

# La colisión de deberes en Derecho penal

Concepto y fundamentos de solución

---

Ivó Coca Vila

BAJO LA DIRECCIÓN DE:

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Jesús-María Silva Sánchez  
Prof. Dr. Dr. h. c. Ricardo Robles Planas

Tesis Doctoral UPF 2015  
Departamento de Derecho





*A la meva mare, a mi padre,  
y a mis hermanos, mi familia.*



## Sinopsis

*La presente tesis doctoral procura una revisión del concepto y fundamento de solución de la colisión de deberes jurídico-penal. En cuanto a lo primero, una vez aceptado que se trata de un problema propio del complejo fenómeno de legitimación de los deberes jurídico-penales, se define aquí el instituto como el conflicto entre dos razones de obligación de imposible cumplimiento cumulativo. El carácter deóntico de aquéllas es irrelevante a estos efectos. En cuanto a lo segundo, se defiende en este trabajo la disolución de los conflictos a partir de un juicio de jerarquización de las razones concurrentes en el que el conflicto es aprehendido desde una óptica formal, respetuosa con los principios de autonomía y solidaridad, como fundamentos últimos de legitimación material de los deberes penales. La especie del deber, como indicador del peso de la razón de obligación en atención al vínculo que une al obligado y al sujeto beneficiario, opera como factor de solución allí donde la relación normativa entre los dos beneficiarios de las obligaciones enfrentadas no ofrece diferencia alguna. En consecuencia, el obligado lo está solo a cumplir la razón de obligación superior, como único deber penal susceptible de ser legitimado en el caso concreto o, ante conflictos entre razones equivalentes, a dar satisfacción al deber alternativo que el Ordenamiento le impone en tal caso.*

*Vorliegende Dissertation hat eine Revision des Begriffs der strafrechtlichen Pflichtenkollision und deren Lösung zum Ziel. Geht man davon aus, dass es sich bei der Pflichtenkollision um ein Problem der Legitimation von strafrechtlichen Pflichten handelt, so ist dieses Institut wie vorliegend als Konflikt zwischen Verpflichtungsgründen zu definieren, die unmöglich kumulativ erfüllt werden können. Deren deontischer Charakter ist nicht relevant. Was die Lösung dieser Kollision betrifft, so spreche ich mich für die Auflösung auf Grundlage einer Bewertung des Ranges der widerstreitenden Verpflichtungsgründe aus, in der der Konflikt von einem formellen Standpunkt aus verstanden wird, der die Prinzipien der Autonomie und der Solidarität als Fundamente der materiellen Legitimation von strafrechtlichen Pflichten respektiert. Die Art der Pflicht, ein wichtiger Indikator des Verpflichtungsgrundes im Hinblick auf die Verbindung zwischen Verpflichtetem und Begünstigtem, ist ein wichtiger Bestandteil der Lösung in Fällen, in denen zwischen den beiden Begünstigten der widerstreitenden Pflichten kein relevanter normativer Unterschied besteht. Folglich muss der Verpflichtete nur den höherwertigen Verpflichtungsgrund, also die einzige im konkreten Fall strafrechtlich legitimierte Pflicht erfüllen, während er bei Konflikten zwischen gleichwertigen Gründen die alternative Pflicht erfüllen muss, die ihm die Rechtsordnung auferlegt.*

*This doctoral thesis aims at reviewing both the concept of the conflict of duties in criminal law as well as the foundations for its solution. With regard to the former, once it has been accepted that we are dealing with a problem specific to the complex phenomenon of legitimizing duties — standards of conduct — in criminal law, this legal institution is defined as a collision of reasons for duty that cannot be cumulatively fulfilled. Their deontic nature is thus irrelevant. As regards the second issue, the argument is made that the solution of the collision involves a judgment set out to hierarchically arrange the colliding reasons, a judgment in which the conflict is understood from a formal point of view that is respectful with the autonomy and solidarity principles, which constitute the ultimate basis for the substantive legitimization of duties in criminal law. The class or kind of duty, as a means of stating the weight of the obligation in view of the obliged party/ beneficiary relationship, operates then as a tie-breaker rule in those cases where the comparison between the two beneficiaries of the competing obligations provides no significant normative difference. Therefore, the obliged party must only fulfill the reason of the superior obligation — the only duty which can be legitimized in the particular situation — or, when before a collision of equivalent reasons, they must comply with the disjunctive duty — aid one or the other — which the legal system imposes on them.*



