado desplaza su deber general de no hacerlo, pero no alcanza a configurar un derecho a usar *x* (que genere un deber correlativo al propietario). En muchas ocasiones, la naturaleza justificada de una acción, y el ‘derecho’ que de allí se deriva, solo implica que no puede ser penada. Pero ello no significa que cualquier interferencia con la realización de la misma deba ser castigada. Por ejemplo, podemos estar frente a dos acciones facultativas, que no generan deberes correlativos. En este sentido, es ilustrativo el siguiente ejemplo de Genaro Carrió acerca de las posiciones jurídicas en que se encuentran dos boxeadores⁹:

No cabe duda de que las reglas del boxeo no prohíben que A aseste a B un impecable golpe de puño en la mandíbula. Lejos de ello, el esfuerzo de A en tal sentido parece corresponder claramente al espíritu del deporte y A está autorizado expresamente a hacerlo. Es más, las reglas del mismo lo estimulan a comportarse así. Pero aunque las reglas del boxeo autorizan a A a dar golpes ‘correctos’ a B, sería indudablemente falso decir que A tiene el derecho de golpear así a B... A no tiene ese derecho, por la sencilla razón de que sería no solo falso, sino absurdo, sostener que B tiene el deber de no impedir que A le dé golpes de esa clase.... Es obvio que la terminología de derechos y deberes, en el sentido definido, fracasa totalmente para dar cuenta de la recíproca situación normativa de nuestros dos púgiles a la luz de las reglas del boxeo. No se trata de que esa terminología refleje inadecuadamente o distorsione la cosas; simplemente no funciona en absoluto.

⁹ Carrió, Genaro, ‘Nota preliminar’ en Hohfeld, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, pp. 16-17 (Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968). Para una refinada reconstrucción formal de las categorías de Hohfeld, véase: Lindahl, Lars, *Position and Change. A Study in Law and Logia* (Dordrecht: Reidel, 1977). Para una generalización que trasciende las categorías de Hohfeld y que mantiene la consistencia de atribuir un derecho a X y, simultáneamente, imponer un deber de no hacer X, véase: Enoch, David, ‘A Right to Violate One’s Duty’ en *Law and Philosophy* 21 (2002), pp. 355-384.

En igual sentido, en un estudio sobre la naturaleza de las normas y la posibilidad de una lógica deóntica, Alf Ross sostenía¹⁰:

Finalmente, es un error introducir 'derecho' como correlato de 'deber'. El concepto de derecho es un concepto sistemático en el que se unen un cierto número de normas jurídicas, y cubre una serie de efectos jurídicos cada uno de los cuales puede expresarse en las modalidades mencionadas. Por ejemplo, el derecho de propiedad incluye un conjunto de pretensiones, libertades, competencias e inmunidades. Un 'derecho'... no es una modalidad jurídica usada en la expresión de una norma jurídica particular, sino una construcción teórica que sirve para la presentación sistemática del derecho vigente.

Esta cautela acerca del uso de las expresiones 'derecho' y 'deber' no pretende negar que, en algunas ocasiones, la existencia de un deber sea el reflejo de un determinado derecho¹¹. Más bien, intentamos señalar que éste es también un punto controvertido y que no debe darse por supuesto que en el caso de las conductas justificadas por el estado de necesidad existe tal relación entre derechos y deberes. Sin embargo, un análisis detallado de este tema excede los límites de nuestro trabajo y, a efectos de simplificar nuestra exposición, asumiremos que el deber de tolerancia es correlativo del derecho de necesidad.

¹⁰ Ross, Alf, *Directives and Norms*, pp. 134-135 (Londres: Routledge & Kegan Paul, 1968)

¹¹ Para un análisis contemporáneo de derechos como correlativos de deberes, véase: Raz, Joseph, 'Legal Rights' en *Ethics in the Public Domain*, pp. 238-260 (Oxford: Oxford University Press, 1994). El núcleo de su doctrina es el siguiente (p. 252): 'Un individuo tiene un derecho si un interés suyo es suficiente para imponer a otro un deber. Su derecho es jurídico si es reconocido por el derecho, es decir si el derecho garantiza que su interés es un fundamento suficiente para someter a otros a un deber'. A su vez, Hart considera que un estudio detallado de Bentham ofrece una guía más atractiva para el estudio de los derechos que las consideraciones de Hohfeld. Véase: Hart, H.L.A., 'Legal Rights' en *Essays on Bentham*, pp. 162-193 (Oxford: Oxford University Press, 1982)

III. Identificación del derecho y fundamentos jurídicos

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 los primeros tienen un apoyo institucional, los segundos dependen de argumentos sustantivos. Al respecto, Joseph Raz señala¹²:

Para establecer la verdad de un enunciado jurídico, no se tiene que establecer que su contenido es verdadero sino que tiene status jurídico, que tiene fuerza jurídica. Justificar un enunciado jurídico no tiene que confundirse con probar o establecer su verdad.

Silva Sánchez comparte esta distinción y, al finalizar la introducción de su trabajo, afirma (sección 1):

... el deber de tolerancia del afectado y de otros terceros no se deriva sin más del carácter no prohibido de la conducta justificada, sino que su fuente debe de hallarse en una norma adicional. La cuestión es determinar la fuente del deber de tolerancia de terceros con respecto a la conducta realizada en estado de necesidad agresivo. Si se trata simplemente de un deber moral o de un deber jurídico y, más concretamente, jurídico-penal.

A efectos de identificar en qué consiste un fundamento jurídico es preciso recordar brevemente algunas ideas básicas acerca del derecho y los enunciados jurídicos. El derecho de una comunidad puede ser considerado como el conjunto normativo que los jueces pueden invocar para justificar sus decisiones. Este conjunto normativo se identifica a partir de circunstancias contingentes o rasgos fácticos que varían de comunidad a comunidad. Por ejemplo, los jueces españoles no pueden,

¹² Raz, Joseph, 'Legal Rights' en *Ethics in the Public Domain*, op. cit., p. 245

salvo circunstancias específicamente estipuladas, invocar lo que ha decidido el legislador argentino como justificación de sus decisiones. Aunque ocasionalmente los jueces españoles puedan dejar de lado las decisiones del parlamento español, siempre tienen que invocar otra razón *jurídica* que justifique ese apartamiento. Por el contrario, estos jueces no necesitan invocar ninguna razón para no aplicar las normas del derecho argentino. Incluso cuando las normas de otros ordenamientos extranjeros sean más justas o eficientes, los jueces no pueden aplicarlas y no necesitan justificación para dejarlas de lado.

Las leyes no describen conductas sino que expresan decisiones de las autoridades normativas. En tanto que esas *decisiones* sean las pautas que exclusivamente cuentan como derecho en un cierto dominio normativo, nada garantiza la coincidencia entre las exigencias jurídicas y los ideales morales. Cualquier legislador puede equivocarse en sus decisiones y obligar o prohibir conductas que no tienen justificación a la luz de la moral crítica. Los jueces no pueden justificar sus decisiones en aquellas pautas que los legisladores *deberían* haber adoptado, sino en aquellas normas que han sido expresamente formuladas por las autoridades. Las pautas morales o las prácticas sociales que no han sido reconocidas por el legislador se encuentran en idéntica situación que las normas promulgadas por una autoridad extranjera: los jueces no pueden fundar sus decisiones en esos conjuntos normativos y no precisan ninguna justificación para dejarlos de lado.

Esta independencia conceptual entre derecho y moral no excluye otras relaciones relevantes entre ambos dominios normativos. En ciertas ocasiones la autoridad remite expresa o implícitamente a normas y principios morales. Por ejemplo, un legislador regula el comportamiento mediante expresiones cargadas de connotaciones valorativas y ello exige el desarrollo de un argumento moral para identificar su alcance. Sin embargo, en última instancia, siempre tiene sentido preguntarse acerca de qué norma debería ser derogada a efectos de evitar que un juicio moral específico se convierta en fundamento de un cierto enunciado jurídico.

Por ejemplo, en Argentina el delito de estupro se refería a una relación sexual con una mujer *honesta* de entre doce y quince años. Esta figura penal originó cierta controversia en la doctrina y discrepancias en la jurisprudencia acerca de su aplicación a las prostitutas que tenían la edad estipulada. Para algunos jueces, el ejercicio de la prostitución impedía el desarrollo de una vida honesta, mientras que otros magistrados defendían una posición más liberal sobre este problema. De todos modos, tanto quienes defendían la aplicación de esa norma como los que la rechazaban desarrollaban argumentos morales, que constituían la base de la solución jurídica que proponían. Por ello, las convicciones morales constituían parte de los fundamentos jurídicos que se ofrecían en esos casos. Sin embargo, si el legislador hubiese decidido evitar la influencia de estos juicios morales podría haber derogado esa norma y, de ese modo, las convicciones morales acerca de la honestidad de la prostitución hubieran perdido completamente su relevancia para determinar la solución jurídica de una controversia¹³. Más adelante volveremos sobre las conexiones entre la eliminación de normas y los fundamentos de verdad de los enunciados jurídicos. Ahora únicamente subrayaremos que las normas morales, al igual que el derecho extranjero, pueden ser invocadas como justificación de una decisión sólo si las normas expresamente formuladas así lo establecen¹⁴.

¹³ Acerca de la aplicabilidad de las normas que no son válidas en el sistema jurídico, véase: Bulygin, Eugenio, 'Tiempo y validez' en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, pp. 195-214 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991); 'Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos' en *Doxa* 9 (1991), pp. 257-279; Navarro, Pablo y Moreso, José Juan, 'Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas' en *Isonomía* 5 (1996), pp. 119-139; Navarro, Pablo et al. 'La aplicabilidad de los sistemas jurídicos' en *Analisi e Diritto* 2000, pp. 133-152.

¹⁴ Esta reconstrucción de las relaciones entre derecho y moral es característica del denominado positivismo jurídico excluyente, defendido por autores como Joseph Raz o Andrei Marmor. Para una presentación de este enfoque, véase: Marmor, Andrei, 'Exclusive Legal Positivism' en *Positive Law and Objective Values*, pp. 49-70 (Oxford: Oxford University Press, 2001)

IV. Normas derivadas y jerarquías normativas

Si el legislador hubiese reconocido explícitamente un derecho de necesidad, el debate acerca de su jerarquía, alcance y fundamentos jurídicos dependería de esa decisión legislativa y las disputas acerca de la existencia de ese derecho carecerían de mayor interés. Sin embargo, de esta ausencia de fundamentos expresos no se puede concluir lisa y llanamente que no existe ese derecho. Con frecuencia, los juristas respaldan sus afirmaciones acerca del status normativo de una acción en las ‘normas implícitas’ de un sistema jurídico. Aun cuando ninguna de las normas promulgadas se refiera expresamente a un cierto caso, el razonamiento jurídico identifica consecuencias y soluciones implícitas en el material normativo formulado expresamente por la autoridad¹⁵. Las características centrales de las normas implícitas en un sistema jurídico son las siguientes¹⁶: (i) son normas *derivadas*, i.e. no han sido expresamente formuladas; (ii) son parte del *contenido conceptual* de otras normas que han sido promulgadas explícitamente; (iii) dependen de las *reglas de inferencia* que se emplean al hacer explícito el contenido conceptual de las normas formuladas, (iv) su fundamento sólo puede ser otra *norma*.

Las normas derivadas se fundamentan conceptualmente en las normas formuladas y ello significa que, en última instancia, el valor de verdad de un enunciado jurídico siempre depende de las normas que ha formulado el legislador. Dado que la verdad de los enunciados jurídicos depende de las normas válidas en un cierto sistema, la eliminación de alguna de esas normas conlleva que determinados enunciados jurídicos ya no puedan

¹⁵ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, p. 357 (Barcelona: Gedisa, 1999); véase también: Ernst, Carlos: *Derechos implícitos* (Córdoba: Lerner, 1994)

¹⁶ Bulygin, Eugenio, ‘Lógica y normas’ en *Isonomía* 1 (1994), p. 35. También véase: Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit. (Versión original en inglés, *Normative Systems* (Wein/New York: Springer Verlag, 1971)

seguir siendo considerados como verdaderos. Esta relación entre fundamentos jurídicos y normas formuladas sirve para enunciar el siguiente criterio para determinar tanto el fundamento de las normas implícitas como también el valor de verdad de los enunciados jurídicos que se refieren a ellas. Por razones de simplicidad, este criterio será denominado como *Test de Fundamento*:

Test de Fundamento: identificar el fundamento jurídico de una norma derivada ND es reconocer qué normas tendrían que eliminarse del sistema para que ND dejase de estar implícita en el contenido conceptual de ese sistema normativo.

En caso de que no sea posible indicar las normas que tienen que ser eliminadas para que desaparezca la norma implícita, entonces el enunciado *jurídico* que se refiere a ND no es verdadero. En el mejor de los casos será un enunciado acerca de lo que *debería ser* el derecho, pero no es una afirmación verdadera acerca de los derechos y deberes que los individuos tienen efectivamente en un determinado sistema jurídico.

La única manera de lograr que desaparezca una norma derivada de un cierto sistema jurídico es modificando las normas formuladas que la implican¹⁷. Este resultado puede conseguirse de diferentes modos. En primer lugar, puede derogarse la norma formulada que implica a la norma derivada ya que la norma derivada desaparece cuando se elimina su fundamento jurídico. Para que se produzca este resultado no es necesario que la autoridad normativa conozca o acepte que la derogación de la norma formulada implica la eliminación de la norma derivada. Más bien, es suficiente con que desaparezca la relación de implicación entre normas formuladas y derivadas. En segundo lugar, el legislador puede promulgar expresamente una norma incompatible con la norma derivada. Por aplicación del principio

¹⁷ Para una reconstrucción del fenómeno de la eliminación de normas, véase: Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, p. 81 (México: Fontamara, 1997)

lex posterior, se elimina la norma derivada y para lograr ese resultado se modifica o elimina la norma formulada que la implica.

Es usual admitir, como complemento de la regla *lex posterior*, que quien tiene competencia para introducir una norma en un cierto sistema jurídico también tiene competencia para eliminarla¹⁸. Ello implica que el alcance de la regla *lex posterior* suele estar limitado por el diferente nivel jerárquico de las normas de un sistema jurídico¹⁹. Ahora bien, ¿qué jerarquía tienen las normas derivadas? Este es un problema que ha recibido insuficiente atención en teoría del derecho²⁰. La intuición más simple es que las normas derivadas heredan la jerarquía de las normas que la fundamentan y, conforme a esta idea, se pueden distinguir entre diferentes situaciones:

a) Si una norma implícita ND deriva de una única norma NF, entonces ND tiene un *fundamento simple*, y su jerarquía es equivalente al rango de NF. Ello significa que para eliminar esa norma implícita es suficiente con la eliminación de NF.

b) Cuando existe un conjunto CN de normas y cada una de ellas es, por sí misma, suficiente para que se pueda derivar una cierta norma ND puede decirse que ND está *sobredeterminada* en ese sistema normativo. La jerarquía de ND corresponde a la jerarquía de la norma con mayor

¹⁸ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, op. cit., p. 81

¹⁹ Sin estas reglas no habría dinámica normativa, que es uno de los rasgos característicos que introduce la autoridad jurídica, i.e. la posibilidad de modificar deliberadamente el status normativo de las conductas. Al respecto, véase Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 'Libertad y autoridad normativa' en *Análisis lógico y derecho*, pp. 242-243 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991)

²⁰ Al respecto, véase: Navarro, Pablo y Redondo, María Cristina, 'Permisiones y actitudes normativas' en *Doxa* 7 (1990), pp. 249-256, 'Derogation, Logical Indeterminacy and Legal Expressivism' en *Rechtstheorie* 21 (1990), pp. 233-239. También, Navarro, Pablo, 'Promulgation and Derogation of Legal Rules' en *Law and Philosophy* 12 (1993), pp. 385-394.

rango del conjunto CN ya que ND sólo es eliminada cuando se deroga a esa norma que la fundamenta. Por ejemplo, supongamos que el legislador ordinario repite en sus leyes, algunos derechos o garantías implícitos en las disposiciones constitucionales. En este caso, la derogación de la ley no implica la eliminación del derecho o garantía constitucional en cuestión.

c) Cuando una norma ND se deriva de la conjunción de varias normas formuladas puede afirmarse que ND tiene un *fundamento complejo*. En este caso, todas las normas que implican a la norma derivada son *disyuntivamente* necesarias y *conjuntamente* suficientes para la implicación, i.e. cada norma *contribuye* a la derivación de ND. La jerarquía de la norma derivada depende del rango de las normas que forman su fundamento complejo. En este caso, hay que considerar dos posibilidades:

- (i) Si todas esas normas tienen un mismo nivel jerárquico (e.g. rango de ley), entonces ND hereda ese rango en el sistema.
- (ii) Si las normas han sido formuladas por autoridades de diferente rango, entonces la jerarquía de la norma derivada corresponde a la norma de *menor* jerarquía que fuese necesaria para implicar a la norma derivada.

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’). Esta reconstrucción excluye que una norma que no ha sido formulada por la autoridad normativa y que no se deriva de ninguna otra norma del sistema pueda ser invocada como justificación de una decisión. Esta consecuencia es el compromiso asumido mediante el *Test de Fundamento* introducido anteriormente. Su principal utilidad es ayudarnos a comprender claramente cuándo una afirmación sobre la calificación de una acción tiene fundamento jurídico y cuándo es sólo una expresión de nuestros ideales morales acerca de lo que debería contener el derecho. En la siguiente sección analizaremos algunas consecuencias que este enfoque tiene para la solución del problema de los derechos de necesidad.

V. La jerarquía del derecho de necesidad

Si el derecho de necesidad tuviese un fundamento *simple*, e.g. si únicamente derivase de las causas de justificación reconocidas por el Código Penal, entonces tendría una *jerarquía idéntica* a las disposiciones legales que la fundamentan. En este caso, el fundamento jurídico del derecho de necesidad sería claro ya que, conforme al Test de Fundamento, para eliminar este derecho de necesidad habría que derogar esa causa de justificación, e.g. artículo 20, inciso 5 del Código Penal Español o artículo 34, inciso 3 del Código Penal Argentino²¹. Cuando el derecho de necesidad se deriva de una norma con jerarquía de *ley*, ello significa que otras normas de inferior jerarquía no pueden modificar esa relación normativa. Pero también es preciso advertir que el rango de ley del estado de necesidad no puede modificar otras relaciones establecidas por normas superiores a las del Código Penal. En este sentido, parece estar fuera de discusión que las normas que expresa una *ley* no pueden modificar los derechos y garantías establecidas por la constitución. Dado que la mayoría de los bienes afectados por las conductas emprendidas por quien se encuentra en estado de necesidad están expresamente protegidos por disposiciones constitucionales específicas (e.g. la propiedad, la libertad, la salud, etc.), urge resolver este problema de supremacía y fundamento²². De otro modo, el alcance del derecho de necesidad se encontraría seriamente limitado por nuestros compromisos constitucionales.

²¹ Puede haber otras normas que impliquen el deber de tolerancia y, en ese caso, el valor de verdad del enunciado jurídico se encuentra *sobredeterminado*. En casos de sobredeterminación normativa, mientras no se eliminen a todas las normas que son suficientes para implicar a la norma derivada, esa norma implícita seguirá fundamentando la verdad de los enunciados jurídicos acerca del deber de tolerancia.

²² Por ejemplo, la Constitución Argentina señala en su artículo 17: La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.

En el sistema jurídico español, el artículo 18.2 de la Constitución Española señala:

El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito.

Imaginemos que un individuo A se encuentra en situación de necesidad. Por ejemplo, A es perseguido por un perro rabioso y su *única* manera de evitar al animal es irrumpir en el domicilio de su vecino B. Asumamos también que la *única* forma en que B puede ayudar a su vecino A es dejándolo ingresar a su vivienda. Este individuo no desea que A ingrese a su vivienda y cierra con llave la puerta. En este caso, ¿prevalece el derecho de necesidad y el correlativo deber de tolerancia, que tienen fundamento legal, sobre el rango constitucional de la inviolabilidad de domicilio?²³ El universo de propiedades relevantes que ha seleccionado el constituyente para regular el acceso a un domicilio sólo menciona a tres propiedades: consentimiento del titular, autorización judicial, y delito flagrante. El caso de individuos que se encuentran en estado de necesidad no está contemplado en la formulación del constituyente ni puede derivarse lógicamente de ella. Por tanto, al expresar el artículo 18.2 una expectativa constitucional de rango superior, el deber legal de B de tolerar la irrupción de A en su domicilio no prevalece sobre la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio.

En un texto introductorio a la teoría del derecho, Moreso y Vilajosana analizan las consecuencias de la selección que el constituyente

²³ En nuestro ejemplo hemos asumido que el ingreso al domicilio de B es el *único* curso salvador idóneo para A y la *única* manera en que B puede colaborar en esa situación. En caso de que B pudiese hacer otra cosa, e.g. disparar sobre el animal rabioso, podría ser verdad que no tuviese el deber de dejar ingresar al individuo A en su domicilio y, al mismo tiempo, su conducta podría verse como una infracción al deber de socorro establecido expresamente en los Códigos Penales contemporáneos.

hace de las características relevantes para ingresar válidamente en un domicilio y señalan²⁴:

... se ha sugerido alguna vez que el artículo 18.2 de la Constitución establece únicamente una pauta no concluyente porque hay otros casos, como el estado de necesidad (por ejemplo: un niño pequeño se ha quedado atrapado en un incendio en cierto domicilio), en donde también es facultativa la entrada en el domicilio (o incluso obligatoria). Si fuera así, entonces el universo de propiedades no estaría clausurado, sería un universo abierto. Ahora bien, al menos para este tipo de casos, puede argumentarse que es plausible incluirlos en la propiedad ‘consentimiento del titular’, ya que dicho consentimiento puede ser expreso o tácito (parece plausible argüir que tácitamente consentimos en que entren en nuestro domicilio para salvar de un incendio a nuestro hijo pequeño).

