

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*.