# Índice

ABREVIATURAS.....	XV
INTRODUCCIÓN.....	1

## PRIMERA PARTE

### LA COLISIÓN DE DEBERES EN EL DERECHO PENAL

#### CAPÍTULO I

#### LA COLISIÓN DE DEBERES EN LA DISCUSIÓN JURÍDICO-PENAL CONTEMPORÁNEA

I. INTRODUCCIÓN .....	11
II. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA COLISIÓN DE DEBERES JURÍDICO-PENAL .....	13
1. BINDING Y EL HALLAZGO DEL PROBLEMA PARA LA DOGMÁTICA PENAL.....	13
2. LA DISCUSIÓN EN LA POSGUERRA .....	18
3. ARMIN KAUFMANN: LA COLISIÓN DE DEBERES COMO EL CONFLICTO ENTRE MANDATOS ...	22
4. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA COLISIÓN DE DEBERES EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA .....	24
III. LA COLISIÓN DE DEBERES EN LA DISCUSIÓN JURÍDICO-PENAL CONTEMPORÁNEA.....	28
1. INTRODUCCIÓN.....	28
2. LA DEFINICIÓN DE LA COLISIÓN DE DEBERES EN LA DOCTRINA CONTEMPORÁNEA .....	29
2.1. <i>El carácter situacional del conflicto de deberes</i> .....	29
2.2. <i>El deber como elemento esencial del conflicto</i> .....	31
a) ¿Pueden colidir dos prohibiciones? .....	34
b) La colisión de deberes como el conflicto entre dos deberes de actuar .....	40
i) El § 34 StGB y la delimitación conceptual del instituto de la colisión de deberes.....	42
ii) El fundamento material de la reducción conceptual del instituto penal de la colisión de deberes.....	43
α) El carácter obligatorio o potestativo de una acción de salvaguarda no puede ampliar el deber de tolerancia de terceros.....	44
β) La colisión entre un mandato y una prohibición como un supuesto corriente de estado de necesidad.....	45
c) La definición de la colisión de deberes jurídico-penal al margen de su operador deóntico .....	49
2.3. <i>Valoración provisional</i> .....	51
3. LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO: EL PROCESO DE JERARQUIZACIÓN DE LOS DEBERES .....	52
3.1. <i>La jerarquización de los deberes en la doctrina contemporánea</i> .....	52
a) La teoría de la ponderación de intereses ante el conflicto de dos deberes.....	54
b) La especie de los deberes en colisión.....	60
3.2. <i>Valoración provisional</i> .....	64
4. LA RESOLUCIÓN DE LAS COLISIONES DE DEBERES .....	65
4.1. <i>La colisión entre deberes de distinto rango</i> .....	65
a) La colisión de deberes jerarquizables como causa de justificación .....	68
b) La colisión de deberes como causa de atipicidad.....	69
4.2. <i>La colisión entre deberes de idéntico rango</i> .....	76
a) La colisión de deberes como el conflicto entre dos mandatos equivalentes.....	76

b) La colisión de deberes —ampliamente concebida— ante situaciones de equivalencia.....	77
i) La colisión de deberes equivalentes como causa de exculpación .....	78
ii) La colisión entre deberes equivalentes como un tertium genus: entre el injusto y la culpabilidad.....	83
α) La colisión de deberes equivalentes y el espacio libre de Derecho ( <i>Der rechtsfreier Raum</i> ) .....	85
β) La colisión de deberes equivalentes como causa de justificación sin deber de tolerancia.....	92
γ) Algunas objeciones contra las propuestas de solución de los conflictos equivalentes a partir de categorías sistemáticas intermedias.....	98
4.3. <i>Valoración provisional</i> .....	100
<b>IV. CONCLUSIONES GENERALES .....</b>	<b>101</b>

## SEGUNDA PARTE

### RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA COLISIÓN DE DEBERES JURÍDICO-PENAL

#### CAPÍTULO II

##### LA COLISIÓN ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN COMO PROBLEMA DE DETERMINACIÓN DE UNA POSICIÓN DE GARANTÍA JURÍDICO-PENAL