A diferencia del ejemplo propuesto por Moreso y Vilajosana, en el ejemplo que hemos imaginado de un individuo que niega la entrada en su domicilio a su vecino perseguido por un perro rabioso, no es posible sostener que hay consentimiento tácito. Por el contrario, el propietario del inmueble ha denegado expresamente el ingreso a su vivienda²⁵.

Podría sostenerse que es necesario interpretar *correctamente* al artículo 18.2 a efectos de resolver el problema mencionado. Pero, ¿qué razones podrían invocarse para defender esta necesidad interpretativa? En esta disposición de la CE, el constituyente ha empleado un vocabulario claro y preciso y el hecho de que sus decisiones no resuelvan ciertas

²⁴ Moreso, José Juan y Vilajosana, Jose María, *Introducción a la teoría del derecho*, p. 102-103 (Barcelona: Marcial Pons, 2004)

²⁵ En general, el comportamiento del propietario del inmueble estará guiado por diferentes razones, e.g. tal vez si A ingresa a la casa descubrirá que B esconde cosas robadas y B quiere evitar eso. Un estudio de esas razones es central tanto para determinar si existe un *abuso del derecho* de propiedad como así también si la conducta del dueño de la vivienda -quien cree genuinamente que ejerce su derecho de propiedad- está exculpada por un error de prohibición. Acerca del abuso del derecho, véase: Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, pp. 33-66 (Madrid: Trotta, 2000)

situaciones, o que no las resuelvan del modo en que nosotros preferimos, no es una razón para ignorar lo que ha decidido. Podría responderse que muchas veces el constituyente usa conceptos abstractos, que precisan desarrollo a partir de concepciones específicas (e.g. debido proceso) y en esas situaciones, es necesario elaborar argumentos morales que sirvan para resolver los casos difíciles²⁶. Conforme a esta respuesta también podría argumentarse que la protección constitucional del domicilio es un concepto que permanece abierto al desarrollo de diversas concepciones morales y, en particular, el contenido conceptual de la protección constitucional podría limitarse en casos de estado de necesidad. Pero, como señala Dworkin, en otras ocasiones el constituyente escoge limitar específicamente el desarrollo de argumentos morales mediante normas precisas, que imponen una determinada concepción²⁷. En estos casos, el constituyente elige -para bien o mal- una cierta manera de resolver problemas normativos. Esta posibilidad es especialmente importante porque sirve para identificar dos maneras diferentes de desafiar la supremacía constitucional. La primera, que suele ser una característica del *originalismo*²⁸, es limitar el contenido de un concepto constitucional a la concepción que el constituyente hubiese favorecido o tenido en mente al momento de elaborarse una constitución. La segunda es tratar a las concepciones específicas que el constituyente ha impuesto para ciertos temas como si fuesen conceptos abiertos a nuevas elaboraciones de su contenido. Por consiguiente, son infieles a la supremacía constitucional aquellos jueces que reemplazan las concepciones que el constituyente ha

²⁶ Dworkin, Ronald, 'Casos constitucionales' en *Los Derechos en Serio*, op. cit., pp. 215-216.

²⁷ Dworkin, Ronald, 'Casos constitucionales' en *Los Derechos en Serio*, op. cit., p. 211; Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, p. 8 (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1996)

²⁸ Acerca del originalismo constitucional, véase: De Lora, Pablo, *La interpretación originalista de la constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000)

escogido e introducen sus propias convicciones -aunque ellas sean más justas, eficientes o se encuentren respaldadas por la dogmática de su comunidad- como respuesta al problema normativo.

Por consiguiente: ¿cómo debemos interpretar el artículo 18.2 CE: como la expresión de un concepto abstracto de domicilio o como una concepción específica? A diferencia de lo que ocurre cuando el constituyente enuncia de manera genérica que los individuos tienen derecho a la educación, a la salud, etc., y reconoce que el contenido de esos derechos se regulará mediante leyes²⁹, en el caso del artículo 18.2 se establecen de manera taxativa los alcances de la garantía. Un desarrollo interpretativo de esta disposición equivale, entonces, al cambio del alcance de esta garantía constitucional. Al respecto, Bulygin afirma³⁰:

Es verdad de que no sucede con frecuencia que los dogmáticos jurídicos aboguen que una norma jurídica debe ser descartada por no satisfacer las condiciones mínimas de justicia; esto ocurre sólo en casos muy excepcionales. El procedimiento más usual consiste en argumentar que el legislador no ha previsto el caso en cuestión pues, si lo hubiera previsto, hubiera introducido una distinción relevante que llevaría a una solución diferente... En consecuencia, el dogmático procede a clausurar esta ‘laguna’, haciendo la distinción relevante y aplicando por analogía alguna otra norma que da una solución más justa. Esto es lo que se ha llamado ‘lagunas axiológicas’.

Las lagunas axiológicas son casos con una solución normativa inadecuada. Precisamente, cuando Alchourrón y Bulygin analizan detalladamente estas situaciones usan un ejemplo paradigmático del desarrollo de la doctrina del estado de necesidad: la sentencia del Tribunal del Reich alemán del 11/3/1927, que se refería a la interrupción del

²⁹ Por ejemplo, el artículo 14 de la Constitución Argentina establece: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”

³⁰ Bulygin, Eugenio, ‘Dogmática jurídica y sistematización del derecho’ en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, op. cit., p. 480 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991)

embarazo por indicación médica en caso de peligro para la vida de la madre³¹. Como es bien conocido, las propiedades que el legislador había valorado como relevantes para resolver esta situación no se ajustaban al caso de un médico que practicó un aborto para impedir que la mujer embarazada se suicidase. La solución del tribunal alemán representó, por consiguiente, una modificación del conjunto de propiedades relevantes para la solución del caso.

La discrepancia con las soluciones que el legislador establece se muestra con claridad en el análisis que Carmen Argibay propone del estado de necesidad. Según el Código Penal Argentino, para que la conducta esté justificada el individuo tiene que ser ajeno al mal grave e inminente que enfrenta. Ante ello, Argibay sostiene³²:

Pero no debe llegarse al extremo de descartar de plano el estado de necesidad por la mera actividad precedente del autor.

Así como no podemos exigir al bombero que muera por salvar un mueble, tampoco podría condenarse a quien imprudentemente corre riesgo de ahogarse y, por evitarlo, se apodera de un bote.

Claro está que, ateniéndonos a la estricta letra y exigencia de la norma, siempre podría decirse que la acción típica no está justificada...

En este párrafo pareciera que ‘atenerse a la estricta letra y exigencia de la norma’ fuese una simple opción interpretativa, un compromiso que pudiese dejarse de lado en ‘casos recalcitrantes’ en los que surgen conflictos entre las reglas y otras expectativas de justicia³³. Lo mismo ocurre en el

³¹ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, pp. 162-163 (Buenos Aires: Astrea, 1974)

³² Argibay, Carmen, ‘Artículo 34, inciso 3. Estado de necesidad justificante’ en Baigún, David, et al. *Código Penal Comentado*, op. cit., p. 630.

³³ Si lo que el legislador dice expresamente pudiese dejarse de lado, entonces no tendría mayor sentido atribuirle poder normativo a esas autoridades, ni tampoco habría mayor justificación para que sus intenciones y preferencias sean representativas de las intenciones y preferencias de la mayoría. Al respecto, véase, Raz, Joseph, ‘Legal Rights’, op. cit., p. 251

caso de la protección constitucional del domicilio. Puede admitirse que el constituyente no ha dicho todo lo que quería decir, ni ha dicho todo lo que debería decir, pero no hay dudas acerca de lo que efectivamente ha dicho. Por consiguiente, quienes afirman que, en caso de estado de necesidad, es obligatorio o facultativo ingresar a un cierto domicilio (sin que haya consentido su titular o concurran las otras circunstancias enumeradas en el art. 18.2 de la CE) tienen que sostener alguna de las siguientes tesis:

a) La constitución no prevalece sobre la legislación ordinaria;

b) Las normas, valores y principios que expresamente ha adoptado el constituyente y sus consecuencias lógicas no agotan el contenido de las normas constitucionales expresamente formuladas;

c) El derecho de necesidad (y su correlativo deber de tolerancia) están sobredeterminados y, junto al fundamento legal que otorga el Código Penal, el derecho de necesidad se encuentra protegido por alguna disposición constitucional.

La estrategia (a) es inviable ya que parece una solución *ad hoc* y no da cuenta de nuestras instituciones y prácticas. La supremacía constitucional sobre la legislación ordinaria es la que dota de sentido a instituciones específicas como el Tribunal Constitucional, que ratificó en numerosas ocasiones la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio. Esta supremacía se mantendría incluso si los jueces toman decisiones que reconocen al derecho de necesidad frente a la inviolabilidad del domicilio. Se podría sostener que son decisiones ‘constitucionalmente ilegítimas’, es decir, que los jueces han decidido de manera definitiva, pero equivocada, sobre las relaciones normativas involucradas³⁴. Por

³⁴ Acerca de la definitividad e infalibilidad de las decisiones de los últimos intérpretes constitucionales, véase: Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, pp. 176-183 (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963)

supuesto, tal vez sea *mejor* un diseño institucional que permite a jueces y juristas manipular la constitución y cambiar los derechos y garantías que el constituyente establece respecto al que protege la supremacía constitucional, pero hay buenas razones para dudar que éste sea el diseño institucional vigente en nuestras comunidades.

La estrategia (b) lleva a considerar a la constitución como determinada parcialmente por las decisiones de las autoridades y también parcialmente determinada por otras pautas morales que no han sido adoptadas por el constituyente. Hay diferentes versiones de este argumento y no podemos considerarlas detalladamente en este texto. Por ejemplo, Dworkin enfatiza que las cláusulas constitucionales tienen que ser leídas como compromisos morales abstractos y que, por tanto, su contenido no surge del detalle o especificación del constituyente sino de los principios que la justifican³⁵.

Por supuesto, no estamos interesados en defender que el derecho es una unidad discreta y desconectada de normas, sin ninguna relación entre sus elementos. Esta idea sería incompatible con una reconstrucción sistemática del derecho. Sin embargo, es preciso subrayar el papel de las

³⁵ Una analogía puede echar luz sobre dos maneras de comprender el contenido de un cierto material normativo. Supongamos que los derechos constitucionales fuesen como números de teléfono que aparecen en el listado telefónico de una comunidad. Este listado puede tener menos información de la necesaria, i.e. puede ser infra-incluyente acerca del objetivo de hacer públicos todos los números de teléfonos de una comunidad. Si el número de un amigo aparece o no en la guía de teléfono es una cuestión empírica y no depende de las valoraciones e intereses que guíen nuestra búsqueda. Del modo en que está organizado el listado podríamos ‘inducir’ principios que ordenan la presentación de los números de teléfonos, e.g. la secuencia alfabética, o las calles de los domicilios. A partir de estos principios, del material publicado y de nuestros intereses específicos podríamos inducir que nuestro amigo ‘debería’ tener un determinado número. Sin embargo, de allí no se sigue que si marcamos ese número nos comunicaremos efectivamente con nuestro amigo. Acerca de la diferencia entre una constitución de principios abstractos y una constitución de normas detalladas, por ejemplo, Dworkin, Ronald, *Life's Dominion*, pp. 119 y ss (Londres: Harper Collins, 1993)

decisiones de las autoridades como fundamento de la verdad de nuestras afirmaciones acerca del derecho. Esta dependencia de las posiciones jurídicas respecto de las decisiones de la autoridad se muestra con claridad, por ejemplo, en una institución fundamental del derecho argentino: el recurso extraordinario ante el máximo tribunal (Corte Suprema de Justicia). Para poder acceder a esta instancia es necesario mencionar expresamente el derecho constitucional vulnerado y el artículo respectivo de la constitución que lo consagra. En caso de que no se cumpla este requisito, el recurso no se considera procedente. De todos modos, quienes sostienen que la Constitución no tiene que ser leída como un listado telefónico sino como un programa moral a desarrollar por los intérpretes, enfrentan algunas complicaciones. La primera dificultad de esta propuesta es que parece arbitrario restringir la incorporación de la moral únicamente a la constitución. Tanto la constitución como otros textos normativos establecen principios, protegen valores y distribuyen cargas y beneficios mediante la asignación de derechos y obligaciones. ¿Por qué razón, entonces, no veríamos también al derecho civil o al derecho penal como parcialmente determinados por las decisiones de las autoridades? En este sentido, ¿por qué limitaríamos los delitos a aquellas fórmulas establecidas por la ley cuando hemos previamente admitido que el contenido del derecho está sólo parcialmente determinado por las decisiones de las autoridades? ¿Por qué insistir en la taxatividad de las normas penales y en la tipicidad de las conductas en el ámbito penal y, en cambio, leer las cláusulas constitucionales de manera abierta? No queremos sugerir que no existan buenas respuestas a esta pregunta sino que ellas no serán de naturaleza lingüística, es decir: no dependerá de la mayor o menor especificidad del lenguaje constitucional sino de nuestras actitudes frente a la constitución y las normas penales. Algunas disposiciones constitucionales son abstractas y necesitan desarrollo, pero otras -como el artículo 18.2 CE- son más específicas que muchas normas del Código Penal.

Una segunda dificultad surge de la naturaleza política del derecho. Dado que con frecuencia no estamos de acuerdo sobre el mejor modo de

resolver problemas sociales, decidimos establecer un marco de referencia de nuestros acuerdos y desacuerdos para que no sea necesario embarcarnos en una discusión moral cada vez que necesitamos determinar nuestras posiciones jurídicas. Ésta es una función central de las normas jurídicas. Las autoridades prestan un servicio a la comunidad al determinar el esquema de conductas que deben ejecutarse, y ello es posible únicamente cuando los miembros de la comunidad pueden identificar lo que deben hacer sin reabrir el balance de razones que justifica la decisión adoptada por la autoridad³⁶. Incorporar como excepciones implícitas a un conjunto abierto de pautas morales relevantes es incompatible con esta función de organización que el derecho pretende cumplir mediante las decisiones de las autoridades.

Finalmente, la estrategia (c) lleva a una reformulación del problema. Para este enfoque, la consagración del derecho de necesidad en el Código Penal no agota sus fundamentos jurídicos. Esto significa que si se eliminase al estado de necesidad de las causas legales de justificación del Código Penal todavía podemos encontrar otra norma, principio o valor constitucional que lo establezca expresamente o implícitamente. Antes de abordar con algún detalle esta opción es conveniente recordar que si el derecho de necesidad se derivase de algún valor constitucionalmente protegido, e.g. la vida, nos encontraríamos con un conflicto de nivel constitucional. En estos casos, la solución no puede ser simplemente establecer un orden jerárquico de carácter general entre ellos. La ponderación de los valores en conflicto sólo puede tener un alcance particular ya que imponer un orden jerárquico es una operación sustancialmente equivalente a la derogación de normas³⁷. Si se admitiese que los jueces pueden establecer

³⁶ Acerca de la autoridad como servicio, véase: Raz, Joseph, 'Authority, Law and Morality' en *Ethics in the Public Domain*, pp. 199-204 (Oxford: Oxford University Press, 1994)

³⁷ Una refinada presentación de las relaciones entre imponer un orden jerárquico y la eliminación de normas se encuentra en: Alchourrón, Carlos y Makinson, David, 'Hierarchies of Regulations and Their Logic' en Hilpinen, R. (ed), *New Studies in Deontic Logic* (Dordrecht: Reidel, 1981)

un orden lexicográfico de los valores constitucionales, ello significaría una mutación constitucional y ello excede las atribuciones de los intérpretes constitucionales.

VI. El fundamento jurídico del derecho de necesidad

La estrategia dominante entre quienes defienden la existencia de un derecho de necesidad y deberes de tolerancia es otorgar a esas posiciones un fundamento diferente (y de mayor nivel) al establecido por las causas de justificación del Código Penal. Esta es también la estrategia que sigue Silva Sánchez en el trabajo que estamos comentando. En principio, Silva Sánchez parece preocupado por hacer explícita la justificación *moral* para el derecho de necesidad y el deber de tolerancia, y posteriormente, desarrollar su fundamento *jurídico*. De este modo, señala al inicio de su exposición sobre el fundamento del deber de tolerancia y el estado de necesidad (punto 2.2.)

... la cuestión relativa al fundamento del deber de tolerancia de las conductas realizadas en estado de necesidad agresivo se ha tratado de resolver por remisión a la pregunta sobre la *ratio* de dicho estado de necesidad.

Sin lugar a dudas, esa línea de análisis conduce a defender argumentos de naturaleza moral. En general, la excusa de estado de necesidad se desarrolló como una expresión del sentimiento moral de compasión frente a individuos que se encontraban en situaciones difíciles. Al transformarse la situación de necesidad en causa de justificación es preciso encontrar un fundamento más sólido. Luego de descartar las posiciones utilitaristas, Silva Sánchez subraya que la razón de la justificación del estado de necesidad se encuentra ligada al principio moral de solidaridad.

... por lo común se alude a que el fundamento del estado de necesidad agresivo -y, por añadidura, del deber de tolerancia de terceros- se halla en el principio de solidaridad. Partiendo de que éste muestra, de entrada, una naturaleza moral, se

ha intentado explicar su juridificación desde perspectivas, por un lado, contractualistas y, por el otro, institucionalistas.

Este último párrafo concede con claridad la diferencia entre el reconocimiento de un principio moral y su ‘juridificación’, es decir, el modo en que se plasma en el derecho positivo y puede ser invocado por los jueces para justificar sus decisiones. Esto significa que no puede sostenerse que los ciudadanos tienen un *derecho jurídico* de necesidad y un correlativo *deber jurídico* de tolerancia porque existe un *deber moral* de ayudar al prójimo. A menos que esta pauta moral haya sido adoptada por el legislador, su existencia es completamente irrelevante para decidir controversias jurídicas. En otras palabras, si no se muestra el modo en que se ha ‘juridificado’ el principio moral de solidaridad en un determinado ordenamiento jurídico, entonces los argumentos tienen que ser entendidos como afirmaciones acerca de los derechos y deberes que los individuos *deberían tener* en un sistema jurídico moralmente decente. En este caso, los argumentos serían una crítica de las instituciones vigentes y un buen alegato a favor de la reforma del derecho.

Dada la importancia de la fundamentación *jurídica* se podría esperar un análisis minucioso de las normas y principios *jurídicos* involucrados en el estado de necesidad y el deber de tolerancia. Sin embargo, Silva Sánchez se limita a unas indicaciones genéricas sobre este problema, en las que adhiere a las nuevas concepciones institucionalistas. El rasgo distintivo de estas doctrinas sería que se extrae la idea de solidaridad ‘de la esfera del ámbito del mundo de la vida y se la configura desde dentro del propio sistema jurídico-político’. Como exponentes contemporáneos de esta alquimia se mencionan a Jakobs y Pawlik. Conforme a la reconstrucción ofrecida por Silva Sánchez (ver en su trabajo el punto 2.2. sobre el fundamento del deber de tolerancia y estado de necesidad, pp. 33 y ss.), Jakobs fundamenta

... el estado de necesidad agresivo y el deber de ayuda en situaciones de necesidad en que “*el citizen se tiene que ocupar de lo general*”, lo que presupone, más

allá de una sociedad civil, “*la existencia de relaciones públicas justas, es decir, un orden estatal*”. En otras palabras, sosteniendo que “*de la idea de responsabilidad política de todos los ciudadanos se deduce el derecho y el deber de actuar para el Estado en casos de desastre sacrificando bienes de escaso valor o soportando ese tipo de acciones*”. Esta misma idea ha sido desarrollada extensamente por Pawlik, para concluir que es posible atribuir al individuo, como parte integrante de su posición de ciudadano, el deber de soportar en casos excepcionales la injerencia de terceros en la propia esfera jurídica.

Una *norma* que reconozca el derecho de necesidad sólo puede derivarse de otra *norma* y no de ideas, conceptos, definiciones o proposiciones. Por ello, es crucial preguntar: ¿de qué norma se deriva el derecho de necesidad? En el argumento atribuido a Jakobs parece asumirse que hay una cierta norma N que establece: “Los ciudadanos deben ocuparse de lo general” y de esa norma se seguiría otra que impone tolerar las conductas de quienes se encuentran en estado de necesidad. Pero, esta respuesta inmediatamente lleva a preguntar acerca del status *jurídico* de estas normas. Como señala Joseph Raz³⁸,

En los casos en que la justificación parte de premisas no jurídicas, resulta claro que no puede establecer la verdad de un enunciado jurídico, ni la validez de una norma jurídica. En el mejor de los casos, forma parte de un argumento a favor de su conveniencia.

Podemos preguntarnos, entonces: ¿acaso el legislador ha formulado estas normas? La respuesta es contingente y depende de las decisiones del legislador. Por supuesto, nada impide que la autoridad establezca obligaciones genéricas para los ciudadanos y que una norma como N haya sido expresamente adoptada en alguna comunidad. Por ejemplo, el artículo 21 de la Constitución Argentina establece: “Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta

³⁸ Raz, Joseph, ‘Legal Rights’ en *Ethics in the Public Domain*, op. cit., p. 247

constitución...”. Ello muestra que no existe impedimento alguno para que se impongan expresamente deberes a todos los ciudadanos. Pero, sin embargo, la norma que impone el deber de tolerancia no se encuentra en la Constitución Argentina (o en la Española), y no parece sencillo indicar en las propuestas de Jakobs o Pawlik qué normas habría que eliminar del sistema jurídico para que desapareciesen esos derechos y deberes.

VII. Derecho de necesidad y cuasi-instituciones

Es momento ahora de analizar la propuesta específica de Silva Sánchez. Conforme a nuestro autor (punto 2.2. sobre el fundamento del deber de tolerancia y estado de necesidad, pp. 34):

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 ciudadanos.

Con este párrafo, Silva Sánchez agota su análisis de la fundamentación jurídica del derecho de necesidad y el deber de tolerancia. Más allá de que este párrafo no identifica ninguna norma que pueda ser eliminada y, de esta manera, se pueda invocar como el fundamento explícito del derecho de necesidad y el deber de tolerancia, sus premisas tampoco parecen incontrovertibles. Por ello, es especialmente relevante un análisis detallado de este breve párrafo.

a) *Los Estados modernos y la corrección de las suertes y desgracias*

El derecho cumple con la función de distribuir ‘suertes y desgracias’ mediante la asignación de derechos, cargas y beneficios³⁹. Las autoridades valoran necesidades y recursos sociales y, mediante sus normas, intentan conservar o modificar esas situaciones. Pero, de allí no se sigue, sin embargo, que la corrección de suertes y desgracias en el Estado moderno tenga que ser efectuada inevitablemente de una manera específica o que persiga fines determinados. Más bien, esta corrección depende del *modo* en que se asignan recursos sociales y ello está regulado en las normas jurídicas, que reflejan compromisos políticos y morales centrales en una cierta sociedad. Por ejemplo, una sociedad con convicciones ultra-liberales puede considerar que la compasión frente a los que enfrentan dificultades o la ayuda al que padece necesidad es un rasgo solamente meritorio de nuestra conducta y que el Estado debe abstenerse de cumplir funciones redistributivas.

A su vez, las instituciones mediante las que el Estado interviene en la comunidad son constituidas por *normas jurídicas* de una enorme heterogeneidad, i.e. administrativas, penales, tributarias, etc. Si se acepta que el Estado interviene en la corrección de suertes y desgracias conforme a parámetros legales previamente establecidos, entonces hay también una buena razón para creer que el derecho de necesidad y los deberes de tolerancia dependen de lo que establece el derecho y no de la función moral de corrección de la distribución de cargas y beneficios. Por ejemplo, en el derecho argentino sólo se encuentra justificado quien causa un mal para evitar otro mal mayor e inminente al que ha sido ajeno, mientras que otros diseños institucionales pueden enunciar exigencias diversas (por ejemplo, pueden exigir una considerable desproporción en los bienes ponderados).

³⁹ Joseph Raz se refiere a esta característica como una función social directa y primaria del derecho. Véase, Raz, Joseph, ‘The Functions of Law’ en *The Authority of Law*, op. cit., pp. 1979.

Por consiguiente, el alcance y fuerza del ‘estado de necesidad’ no es una *situación natural* que pueda abordarse mediante cuasi-instituciones sino una situación específicamente determinada por las normas que lo regulan. El hecho bruto de la ‘necesidad’ no es lo que fundamenta jurídicamente la legitimidad de ciertas conductas sino más bien es el modo en que el legislador define al ‘estado de necesidad’ lo que cuenta para evaluar si una conducta se encuentra justificada.

b) Cuasi-instituciones y naturaleza subsidiaria de los derechos de necesidad

El carácter subsidiario del derecho de necesidad se justifica en la imposibilidad de que el Estado intervenga a tiempo en su tarea de corregir suertes y desgracias. Conforme a esta idea, el Estado reconocería un ‘estado de necesidad’ sólo cuando la intervención de sus instituciones fuese extemporánea o imposible. Como señala Carmen Argibay⁴⁰,

El fundamento de la justificación es que no puede evitarse aquella situación de peligro grave e inminente por otro medio que no sea causar un daño a otro bien ajeno. O, como diría la sabiduría popular, ‘la necesidad tiene cara de hereje’. No puede esperarse la usualmente lenta reacción del Estado, ni el derecho puede pretender que la persona se cruce de brazos frente al peligro para un bien o interés jurídico, propio o ajeno, de mayor valor que el afectado en definitiva.

La idea de que el fundamento del estado de necesidad es la imposibilidad de que el Estado ‘llegue a tiempo’ con sus instituciones tiene un notable arraigo. Así, por ejemplo, en 1993, un fallo de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional señaló que la conducta de un individuo que robaba para atender la enfermedad de su hija no estaba encuadrada en el supuesto del estado de necesidad ya que, para atender

⁴⁰ Argibay, Carmen, ‘Artículo 34, inciso 3. Estado de necesidad justificante’ op. cit., pp 627-628

esas enfermedades, existían hospitales públicos que gratuitamente proveían de atención y medicinas⁴¹.

Aunque esta relación entre el carácter subsidiario del derecho de necesidad y la imposibilidad de la intervención eficaz de las instituciones estatales captura las situaciones que paradigmáticamente se encuadran dentro del estado de necesidad, es conveniente señalar dos dificultades a este fundamento. El primer inconveniente es su *alcance limitado*, que deja sin cobertura a situaciones que no ofrecen diferencia moral relevante con las justificadas. El segundo problema es el resultado contra-intuitivo que surge de la *proyección* de esos fundamentos a otras situaciones diferentes.

Atribuir un carácter subsidiario a la justificación de las conductas que se emprenden en estado de necesidad puede restringir de manera moralmente arbitraria el alcance de la justificación. Por ejemplo, un buen samaritano puede colaborar con una institución, e.g. los bomberos, en un rescate, sin que su intervención sea necesaria. Supongamos que en su desempeño causa un cierto daño en una vivienda para cooperar en el salvamento de una persona. Si el derecho de necesidad sólo ampara a individuos que reaccionan cuando las instituciones estatales no llegan a tiempo, entonces hay que concluir que el buen samaritano no se encuentra justificado en su conducta. Es conveniente destacar que este aspecto subsidiario no es exigido en la formulación de las causas de justificación que se encuentra en diversos Códigos. Así el Código Penal Argentino no requiere que la actuación de las instituciones jurídicas sea imposible, o que lleguen con retraso, sino únicamente que se sacrifique un bien de menor valor para evitar un mal inminente y grave. Por consiguiente, es necesario remarcar una vez más que se precisa trazar una clara distinción entre la eventual justificación moral del estado de necesidad y su caracterización jurídica. Del hecho de que sepamos por qué hay que reconocer como causa de justificación al estado de necesidad no se sigue

⁴¹ CNCriminal y correccional, Sala I, 18/10/1993.

que también conozcamos qué conductas se encuentran justificadas. En el primer caso se requiere conocimiento moral y en el segundo se precisa de conocimiento del derecho.

En segundo lugar, la fundamentación del derecho de necesidad conduce a resultados contra-intuitivos cuando se generaliza a otras situaciones e instituciones. Si aquello que justifica apropiarse de bienes de otros individuos es que el Estado moderno no interviene a tiempo en la corrección de suertes y desgracias, entonces sería útil proyectar esta solución a problemas que surgen con otras funciones que cumple el Estado. En otras palabras, parece arbitrario admitir que la lentitud del Estado en la corrección de suerte y desgracia justifica intervenir en bienes ajenos y negarse a admitir esa conclusión para otras dimensiones de la actividad estatal.

Una función social importante que cumple el derecho, a través de las instituciones estatales, es la solución de conflictos. En general, esta función es cumplida por jueces y tribunales mediante la aplicación de normas jurídicas. Sin embargo, al igual que ocurre con otras instituciones estatales, la actuación de los jueces puede ser ineficiente y llegar tarde para proteger derechos y resolver controversias. Ello genera una sensación de frustración social y deseos de administrar justicia ‘por mano propia’. ¿Serían estas premisas suficientes para sostener que, en caso de que el Estado no llegue a tiempo a la solución de la controversia, surgen cuasi-instituciones donde los individuos tienen derecho a aplicar las normas y sus semejantes tienen el deber de someterse a sus actos cuasi-jurisdiccionales? La institución de la legítima defensa parece sugerir una respuesta afirmativa a esta pregunta. Sin embargo, ¿estaríamos dispuestos a generalizar esta respuesta, admitiendo que cuando los tribunales no desempeñan de manera satisfactoria su tarea, los individuos pueden ejercer funciones jurisdiccionales? Si la respuesta es negativa, entonces también hay buenas razones para dudar acerca de la existencia de un derecho jurídico de necesidad y de un correlativo deber de tolerancia por el mero hecho de que el Estado no llegue a tiempo con su función de corrección de suerte y desgracia.

El reconocimiento de que el derecho de necesidad y los deberes de tolerancia son cuasi-instituciones todavía no explica por qué ellos generan derechos y deberes *efectivos* en lugar de semi-derechos o semi-obligaciones. La fuerza *jurídica* de los derechos y deberes se muestra en el modo en que requiere la intervención de las instituciones jurídicas y ello significa que la relevancia *jurídica* de la cuasi-institución del estado de necesidad sólo puede ser apreciada en el marco de *instituciones*. Como señala Fletcher, estas cuestiones surgen⁴²

En un sistema de justicia espontánea, tal como la práctica de ejecutar ladrones nocturnos, no hay lugar para un sistema de excusas. La eventualidad del castigo privado se apoya únicamente en el efecto incriminador de las apariencias. Las excusas de error, accidente, necesidad e insania comienzan a desarrollarse sólo en tanto que el proceso de condena a sufrir castigos se mueve desde la escena de los hechos a la meditada deliberación de los tribunales.

VIII. El contenido normativo del deber de tolerancia

El deber de socorro directo, y hasta de colaboración activa con la actuación del necesitado, es un deber jurídico que, por lo general, surge de normas específicas de los diferentes códigos penales modernos. De esas normas se sigue un deber negativo de no interrumpir la conducta salvadora de quien se encuentra en estado de necesidad. Sin embargo, 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 no colabora con la conducta salvadora sólo ha infringido las normas relativas al deber de socorro.

No es posible analizar aquí exhaustivamente el problema de la omisión, los cursos salvadores y las condiciones bajo las que es posible

⁴² Fletcher, George, *Rethinking Criminal Law*, pp. 759-760 (Oxford: Oxford University Press, 2000)

atribuir responsabilidad⁴³. Sólo remarcaremos que el artículo 11 del Código Penal Español requiere, para que se atribuya la producción del resultado típico a una cierta omisión, la verificación de que el sujeto se encuentra en una posición de garante. La mera violación de un deber moral no puede fundamentar el reproche: sólo cuando se infringen deberes específicos de actuar, impuestos por el orden jurídico, surge esa posición de garante y se puede atribuir responsabilidad por el resultado típico⁴⁴. La equivalencia entre omisión y comisión siempre debe ser interpretada en el sentido en que lo impone la ley⁴⁵. Por tanto, los casos de injerencia que no fundamenten equivalencia plena de la omisión subsiguiente con la comisión activa sólo pueden ser castigados como infracción al deber de auxilio (omisión de socorro). Al igual que otros deberes jurídicos, la posición de garante también debe responder a decisiones taxativas del legislador. Por tanto, el artículo 11 incisos a) y b) del Código Penal Español, que refiere a la equiparación de la omisión a la acción, no tiene un carácter meramente ejemplificativo ya que ello implicaría reconocer deberes jurídicos que carecen de fuentes penales expresas⁴⁶. Precisamente, en el

⁴³ Una discusión de este problema llevaría a un análisis exhaustivo de las tesis defendidas por Silva Sánchez en *El delito de omisión. Concepto y sistema*, pp. 216 y ss (Barcelona: Bosch, 1996)

⁴⁴ “Artículo 11: Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del actor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

⁴⁵ Silva Sánchez señala, con espíritu crítico, que el modo en que el Código Penal español regula la omisión habría desplazado el centro de gravedad del análisis desde la constatación de la *identidad estructural desde perspectivas normativo-materiales*, a la constatación de un deber jurídico específico. Silva Sánchez, Jesús-María: “*Consideraciones sobre la teoría del delito*”, p. 92 (Buenos Aires: Ad Hoc, 1998)

⁴⁶ Por el contrario, Silva Sánchez defiende un carácter meramente ejemplificativo en Silva Sánchez, Jesús-María: “*Consideraciones sobre la teoría del delito*”, op. cit., p. 95.

inciso b del artículo 11 del Código Penal, el legislador ha decidido ligar la atribución de responsabilidad con la *creación* de un determinado riesgo. En este sentido, el afectado debe haber creado, con un actuar previo peligroso, una ocasión de riesgo para el bien protegido. El afectado debe haber colocado a otra persona en una situación de riesgo de la que ésta no pudiese salir sin la ayuda de aquella. En este caso, surge para el causante del peligro un deber de actuar para evitar el resultado⁴⁷.

En su trabajo Silva Sánchez (punto 5.1.) advierte que entre la infracción del deber de tolerancia y la producción del resultado lesivo no existe relación de causalidad y ello equivale a admitir que esas infracciones *no crean* el riesgo relevante. Sin embargo, concluye del siguiente modo:

... me parece difícil negar 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... En mi opinión, ello implica que el sujeto que infringe el deber de tolerancia se convierte en garante de aseguramiento del riesgo incrementado, que queda integrado en su esfera de organización.

Un desarrollo de esta tesis debe superar las siguientes dificultades. En primer lugar, aun cuando la infracción al deber de tolerancia

⁴⁷ En el proceso legislativo argentino se tuvo en cuenta que una de las fuentes de garantía podría ser la actuación precedente o la injerencia; el Anteproyecto de 1960 aludía en su art. 10: "...a quien tenga por ley, obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; a quien con su comportamiento precedente creó el riesgo, y a quien, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado". Asimismo, el Proyecto de 1973, en su art. 14, aludía a quien: "...le incumbía el deber jurídico de cuidar que ese resultado no se produjera o cuando el riesgo que originara el resultado se hubiera creado con su comportamiento precedente". El Proyecto de 1979 establecía en el art. 10 que el "...deber de obrar incumbe a quien tenga una obligación especial de cuidado, protección o vigilancia derivada: ... c) de una actuación precedente que comporte la asunción unilateral de alguna de aquellas obligaciones; d) de una actuación precedente que haya creado el riesgo inminente de que ocurriera el resultado".

incrementase el riesgo de que se produzca un resultado disvalioso, la ley señala como responsable sólo a quien *ha creado* un riesgo y no menciona el caso del *incremento* del riesgo, como fuente del deber de garante. En segundo lugar, el incremento del riesgo en una cierta ocasión es una cuestión empírica y no es posible asumir que la infracción del deber de tolerancia tenga siempre esa consecuencia. Por ejemplo, A necesita con urgencia un vehículo para comprar medicinas para su ganado enfermo y puede escoger entre la bicicleta de su vecino B y el auto de su vecino C. Cualquiera de estos vehículos serviría para que A obtenga la finalidad que persigue. Supongamos que al pedir prestada la bicicleta, B se niega a entregársela y le recuerda que C tiene un automóvil, y que con ese vehículo cumplirá de manera más apropiada con su plan salvador. Podría sostenerse que, aun cuando B se ha negado a cooperar y ha privado a su vecino de un medio idóneo para su curso salvador, su negativa *aumenta* la probabilidad de evitar un resultado disvalioso ya que el automóvil es un vehículo más eficiente para resolver la situación de urgencia.

Por último, la tesis de Silva Sánchez parece conducir a un resultado contra-intuitivo. Si se tomase a esa propuesta como base de la imputación objetiva de la conducta, ella impondría responsabilidad al autor en casos en que se hubiera producido el resultado vinculado al riesgo, pero no podría probarse que ese resultado sea una consecuencia del comportamiento que interrumpe el curso salvador⁴⁸.

IX. Cláusulas de ajuste en derecho penal

Un rasgo central de las normas válidas es que ellas provocan una ‘diferencia práctica’, es decir, las razones para actuar de los individuos se

⁴⁸ Para Jakobs, ‘...la teoría del incremento del riesgo constituye un instrumento imprescindible para la definición del comportamiento no permitido pero inidóneo para aportar algo sobre la relación de finalidad de la norma entre acción y resultado.’ Jakobs, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, p. 287 (Madrid: Marcial Pons, 1995)

modifican con su presencia o ausencia. Este rasgo sirve para distinguir entre diferentes niveles de normas en un sistema penal. Una norma de primer nivel es la que impone un deber jurídico específico, e.g. la que prohíbe el homicidio, el estupro, el infanticidio, el hurto, etc. Estas son las normas ‘genuinas’ del sistema ya que imponen específicamente una solución y su desaparición provoca una notoria diferencia en la atribución de responsabilidad. Por ejemplo, al desaparecer la figura del infanticidio en el derecho penal argentino, la muerte del recién nacido por parte de su madre pasa a ser un homicidio calificado por el vínculo. En igual sentido, si desapareciesen del Código Penal todas las figuras delictivas, con excepción de -por ejemplo- el homicidio y el hurto, todavía sería verdad que, en ese sistema mínimo, está prohibido matar a otro y apoderarse de bienes muebles ajenos. En cambio, no tiene sentido preguntarse acerca de qué conductas se encuentran prohibidas si en el Código Penal sólo hubiese disposiciones relativas a la tentativa, la participación, o causas de justificación. Éstas son normas de segundo nivel y son conceptualmente dependientes ya que su función es corregir el alcance y la fuerza de las normas de primer nivel.

El modo en que están redactados los Códigos modernos impone, por lo general, un resultado específico, que constituye el evento disvalioso al que se liga la atribución de responsabilidad. La identificación de este resultado mediante fórmulas escritas relativamente breves provoca un desajuste entre lo que se dice que se reprocha y lo que se debería reprochar. Cualquier norma genera casos recalcitrantes de infra-inclusión y de sobre-inclusión respecto a las razones que la justifican, y estos desajustes son corregidos por diferentes cláusulas del Código Penal. Por ejemplo, las causas de justificación previenen la sobre-inclusión de las normas penales, ofreciendo razones de principio para no castigar ciertas conductas típicas. Otras cláusulas de ajuste tienen la función de incluir en el ámbito de reproche a conductas que no están descriptas en el tipo penal, pero que merecen castigo a la luz de los principios que justifican las normas del sistema. Ejemplos paradigmáticos de estas cláusulas de

ajuste, que pretenden corregir la infra-inclusión de los tipos penales específicos, son las normas referidas a la tentativa y la participación. Estas normas *dependen* de otras normas de la parte especial de los Códigos en dos sentidos diferentes. Por una parte, la desaparición de las normas de la parte especial privaría de sentido a esas cláusulas de ajuste y, por otra parte, la pena que se atribuye a las conductas incluidas en el ámbito de reproche por las cláusulas de ajuste depende de la sanción prevista en cada delito en particular.

La naturaleza legal o supra-legal de esas cláusulas de ajuste ha sido extensamente debatida en el ámbito de las causas de justificación. Por el contrario, el trabajo de Silva Sánchez acerca de la infracción de deberes de tolerancia es un buen ejemplo de una cláusula de ajuste supra-legal que tiene por función incluir en el ámbito de reproche a conductas que el legislador no ha considerado expresamente. A diferencia de lo que ocurre con la tentativa o la participación, los deberes de tolerancia no están expresamente recogidos en los modernos Códigos Penales. La infracción al deber de tolerancia aparece, entonces, como una *cláusula genérica de ajuste*, que permite corregir la infra-inclusión de los tipos penales, mediante la creación dogmática de un deber genérico de garante. El deber de tolerancia no introduce *nuevos* delitos que pueda cometer un determinado sujeto sino que es una suerte de deber genérico de no infringir otras normas del Código Penal (e.g. la omisión de socorro u otras figuras específicas).

X. Acerca de las normas dogmáticas

El modo en que Silva Sánchez expone el fundamento del derecho de necesidad y el deber de tolerancia sugiere una profunda diferencia con el enfoque que hemos usado en este trabajo para dar cuenta del significado y valores de verdad de los enunciados jurídicos. En general, podría sostenerse que para nosotros un fundamento jurídico es siempre un elemento del derecho positivo (e.g. una norma), y la labor central de la dogmática es identificar y sistematizar este material. Por el contrario,

Silva Sánchez - y muchos otros penalistas - van más allá de las decisiones del legislador en la justificación de sus afirmaciones y su visión de la dogmática no se limita a identificar y desarrollar las normas positivas⁴⁹. Más bien, para este enfoque, la ‘verdadera misión’ de la dogmática es ofrecer nuevas soluciones a casos que el legislador no ha resuelto y, en ocasiones, corrige el modo en que la autoridad ha regulado una cierta situación⁵⁰. Ello implica introducir *nuevas* normas en el sistema jurídico ya que sólo de esa manera se pueden lograr regular situaciones que no habían sido contempladas o modificar las relaciones jurídicas establecidas previamente por el legislador. En el caso del estado de necesidad son esas nuevas normas las que se invocan como fundamento del derecho de necesidad y deber de tolerancia. Por razones de simplicidad, denominaremos a estas normas como ‘normas dogmáticas’ y sus características más destacadas son las siguientes:

a) Las normas dogmáticas 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, las normas dogmáticas son ajenas al procedimiento normal de modificación de los sistemas, i.e. derogación expresa o tácita.