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>105</b>
<b>II. EL IMPOSSIBILIMUM NULLA OBLIGATIO COMO PRINCIPIO RECTOR DEL PROCESO DE DETERMINACIÓN DE LAS POSICIONES DE COMPETENCIA JURÍDICO-PENALES.....</b>	<b>106</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	106
2. IMPOSSIBILIMUM NULLA OBLIGATIO COMO AXIOMA JURÍDICO FUNDAMENTAL .....	107
3. EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD EN LA DISCUSIÓN JURÍDICO-PENAL CONTEMPORÁNEA.....	110
3.1. <i>Ultra posse multi homines obligantur</i> .....	110
3.2. <i>La relativización del principio voluntarista en la legitimación aislada de normas penales</i> .....	112
3.3. <i>El principio del impossibilium nulla obligatio est ante las colisiones de deberes</i> .....	117
3.4. <i>Conclusiones provisionales</i> .....	119
4. EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD COMO CRITERIO RECTOR DEL SISTEMA DE LEGITIMACIÓN DE NORMAS DE COMPORTAMIENTO .....	120
4.1. <i>Introducción</i> .....	120
4.2. <i>Impossibilium nulla obligatio y la legitimación aislada de los deberes penales</i> .....	120
a) La norma penal como razón para la acción .....	121
b) ¿Por qué no obligar a lo imposible? .....	125
c) La capacidad de cumplimiento como presupuesto esencial para la legitimación de las normas penales .....	129
4.3. <i>Impossibilium nulla obligatio como axioma elemental del sistema de determinación de las posiciones de competencia penal ante conflictos de deberes</i> .....	131
a) La imposibilidad en la colisión de deberes: concepto y baremo subjetivo.....	131
b) El principio voluntarista ante la concurrencia de deberes de posible cumplimiento aislado pero de imposible cumplimiento cumulativo.....	135
i) El Ordenamiento jurídico-penal como sistema de normas .....	135
ii) La colisión de deberes como un problema particular en la determinación final de posiciones de competencia jurídico-penales.....	138
5. CONCLUSIONES PROVISIONALES .....	147



<b>III. LA COLISIÓN DE DEBERES COMO UN CONFLICTO ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN .....</b>	<b>148</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	148
2. LA COLISIÓN DE DEBERES EN LA DOCTRINA KANTIANA: UNA BREVE APROXIMACIÓN.....	149
2.1. Obligaciones non colliduntur.....	149
2.2. Rationes obligandi non obligantes colliduntur.....	151
2.3. Conclusiones provisionales.....	157
3. LA COLISIÓN DE DEBERES COMO UN CONFLICTO ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN .....	158
3.1. Introducción.....	158
3.2. «Norma» abstracta y deber penal (altamente personal) .....	158
4. LA COLISIÓN ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN: ¿ATÍPICIDAD O JUSTIFICACIÓN?.....	166
4.1. ¿La colisión de deberes como causa de atipicidad?.....	166
4.2. La colisión entre razones de obligación como causa de atipicidad.....	170
<b>IV. LA DEFINICIÓN DE LA COLISIÓN DE DEBERES AL MARGEN DE LA DISTINCIÓN ENTRE MANDATOS Y PROHIBICIONES .....</b>	<b>178</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	178
2. LA IRRELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE MANDATOS Y PROHIBICIONES PARA LA DEFINICIÓN DE LA COLISIÓN DE DEBERES .....	178
2.1. Introducción.....	178
2.2. La intercambiabilidad del operador deóntico.....	179
2.3. La defensa de la preeminencia normativa de la prohibición frente al mandato.....	182
a) <i>Minus delictum est in faciendo quam in omittendo</i> .....	183
b) La preferencia del Derecho positivo por la omisión.....	187
2.4. La equivalencia normativa entre mandatos y prohibiciones.....	190
a) La intrascendencia normativa de la distinción entre formas fenomenológicas de cumplir o infringir un deber penal.....	191
b) La equivalencia normativa entre los deberes de actuar y omitir en el Derecho positivo .....	197
2.5. Conclusiones provisionales.....	199
<b>V. CONCLUSIONES GENERALES .....</b>	<b>201</b>

### CAPÍTULO III

#### PRESUPUESTOS NORMATIVOS PARA UN SISTEMA DE JERARQUIZACIÓN DE LAS RAZONES DE OBLIGACIÓN EN CONFLICTO

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>203</b>
<b>II. ESTUDIO CRÍTICO DEL MÉTODO Y FUNDAMENTO DE JERARQUIZACIÓN DE LOS DEBERES EN LA DOCTRINA PENAL CONTEMPORÁNEA.....</b>	<b>204</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	204
2. CRÍTICA A LA PONDERACIÓN DE INTERESES COMO TÉCNICA PARA LA JERARQUIZACIÓN DE LOS DEBERES.....	205
2.2. La indeterminación del objeto de ponderación.....	206
2.2. La confusión entre el objeto, la atribución de valor al objeto y el baremo de primacía normativa de los intereses en conflicto.....	208
2.3. La ponderación de intereses y la especie del deber .....	211
2.4. Conclusiones provisionales: tópica, sistema y jerarquización de deberes.....	212
3. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS PREPONDERANTE COMO CRITERIO AXIOLÓGICO RECTOR DE LA JERARQUIZACIÓN DE LOS DEBERES .....	216

<b>III. HACIA UNA FUNDAMENTACIÓN PRINCIPIALISTA DEL SISTEMA BIDIMENSIONAL DE JERARQUIZACIÓN DE LAS RAZONES DE OBLIGACIÓN .....</b>	<b>229</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	229
2. AUTONOMÍA Y SOLIDARIDAD COMO PRINCIPIOS RECTORES ÚLTIMOS EN LA LEGITIMACIÓN DE NORMAS JURÍDICO-PENALES.....	230
2.1. <i>De Kant a Hegel o de la libertad abstracta a la concreta</i> .....	230
2.2. <i>Autonomía y solidaridad como principios cardinales del Ordenamiento jurídico-penal</i> .....	239
a) El Derecho Penal como herramienta de compatibilización de esferas de libertad.....	239
b) La armonización negativa de esferas de libertad.....	240
c) La armonización positiva de esferas de libertad.....	244
2.3. <i>Conclusión provisional</i> .....	249
3. AUTONOMÍA Y SOLIDARIDAD EN LA DOBLE DIMENSIÓN CONFLICTIVA DE LAS COLISIONES ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN.....	250
3.1. <i>Introducción</i> .....	250
3.2. <i>La doble dimensión conflictiva en las situaciones de colisión entre razones de obligación</i> .....	251
3.3. <i>¿Es superflua la noción de bien jurídico para la solución de los conflictos entre razones de obligación?</i> ....	255
4. CONCLUSIONES PROVISIONALES.....	257
<b>IV. LA VALORACIÓN DE LA RELACIÓN OBLIGADO-NECESITADO A PARTIR DE LA ESPECIE DEL DEBER .....</b>	<b>258</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	258
2. DEL FUNDAMENTO NEGATIVO Y POSITIVO A LA ESPECIE DE LA RAZÓN DE OBLIGACIÓN .	259
2.1. <i>Introducción</i> .....	259
2.2. <i>Los conflictos de deberes a partir de su fundamento: una breve aproximación</i> .....	259
a) Los deberes de justicia y de beneficencia en el <i>iusnaturalismo</i> racionalista .....	259
b) Deberes positivos y negativos: una breve aproximación a la discusión filosófica contemporánea .....	265
2.3. <i>El principio de autodeterminación como ratio de gradación de los deberes jurídico-penales</i> .....	271
a) <i>Introducción</i> .....	271
b) <i>¿Deberes negativos y positivos normativamente equivalentes?</i> .....	271
c) El principio de autovinculación como unidad de medida de los deberes jurídico-penales .....	276
2.4. <i>La especie del deber como elemento de fijación del grado de autovinculación de la razón de obligación</i> .....	281
3. LA TAXONOMÍA DE LOS DEBERES .....	283
3.1. <i>Introducción</i> .....	283
3.2. <i>Hacia un sistema de razones de obligación tripartito</i> .....	284
3.3. <i>Las formas de manifestación obligacionales y su especie</i> .....	287
a) Razones de obligación de competencia plena.....	287
b) Razones de obligación de competencia preferente .....	292
c) Razones de obligación de competencia mínima.....	300
4. CONCLUSIONES PROVISIONALES .....	301
<b>V. LOS CANALES INSTITUCIONALIZADOS EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN.....</b>	<b>302</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	302
2. ¿A QUIÉN LE ATAÑE PRIMARIAMENTE RESOLVER LOS CONFLICTOS ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN? .....	303
3. CONFLICTOS ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN VATICINADOS Y CONFLICTOS NO REGULADOS.....	304
4. LA PRIMACÍA DE LA JERARQUIZACIÓN LEGISLADA EN LOS CONFLICTOS ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN .....	310
5. EL SISTEMA DE JERARQUIZACIÓN DE LAS RAZONES DE OBLIGACIÓN EN CONFLICTO COMO DESARROLLO CONTINUADOR DEL DERECHO PRAETER LEGEM .....	313