Cada uno de estos rasgos de las normas dogmáticas es un desafío a ideas básicas acerca del derecho. En este sentido, la dogmática contemporánea se enfrenta a tres problemas diferentes:

⁴⁹ Véase, por ejemplo, Roxin, Claus, ‘Sobre la significación de la sistemática y dogmática del derecho penal’ en *Política criminal y estructura del delito*, pp. 35-63 (Barcelona: PPU, 1992)

⁵⁰ Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo*, p. 42 (Barcelona: Bosch, 1992); Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, 2ª edición, pp. 43 y ss (Buenos Aires: Hammurabi, 1999)

- *Legitimidad*: las obligaciones impuestas por normas que no emanan de autoridades políticamente responsables carecen de legitimidad,
- *Estructura*: la introducción de normas dogmáticas diluye la estructura jerárquica del sistema jurídico,
- *Especificidad*: se pierde la especificidad de la fuerza institucional de las normas jurídicas⁵¹.

No queremos sostener que la dogmática contemporánea no pueda resolver estos problemas, sino que la elaboración de sus soluciones no ocupa un lugar central en su agenda de discusión y que un análisis completo de los derechos de necesidad y los deberes de tolerancia tiene que ofrecer una respuesta a estos problemas.

XI. Conclusiones

En este trabajo hemos sostenido que la calificación jurídica de una conducta surge de normas jurídicas y que uno de los rasgos principales de estas normas es que pueden ser *deliberadamente* eliminadas del sistema normativo. Esta característica es la que permite dar sentido a dos ideas centrales de la teoría del derecho. Por una parte, la relatividad de los enunciados jurídicos. Conforme a esta reconstrucción, puede ser verdad que una cierta acción está prohibida en un sistema S1 y, a la vez, puede ser falso que ella esté prohibida en otro sistema S2. Por otra parte, no hay normas ‘necesarias’ en los sistemas jurídicos. Las normas jurídicas son

⁵¹ A diferencia de la fuerza moral de una norma, que es una función de su corrección sustantiva, la fuerza institucional depende de la resistencia al cambio, modificación o eliminación en un sistema jurídico. Al respecto, véase: Waluchow, W.J., *Inclusive Legal Positivism*, pp. 31-79 (Oxford: Oxford University Press, 1994), Navarro, Pablo et al, ‘La fuerza institucional del derecho’ en *Revista de la Facultad de Derecho, UNAM*, 53, número 241, pp. 187-209

aquellas que el legislador ha ‘puesto’ expresa o implícitamente en un sistema jurídico. Nuestro análisis conduce a la siguiente conclusión: dado 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 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 jurídico.

Nuestro enfoque llega a conclusiones diferentes a las que sostiene Silva Sánchez. En general, nuestras discrepancias surgen en torno de los criterios para identificar normas implícitas en un cierto sistema. En este trabajo, sólo hemos usado las reglas de inferencia clásicas para determinar las consecuencias de las normas formuladas por la autoridad. Silva Sánchez, al igual que otros dogmáticos, recurre a proposiciones implícitas y reglas adicionales. Por esta razón no siempre es fácil evaluar la solidez de sus premisas y controlar la corrección de sus inferencias.

En gran medida, creemos que los problemas de su reconstrucción son una consecuencia directa del abandono de la separación entre la descripción y la crítica del derecho positivo. La creencia de que las normas dogmáticas *ya* son parte del derecho borra la distinción entre el derecho que *es* y el que *debe ser*, y conduce a una confusión entre los derechos jurídicos y morales. Probablemente, el error de este enfoque surge de una interpretación equivocada del aspecto dinámico de los derechos. Como señala Raz⁵²,

Una parte importante de nuestra comprensión de los derechos jurídicos radica en captar sus consecuencias lógicas. Estas son, como hemos visto, las que justifican jurídicamente otros derechos y deberes. Algunos de ellos reciben su fuerza vinculante de esta justificación. Otros serán deberes y derechos jurídicos

⁵² Raz, Joseph, ‘Legal Rights’, op. cit., p. 253

establecidos por fuentes jurídicas independientes. Algunos otros no son todavía jurídicamente vinculantes. Estas últimas consecuencias de los derechos jurídicos merecen especial atención, ya que demuestran que los derechos jurídicos constituyen razones jurídicas para otorgar fuerza jurídica a los derechos y deberes justificados. Establecen el aspecto dinámico de los derechos. Los derechos jurídicos pueden ser razones jurídicas para el cambio en el derecho. Los derechos jurídicos pueden constituir fundamentos para desarrollar el derecho en una determinada dirección. En virtud de su aspecto dinámico, los derechos jurídicos no pueden reducirse, como se ha sugerido a menudo, a los deberes jurídicos que justifican. El hacerlo equivale a olvidar su papel como razones para la modificación y el desarrollo del derecho.

Esta separación entre descripción y crítica del derecho fue no sólo una división metodológica fundamental sobre la que se construyó la moderna ciencia del derecho penal sino que también fue una de las piezas decisivas en las reformas jurídicas y sociales logradas en la construcción de un Estado de Derecho⁵³. Es difícil encontrar una obra que reconozca de modo tan tajante la separación entre descripción y crítica del derecho y que, a la vez, haya ejercido una influencia tan profunda como el libro de Beccaria sobre los delitos y las penas⁵⁴. Por ello, no es casual que Jeremy Bentham considerase que⁵⁵,

...Beccaria fue el primero en embarcarse en la crítica del derecho y en abogar por reformas sin confundir su tarea con la descripción del derecho existente.

⁵³ Hart, H.L.A., 'Positivism and the Separation of Law and Morals' en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 51 (Oxford: Oxford University Press, 1983)

⁵⁴ Una breve información de esta influencia puede encontrarse en la introducción de Francisco Tomás y Valiente al libro de Beccaria. Véase: Tomás y Valiente, Francisco, 'Introducción' en Beccaria, Cesare, *De los delitos y las penas*, pp. 15-16 (Buenos Aires: Orbis, 1984)

⁵⁵ Hart, H.L.A., 'Bentham and Beccaria' en *Essays on Bentham*, p. 41 (Oxford: Oxford University Press, 1982)

Beccaria nunca pretendió que las reformas que proponía ya eran derecho, en algún sentido trascendental, o 'el verdadero derecho'; y así trazaba una distinción que el mismo Bentham continuamente subrayaba entre lo que el derecho es y lo que debe ser, o como Bentham llamaba a menudo, entre la 'teoría del derecho expositiva' y la 'crítica del derecho' (*censorial jurisprudence*)... Por ésta y otras razones, Bentham se refería a que Beccaria sería recibido por un individuo inteligente como un ángel del cielo sería recibido por un creyente.

Al margen de esta discrepancia metodológica central acerca del conocimiento del derecho y la naturaleza de la dogmática, no podemos dejar de señalar que el trabajo de Silva Sánchez aborda muchos otros temas que no hemos mencionado aquí. En particular, su análisis conecta de manera clara y novedosa problemas de dogmática penal sobre el estado de necesidad justificante con cuestiones de diversa índole: (a) discusiones de filosofía política y moral sobre la relevancia de la solidaridad como fundamento de deberes morales, la justificación de la propiedad privada, etc.; (b) problemas epistemológicos clásicos sobre las relaciones entre omisiones y cursos causales; (c) aspectos centrales de la teoría jurídica como, por ejemplo, la naturaleza de los derechos. Todas estas cuestiones merecen una detallada discusión y muestran la riqueza y fecundidad de su trabajo.

SOBRE EL DEBER DE TOLERAR LA ACCIÓN DE SALVAGUARDA EN LOS CASOS DE ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO

Daniel González Lagier*

1. Introducción

En su artículo *Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia*, Silva Sánchez, de manera profunda y sugerente, plantea a propósito del estado de necesidad una cuestión que puede servir de banco de pruebas para algunos conceptos y herramientas desarrollados desde la teoría del Derecho. Esta cuestión es la siguiente: es pacífico aceptar que quien actúa en estado de necesidad no realiza una acción antijurídica. Esto implica que el Estado tiene un deber de tolerar este tipo de conductas (a las que, siguiendo a la doctrina penal, llamaré “acciones de salvaguarda”). Ahora bien, ¿qué ocurre con el sujeto afectado por la acción de salvaguarda, esto es, el tercero que ve que alguno o algunos de sus derechos son lesionados para que pueda superarse tal estado? ¿Tiene también el deber de tolerar tal acción? Si trata de impedir la lesión de su derecho, ¿incurre en algún tipo de responsabilidad?

Existen, según Silva Sánchez, dos posibles respuestas obvias a este interrogante: 1) Si el tercero interfiere impidiendo la acción de salvaguarda no ocurre nada, puesto que no tiene el deber de tolerarla. 2) Si el tercero

* Universidad de Alicante, España.

impide la acción de salvaguarda, incurre él mismo en alguna conducta antijurídica, puesto que tiene el deber de tolerarla¹.

La primera respuesta le parece paradójica a este autor, puesto que la situación jurídica sería tal que el sujeto que actúa en estado de necesidad, si tiene éxito, no realiza un acto antijurídico, pero no es respaldado por el Derecho si alguien interfiere su conducta. Silva Sánchez opta por la segunda respuesta, esto es, por la existencia de un deber de tolerar por parte del tercero, respaldado por el Derecho -y su artículo está dirigido a dotar de contenido este deber de tolerancia y a justificarlo-.

En lo que sigue, siguiendo a Borja Martínez, entenderé que hay estado de necesidad cuando se dan las siguientes circunstancias:

- a) Existencia de un mal grave e inminente, propio o ajeno, que se proyecta en la puesta en peligro de un bien jurídico o en el inicio de su menoscabo, de tal forma que sólo a través de una acción contundente pueda conjurarse el peligro.
- b) Necesidad de evitar el menoscabo del bien jurídico a través de la lesión de otro bien jurídico o de la infracción de un deber. Es decir, la perpetración de otro mal, la merma de un interés, la comisión de un delito, se constituye en el único medio para llevar a cabo la acción de tutela.
- c) Que el mal perpetrado no sea mayor que aquél que se quiere evitar. Dicho de otra forma: debe existir una ponderación de bienes jurídicos, de tal forma que el tutelado debe ser de igual o mayor entidad que este otro que se menoscaba. Esta evaluación debe llevarse a cabo desde un doble plano. Desde el prisma abstracto, debe contemplarse el valor de cada bien jurídico en sí mismo considerado (por ejemplo, la vida humana es valor superior que la

¹ Usaré la expresión “deber de tolerancia”, que parece ser la que usa la doctrina penal para estos casos, pero quizá sería más apropiado hablar de “deber de sacrificio”, puesto que parece haber algo de contradictorio en la idea de que pueda existir un *deber de tolerar*: para poder tolerar algo hace falta tener la facultad de prohibirlo.

— Sobre el deber de tolerar la acción de salvaguarda en los casos de necesidad agresivo

propiedad). Desde el prisma concreto, por el contrario, se toma en consideración los intereses y perjuicios atendiendo a las específicas condiciones que pueda deparar la situación objeto de examen (así, un hurto perpetrado para solventar problemas económicos puede estar exento, o no, de responsabilidad criminal según las condiciones reales en las que se encuentra el infractor y su familia).

d) Que dicha situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto.

e) Que el sujeto no esté obligado, merced al oficio que desempeña o al cargo que ocupa, a sufrir los males derivados de esas situaciones profesionales, las cuales imponen un deber especial de sacrificio”²

Por lo demás, ciñéndome al objeto del artículo de Silva Sánchez, me referiré exclusivamente al estado de necesidad *agresivo*, esto es, a aquel en el que -a diferencia de lo que ocurre en el estado de necesidad *defensivo*- el peligro para el sujeto que se encuentra en situación de necesidad no es imputable al sujeto cuyos bienes jurídicos pueden verse afectados por la acción de salvaguarda³.

2. Las modalidades jurídicas de Hohfeld

La cuestión expuesta en el anterior epígrafe puede plantearse usando las modalidades jurídicas de Hohfeld⁴. Como es sabido, este autor trató

² Emiliano Borja Martínez, *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 105.

³ Francisco Baldó Revilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, pág. 22.

⁴ Expuestas por este autor en W.N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Ed. Fontamara, México, 1991.

de analizar la noción de derecho subjetivo proponiendo una reconstrucción precisa de los distintos significados de este concepto a partir de los variados y, a veces, entrelazados usos que los juristas hacen del mismo⁵. Hohfeld distingue cuatro modalidades jurídicas activas (la libertad o privilegio, el derecho en sentido estricto, la potestad y la inmunidad) y cuatro modalidades jurídicas pasivas (el no-derecho, el deber, la sujeción y la incompetencia). Cada una de ellas puede definirse por su modalidad correlativa y su modalidad opuesta.

Así, si *A* tiene frente a *B* la *libertad* de hacer *x*, *B* no tiene frente a *A* el derecho (está en una situación de *no-derecho*) de exigir que *A* se abstenga de realizar *x*. Si *A* tiene frente a *B* el *derecho* de que éste haga *x*, *B* tiene frente a *A* el *deber* de hacer *x*. Si *A* tiene la *potestad* de producir ciertos efectos jurídicos respecto de *B* mediante el acto *x*, *B* está en una posición de *sujeción* frente a *A* (su posición jurídica se verá modificada por los efectos del acto *x*). Por último, si *A* está en una situación de inmunidad frente a *B* respecto de los efectos jurídicos de la acción *x*, *B* es incompetente para alterar el estatus jurídico de *A* mediante el acto *x*.

En definitiva, estas relaciones de correlación pueden representarse mediante el siguiente esquema:

Correlativos

Libertad	—————	no-derecho
Derecho en sentido estricto	—————	deber
potestad	—————	sujeción
inmunidad	—————	incompetencia

Por otra parte, si *A* tiene frente a *B* la libertad de hacer *x*, entonces queda excluido que tenga el deber de hacer *x* frente a *B* (la libertad de

⁵ Véase la nota preliminar de Genaro Carrió a W.N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, págs. 10 y ss. En lo que sigue resumo el trabajo de Hohfeld y la presentación de Carrió.

— Sobre el deber de tolerar la acción de salvaguarda en los casos de estado de necesidad agresivo

hacer x y el deber de hacer x son opuestos o excluyentes). Si A tiene frente a B el derecho de hacer x , queda excluido que esté frente a B en una situación de no-derecho de hacer x . Si A tiene frente a B la potestad de afectar su situación jurídica mediante el acto x , entonces queda excluido que sea incompetente para afectar la posición jurídica de B mediante el acto x . Por último, si A es inmune frente a B para que éste modifique su posición jurídica mediante el acto x , queda excluido que A esté en una situación de sujeción frente a B respecto del acto x .

En definitiva, estas relaciones de oposición son las siguientes:

Opuestos

Libertad / deber

Derecho / no-derecho

potestad / incompetencia

inmunidad / sujeción

A veces los juristas hablamos, de una manera imprecisa, de derecho subjetivo para referirnos a lo que Hohfeld llama libertad o privilegio; otras, para referirnos a lo que llama derecho en sentido estricto; otras para referirnos a una potestad, y otras para referirnos a una situación de inmunidad. De esta manera, las nociones de Hohfeld pueden servirnos para precisar en qué sentido un sujeto tiene un determinado derecho subjetivo (si se quiere, para distinguir algunos tipos de derechos subjetivos).

En ocasiones, las modalidades jurídicas pueden darse conjuntamente. Así, como señala Carrió:

“Decir que A es propietario del objeto Z , importa afirmar que A tiene, frente a cada uno de los otros miembros de la comunidad, un cúmulo de derechos, privilegios, potestades e inmunidades superpuestos, relativos al objeto Z . A tiene el derecho de que B (otro miembro de la comunidad) no use el objeto Z ; tiene, frente a B , el privilegio de usarlo; tiene, frente a B , la potestad de abandonarlo; tiene, frente a B , la inmunidad consistente en que este último no puede,

digamos, enajenar dicho objeto. A puede, sin embargo, en sus relaciones con B (o con cualquier otro miembro de la comunidad), limitar ese cúmulo de derechos, privilegios, potestades e inmunidades. Por ejemplo, concediendo a B el derecho (o el mero privilegio) de usar el objeto, o comprometiéndose frente a B a no usarlo, u otorgando a éste la potestad de venderlo”⁶.

Conviene, por tanto, distinguir tres sentidos de la expresión “derecho” (subjetivo): (1) “derecho en sentido estricto”, que se refiere al correlativo de un deber; (2) “derecho en sentido indeterminado”, que se refiere a alguna de las modalidades jurídicas activas; y (3) “derecho en sentido amplio”, que se refiere a un conjunto de derechos en sentido estricto y/o libertades y/o potestades y/o inmunidades (por ejemplo, cuando hablamos del derecho de propiedad)⁷.

3. El derecho de quien actúa en estado de necesidad como una libertad o privilegio

¿Cuál es, en términos de las modalidades jurídicas de Hohfeld, la posición jurídica del sujeto que actúa en estado de necesidad (lo que, correlativamente, nos dará la posición del sujeto pasivo de la acción de salvaguarda)? Dado que nos planteamos la relación entre el sujeto que actúa en estado de necesidad y el sujeto afectado por la acción de salvaguarda, las modalidades candidatas son la libertad y el derecho en sentido estricto (mientras que si analizáramos la situación del sujeto

⁶ Genaro Carrió, en W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, pág. 15.

⁷ Tomo esta distinción de Juan Antonio Cruz Parceró, *El concepto de Derecho subjetivo*, Ed. Fontamara, colección *Doctrina jurídica contemporánea*, México, 1999, pág. 298. Para una presentación detallada de las modalidades jurídicas de Hohfeld véase el capítulo II.

necesitado y el tercero afectado por la acción de salvaguarda frente al Estado, las modalidades adecuadas serían las de inmunidad y sujeción: la posición frente al Estado de quien actúa en estado de necesidad podría verse como una inmunidad respecto de la potestad de éste de imponerle una pena por la lesión del derecho correspondiente, y la posición del sujeto afectado por la acción de salvaguarda podría verse, en determinados casos, como una sujeción frente a la potestad sancionadora del Estado).

Supongamos que afirmamos que quien actúa en estado de necesidad tiene **libertad** frente a otro sujeto para realizar la acción de salvaguarda. La acción de salvaguarda consiste en una acción que, directa o indirectamente (como consecuencia de la misma), lesiona algún derecho de otro sujeto. 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 lesión.

La situación sería semejante a lo que ocurre en un combate de boxeo, por usar el conocido ejemplo de Genaro Carrió⁸. Las reglas del boxeo prohíben cierto tipo de golpes, como los golpes bajos y los cabezazos. Sin embargo, ¿qué ocurre con la posibilidad de propinar un golpe correcto? Es obvio que las reglas del boxeo no le prohíben a un púgil propinar con el puño un golpe en la mandíbula del adversario. Ahora bien, el otro púgil no tiene el deber de tolerar ese golpe sino que puede tratar de impedirlo. Por ello, la relación queda mejor descrita diciendo que

⁸ En la introducción a W.N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*.

el púgil *A* tiene la libertad de golpear correctamente al púgil *B* (y viceversa) que adscribiéndole a uno u otro un derecho en sentido estricto que implique el deber del contrario de tolerar el golpe.

Optar por esta posibilidad, esto es, por interpretar que quien actúa en estado de necesidad tiene la libertad o el privilegio de afectar los derechos de otro sujeto para superar el estado de necesidad, no tiene por qué verse como una situación paradójica, a pesar de lo que afirma Silva Sánchez. Las libertades, definidas de esta manera, son una modalidad frecuente. Están asociadas a todos aquellos casos en los que el Derecho no se refiere a una determinada acción ni para prohibirla ni para permitirla expresamente (lo que Alchourrón y Bulygin llaman *permiso débil*⁹) y a muchas acciones permitidas en sentido fuerte (esto es, expresamente permitidas por el ordenamiento jurídico), si no existe una prohibición de tratar de impedir la conducta (se puede discutir si en el primer caso son libertades *jurídicas*, pero no lo haré aquí).

Por otro lado, tener solamente una libertad o un privilegio, aunque implica un grado menor de protección jurídica que tener un derecho en sentido estricto, no conlleva que se carezca totalmente de protección jurídica para realizar la acción correspondiente. Volviendo al ejemplo del boxeo: aunque el púgil *A* tenga sólo la libertad (y no el derecho en sentido estricto) de propinar un golpe con el puño en la mandíbula del contrincante, el púgil *B* no puede tratar de impedirlo de cualquier manera, sino que ha de respetar las reglas del boxeo, que trazan un perímetro de obligaciones y prohibiciones que, indirectamente, protegen la libertad (aunque no frente a todo tipo de acciones).