**TERCERA PARTE**  
**LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ENTRE RAZONES DE**  
**OBLIGACIÓN**

**CAPÍTULO IV**  
**LA JERARQUIZACIÓN DE LAS RAZONES DE OBLIGACIÓN**

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>317</b>
<b>II. LA RELACIÓN INTERSUBJETIVA ENTRE LOS BENEFICIARIOS DE LAS RAZONES DE OBLIGACIÓN EN LIZA .....</b>	<b>319</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	319
2. DEL TÓTUM REVOLÚTUM —O TEORÍA DE LA PONDERACIÓN DE INTERESES— A UNA EVALUACIÓN SISTEMÁTICA DEL RANGO NORMATIVO DE LAS POSICIONES JURÍDICAS DE LOS BENEFICIARIOS .....	320
2.1. <i>Introducción</i> .....	320
2.2. <i>La sistematización del análisis de la relación intersubjetiva</i> .....	321
3. LA RELACIÓN INTERSUBJETIVA ENTRE LOS SUJETOS BENEFICIARIOS DE LAS RAZONES EN CONFLICTO .....	327
3.1. <i>Introducción</i> .....	327
3.2. <i>La ponderación de los bienes jurídicos en juego</i> .....	327
3.3. <i>La determinación formal de los umbrales de primacía entre esferas jurídicas en conflicto</i> .....	331
a) <i>Introducción</i> .....	331
b) <i>Competencia especial por la determinación responsable de la situación de conflicto</i> .....	335
i) <i>Competencia especial por la provocación de la propia situación de necesidad</i> .....	337
α) <i>Competencia plena por la provocación de la propia necesidad</i> .....	339
β) <i>Competencia preferente por la provocación de la propia necesidad</i> .....	342
ii) <i>Competencia especial por el ocasionamiento de la situación de necesidad ajena</i> .....	345
α) <i>Competencia plena por el ocasionamiento del peligro</i> .....	345
β) <i>Competencia preferente por el ocasionamiento del peligro</i> .....	347
iv) <i>Competencia especial de todos los agentes implicados en el conflicto por su provocación</i> .....	348
α) <i>Competencia dispar</i> .....	349
β) <i>Competencia equivalente</i> .....	350
c) <i>Competencia en virtud de posiciones especiales de deber</i> .....	354
i) <i>Deberes de competencia plena</i> .....	358
α) <i>Deberes negativos de competencia plena</i> .....	358
β) <i>Deberes positivos de competencia plena</i> .....	361
ii) <i>Deberes de competencia preferente</i> .....	364
iii) <i>Posiciones de deber especial concurrentes</i> .....	367
d) <i>Competencia en virtud de la provocación del conflicto y de posiciones especiales de deber</i> .....	368
3.4. <i>Conclusiones provisionales</i> .....	374
4. EL PRINCIPIO DEL <i>CASUM SENTIT DOMINUS</i> EN LA VALORACIÓN DE LA RELACIÓN INTERSUBJETIVA ENTRE LOS DOS BENEFICIARIOS EN SITUACIÓN DE CONFLICTO .....	376
4.1. <i>Introducción</i> .....	376
4.2. <i>La perspectiva del problema en la doctrina mayoritaria: breve revisión crítica</i> .....	377
a) <i>Obligatorio solo es aquello que está permitido</i> .....	377
b) <i>La irrelevancia de la distinción entre deberes de actuar y de omitir en la resolución de los conflictos entre razones de obligación</i> .....	380
4.3. <i>El principio del casum sentit dominus ante los conflictos entre razones de obligación</i> .....	385
a) <i>El principio del casum sentit dominus como axioma jurídico fundamental</i> .....	385

b) El fundamento de la privatización de la desgracia.....	390
c) Criterios de atribución de la posición de <i>dominus</i> .....	396
i) Algunos ejemplos controvertidos .....	396
ii) La atribución físico-natural de la posición de <i>dominus</i> .....	399
iii) La atribución normativa de la posición de <i>dominus</i> .....	400
4.4. <i>Los conflictos entre domini y los conflictos entre dominus y no dominus</i> .....	404
<b>III. LA RELACIÓN OBLIGADO-BENEFICIARIO: LA ESPECIE DE LA RAZÓN DE OBLIGACIÓN .....</b>	<b>407</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	407
2. LA JERARQUIZACIÓN DE LAS RAZONES DE OBLIGACIÓN EN ATENCIÓN A SU ESPECIE .....	408
2.1. <i>El conflicto entre dos razones de obligación de competencia plena</i> .....	409
2.2. <i>El conflicto entre una razón de obligación de competencia plena y una de competencia preferente</i> .....	411
2.3. <i>El conflicto entre una razón de obligación de competencia plena y una de competencia mínima</i> .....	412
2.4. <i>El conflicto entre dos razones de obligación de competencia preferente</i> .....	413
2.5. <i>El conflicto entre una razón de obligación de competencia preferente y una de competencia mínima</i> .....	414
2.6. <i>El conflicto entre dos razones de competencia mínima</i> .....	414
3. CONCLUSIÓN PROVISIONAL.....	414
<b>IV. LA COMPATIBILIZACIÓN DE LAS DIMENSIONES INTERSUBJETIVA Y DE LA ESPECIE DEL DEBER EN LA JERARQUIZACIÓN DE LAS RAZONES DE OBLIGACIÓN .....</b>	<b>415</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	415
2. LA RELACIÓN DE LOS DOS MOMENTOS PARCIALES DEL CONFLICTO ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN.....	416
2.1. <i>La confusión de ambos planos bajo el manto de la ponderación de intereses</i> .....	416
2.3. <i>La primacía absoluta del rango fundado en la relación intersubjetiva</i> .....	418
2.4. <i>La especie de la razón de obligación como factor de resolución en caso de equivalencia normativa en la relación intersubjetiva</i> .....	422
3. LA JERARQUIZACIÓN DE LAS RAZONES DE OBLIGACIÓN EN CONFLICTO PASO A PASO.....	423

## CAPÍTULO V

### LA DETERMINACIÓN FINAL DEL DEBER EN SITUACIONES DE CONFLICTO ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>427</b>
<b>II. LA DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DE COMPETENCIA DEFINITIVA EN SITUACIONES DE CONFLICTO ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN .....</b>	<b>428</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	428
2. LA DISOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN JERARQUIZADAS .....	429
2.1. <i>Introducción</i> .....	429
2.2. <i>Fortior obligandi ratio vincit</i> .....	430
2.3. <i>La anulación de la razón de obligación inferior a ojos de quien sufre los costes de disolución del conflicto</i> .....	431
3. LA DISOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN EQUIVALENTES ..	434
3.1. <i>Introducción</i> .....	434
3.2. <i>El deber alternativo como herramienta de superación del conflicto entre razones de obligación equivalentes</i> .....	435

a) Introducción.....	435
b) La obligación alternativa o disyuntiva .....	437
c) La elección en la obligación alternativa .....	438
d) Los efectos jurídicos de la elección.....	441
3.3. <i>La obligación alternativa a ojos de quien sufre los costes de disolución del conflicto</i> .....	443
a) Introducción.....	443
b) ¿Un <i>tertium genus</i> para la resolución de colisiones entre razones de obligación equivalentes?.....	444
c) La legitimación de la solución frente a la víctima en los conflictos entre razones de obligación equivalentes .....	458
i) La colisión entre razones de obligación equivalentes como una comunidad de peligro normativa.....	458
ii) Los conflictos entre razones de obligación equivalentes con distribución simétrica de opciones de salvación .....	465
iii) Los conflictos entre razones de obligación equivalentes con distribución asimétrica de opciones de salvación .....	479
d) La obligación alternativa frente al conflicto entre vidas humanas .....	481
i) Introducción.....	481
ii) La antijuridicidad penal categórica del homicidio de un inocente .....	481
iii) Los conflictos vitales entre razones de obligación .....	486
4. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ENTRE TRES O MÁS RAZONES DE OBLIGACIÓN.....	493
4.1. <i>Introducción</i> .....	493
4.2. <i>La agregación de las razones de obligación en situaciones de conflicto</i> .....	495
<b>III. LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL ENTRE LA COLISIÓN DE RAZONES DE OBLIGACIÓN Y EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE.....</b>	<b>504</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	504
2. EL ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO JUSTIFICANTE: BREVE APROXIMACIÓN A SU FUNDAMENTO.....	507
3. EL FUNDAMENTO TRIPLE DE DISOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN.....	509
4. LA SOLIDARIDAD COMO UN MOMENTO PARTICULAR DE LA TERNA DE PRINCIPIOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN.....	510
<b>IV. LA COLISIÓN ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....</b>	<b>512</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	512
2. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA REGULACIÓN DE LA COLISIÓN ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN .....	512
3. LA COLISIÓN DE DEBERES EN EL MARCO DEL ART. 20.5.º CP.....	514
4. LA COLISIÓN DE DEBERES EN EL MARCO DEL ART. 20.7.º CP.....	515
5. LA DISGREGACIÓN DEL INSTITUTO ENTRE LOS ART. 20.5.º Y 20.7.º DEL CÓDIGO PENAL....	516
6. LA UBICACIÓN DE LOS CONFLICTOS ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN EN EL MARCO DEL ART. 20.7.º CP .....	518
7. EFECTOS JURÍDICO-PENALES DEL CUMPLIMIENTO DE LA RAZÓN DE LA OBLIGACIÓN DE MENOR RANGO .....	522
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>525</b>
<b>RESÚMEE .....</b>	<b>537</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>551</b>