De igual manera, en el caso del estado de necesidad, afirmar que el *sujeto necesitado* tiene una libertad no implica que su acción no esté protegida jurídicamente: en primer lugar, ve cancelada una prohibición (la de lesionar los derechos del afectado) que, en otras circunstancias, tendría y, por

⁹ Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 176.

tanto, el *sujeto afectado* no puede exigir jurídicamente que el *sujeto necesitado* se abstenga; en segundo lugar, el primero no puede impedir de cualquier manera la acción de salvaguarda (algo obvio: la acción con la que se opone a la acción de salvaguarda no puede violar una norma jurídica). En palabras de Hart:

“...donde un hombre es dejado en libertad por el Derecho para realizar o no alguna acción particular, esa acción de algún modo estará protegida por el Derecho, aun si no existe una obligación correlativa de no interferir por parte de otros. Esto es así porque en última instancia las formas más toscas (o agresivas) de interferir, como aquellas que comprenden el daño físico o violación de la propiedad, serán consideradas como delitos o como ilícitos civiles, o incluso ambas cosas. De esta forma, los deberes y obligaciones de no realizar interferencias de ese tipo constituyen un perímetro protector detrás del cual existen las libertades y pueden ejercitarse”¹⁰.

En definitiva:

a) La tesis de la correlatividad entre derechos y deberes debe ser matizada: se pueden tener cierto tipo de derechos (una libertad, una potestad o una inmunidad) de realizar *x* sin que exista un deber correlativo.

b) Tener meramente una libertad o privilegio no implica necesariamente carecer de protección jurídica.

c) Tener una libertad no es una situación extraña o paradójica.

En la definición de estado de necesidad de la que hemos partido se contempla el caso en el que los bienes jurídicos en juego (el que se quiere

¹⁰ H.L.A. Hart, “Legal Rights”, en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, págs. 162 y ss.

proteger y el que es puesto en peligro) sean igualmente relevantes. Pues bien, en estos casos es plausible sostener que no sería razonable que el Derecho optara por la protección de uno de ellos en detrimento del otro (no tiene razones para hacerlo), salvo en los supuestos en los que el peligro para el sujeto necesitado haya sido causado por el tercero que sufre las consecuencias de la acción de salvaguarda (los casos de estado de necesidad defensivo). Por tanto, se puede pensar que ambos sujetos tienen una libertad o privilegio frente al otro: 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 impedirsele.¹¹ En lo que sigue no me volveré a ocupar de estos supuestos.

4. El derecho de quien actúa en estado de necesidad como un derecho en sentido estricto

¿Qué ocurre con el resto de casos (probablemente la mayoría), en los que el bien jurídico que el sujeto necesitado (o su auxiliador) trata de proteger es mayor que el bien jurídico del tercero que puede verse lesionado? Supongamos que, en estos casos, quien realiza la acción de salvaguarda tiene un genuino derecho (derecho en sentido estricto) de realizarla frente al sujeto afectado por ella. Esto implicaría que el sujeto afectado tiene el deber de tolerar la injerencia del otro sujeto en su esfera de derechos y que si incumple este deber él mismo realizaría una acción antijurídica.

¹¹ Probablemente sería posible hacer nuevos matices en función de que la acción de salvaguarda ponga meramente en peligro los bienes del tercero o los lesione con seguridad, o en función de que el tercero impida totalmente la acción de salvaguarda o sólo la dificulte. También puede resultar difícil la comparación y ponderación entre los bienes jurídicos en juego para determinar si merecen la misma o distinta protección y en qué circunstancias. Sin embargo, ciñéndome al trabajo de Silva Sánchez, no me detendré en estas dificultades.

— Sobre el deber de tolerar la acción de salvaguarda en los casos de estado de necesidad agresivo

El contenido del deber del sujeto afectado por la acción de salvaguarda, si ha de ser un deber autónomo, no debería consistir meramente en respetar el perímetro normativo que rodea al derecho del *sujeto necesitado* (esto es, no debería consistir meramente en no impedirle su objetivo usando la violencia física o por cualquier otro medio ilícito, porque entonces no es un genuino deber de tolerar la acción de salvaguarda, ni debería ser un deber derivado de alguna otra situación distinta al estado de necesidad), sino que ha de tratarse de un deber genérico de no impedir la acción de salvaguarda de ninguna manera. Cualquier acción (u omisión) que se pueda interpretar como “impedir la acción de salvaguarda” queda prohibida. Por ello, la protección que el Derecho daría en este caso al *sujeto necesitado* sería una protección directa y completa.

La interferencia que impide la acción de salvaguarda puede consistir en una acción (por ejemplo, esconder dinero) o en una omisión (por ejemplo, no abrir una puerta). De manera que el deber de tolerancia se materializa, según el contexto, unas veces en un deber de actuar y otras veces en un deber de omitir. Esto mismo afirma Silva Sánchez, cuando distingue los dos siguientes supuestos:

“Cabe, así, en primer lugar, que la infracción del deber de tolerancia se manifieste sencillamente en la resistencia pasiva a (o en la falta de colaboración activa con) la conducta del sujeto necesitado o de su auxiliador. En estas situaciones, que a mi entender constituye el grupo de infracciones menos graves del deber de tolerancia, si nos hallamos ante casos de mera infracción del deber de solidaridad mínima interpersonal, que merecen el mismo tratamiento que las omisiones de socorro.

Ahora bien, cabe, en segundo lugar, 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 de su auxiliador, ya mediante una oposición directa activa, ya mediante la sustracción de los bienes que éstos pretendían alcanzar. Esta situación, a la que esencialmente se dedican estas páginas, es distinta y más grave que la anterior. Como veremos, en ella cabe fundamentar una responsabilidad por la lesión sufrida por los bienes jurídicos del necesitado, así como por la coacción ejercida sobre el auxiliador en el caso de que éste sea alguien distinto del propio necesitado”.

Ahora bien, como se puede apreciar, Silva Sánchez justifica un alcance distinto de la infracción del deber de tolerancia según que éste se realice por medio de una acción o por medio de una omisión. Si el sujeto afectado impide la acción de salvaguarda por medio de una omisión, entiende que se trata de un caso de omisión del deber de socorro (o análogo a estos casos). Si la impide por medio de una acción (aunque manteniéndose en su “esfera jurídica originaria”), entonces sugiere que se puede imputar al sujeto afectado un delito correspondiente a la lesión del bien jurídico que tenga lugar (homicidio, lesiones, coacciones, etc.). Ahora bien, estas consideraciones permiten plantear dos cuestiones:

a) La primera cuestión es si la mera diferencia entre actuar y omitir puede fundamentar en este caso esa diferencia de responsabilidad. ¿Por qué es más grave actuar que omitir? ¿Por qué es más grave cerrar la puerta a quien necesita entrar en nuestra vivienda para evitar un mal que no abrírsele?

b) La segunda cuestión es si esta responsabilidad más grave se deriva directamente de la infracción del deber de tolerancia que tiene el sujeto *B* como consecuencia del estado de necesidad en el que se halla el sujeto *A*, o bien se deriva simplemente de un deber más general, en cuyo caso no estaría vinculado a la infracción del deber de tolerancia, sino a la infracción de deberes que tendría en todo caso (al margen del hecho de ser el sujeto afectado por la acción de salvaguarda) y que forman parte del perímetro normativo que rodea al estado de necesidad.

5. Actuar y omitir

¿Cómo puede justificarse la diferencia de tratamiento entre quien impide la “acción de salvaguarda” por medio de una acción y quien la impide por medio de una omisión?

El concepto de acción (en un sentido amplio, que engloba a las omisiones) es sumamente complejo. Parte de esta complejidad (y de las

discusiones acerca de este concepto tanto en la filosofía de la acción como en la dogmática penal) tiene que ver con que las acciones son, por decirlo así, “habitantes de dos mundos distintos”: por un lado, las acciones son movimientos corporales (o ausencia de los mismos) relacionados causalmente con cambios y, por tanto, pertenecen al mundo físico, causal o natural; por otro lado, son objeto de descripciones o interpretaciones (a veces desde un punto de vista subjetivo o intencional, otras desde un punto de vista social), las dotamos de cierto significado y, por tanto, pertenecen también al mundo de los significados. Todo movimiento corporal (o ausencia del mismo) voluntario es objeto de interpretaciones o descripciones a la luz de las circunstancias en las que tiene lugar, la intención del agente, las consecuencias que produce y sus repercusiones sociales. Estas interpretaciones pueden encadenarse unas a otras (es lo que Alvin Goldman llama “generación de acciones”¹²), comenzando con la descripción de un movimiento corporal, o la ausencia de un movimiento corporal, y haciéndose cada vez más complejas. Así, un mismo “tramo de conducta” puede describirse como flexionar el dedo sobre un gatillo, disparar, asesinar al archiduque Francisco Fernando de Austria, irritar a las potencias hegemónicas de la época o hacer saltar la chispa que provocó la primera Guerra Mundial (existe en la filosofía analítica de la acción un debate acerca de si lo que llamamos “acción” se corresponde con el tramo de comportamiento que da lugar a todas esas interpretaciones, esto es, con la secuencia de movimientos corporales, o con alguna, algunas o, incluso, todas las interpretaciones, pero no es una cuestión esencial para nuestra discusión y, en mi opinión, acaba reduciéndose a una mera disputa terminológica). Por ello, conviene distinguir entre (1) el tramo de comportamiento previo a la interpretación (el tramo de comportamiento que es objeto de la interpretación o descripción) y (2) el comportamiento

¹² Alvin Goldman, *A Theory of Human Action*, Princeton University Press, 1971.

interpretado. Me referiré a (1) como conducta o comportamiento y a (2) como acción u omisión¹³.

Cuando calificamos un comportamiento como una omisión, estamos asumiendo una determinada interpretación del mismo a la luz de lo que el agente dejó de hacer. Lo que es relevante para interpretar un comportamiento como una omisión no es una actitud pasiva en términos globales, sino la ausencia del comportamiento que hubiera dado lugar a un cambio en el mundo para el cual el agente tenía una razón (en el caso del Derecho, un deber jurídico). Por tanto, no estamos haciendo referencia a si el agente se mantuvo o no en total pasividad; estamos poniendo el acento en que no se ha realizado una acción determinada¹⁴. Dado que la calificación como omisión de un comportamiento es relativa a una acción o un cambio determinado, un mismo comportamiento puede ser calificado de omisión, respecto de un cambio que no tuvo lugar, y al mismo tiempo de acción, respecto de un cambio que ha tenido lugar. El mismo tramo de comportamiento puede describirse como cocinar u omitir cerrar el grifo de la bañera. Incluso algunas omisiones, por ejemplo, omitir guardar silencio, únicamente pueden producirse por medio de una actividad positiva (hablar o hacer ruido).

Lo mismo ocurre con la omisión del deber de socorro: el comportamiento que se califica de esa manera puede ser un comportamiento activo o pasivo. Si no abrir una puerta, impidiendo que el sujeto necesitado se salve, es una omisión del deber de socorro, no es porque sea un comportamiento pasivo en sí mismo, sino porque puede

¹³ Aunque otros autores prefieren llamar a (1) acción y a (2) descripción de una acción. Por ejemplo, Davidson, Anscombe, etc. Sobre esta discusión y los problemas de individualización de acciones puede verse Daniel González Lagier, *The Paradox of Actions (Human Actions, Law and Philosophy)*, Ed. Kluwer Academia Publishers, 2003 (Hay versión en castellano: *Las Paradojas de la acción*, Publicaciones Universidad de Alicante, 2000).

¹⁴ En esencia, ésta es también la noción de omisión de Silva Sánchez. Véase, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

ser interpretado o descrito como no auxiliar al sujeto en peligro. De la misma manera, cerrarle la puerta puede ser descrito también, en las circunstancias apropiadas, como no prestarle auxilio, por lo que también puede ser una omisión del deber de socorro.

Si el resultado o la consecuencia del comportamiento es el mismo (el incumplimiento del deber de auxiliar), entonces no se ve por qué la diferencia en el nivel del comportamiento (esto es, la conducta, activa o pasiva, que se califica de omisión del deber de socorro) ha de marcar una diferencia en cuanto a la responsabilidad del agente, siendo la misma la interpretación de tal comportamiento. Esto es algo que en el Derecho penal se acepta implícitamente cuando se acepta la modalidad de comisión por omisión; sin embargo, la intuición de que es más grave actuar que omitir parece bastante arraigada.

A veces se ha dicho que las acciones suelen venir acompañadas de una intención o dolo especial, que no acompaña a las omisiones (requiere mayor intención actuar que omitir, diría este argumento). Pero esto, obviamente, es una generalización abierta a muchas excepciones (quien se deleita viendo morir a otro en medio de fuertes sufrimientos sin ayudarlo, pudiendo hacerlo sin esfuerzo, exhibe un dolo mayor que quien mata a otro en un ataque de ira) y lo único que muestra es que lo relevante a efectos de establecer la responsabilidad es la intención o falta de la misma, y no que la conducta sea activa o pasiva.

Otras veces se ha buscado el fundamento de la afirmación de que es más grave actuar que omitir en el hecho de que mientras que las acciones (los comportamientos activos) son causa de resultados, las omisiones, al ser fenómenos negativos, no pueden iniciar cadenas causales. Por tanto, por medio de acciones producimos cambios en el mundo mientras que, por medio de omisiones, permitimos que se produzcan, pero no los producimos.

Sin embargo, esta idea parece provenir de una concepción de la causalidad que no se corresponde con el uso común que realizamos de este concepto, donde no es extraño imputar efectos causales a fenómenos negativos (“La falta de lluvia es la causa de la pérdida de las cosechas”, decimos). Aquello que causa un determinado efecto es siempre un conjunto

de condiciones, y no sólo un elemento aislado. Así, si se distingue entre *contexto causal* (el conjunto de condiciones que produce un estado de cosas) y *causa* (la condición que aparece como relevante porque es extraña en ese contexto), entonces parece que la imputación de efectos causales a fenómenos negativos (incluyendo omisiones) puede explicarse satisfactoriamente. Para que se produzca un incendio hace falta que se dé un conjunto de condiciones (presencia de oxígeno en el aire, escasa humedad, un cigarro mal apagado, etc.). Todas estas condiciones constituyen el contexto causal, pero sólo consideramos causa del incendio a una de ellas: aquella cuya presencia en el contexto sea anormal; en nuestro ejemplo, el cigarro mal apagado (obsérvese lo absurdo que sería decir en este caso que la causa del incendio es la presencia de oxígeno). La condición que consideramos anormal en el contexto puede ser también una omisión: si se estropea el motor de mi coche porque viajo a un lugar muy frío sin poner líquido anticongelante en el sistema de refrigeración, la causa de la avería será mi omisión (porque será lo anormal en el contexto, de acuerdo con elementales reglas de precaución), no el hecho de que la temperatura bajara por debajo de 0° C. un día de frío invierno (que será sólo una condición dentro del contexto causal). En el caso de las omisiones relevantes jurídicamente, lo que señala como *anormal* a una de las condiciones es que ésta implica la vulneración de un deber¹⁵.

¹⁵ Quizá sería más apropiado decir “la vulneración de un deber suficientemente relevante”. En efecto, la doctrina penal acepta que algunos casos de omisiones -por ejemplo, si se tiene un deber de garante- dan lugar (causan) un resultado (en comisión por omisión), mientras que otras omisiones (las que se califican como meras omisiones del deber de socorro) no. Creo que la respuesta debe consistir en sostener que la omisión de un deber de socorro no es lo suficientemente *anormal* (el deber no es lo suficientemente fuerte) como para individualizar tal omisión como causa del resultado lesivo. En *El delito de omisión*, Silva Sánchez opta por negar el papel causal de las omisiones en todo caso (págs. 293 y ss.), pero me parece que eso hace difícil justificar la imputación de responsabilidad por la lesión producida en los casos de comisión por omisión y obliga a buscar alternativas *ad hoc* para la causalidad (por ejemplo, Silva Sánchez se ve obligado a sostener que “la posición de garante (...) actúa como *equivalente* funcional de la causalidad”, pág. 294).

Esta concepción de la causalidad pone de manifiesto su carácter a la vez *natural* y *normativo* (o relativo a regularidades): la relación entre todo el contexto causal y el efecto es una relación *natural*, en el mundo físico, mientras que la selección de una de las condiciones que integran el contexto como causa del efecto es una cuestión *normativa*, lo cual es evidente en el caso de las omisiones (como dicen Hart y Honoré, si las flores de un jardín se mueren diremos que la causa fue la omisión del jardinero encargado de cuidarlas, y no la de los vecinos).

En otras ocasiones se ha tratado de fundamentar la diferencia en la valoración de la gravedad de las acciones y las omisiones en el hecho de que una omisión siempre deja abierta la posibilidad de que otro sujeto impida el resultado. No evitar la muerte de alguien que se está ahogando es menos grave que sujetarlo bajo el agua para ahogarlo porque el primer curso de acción deja abierta la posibilidad de que otro sujeto ayude a la víctima. Dicho de otra manera: para que se produzca un determinado cambio en el mundo como consecuencia de una omisión, es necesario que también el resto de agentes deje de producir ese cambio, pero esto -se dice- no ocurre con las acciones, en las que la mera realización de la acción es suficiente para producir la consecuencia¹⁶. En términos causales, se podría decir que mientras una acción es una condición suficiente para cerrar el contexto causal, una omisión sólo pone una condición necesaria (pero no suficiente) de cierre del contexto causal (que ha de completarse con las omisiones del resto de agentes).

Este argumento, sin embargo, olvida que en muchas ocasiones entre la realización de cierto movimiento corporal y su consecuencia puede transcurrir un determinado lapso de tiempo que puede hacer que un tercero

¹⁶ Esto hacía dudar a von Wright acerca de si las omisiones tienen resultado, a diferencia de las acciones. Sobre esta cuestión y la distinción entre resultado y consecuencia en von Wright, véase G.H. von Wright, *Action Theory as a Basis for Deontic Logic*, Libera Università degli Studi di Trento, 1981. En general, sobre el concepto de acción de von Wright, puede verse Daniel González Lagier, *Acción y norma en G.H. von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

impida que se produzca la consecuencia: por ejemplo, si disparo un arma apuntando a un peatón y alguien se interpone entre el disparo y la víctima, la consecuencia deseada por mí no se producirá. De manera que para que un cambio en el mundo tenga lugar como consecuencia de mi acción también puede ser necesario que otros sujetos omitan impedir que se produzca ese cambio, luego las acciones también pueden estar abiertas a que otros sujetos impidan que se produzca el cambio pretendido. De manera que, aquí, tampoco se da una diferencia relevante entre acciones y omisiones.

6. Las consecuencias jurídicas de la infracción del deber de tolerancia

Si las anteriores consideraciones son acertadas, las consecuencias de la violación del deber de tolerancia no varían por el hecho de que la acción de salvaguarda se haya impedido por medio de una acción o de una omisión. De manera que una posibilidad es considerar que cualquier infracción del deber de tolerancia debe calificarse como una infracción del deber de socorro: quien, consciente de que algún bien jurídico de otro sujeto está en peligro y de que su salvación requiere la lesión de algún derecho suyo de menor relevancia, impide la acción de salvaguarda, está dejando de socorrer al otro sujeto, tanto haya impedido la acción de salvaguarda por medio de una acción como lo haya hecho por medio de una omisión.

Sin embargo, puede ocurrir que el sujeto que se ve afectado por la acción de salvaguarda esté en una posición de garante respecto del sujeto necesitado. En este caso, su omisión es más grave y, probablemente, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia se le puede hacer responsable de las lesiones producidas en los bienes jurídicos del sujeto necesitado en comisión por omisión¹⁷.

¹⁷ Aunque se puede tener la sensación de que el “salto” entre la omisión del deber de socorro y la comisión por omisión puede ser excesivo y de que sería conveniente alguna figura intermedia.

Una cuestión que puede plantearse es si, en realidad, la posición de garante no concurre *siempre* en el sujeto que impide, por acción u omisión, la acción de salvaguarda. Creo que habría dos vías para sostener esto:

(1) En primer lugar, se podría decir que el hecho de que la acción de salvaguarda requiera necesariamente (o bien porque no hay otra alternativa, o bien porque ésta es la más eficiente) la lesión del bien jurídico del tercero, coloca a éste en posición de garante, puesto que no hay otra manera (o no hay otra manera igualmente eficaz) de evitar el perjuicio para el sujeto necesitado. Pero, en mi opinión, esta vía ampliaría demasiado el concepto de garante, ya que este estatus no dependería de ninguna acción o del consentimiento del sujeto que se consideraría como tal (sin embargo, si existe una gran desproporción entre el bien jurídico del sujeto en estado de necesidad y el bien jurídico del tercero, quizá pudiera tenerse en cuenta este argumento).

(2) En segundo lugar, está la vía apuntada por Silva Sánchez en su artículo al referirse a la teoría de los cursos causales salvadores. Se llama de esta manera a aquella actividad (realizada por el sujeto en peligro o por quien le auxilia) dirigida a la salvaguarda de algún bien jurídico de un sujeto. La doctrina penal discute acerca de qué tipo de responsabilidad se deriva en el caso de que, o bien quien ha iniciado esa actividad, o bien un tercero, la interrumpa. Los supuestos de infracción del deber de tolerancia, al impedir la acción de salvaguarda, pueden verse como casos de interrupción de un curso causal salvador. El argumento de Silva Sánchez es que quien interrumpe un curso causal salvador incrementa el riesgo del sujeto necesitado y, por tanto, se convierte en garante frente al mismo, y, como tal garante, al infringir el deber de tolerancia se le puede imputar la lesión del bien jurídico (si no entiendo mal, no en comisión por omisión, sino de alguna otra manera que no se especifica en el artículo). En palabras suyas: “Me parece difícil negar 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 *statu quo* en perjuicio de los bienes de éste”.

Ahora bien, creo que este argumento requiere dos comentarios que lo invalidan: el primero es que, si se asume una concepción de la causalidad como la que he esbozado aquí, no veo razón para pensar que sólo puedan interrumpirse cursos causales salvadores por medio de acciones. De manera que los casos de infracción del deber de tolerancia permitirían imputar al tercero la lesión en los bienes jurídicos del sujeto necesitado no sólo si son realizados por acción, como afirma Silva Sánchez, sino también si la interrupción se ha producido por omisión (y hay posición de garante). El segundo es que, aunque se aceptase que al interrumpir un curso causal salvador se está incrementando el riesgo de que se produzca la lesión, esto no supondría una diferencia respecto de los casos de omisión del deber de socorro. En efecto, si pensamos que al impedir la acción de salvaguarda (o, en general, al interrumpir un curso causal salvador) aumenta el riesgo al que está expuesto el sujeto en peligro, es porque entendemos que aumenta la probabilidad de que esta lesión se produzca. Ahora bien, también en los casos de mera omisión del deber de socorro, al no socorrer, aumentamos la probabilidad de lesión de los derechos del sujeto en peligro. Si alguien se está ahogando y puedo salvarle sin poner en peligro algún bien jurídico propio de entidad comparable, y no lo hago, reduzco las posibilidades de salvación del sujeto. Pero en este caso la doctrina no considera que el sujeto que se niega a auxiliar (aumentando el peligro) tenga posición de garante. Una cosa es crear el riesgo -que es lo que genera la posición de garante-, y otra es aumentarlo.

7. Recapitulación

Con todas estas consideraciones, podemos avanzar las siguientes propuestas:

a) No hay una única respuesta a la pregunta acerca de la situación jurídica de quien actúa en estado de necesidad y del sujeto afectado por la acción de salvaguarda, sino que deben ponderarse ciertas circunstancias y los bienes jurídicos en juego para determinar cuál es esta posición.

b) En el caso de que los bienes jurídicos (el que “corre peligro” y el que es necesario para superar el estado de necesidad) sean del mismo valor (esto es, cuando en el caso concreto la lesión que se quiere evitar sea de igual entidad que la que se producirá, situación prevista en la definición de estado de necesidad de la que hemos partido), creo que puede decirse que quien actúa en estado de necesidad tiene meramente una libertad o privilegio de afectar al bien jurídico del otro sujeto (y este último tiene libertad para tratar de impedirlo), porque sería arbitrario que el Derecho protegiera uno de los bienes jurídicos por encima del otro (salvo que concurren razones de otro tipo).

c) En el caso de que el bien jurídico lesionado sea de menor valor que el bien jurídico que se trata de salvar, entonces sí parece adecuado aceptar que quien actúa en estado de necesidad tiene un derecho en sentido estricto. El Derecho debe prestar mayor protección a los bienes jurídicos más relevantes frente a los de menor relevancia.

d) Ahora bien, el derecho en sentido estricto de quien actúa en estado de necesidad parece quedar cubierto por el perímetro normativo que acompaña a las situaciones de estado de necesidad, sin que sea un deber de tolerar específico para el caso del estado de necesidad: en unos casos, dependiendo de ciertas circunstancias, el deber de tolerancia no es otra cosa que un derivado del deber de socorro. En otros, se podrá apreciar que el sujeto pasivo de la acción de salvaguarda tiene una posición de garante, por lo que su responsabilidad puede ser mayor.

e) Si lo anterior es correcto, en realidad el deber de tolerancia no es un deber autónomo, correlativo de quien actúa en estado de necesidad, sino un derivado de otros deberes más amplios o distintos (el deber de socorro, los deberes derivados de la posible posición de garante,...) y, por tanto, el derecho de quien actúa en estado de necesidad tampoco es un derecho derivado directamente de su situación de estado de necesidad justificante, sino de la situación más amplia (peligro, derechos frente a un garante, etc.) en la que se encuentra. En definitiva: el deber de tolerancia, en mi opinión, es sólo la manifestación de otros deberes que concurren en las situaciones de estado de necesidad, y no un deber autónomo.

RÉPLICA

Jesús-María Silva Sánchez *

1. Introducción

Debo iniciar mi intento de dar respuesta a algunas de las consideraciones críticas que me han formulado *Bouzat/Cantaro/Navarro*, *Ferrante*, *González Lagier* y *Pérez Barberá* agradeciendo sus contribuciones a la discusión de un tema, el del estado de necesidad justificante, que tanto se presta a un diálogo como el entablado. Es cierto que más que interpelado, me he sentido en muchos momentos “observado”, “analizado” o, por expresarlo de otro modo, “diseccionado”. Pero, si bien la sensación del bisturí (sea de *Ockham* o no) sobre el cuerpo no es precisamente placentera, sí resulta estimulante: obliga a reaccionar de algún modo. Como, además, el modelo de *Discusiones* me da la oportunidad de hacerlo ahora, trataré de explicitar algo más mis puntos de partida así como ciertos razonamientos implícitos que, como con razón se me ha objetado, colocan mi posición en una situación de cierta debilidad frente a la que denominaré “solución sencilla” (u “ortodoxa”, en palabras de *Ferrante*). Si con ello voy a conseguir aportar aquí la argumentación moral sustantiva que me demanda, entre otros, el propio *Ferrante*, es algo que dudo seriamente. Mucho más, que en mis respuestas logre estrechar la cesura que, en cuanto al concepto de Derecho y la naturaleza de la dogmática, me separa de *Bouzat*, *Cantaro* y *Navarro*.

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

Si no me equivoco, todos los comentaristas¹ de mi trabajo coinciden en un planteamiento general. Por un lado, que no hay ninguna razón jurídica para sostener que la causa de justificación de estado de necesidad dé lugar a un “derecho de necesidad”, en lugar de a un mero “permiso”, “libertad” o “facultad”. Por otro lado y, en consecuencia, que de la regulación del estado de necesidad justificante no se deriva la existencia de deberes de tolerancia de la acción del necesitado por parte del tercero a quien dicha acción afecta. En tercer lugar, que esos deberes de tolerancia sí pueden entenderse jurídicamente fundados en aquellos ordenamientos en los que se da la tipificación de un delito como el de omisión de deber de socorro (en situaciones de necesidad). En fin, que la consecuencia de la infracción de deberes de tolerancia (deberes de socorro) ha de ser la prevista en tales tipos delictivos y no otra.

Todo ello resulta, como no podía ser de otro modo, perfectamente razonable. Hasta el punto de que seguramente la doctrina dominante en Derecho penal no tendría especiales dificultades en asumirlo. Sin embargo, mi punto de partida fue la intuición (no especialmente original, pues se halla en la base de diversas soluciones de casos propuestas por ilustres penalistas) de que existen casos de infracción del deber de tolerancia que son más graves, cuya infracción no resulta correctamente resuelta si se someten meramente a las consecuencias jurídicas del delito de omisión del deber de socorro (o a ninguna consecuencia, en los ordenamientos en que tal delito no ha sido tipificado). Para contrastar tal intuición, cuya confirmación conllevaría la incorrección jurídico-material (moral, dirían mis comentaristas) de la “solución fácil” u “ortodoxa”, traté de examinar el significado que tiene la aparición de una situación de grave necesidad personal (y quiero subrayar lo de grave necesidad personal, porque, de otro modo, no se entiende mi pretensión) sobre el entramado de relaciones jurídicas preexistentes. Las conclusiones a las que llegué en este punto no

¹ Salvo cuando se menciona explícitamente a alguno en particular, me referiré a los autores de los textos en que se discute mi trabajo globalmente como “comentaristas” o bien “críticos”.

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. Para la fundamentación jurídico-penal de una solución alternativa, conforme con la intuición inicial, traté de recurrir a una de las estructuras que sostienen la imputación de resultados lesivos a un agente, en concreto a la de la “interrupción de cursos causales salvadores”. A mi juicio, las conclusiones a las que llegué en este punto tampoco abandonan el marco de la ley, sino que se mueven en el marco de su reconstrucción por la teoría dogmática de la imputación típica. En este sentido, y sin negar que la solución ortodoxa también constituye una forma posible de ver el problema, creo que tampoco se puede rechazar sin más la plausibilidad de la solución alternativa propuesta.

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 propiedad². Ese esquema es el que comúnmente se acoge para describir las situaciones de necesidad justificantes en Derecho penal. En éstas se rechaza por lo general que se pueda lesionar justificadamente un bien personal para la salvaguarda de otro, por muy inferior que sea el valor de aquél en comparación con el de este último. Ello, al menos, desde las (dominantes) reconstrucciones del estado de necesidad justificante que no acogen una concepción

² No, por tanto, para los casos en que los bienes jurídicos en juego son igualmente relevantes, un caso que para prácticamente toda la doctrina penal pertenece al ámbito del estado de necesidad disculpante (si se dan todos los elementos de éste); ni siquiera para aquellos casos en los que se pretende salvar un bien personal de alto valor a costa de otro bien personal de menor (incluso mucho menor) valor, que, en general, también se llevan al ámbito de la disculpa. Tanto en uno como en otro caso se trata de conductas antijurídicas y, por lo tanto, no puede hablarse en ellas de derechos, libertades ni permisos. Cfr. sin embargo *González Lagier*, p. 164.

plenamente utilitarista de éste, sino que introducen elementos deontológicos en su contenido.

Las críticas que se me han dirigido abarcan diversos aspectos de todo el hilo argumental que seguí en el texto comentado. Así, se me achaca, en el plano metodológico, la confusión entre fundamentaciones jurídicas y morales; o la no diferenciación entre descripción y crítica del Derecho. En un plano más de contenido, el reproche más extendido es el de la atribución al deber de tolerancia de un alcance mayor que el que permite el Derecho vigente. Finalmente, se me critica mi forma de ver la estructura de la interrupción de cursos causales salvadores. Por razones de orden, empezaré por las cuestiones que se refieren al *modus operandi* de la dogmática, para abordar luego las que tienen que ver con la teoría del delito.

2. Elementos de la crítica metodológica: una supuesta mezcla de descripción y crítica del Derecho penal³

Para algunos de mis comentaristas, es característico de mi trabajo que en él se recurra a “proposiciones implícitas y reglas adicionales” a las estrictamente jurídicas, como, en general, es propio de los estudios dogmáticos. Ello, a su juicio, conlleva un abandono de la separación entre descripción y crítica del Derecho positivo. En efecto, “la creencia de que las normas dogmáticas ya son parte del Derecho borra la distinción entre el Derecho que es y el que debe ser y conduce a una confusión entre los derechos jurídicos y morales”⁴, mientras que lo correcto sería afirmar que un argumento que sólo contiene premisas morales no puede justificar una conclusión jurídica⁵. A ello se añade que esta separación entre descripción

³ Bouzat/Cantaro/Navarro, p. 116.

⁴ Bouzat/Cantaro/Navarro, p. 152.

⁵ Bouzat/Cantaro/Navarro, p. 119: porque los fundamentos jurídicos de los derechos tienen un apoyo institucional, mientras que los fundamentos morales dependen de argumentos sustantivos. También p. 125.

y crítica del Derecho fue “una división metodológica fundamental sobre la que se construyó la moderna ciencia del Derecho penal”.

No puedo estar de acuerdo con tal modo de ver las cosas, aunque naturalmente excede de mis posibilidades en este lugar el desarrollo de una contraargumentación detallada. Me limitaré, por ello, a afirmar, en primer lugar, que 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 trata⁶- 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”. Las raíces de ese sistema son muy anteriores a dichas leyes positivas (tienen su origen, como mínimo, en el iusnaturalismo racionalista), hasta el punto de que las leyes positivas en realidad acaban haciéndose eco -parcial- de algunas reglas del sistema. Aquello cuya salvaguarda y desarrollo más ha interesado, por encima de consideraciones de mayorías y minorías, ha sido precisamente esa construcción racional.

En realidad, como puede advertirse, todo depende del concepto de Derecho que se tenga. Mis comentaristas estarían de acuerdo seguramente con *Merkel*, quien, en el contexto de su enfrentamiento con el neohegeliano *Hälschner*, aludía al viejo dualismo existente entre una concepción llamada

⁶ En este sentido, no creo que Beccaria sea la mejor autoridad para dejar constancia de lo que realmente sucedió con el Derecho penal en el proceso de la codificación del siglo XIX.

“positiva” de la doctrina jurídica (*Rechtslehre*), es decir, descriptiva, sistematizadora, externa, y otra “filosófica”, esto es, idealista, constructiva⁷. Lo característico de esta última sería que partiría de una esencia ideal del Derecho, o de un Derecho en sí, a partir del cual se podría adoptar una perspectiva crítica frente al Derecho positivo, investigando hasta qué punto éste es jurídico (*gerecht*)⁸. Dado que la pregunta esencial es aquí la que se plantea lo jurídico en sí⁹ (*Frage nach dem an sich Rechten*), a juicio de *Merkel* en este punto nos hallamos en el ámbito de la ética y, además, de una ética de carácter idealista¹⁰.

Sin embargo, si analizamos lo acontecido a lo largo del último siglo, la conclusión es que, en Derecho penal, el punto de vista de *Merkel* no prosperó (lo que tampoco quiere decir que haya triunfado la concepción idealista). Y, para comprobarlo, puede bastar la asunción de la regla según la cual “el derecho de una comunidad puede ser considerado como el conjunto normativo que los jueces pueden invocar para justificar sus decisiones”¹¹. Me parece que la clave de esta regla de identificación que establecen *Bouzat/Cantaro/Navarro* se halla en la expresión “pueden invocar”. Si el verbo “poder” tiene un significado descriptivo, entonces creo que no tienen razón cuando afirman, por ejemplo, que los jueces españoles no pueden invocar lo que ha decidido el legislador argentino como justificación de sus decisiones; o que no pueden invocar pautas morales o prácticas sociales que debería haber adoptado el legislador

⁷ *Merkel*: Über das “gemeine deutsche Strafrecht” von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft, en *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, 2. Hälfte, Straßburg 1899, pp. 429 y ss.; 432, “der alte Dualismus einer sogenannten ‘positiven’, d.h. hier: beschreibenden und äußerlich systematisierend, und einer ‘philosophischen’, d.h. hier: idealistisch, konstruktiven Rechtslehre”.

⁸ Otros preferirían traducir “justo”.

⁹ Otros preferirían traducir lo “justo en sí”.

¹⁰ *Merkel*, *Gesammelte Abhandlungen*, pp. 433-434.

¹¹ *Bouzat/Cantaro/Navarro*, p. 119.

español pero no lo ha hecho. Basta echar una ojeada a cualquier base de datos jurisprudenciales, para advertir cómo en la argumentación judicial se esgrimen referencias de Derecho comparado o se apela a la realidad social o se asumen criterios doctrinales para los que no cabe hallar asidero directo en ninguna disposición legal española. Y si el verbo “poder” tiene un significado normativo, creo que tampoco tienen razón, pues lo cierto es que ningún juez que obra así se expone a una condena por prevaricación. Luego, si “el derecho de una comunidad es el conjunto normativo que los jueces pueden invocar para justificar sus decisiones”, entonces, en lo que aquí interesa, la dogmática jurídica sí es “derecho de una comunidad”. Pues los jueces, para justificar sus decisiones, invocan frecuentemente teorías dogmáticas a las que el Código penal no hace referencia alguna. Y nadie les imputa por ello la comisión de delitos de prevaricación.

Como ejemplo expresivo de mi (criticable) modo de proceder, *Bouzat/Cantaro/Navarro*¹² subrayan que el fundamento jurídico de un derecho de necesidad tiene, en todo caso, rango de ley, lo que impide que mediante él se modifiquen los derechos y garantías establecidos en la Constitución. A su juicio, dado que el derecho a la inviolabilidad de domicilio tiene rango constitucional (art. 18.2 de la Constitución española), mientras que el derecho de necesidad sólo tiene rango legal, el deber legal del morador de tolerar la irrupción de un tercero en su vivienda para evitar ser atacado por un perro rabioso no prevalecería nunca sobre la garantía constitucional de la inviolabilidad de domicilio. Sobre todo, porque la Constitución ha añadido, especificando taxativamente el alcance de la garantía, que “ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo el caso de flagrante delito”.

El argumento, de ser aceptado, tendría una gran trascendencia, hasta el punto de que, de entrada, conllevaría la negación de la existencia de un derecho de necesidad que comprendiera la entrada en morada ajena. Ahora

¹² *Bouzat/Cantaro/Navarro*, pp. 126 y ss.

bien, sucede que el Tribunal Constitucional español, cuyas sentencias son “Derecho” puesto que la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 5º.1º, obliga a los jueces y tribunales a interpretar las leyes conforme a ellas, ha señalado justo todo lo contrario. Así, una jurisprudencia constante añade a los casos de consentimiento, resolución judicial y flagrante delito, como hipótesis en las que puede ser legítima la entrada en domicilio ajeno, las de “estado de necesidad”¹³. ¿Ha vulnerado el Tribunal Constitucional la Constitución al sentar esta doctrina? ¿Está asumiendo implícitamente la atribución de rango constitucional a algunos derechos de necesidad? Sobre el tema es posible discutir, desde luego. Baste aquí esta breve alusión para poner de relieve que el contenido que *Bouzat/ Cantaro/ Navarro* asocian a su regla de identificación del Derecho no es tan auto-evidente como pretenden.

3. El estado de necesidad justificante ¿permiso, libertad o derecho?¹⁴

Mis críticos, con apoyo en las distinciones de *Hohfeld*, subrayan que no está nada claro que el estado de necesidad justificante confiera un derecho en sentido estricto (al que se anuden deberes específicos de tolerancia por parte del tercero afectado). Podría tratarse de un mero permiso, o incluso de un derecho-libertad, que no generan un deber así. Pues bien, lo primero que hay que señalar es que a propósito del estado de necesidad agresivo -en el caso en que, con el fin de neutralizar una situación de peligro grave para bienes personales, se lesiona la propiedad ajena- la afirmación de que el sujeto necesitado está ejerciendo un derecho

¹³ STC 22/1984, de 17 de febrero; STC 133/ 1995, de 25 de septiembre; STC 228/ 1997, de 16 de diciembre; STC 94/ 1999, de 31 de mayo; STC 136/ 2000, de 29 de mayo; STC 189/ 2004, de 2 de noviembre.

¹⁴ *Bouzat/Cantaro/Navarro*, p. 116; *Ferrante*, p. 65; *González Lagier*, pp. 158 y ss.

no es, en absoluto, temeraria. El que puede considerarse uno de los textos fundamentales de nuestra tradición legal (el *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán) lo señala explícitamente. Así, en el § 903 BGB se da comienzo a la regulación del derecho de propiedad señalando que el propietario puede ejercer su derecho sobre sus bienes (con el consiguiente *ius excludendi*) sin más límites que los derechos de terceros y las disposiciones legales. Pero, a continuación, en el § 904 BGB se establece que el propietario de una cosa no está autorizado a prohibir la acción de un tercero sobre aquella, cuando dicha acción era necesaria para evitar un peligro actual y el daño que amenazaba era desproporcionadamente superior al sufrido por el propietario; añadiéndose que el propietario puede reclamar el resarcimiento del daño que se le haya causado¹⁵. De ahí que la doctrina civilista alemana hable, sin más, de la existencia de un deber de tolerancia que recae sobre el propietario frente a las acciones necesarias de terceros. ¿Significa esto que todo el estado de necesidad (penal) justificante contempla casos de ejercicio de derechos en sentido estricto? Aunque considero probable que así sea, dadas las restricciones que ha ido experimentando la construcción doctrinal de esta figura en las últimas décadas, no me atrevo a afirmarlo taxativamente. Pero sí a señalar que en el estado de necesidad justificante existe un núcleo en el que el sujeto necesitado obra ejerciendo un derecho que, además, prima sobre el *ius excludendi* del propietario.

Ello, desde luego, está claro en aquellos sistemas jurídicos en los que existe el deber legal de socorrer a terceros que se hallen en situación de peligro grave. En efecto, las regulaciones legales suelen establecer que ese deber existe siempre que su cumplimiento no implique riesgo propio

¹⁵ “Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Der Eigentümer kann Erstatz des ihm entstehenden Schadens verlangen”.

ni de tercero. Pero esta limitación ha sido siempre entendida en el sentido próximo al estado de necesidad: es decir, sosteniéndose que el deber subsiste aun cuando su cumplimiento comporte un riesgo, siempre y cuando ese riesgo sea desproporcionadamente inferior a aquél que se trata de neutralizar mediante la imposición del deber de socorro. Ahora bien, quien tiene el deber de socorrer, tiene el derecho de hacerlo; y parece que dicho derecho ha de ser considerado fuerte, esto es, que ha de generar un deber de tolerancia en el tercero afectado. Esto significa lo siguiente: en los sistemas de referencia, un sujeto "A" tiene el deber (y por tanto el derecho) de socorrer a otro sujeto "B" incluso a costa del tercero "C" siempre y cuando el riesgo que ello suponga para "C" sea desproporcionadamente inferior al riesgo para "B" que se pretende evitar. Pero entonces ¿por qué lo que vale para el auxilio de un tercero ("A" ayuda a "B" a costa de "C") no habría de valer para la autoayuda de "B" ("B" se socorre a sí mismo a costa de "C")? En los sistemas que responden a ese modelo creo que hay que sostener que el sujeto necesitado "B" tiene derecho a realizar la conducta salvadora a costa de "C", del mismo modo que lo tendría su auxiliador "A" (auxilio necesario).