# Abreviaturas

§	Parágrafo
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADPCP	Anuario de Derecho penal y ciencias penales
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
AGPh	Archiv für Geschichte der Philosophie
AP	Actualidad Penal
apdo.	Apartado
art./arts.	artículo/artículos
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Alemán)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
cfr.	confróntese
CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DÖV	Zeitschrift für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften
Ed.	edición
(ed.)/(eds.)	editor/editores
EPCr	Estudios penales y criminológicos
et al.	Et alii
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FS	Festschrift (Libro-homenaje)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GS	Der Gerichtssaal
HGB	Handelsgesetzbuch (Código de Comercio alemán)
HK-GS	Gesamtes Strafrecht: StGB, StPO, Nebengesetze
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KK OWiG	Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
LG	Landgericht
LH	Libro Homenaje
LK-StGB	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LPK-StGB	Strafgesetzbuch -Lehr- und Praxiskommentar

LSC	Ley de Sociedades de Capital
Matt.Renzikowski StGB	Matt, Renzikowski, Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MK-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MSchrKrim	Die Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
n.	nota
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK-StGB	Nommos Kommentar zum Strafgesetzbuch
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
nm.	número marginal
ob. cit.	opere citato
p./pp.	página/s
PE	Parte especial
PG	Parte general
PJ	Poder Judicial
PCP	Proyecto de reforma del Código penal
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
RdPP	Revista de Derecho y Proceso penal
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REJ	Revista de Estudios de la Justicia
RG	Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich)
RP	Revista penal
RP	Recht und Politik
s./ss.	siguiente/s
Schönke/Schröder	Schönke/Schröder Strafgesetzbuch: StGB Kommentar
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SK-StGB	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
SSW-StG	Strafgesetzbuch Kommentar (Satzger/Widmaier/Schmitt)
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
StraFo	Strafverteidiger Forum
StrafR	Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung (Hans Welzel)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
StV	Strafverteidiger
SVR	Straßenverkehrsrecht
TS	Tribunal Supremo
v.	Volumen
VersR	Versicherungsrecht
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZStrR	Schweizerische zeitschrift für strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRph	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft







## Introducción

«Señor, no puedo decir que por el apresuramiento en mover rápido el pie llego jadeante, pues hice muchos altos a causa de mis cavilaciones, dándome la vuelta en medio del camino. Mi ánimo me hablaba muchas veces de esta manera: »¡Desventurado! ¿Por qué vas adonde recibirás un castigo cuando hayas llegado? ¡Infortunado! ¿Te detienes de nuevo? Y si Creonte se entera de esto por otro hombre, ¿cómo es posible que no lo sientas?« Dándole vueltas a tales pensamientos venía lenta y perezosamente, y así un camino corto se hace largo. Por último, sin embargo, se impuso el llegarme junto a ti, y, aunque no descubriré nada, hablaré. Me presento, pues, aferrado a la esperanza de no sufrir otra cosa que lo decretado por el azar».<sup>1</sup>