Naturalmente, se puede afirmar que, en el contexto anterior el derecho de necesidad no se deriva de la causa de justificación de estado de necesidad, sino del delito de omisión del deber de socorro. Incluso se podría afirmar que, en estos modelos, la afirmación relativa al derecho del necesitado se podría derivar directamente del deber que recae sobre quien se encuentra en condiciones de socorrer: pues si alguien tiene el deber de socorrerme, entonces es que yo tengo el derecho a ser socorrido por él (como indica *Ferrante*).

Lo difícil es, en cambio, sostener la existencia de un derecho de necesidad en aquellos modelos en los que no existe una tipificación "de apoyo" como la del delito de omisión de socorro. En efecto, existen concepciones morales que hacen hincapié en la función social de la propiedad, entendida no como mera manifestación de una solidaridad de los propietarios, sino como reflejo de la originaria comunidad de los

bienes¹⁶. Pero cuando las constituciones aluden a la función social de la propiedad como límite del contenido de ésta, se remiten a la regulación legal correspondiente (así, por ejemplo, el art. 33 de la Constitución española). Por tanto, y dejando aparte que aquella concepción moral podría no ser compartida por muchos, seguiría sin tener lugar el tránsito de una determinada moral a la fundamentación jurídica de la existencia de un derecho de necesidad en ciertos casos. Es decir, que en los sistemas en que no se halle regulado el delito de omisión del deber de socorro, el propietario que, cerrando la puerta abierta, impide que el necesitado se guarezca en casa de aquél huyendo del animal salvaje que le va a devorar, se habría comportado de modo indeciblemente inmoral (según algunas concepciones morales) pero impecablemente conforme a Derecho.

A mi entender, existen razones para pensar de un modo diferente. Naturalmente, en la base de ese “pensar distinto” se halla la consideración (moral, si se quiere) de que 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 intersubjetiva. También, la impresión de que uno de esos derechos de libertad real podría ser el derecho de injerirse en la propiedad ajena, en la medida, y sólo en la medida, en que ello fuera necesario para neutralizar una situación de grave peligro personal no resoluble de otro modo. Y, en fin, que si existiera la posibilidad de enmarcar esa consideración jurídico-material en la legalidad vigente, no habría objeción alguna a su legitimidad *de lege lata*.

En este punto es en el que entra en juego la doctrina sobre la interrupción de cursos causales salvadores. Según ésta, quien interrumpe un curso salvador *ex ante* idóneo para evitar el resultado lesivo que amenaza a un sujeto en peligro responde por el resultado típico que se produzca,

¹⁶ Cfr. la descripción que efectúa Köhler, Ursprünglicher Gesamtbesitz, ursprünglicher Erwerb und Teilhabegerechtigkeit, Festschrift für E.A. Wolff, Berlin, etc. 1998, pp. 247 y ss.

siempre y cuando quepa afirmar que éste se habría evitado (con toda probabilidad) de no haber mediado la interrupción. La doctrina de la interrupción de cursos salvadores pretende fundamentar, por tanto, la existencia de un deber de no interrumpir cursos causales *ex ante* idóneos para evitar resultados lesivos. Y deriva ese deber de los tipos delictivos de la Parte Especial. Si esto es así, parece que puede afirmarse la existencia de un derecho a iniciar cursos causales idóneos para salvar a terceros. Un derecho a iniciar cursos causales salvadores que asiste también al propio sujeto en peligro. Pues bien, si ese derecho existe, y, en el caso de entrar en colisión con otros prevalece (lo hace en virtud de la regla de estado de necesidad) frente al *ius excludendi* del propietario, entonces puede afirmarse que el sujeto en estado de necesidad justificante ejerce un derecho, al menos en algunos casos.

Resumiendo: En los sistemas que regulan el delito de omisión del deber de socorro, puede concluirse la existencia de un derecho de necesidad. En los sistemas que no lo regulan, puede concluirse también la existencia de un derecho de necesidad. Esa conclusión se deriva de la interacción de los tipos de delito de la Parte Especial (interpretados a partir de la institución dogmática de la interrupción de cursos causales salvadores) y la causa de justificación de estado de necesidad. Obviamente, esta segunda fundamentación vale también -adicionalmente- para los sistemas que cuentan con una regulación adicional del delito de omisión de socorro.

4. El derecho de necesidad y las consecuencias de la infracción del deber de tolerancia.

Con lo indicado en el párrafo anterior se adelanta la respuesta a la siguiente cuestión. En efecto, algunos de mis comentaristas añaden que, aunque en el estado de necesidad justificante se tratara de un derecho de necesidad en sentido estricto, cuyo contrapunto fuera un deber de tolerancia, de ello tampoco se derivaría necesariamente que la intensidad

del deber hubiera de ser tal que su infracción condujera a imputar al intolerante el resultado lesivo que el cumplimiento del deber de tolerancia habría evitado¹⁷. A su juicio, resulta perfectamente sostenible afirmar que el necesitado tiene un derecho a ser socorrido y, a la vez, que el hecho de no prestarle el socorro al que tiene derecho debe conducir a una pena inferior a la correspondiente a la imputación del resultado lesivo producido (así, la pena del delito de omisión del deber de socorro)¹⁸. La levedad de la pena se derivaría del hecho de que existe un “arreglo institucional” para administrar el cumplimiento colectivo de ese deber que pesa sobre todos los miembros de la comunidad. El tipo del delito de omisión de socorro sólo contemplaría el deber derivado que quedaría como residuo en el marco de tal administración institucional del socorro.

Por mi parte, estoy de acuerdo con el tenor general de tales observaciones. Pero, a la vez, y como he apuntado ya antes, creo que existen razones jurídicas (no sólo “una argumentación moral sustantiva”¹⁹) para sostener la existencia de casos en los que la negación del derecho del necesitado tiene una trascendencia superior a la del mero “no socorrerlo”. Estas situaciones son aquéllas en las que 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 curso²⁰.

Ahora bien, ¿por qué es más grave retirar el flotador del alcance del bañista que está ahogándose, pero puede perfectamente llegar hasta él, que no acercárselo cuando está por completo fuera de su alcance? En realidad, creo que no hay especiales dificultades para advertir la diferencia entre uno y otro caso: no es lo mismo dejar de lanzar el salvavidas a quien se está ahogando, que no tiene posibilidad alguna de acceder a él por sus

¹⁷ Ferrante, p. 68-69.

¹⁸ Ferrante, pp. 72.

¹⁹ Ferrante, p. 77.

²⁰ En sentido figurado, diríamos: en fase de tentativa, como mínimo, inacabada.

propios medios, que retirar el salvavidas del alcance del bañista en apuros, que podría llegar hasta él si no se le retirara. La primera variante refleja una situación en la que “no se mejora” la situación de partida: por eso, es un caso claro de omisión del deber de socorro. Existe, en cambio, amplio acuerdo en que la segunda variante constituye un caso mucho más grave: en el que “se empeora” la situación de partida. Por eso mismo, es doctrina dominante la que entiende que lo sucedido en ella es suficiente para que, si el bañista muere ahogado, y dadas todas las demás condiciones, pueda imputarse un homicidio a quien retiró al salvavidas. Para tal imputación no es necesario, en efecto, que el tercero le quite el salvavidas al bañista que ya lo ha alcanzado (interrupción de un curso causal salvador ajeno consumado). Este último es un caso claro de homicidio activo. Lo que no obsta a que, con mayores dificultades dogmáticas, ciertamente, también pueda imputarse un homicidio en el caso en que se retira el salvavidas del alcance del bañista que habría accedido a él con probabilidad rayana en la seguridad (interrupción de un curso causal salvador ajeno intentado)²¹.

Si esto resulta relativamente claro ¿dónde está verdaderamente el núcleo del problema? El problema surge, sobre todo, cuando quien interrumpe el curso causal salvador ajeno lo hace dentro de su propia esfera jurídica y sin haber contraído de modo previo al acto de interrupción deberes especiales frente al necesitado que está “autoayudándose”²² (o a quien le ayuda un tercero). Expresado de otro modo, cuando se entremezcla la cuestión de la propiedad de los medios utilizados para la autoayuda. Parece, entonces, que lo que valdría para el caso en que se retira el salvavidas de propiedad pública, al que se aproxima el bañista en peligro, no sería de recibo si se trata de una propiedad privada y es el

²¹ Sobre la distinción entre las diversas clases de interrupción de cursos causales salvadores, cfr. *Silva Sánchez*, El delito de omisión. Concepto y sistema, Barcelona 1986, pp. 216-249 (=El delito de omisión. Concepto y sistema, 2ª edición, Buenos Aires 2003, pp. 268-311).

²² Lo que vale también para interrupciones de cursos salvadores iniciados por terceros que auxilian al necesitado (casos del denominado “auxilio necesario”).

propietario el que decide privar al bañista que se está ahogando del salvavidas que necesita y al que puede acceder de hecho. Para estos casos, según parece, ha de valer la regla de que es lo mismo quitar el salvavidas del alcance del bañista que no arrojárselo. Así lo indica, al menos, *Ferrante*. Como el intolerante opera sobre sus propios bienes, remueve o inutiliza una protección que proviene de él mismo²³, habría que concluir que, salvo que elimine un curso salvador ya consumado (quite el salvavidas a quien ya lo ha alcanzado), no debe responder por las reglas de la interrupción de cursos salvadores ajenos, sino por las correspondientes a la interrupción de cursos salvadores propios. Esto es, por omisión del deber de socorro.

Ahora bien ¿Por qué es más grave cerrar la puerta a quien necesita entrar en una vivienda abierta para eludir un grave peligro, que no abrirla cuando está cerrada?²⁴ ¿Y qué cambia si se trata de la acción o la omisión del propietario de su vivienda, frente al tercero necesitado?

A juicio de *González Lagier*, en ambos casos se estaría impidiendo la acción de salvaguarda, sólo que en uno de ellos (cerrar) el impedimento se produciría por acción, mientras que en el otro (no abrir) tendría lugar por omisión. Pero de ahí no cabría extraer diferencias relevantes en cuanto a la responsabilidad²⁵. Lo cierto es, sin embargo, que *ceteris paribus* nadie sostiene que, en términos de responsabilidad, sea lo mismo actuar que omitir. El que una muerte la hubieran podido impedir tanto el que disparó, absteniéndose de hacerlo, como el paseante, absteniéndose de su paseo y llevando a la víctima al hospital, en absoluto implica la identidad de responsabilidad del tirador y el espectador. Precisamente²⁶, la teoría de la comisión por omisión lleva, desde hace cien años aproximadamente, produciendo decenas de tesis doctorales y escritos de habilitación sobre

²³ *Ferrante*, p. 59.

²⁴ *González Lagier*, pp. 168.

²⁵ *González Lagier*, pp. 169.

²⁶ Y frente a lo que señala *González Lagier*, p. 171.

este problema. Lo que *González Lagier* me atribuye a mí²⁷, ha sido la tarea centenaria de generaciones de penalistas: establecer en qué casos quien no ha determinado en términos físico-naturales la producción de un resultado lesivo puede ser hecho responsable de éste como si hubiera dado lugar a su producción activa. Lo que sí se me puede atribuir a mí es un cierto empeño en construir soluciones intermedias para salvar el “salto” excesivamente largo de la omisión de socorro a la comisión por omisión²⁸.

Todo ello lo reconoce el propio *González Lagier* cuando afirma que también cabe imputar el resultado a quien interrumpe cursos causales salvadores por omisión (si “hay posición de garante”²⁹). Obviamente. Sólo que en tales casos no es siquiera preciso recurrir a la estructura de la interrupción de cursos salvadores. 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 producido³⁰.

Todo ello no tiene nada que ver con la omisión de socorro. Naturalmente, quien no socorre eleva la probabilidad de producción del

²⁷ *González Lagier*, nota 47.

²⁸ *González Lagier*, nota 49. Cfr., en las formulaciones más recientes, *Silva Sánchez*, Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin 2001, pp. 641 y ss.; *Silva Sánchez*, Desarrollo de la propuesta de tripartición (gradualista) de los delitos de omisión, en *El delito de omisión*, 2ª edic., pp. 467 y ss.

²⁹ *González Lagier*, p. 174.

³⁰ En mi opinión, en comisión por omisión, a diferencia del sector doctrinal mayoritario que habla, a este respecto, de comisión activa.

resultado lesivo. Pero ese 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. Algo que no sucede en el mero “*bystander*” y sí, en cambio, en quien interrumpe un curso salvador.

Aunque a mi entender no pasaría nada aunque la ley no se hubiera pronunciado al respecto, es cierto que el art. 11 del Código penal español (comisión por omisión) ha entrado de algún modo en la cuestión, al vincular la atribución de responsabilidad por el resultado lesivo, entre otros casos, a aquellos en que tiene lugar la creación, mediante un actuar previo peligroso, de una ocasión de riesgo para el bien protegido seguida de la no evitación del resultado en que se acaba manifestando ese riesgo³¹. Ahora bien, a juicio de mis comentaristas³², la mención legal de la “creación del riesgo” no comprende la del “incremento del riesgo”; de modo que, aunque la infracción del deber de tolerancia en algunos casos implicara un incremento del riesgo, no se podría decir que ha creado un riesgo y, en conclusión, no sería subsumible en el art. 11 del Código.

Lo cierto es, sin embargo, que la inmensa mayoría de los casos de injerencia no son casos de creación de un riesgo en situaciones de riesgo “0”, sino que son casos de incremento del riesgo por encima del riesgo general de la vida, o del riesgo permitido. La idea de que un incremento del riesgo jurídicamente desaprobado es, pues, un título de imputación objetiva y, asimismo, una fuente de posición de garantía tiene, pues, carta de naturaleza en la dogmática jurídica: si a un enfermo, con un riesgo “x” de morir, un médico, por una decisión imprudente, le coloca en una situación de riesgo “2x”, desde luego que se considera que, de entrada,

³¹ Lo que se conoce como responsabilidad en comisión por omisión (u omisión impropia) por injerencia.

³² Por ejemplo, *González Lagier*, pp. 174. Más extensamente, *Bouzat/Cantaro/Navarro*, pp. 146 y ss.

reúne el primer presupuesto de imputación del resultado de muerte, si es que éste se produce; y, por lo mismo, desde luego que esa decisión imprudente hace del médico garante de la no producción del resultado. Que el art. 11 del Código penal español comprende estas situaciones es, pues, tan evidente como que, cuando en los tipos de la Parte Especial se alude a “el que hiciere x”, no se pretende excluir a las mujeres.

Cuestión distinta es, desde luego, el nexo de imputación objetiva en sentido estricto, que, según la doctrina dominante, requiere que se pueda establecer que, de no haberse infringido el deber de tolerancia, se hubiera evitado el resultado lesivo para el necesitado con una probabilidad rayana en la seguridad. En mi trabajo, yo no entré en esta cuestión, porque lo que me interesaba era subrayar la posible concurrencia del primer presupuesto de la imputación objetiva del resultado lesivo del necesitado al infractor del deber de tolerancia. Pero, obviamente, asumo la necesidad de este requisito adicional, por mucho que su concreta configuración no esté en absoluto exenta de polémica.

Con todo, lo anterior deja en pie la resolución del problema esencial. Este sigue siendo el de si el propietario que priva del medio necesario para la salvaguarda a quien lo tiene a su alcance (sea éste el propio necesitado o un tercero que le auxilia) se encuentra en idéntica posición que cualquier otro sujeto que hace lo mismo. El argumento de mayor peso para tratar de sentar una distinción en este punto sería, en mi opinión, el que pasara por afirmar que el propietario, al disponer de un bien de su propiedad, sustrayéndolo del proceso salvador, está interrumpiendo, en realidad, un “curso salvador propio”; lo que debería conducir a sancionarlo sólo por omisión del deber de socorro, que es la solución que la doctrina propone para las interrupciones de cursos salvadores propios, en el caso de sujetos que no son garantes. Lo que sucede es que resulta difícil negar que esa interrupción de un curso salvador propio (revocar la “puesta a disposición” del medio salvador) es, simultáneamente, en la medida en que dicho medio salvador estuviera al alcance del necesitado, interrupción de un curso salvador ajeno en fase de tentativa. Lo que conduce a la imputación de responsabilidad por el resultado que se produzca.

Esto nos lleva de nuevo a la cuestión de cuál es el fundamento del deber de tolerancia. Mis críticos pretenden que el fundamento de dicho deber sólo podrá ser, en función de los casos, el tipo de omisión del deber de socorro, o los tipos de la Parte Especial integrados con la teoría del garante. No tengo ningún inconveniente en aceptarlo. Sucede, sin embargo, que si el intolerante puede ser calificado de garante, ello es porque existe un derecho de necesidad. Lo uno y lo otro son dos caras de la misma moneda. Y eso es precisamente lo que, por mi parte, trataba de poner de relieve. Que una determinada intuición sobre el modo de concebir el estado de necesidad frente a la propiedad ajena resultaba coherente con la dogmática de la interrupción de cursos salvadores. No mucho más. Pero tampoco menos.

5. El problema de la “causalidad”

Mención aparte merece, por su especificidad, el comentario crítico de *Pérez Barberá*, quien reconoce, por otra parte, que el tema que aborda no era el objeto directo de mi trabajo. De entrada, debo decir que yo no podría plantear dicho problema como el de la “relación de causalidad entre la violación de un deber de tolerancia y el resultado lesivo que de ello se deriva”³³. Las infracciones de deberes no “causan”; en todo caso, la pregunta de la causalidad se referirá a las acciones infractoras de deberes. Pero, sea como fuere, efectivamente mi modo de ver las cosas, como el del propio *Pérez Barberá*, es que en los casos de infracciones de deberes de tolerancia, que pertenecen a la estructura de interrupción de cursos causales salvadores ajenos, no existe relación de causalidad entre la conducta intolerante de interrupción y el resultado lesivo producido en quien no pudo verse beneficiado por el curso salvador.

³³ *Pérez Barberá*, p. 79.

Sí querría matizar, en todo caso, algunas afirmaciones de mi libro de 1986, sobre las que se asienta, en parte, el planteamiento crítico de *Pérez Barberá*. Entiendo, en efecto, que en estos supuestos no hay relación de causalidad entre la conducta de interrupción y el resultado lesivo; como tampoco la hay entre la conducta de asunción de la condición de guardaespaldas y la muerte del político, que podría haber sido evitada por el referido guardaespaldas. Ahora bien, cuando he apuntado que la posición de garante (mejor dicho, la ostentación de determinadas posiciones de garante y en determinadas circunstancias) es un equivalente funcional de la causalidad, no he querido afirmar que baste con la posición de garante para imputar el resultado. 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 funcional de la creación activa del riesgo. Y, al afirmar que ese incremento del riesgo *ex post* podría considerarse como el criterio de imputación del resultado en la omisión, lo que se pretendía indicar es que en la omisión hay que conformarse con la consideración hipotética de que el resultado probablemente no se habría producido de haberse realizado la conducta debida: en lo que aquí interesa, no haber interrumpido el curso salvador ajeno o, tras interrumpirlo, haberlo suplido inmediatamente.

Frente a esta concepción bastante normativista de los problemas de la interrupción de cursos salvadores (y de la omisión en general), *Pérez Barberá* sostiene que también en las omisiones (y en particular en los supuestos de interrupción de cursos salvadores) existe un nexo empírico entre conducta y resultado; sólo que ésta relación de determinación no es causal, sino de otra naturaleza. En concreto, se trata, a su juicio, de una relación de determinación estadística o probabilística (correlación estadística fuerte). Lo relevante es que, siempre en su opinión, la afirmación de la existencia de responsabilidad siempre presupone un nexo ontológico entre conducta y resultado: un nexo de determinación (causal o no) que, en todo caso, es previo y claramente diferenciado de posteriores consideraciones normativas.

En las observaciones de *Pérez Barberá* se advierte, sin embargo, que la aceptación de un nexo meramente probabilístico (y no causal) como presupuesto de la responsabilidad en determinados ámbitos responde a razones claramente normativas. Que no podamos esperar a “superar nuestro déficit epistémico fuerte”, que no hacerlo sea mucho más “sensato (y necesario prácticamente)” y que, a partir de ahí, resulte necesario reformular el principio *in dubio pro reo* en los ámbitos determinados estadísticamente son, obviamente, consideraciones normativas. Y, a mi juicio, responden a la siguiente premisa: Dado que en determinados ámbitos sería preciso atribuir responsabilidad sin causalidad, si queremos que, en todo caso, la responsabilidad se asiente sobre algún presupuesto ontológico, es necesario configurar dicho presupuesto en términos más laxos que los que sienta la causalidad; eso sería la determinación probabilística. En tales casos, bastaría la inexistencia de dudas en cuanto a la probabilidad o determinación estadística para poder superar el obstáculo representado por el principio *in dubio pro reo*.

Así las cosas, para *Pérez Barberá*, en el ámbito de la omisión no habría que preguntarse “si la omisión de A causó la muerte de B, sino si la determinó (estadística o probabilísticamente)”³⁴. Una respuesta afirmativa a esta pregunta constituiría una condición necesaria (aunque no suficiente) de la imputación de un delito de resultado. Y, para alcanzarla, podría utilizarse perfectamente el método hipotético. En todo caso, la conclusión sería que la necesidad de recurrir a un criterio normativo adicional, como la posición de garante, en los delitos de omisión, no respondería a déficits del nexo empírico apreciable en el ámbito de la omisión, pues tales criterios normativos también son necesarios en el caso de comisiones determinadas causalmente.

Pese a lo sugerente de la formulación de *Pérez Barberá*, ésta no me convence por una razón de principio. Esta es que la omisión no pertenece

³⁴ *Pérez Barberá*, p. 107.

al mundo del ser (para los científicos naturales no hay omisiones); por ello, las omisiones ni causan ni determinan nada (salvo que éstas expresiones se utilicen en sentido débil, figurado, social o profano). Esta circunstancia distingue radicalmente el ámbito de la “determinación por omisión” y el de la determinación probabilística activa. En esta última, en efecto, en realidad se parte de que existe una ley causal, todavía desconocida, a cuyo conocimiento no podemos esperar; por ello, y por razones prácticas, para emitir juicios de imputación (u otros de distinto carácter) nos conformamos con constatar un nexo de probabilidad fuerte entre conducta y resultado. En el ámbito de las omisiones no hay, en cambio, nexo causal alguno que podamos descubrir. Lo que existe es una probabilidad o no de evitación del resultado asociada a una conducta alternativa a la realizada que, sin embargo, no ha tenido lugar. Lo que es sustancialmente distinto. Por lo demás, me parece que:

a) El “nexo de determinación” entre omisión y resultado es mucho más débil que el de la causalidad y que el de otros nexos de determinación probabilística en el ámbito “activo”. En concreto: las omisiones de todos los sujetos que probablemente habrían podido evitar el resultado lesivo se hallarían vinculadas con éste por tal “nexo de determinación”. Lo que significa: la capacidad de dicho criterio para circunscribir un grupo de candidatos a la responsabilidad es muy limitada.

b) El nexo de causalidad reviste una naturaleza especialmente intensa. Es cierto que también en el ámbito de la comisión (causal) activa se recurre a criterios normativos adicionales para la determinación de la responsabilidad. Pero la medida en que ello tiene lugar es todavía hoy, al menos para la doctrina dominante, menor que el ámbito de la omisión. Así, por ejemplo, como es de sobras conocido, la doctrina dominante sostiene que el estudiante de biología que, trabajando como camarero en un restaurante, sirve a un cliente - a sabiendas- una ensalada que contiene un ingrediente nocivo (lo que sólo sabía por su condición -ajena por completo al trabajo- de biólogo en ciernes) responde por las lesiones gástricas sufridas por el cliente. En cambio, esa misma doctrina no afirma desde luego lo mismo para el caso del biólogo-camarero que, observando

que su compañero está sirviendo una ensalada con tal ingrediente nocivo, no lo impide, pudiendo hacerlo perfectamente y evitar así las lesiones del comensal. En este segundo caso, está clara la existencia del “nexo de determinación” en el sentido de *Pérez Barberá*; tan clara como que, en dicha omisión, la suma de “nexo de determinación” y dolo directo no da lugar a la responsabilidad por el resultado, sino, en su caso, a una omisión del deber de socorro. Esta diversidad -más allá de cuál sea la solución correcta de la primera variante, lo que puede y debe discutirse- pone de relieve que el “nexo de determinación” en la omisión tiene una relevancia normativa muy inferior a la que tiene en el ámbito de las creaciones activas de riesgo.

c) De lo anterior se desprende, en suma, que el ámbito de la omisión está, todavía hoy, y pese a la creciente normativización de la comisión activa, normativizado en mayor medida que éste. Lo que, a mi juicio, se debe a la menor capacidad de ese “nexo de determinación” para delimitar el ámbito de las conductas susceptibles de recibir el juicio de imputación del resultado.

En mi opinión, la, por lo demás, brillante construcción de *Pérez Barberá* corre el riesgo de facilitar aquello que parecía querer impedir. En efecto, si el “nexo de determinación” (que existe tanto en el ámbito de las acciones como en el de las omisiones), y no la causalidad, es el presupuesto ontológico general de los delitos de resultado, entonces, hay que decidir con cuál de las siguientes opciones nos quedamos: a) La de que si se considera además, en algunos casos, a la causalidad es porque ésta tiene un valor normativo adicional; o b) La de que la causalidad no tiene un valor normativo adicional, con lo que no hay razón para elaborar dos dogmáticas (la de la comisión causal activa y la de las demás “determinaciones”, entre ellas la de la comisión por omisión) sino que basta una sola. Se acoja la solución que se acoja, el resultado es el siguiente: al menos por lo que hace a los delitos de comisión activa, sucede que el nexo ontológico se ha debilitado; lo que hace posible una normativización más intensa de tales delitos. No digo que esto me parezca mal. Simplemente, no estoy seguro de que fuera esto lo que pretendía *Pérez Barberá*.

PROBLEMAS ABIERTOS

Presentación

Los problemas filosóficos se resisten a desaparecer. Una y otra vez, los mismos temas ocupan el centro del debate académico. Las soluciones que en ciertos momentos han obtenido consenso son desafiadas por nuevos enfoques y estrategias de análisis. A esta dinámica se debe, en gran medida, la vitalidad del trabajo filosófico pero también genera una suerte de pesimismo acerca de las posibilidades de progreso en esa disciplina. Más aún, en ocasiones, algunos problemas simplemente desaparecen del horizonte de intereses académicos sin haber recibido una respuesta satisfactoria.

Esta sección de *DISCUSIONES* ofrece un espacio para presentar tanto problemas actuales como también temas que han sido injustificadamente dejados de lado en los debates contemporáneos. El propósito de los editores es invitar a los miembros de la comunidad académica a identificar problemas y enunciar de manera sumaria cuestiones que merezcan discutirse en filosofía. Dado que el objetivo central de esta sección es señalar problemas, y no involucrarse en las diferentes soluciones, se valorará especialmente la brevedad y claridad de la presentación. Los requisitos de aceptación de trabajos para esta sección son similares a los que se exigen para la sección principal.

Pablo Navarro
Director

Hernán Bouvier
Encargado de sección

EL PROBLEMA FREGE-GEACH¹

José Juan Moreso*

P.T. Geach, en un trabajo en el cual a partir de ciertos pasajes de G. Frege, llamaba la atención sobre la posibilidad de que una proposición pueda aparecer en el discurso como aseverada o como no aseverada, por ejemplo: supuesta o imaginada, y seguir siendo la misma proposición,² elaboró un argumento contra las concepciones no-cognoscitivistas de la ética. Un argumento con arreglo al cual dichas concepciones de la ética no son capaces de dar cuenta del comportamiento de los juicios morales cuando aparecen en contextos gramaticalmente complejos, en contextos *encapsulados* (*embedded contexts*). Desde entonces en la literatura se lo conoce como el problema Frege-Geach o, también, como el problema de los contextos encapsulados. Estas son las palabras de Geach:³

The theory that to call a kind of act ‘bad’ is not to describe but to condemn it is open to similar objections. Let us consider this piece of moral reasoning:

If doing a thing is bad, getting your little brother to do it is bad.

Tormenting the cat is bad.

Ergo, getting your little brother to torment the cat is bad.

* Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

¹ Este trabajo fue presentado en el *I Foro Analítico de Filosofía del Derecho*, realizado en la Universidad de Murcia en febrero del 2002.

² P.T. Geach, ‘Assertion’, *Philosophical Review*, 74 (1965): 449-465.

³ P.T. Geach, ‘Assertion’, supra en n. 1, pp. 463-464.

The whole nerve of the reasoning is that ‘bad’ should mean exactly the same at all four occurrences -should not, for example, shift from an evaluative to a descriptive or conventional or inverted-commas use. But in the major premise the speaker (a father, let us suppose) is certainly not uttering acts of condemning: one could hardly take him to be condemning just *doing a thing*.

Como es sabido, las concepciones no-cognoscitivistas de la ética (emotivistas, prescriptivistas o, como parece preferirse ahora, expresivistas)⁴ sostienen que los juicios morales no son aptos para la verdad y la falsedad, puesto que no representan el mundo, no son candidatos a contenidos de nuestras creencias, sino que expresan nuestras actitudes de aprobación y desaprobación hacia determinadas acciones o estados de cosas. Pues bien, el argumento de los contextos encapsulados plantea un aparente dilema a dichas concepciones: o bien argumentos aparentemente válidos como el de Geach, una instancia del *modus ponens*, no lo son porque el antecedente de su primera premisa (‘Si hacer una cosa está mal’) no es en ningún plausible sentido la expresión de una actitud y entonces ‘bad’ tiene un sentido en la primera premisa que no coincide con el sentido de ‘bad’ en la segunda premisa y en la conclusión, o bien los juicios morales no son la expresión de actitudes, sino que expresan contenidos proposicionales y, por esta razón, pueden figurar

⁴ Las obras de referencia del emotivismo son A.J. Ayer, *Language, Truth and Logic* (London: Gollancz, 1936) y Charles Stevenson, *Ethics and Language* (New Haven: Yale University Press, 1944); del prescriptivismo R.M. Hare, *The Language of Morals* (Oxford: Oxford University Press, 1952); las versiones recientes del expresivismo están representadas, con especial atención al problema Frege-Geach, por Simon Blackburn, *Spreading the Word* (Oxford: Oxford University Press, 1984) y ‘Attitudes and Contents’ en *Essays in Quasi-Realism* (Oxford: Oxford University Press, 1993), 182-197 y Allan Gibbard, *Wise Choices, Apt Feelings* (Oxford: Oxford University Press, 1990).

como antecedentes de condicionales, o componentes de disyunciones o elementos de otros contextos encapsulados.

Los modernos defensores del expresivismo han intentado ofrecer alguna respuesta a Geach, consistente en mostrar cómo su razonamiento puede ser válido sin abandonar la idea de que los juicios morales son primordialmente expresiones de actitudes y no son, por lo tanto, aptos para la verdad.⁵ Blackburn ha desarrollado una sofisticada lógica de actitudes que trata de mostrar cómo es posible encapsular los juicios morales manteniendo su naturaleza semántica.⁶ Gibbard ha elegido una estrategia indirecta, consistente en adoptar una lectura descriptiva de los operadores deónticos que aparecen en los razonamientos con juicios morales encapsulados.⁷ No voy a discutir aquí con detalle ninguna de ambas propuestas, sino que voy a presentar de forma algo esquemática una estrategia de solución para el problema Frege-Geach que no coincide con ninguna de las comentadas, aunque tiene algunos puntos de contacto con la estrategia de Gibbard.

Tal vez la discusión de este problema, y de otros conectados con él, en filosofía moral se beneficiaría si tomaran en cuenta dos ideas que si

⁵ A ello respondía, parcialmente, la distinción de Hare de ya no dos elementos sino tres en su teoría del significado: frástico, trópico y néustico. Vd. R.M. Hare, 'Meaning and Speech Acts' en *Practical Inferences*, (London: MacMillan, 1971), 74-93.

⁶ Simon Blackburn, *Spreading the Word*, supra en n. 3, cap. 6 y 'Attitudes and Contents', supra n. 3, 182-197. Véase la discusión suscitada en Bob Hale, 'The Compleat Projectivist' *Philosophical Review*, 36 (1986): 85-84 y 'Can There Be a Logic of Attitudes?' en John Haldane, Crispin Wright (eds.), *Reality, Representation and Projection* (Oxford: Oxford University Press, 1993), 337-365; Nick Zangwill, 'Moral Modus Ponens', *Ratio* 2 (1992): 177-193; Nicholas Unwin, 'Quasi-Realism, Negation and the Frege-Geach Problem', *The Philosophical Quarterly*, 49 (1999): 337-352.

⁷ Allan Gibbard, *Wise Choices, Apt Feelings*, supra en n. 3, cap. 5. Puede verse alguna literatura crítica sobre este intento en Simon Blackburn, 'Wise Feelings, Apt Reading', *Ethics*, 102 (1992): 342-356; Paul Horwich, 'Gibbard's Theory of Norms', *Philosophy and Public Affairs*, 22 (1993): 67-78 y Nicholas Unwin, 'Norms and Negation: A Problem for Gibbard's Logic', *The Philosophical Quarterly*, 51 (2001): 60-75.

bien no son habituales en la literatura ética, son usuales en la literatura iusfilosófica. Me refiero a las dos ideas siguientes:

(i) La ambigüedad sistemática de los enunciados deónticos.⁸ Un enunciado como ‘Aparcar en doble fila en el Paseo de Gracia está prohibido’ es ambiguo, puesto que tanto puede ser la expresión de una *norma* genuina, dictada por una autoridad (municipal, por ejemplo), o puede ser la expresión de una *proposición normativa*, una aserción acerca de la pertenencia a determinado conjunto de normas de una norma que prohíbe aparcar en doble fila en el Paseo de Gracia.⁹ Mientras la primera no es susceptible de verdad o falsedad puesto que es una prescripción dirigida a influir en el comportamiento de sus destinatarios, la segunda es apta para la verdad, puesto que trata de representar el estado de cosas tal que en determinado conjunto normativo hay una norma con determinado contenido. Pues bien, de una manera similar una oración como ‘Tormenting the cat is bad’ es sistemáticamente ambigua, puesto que puede ser la expresión de una actitud o la descripción de la pertenencia a determinado conjunto de normas morales de una norma que prohíbe torturar a los gatos, junto con la definición de que aquello prohibido por las normas morales es ‘bad’.¹⁰

(ii) La idea conforme a la cual en los conjuntos normativos no suele haber únicamente normas, en el sentido de significados de oraciones

⁸ La expresión, como es sabido, procede de von Wright. Georg Henrik von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, (London: Routledge & Kegan Paul, 1963), p. 105.

⁹ Esta forma de presentar la distinción es, como resulta obvio, la de Carlos E. Alchourrón (por ejemplo en ‘Logic of Norms and Logic of Normative Propositions’, *Logique et Analyse*, 12 (1969): 242-268) y Eugenio Bulygin (puede verse ‘Norms, Normative Propositions, and Legal Statements’ en G. Floistad (ed.), *Contemporary Philosophy. A New Survey. Vol. 3: Philosophy of Action* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1981), 107-125.

¹⁰ Aquí es irrelevante, para el argumento de Geach, que dicho conjunto de normas morales sea el conjunto de normas morales aceptado por determinada persona, o el conjunto de normas morales que toda persona racional aceptaría, o cualquiera otra forma de delimitar un conjunto de normas morales.

prescriptivas, sino también otro tipo de reglas, que en la literatura se conocen como reglas determinativas, conceptuales, constitutivas o cualificatorias.¹¹

De hecho, estas dos ideas junto con la forma en que nuestros códigos penales suelen castigar la inducción a cometer delitos, puede iluminar el comportamiento del razonamiento de Geach. La sugerencia es la siguiente: ‘es un delito’ se comporta como ‘is bad’, es decir, usamos estos términos jurídicos (como en una ocasión sostuvo R. Carnap)¹² de un modo ‘transposed’, decir que x es un delito equivale a decir que x se encuentra en la lista de delitos de nuestro código penal, de forma similar decir de un comportamiento x que *is bad*, equivale a decir que es un comportamiento prohibido por una norma moral. Con estas ideas, podemos contemplar estos dos argumentos similares:

R1

(1) $\forall x$ (x es un delito \rightarrow inducir a cometer x es un delito)

(2) El homicidio es un delito

Ergo, inducir a cometer homicidio es un delito

R2

(1) $\forall x$ (x es un comportamiento moralmente incorrecto \rightarrow inducir a cometer x es un comportamiento moralmente incorrecto)

(2) Torturar a los gatos es un comportamiento moralmente incorrecto

¹¹ Entre las abundantes referencias pueden verse las siguientes: Georg Henrik von Wright, *Norm and Action*, supra n. 7, John Searle, *Speech Acts* (Cambridge: Cambridge University Press, 1971), Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, ‘Definiciones y normas’ en *El lenguaje del Derecho. Homenaje a G.R. Carrió* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981), 11-42, Rafael Hernández Marín, *El Derecho como dogma* (Madrid: Tecnos, 1984) y *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica* (Barcelona: PPU, 1989), Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho* (Barcelona: Ariel, 1996).

¹² Rudolf Carnap, *The Logical Syntax of Language* (London: Routledge & Kegan Paul, 1971), p. 308.

Ergo, inducir a torturar a los gatos es un comportamiento moralmente incorrecto

R1 y R2 son razonamientos lógicamente válidos, instancias del *modus ponens*, pero no plantean problema alguno al no-cognoscitivismo ético, puesto que R2 no es un razonamiento con juicios morales genuinos, sino que es un razonamiento acerca de algún conjunto de normas morales. En concreto, en R2, la verdad de (2) depende de que el sistema moral de referencia contenga una norma moral que prohíba torturar a los gatos y una definición (en el propio sistema, o realizada por el que lo describe) con arreglo a la cual los comportamientos moralmente prohibidos son moralmente incorrectos. La verdad de (1) depende de que el conjunto de normas morales contenga alguna regla definitoria al respecto de la inducción a cometer comportamientos prohibidos como podría ser la siguiente:

(R1) $\forall x \forall y (x \text{ es una persona} \wedge y \text{ es un comportamiento} \wedge x \text{ es inductor de } y \rightarrow x \text{ es autor de } y)$ ¹³

Para sostener que R1 y R2 son lógicamente válidos, no es precisa ninguna lógica de actitudes, ni lógica de normas ni nada por el estilo, basta con la lógica clásica, ahora bien el uso de ‘moralmente incorrecto’ en las premisas y la conclusión de R2, como el uso de ‘delito’ en las premisas y conclusión de R1, no es un uso prescriptivo o expresivo, sino descriptivo.

Alguien podría replicar, sin embargo, que lo anterior concede la razón a Geach en un punto: si los juicios morales fueran expresiones de actitudes no podrían ser encapsulados. Ahora bien, es posible que los juicios morales, cuando son comprendidos como expresiones de actitudes no puedan ser

¹³ De una forma similar a ésta, mediante definiciones, consigue el resultado de castigar la inducción el código penal español. Véanse sus arts. 27 y 28. Artículo 27: ‘Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices’. Artículo 28: ‘Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo; b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado’.

encapsulados y, sin embargo, puedan serlo, cuando son comprendidos de manera similar a las proposiciones normativas. Esto es, es posible asumir el no-cognoscitivismo ético, conforme al cual los juicios morales son similares a prescripciones y asumir la validez de razonamientos como R2, porque los juicios morales contenidos en él no son *genuinos*, sino que son aserciones acerca de la pertenencia de determinadas normas morales a ciertos conjuntos normativos.

No obstante, para los que no somos escépticos acerca de la posibilidad de las relaciones lógicas entre normas, existe todavía la posibilidad de contemplar razonamientos como el de Geach como instancias de un *modus ponens* genuinamente normativo. Prestemos atención a los dos siguientes razonamientos:

R'1

(1) $\forall x$ (x es un comportamiento prohibido por una norma penal
→ Prohibido [inducir a cometer x])

(2) El homicidio está prohibido por una norma penal

Ergo, Prohibido [inducir a cometer homicidio]

R'2

(1) $\forall x$ (x es un comportamiento prohibido por una norma moral
→ Prohibido [inducir a cometer x])

(2) Torturar a los gatos es un comportamiento prohibido por una norma moral

Ergo, Prohibido [inducir a torturar a los gatos]

R'1 y R'2 son razonamientos lógicamente válidos de lógica de normas, si aceptamos la validez de un esquema según el cual, de ' $p \rightarrow Oq$ ' y ' p ' se deriva ' Oq '. Yo no veo inconveniente en aceptar este esquema, pero presupone algunas asunciones que trataré de explicitar:

(i) Presupone que ' $p \rightarrow Oq$ ' es una forma adecuada de representar las normas condicionales. Pocas cosas hay tan controvertidas como ésta en la literatura acerca de lógica deóntica.

(ii) Presupone, también, que los antecedentes de normas condicionales no pueden ser normativos, por la sencilla razón de que carece de sentido, en el lenguaje ordinario, usar un imperativo como antecedente de un condicional.¹⁴ En consecuencia, los antecedentes de (1) y (2) en R'1 y R'2 son entendidos también como proposiciones normativas y no como prescripciones.

(iii) Acepta, por lo tanto, algunas limitaciones al encapsulamiento de prescripciones. En concreto y para este caso, las prescripciones no pueden figurar como antecedentes de expresiones condicionales.

(iv) Presupone también que hay alguna forma de definir la relación de consecuencia lógica entre normas distinta de la clásica, es decir, alguna forma de definir consecuencia lógica entre normas que vaya más allá de la verdad.¹⁵

Cuestiones muy intrincadas de lógica y de filosofía del lenguaje se hallan involucradas en estas asunciones, sin embargo su análisis detallado deberá aguardar a otra ocasión.

¹⁴ Sin embargo, Michael Dummett –con el enfoque del cual lo que digo está fundamentalmente de acuerdo– piensa que este rasgo es un rasgo superficial de la gramática de nuestros lenguajes: ‘Since the imperatival force is signified in natural language by the mood of the verb, it is necessary to have a rule determining which verbs in a complex sentence are to be put into an imperative mood; and the rule is that only the verb in the main clause, or any co-ordinated main clauses, is affected’. Vd. Michael Dummett, *Frege. Philosophy of Language*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981), p. 306 y, en realidad, todo el cap. X ‘Assertion’.

¹⁵ Puede verse un intento en esta línea, que realiza además algunas restricciones a las expresiones prescriptivas bien formadas y también a las expresiones mixtas (mixtas de aserciones y prescripciones), que reanotan la imposibilidad conceptual de determinados encapsulamientos en José Juan Moreso, Pablo E. Navarro, ‘Verdad y eficacia’ *Theoria* 26 (1996): 105-124.