En este pasaje de la *Antígona* muestra SÓFOCLES vívidamente el proceso de deliberación práctica de quien ha de tomar una decisión entre dos opciones igualmente penosas.<sup>2</sup> Tras recurrir Polinices, hijo de Edipo, a una ciudad rival para armar un ejército y recuperar el trono de Tebas que su hermano Eteocles le había arrebatado ilegítimamente, ambos acaban muriendo en una batalla fratricida. Finalmente, Creonte, pariente cercano de Polinices, tras ordenar enterrar convenientemente a Eteocles, prohíbe a todos los tebanos dar sepultura a Polinices, pues había traicionado a su patria al implorar ayuda al enemigo. Antígona, hermana de los dos difuntos, se enfrenta entonces al siguiente dilema: o bien respeta la justicia divina que le obliga a disponer las honras fúnebres a su hermano, dando así conveniente sepultura a Polinices; o bien respeta la justicia de la *polis*, la cual le prohíbe subvertir los valores cívicos y enterrar a su hermano. *Tertium non datur*. La ley eterna y la ley manifiesta quedan así enfrentadas, configurándose de este modo en opinión de HEGEL «la oposición ética suprema y por ello la más trágica».<sup>3</sup> Antígona optará finalmente por desobedecer la orden de Creonte y dar sepultura a su hermano.<sup>4</sup> Los deberes para con los familiares muertos constituyen para ella la ley suprema y la máxima pasión, son leyes vigentes en toda ocasión.<sup>5</sup> Creonte, en cambio, ante el mismo dilema opta por la solución opuesta, aquél tiene como *pathos* el

---

<sup>1</sup> SÓFOCLES, *Antígona*, 2014, p. 69.

<sup>2</sup> Para HEGEL, «una de las obras de arte más sublimes, más eximias en todos los aspectos, de todos los tiempos». Cfr. HEGEL, *Lecciones sobre la estética*, 1989, p. 341. Un análisis pormenorizado de la *Antígona* puede leerse en Erik WOLF, *Griechisches Rechtsdenken*, v. II, 1952, pp. 248 y ss.; y recientemente, en NUSSBAUM, *La fragilidad del bien*, 2004, pp. 89 y ss., con multitud de referencias bibliográficas, p. 90, n. 5. Cfr. también, END, *Existentielle Handlungen*, 1959, p. 6, n. 10, p. 100.

<sup>3</sup> Vid. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 166; EL MISMO, *Filosofía del arte o estética*, 2006, p. 537, nm. 452 y ss.; EL MISMO, *Lecciones sobre la estética*, 1989, p. 868: [l]a oposición principal, tratada del modo más bello particularmente por Sófocles tras el precedente de Esquilo, es la del *Estado*, la vida ética en su universalidad espiritual, y la *familia* en cuanto la eticidad natural. Estas son las más puras potencias de la representación trágica, pues la armonía de estas esferas y la acción consonante dentro de su realidad efectiva constituyen la completa realidad del ser-ahí ético». En general, sobre la concepción trágica *hegeliana*, vid. BEISTEGUI, «Hegel: or the tragedy of thinking», en EL MISMO (ed.), *Philosophy and Tragedy*, 2000, pp. 11 y ss., y en particular, sobre la interpretación hegeliana de la *Antígona*, pp. 21 y ss. Sobre esto mismo, vid. MARRADES MILLET, «Hegel sobre Antígona: la razón de la mujer», en MORENILLA TALENS/DE MARTINO (eds.), *Fil d'Ariadna*, 2001, pp. 255 y ss.

<sup>4</sup> Cfr. HEGEL, *Lecciones sobre la estética*, 1989, pp. 341 y s.

<sup>5</sup> Cfr. SÓFOCLES, *Antígona*, 2014, p. 62: «[y]o lo enterraré. Hermoso será morir haciéndolo. Yaceré con él, al que amo y me ama, tras cometer un piadoso crimen, ya que es mayor el tiempo que debo agradar a los de abajo que a los de aquí. Allí reposaré para siempre. Tú [refiriéndose a su hermana Ismene, quien no está dispuesta a infringir la orden de Creonte], si te parece bien, desdeña los honores a los dioses».

bienestar de la comunidad.<sup>6</sup> «Lo trágico del conflicto radica, pues, en que las dos partes, consideradas por separado, tienen legitimidad, pues cada una encarna en su esfera *lo ético*».<sup>7</sup>

Este no es más que uno de los innumerables ejemplos trágicos de los que se ocupa la ética y la filosofía griega.<sup>8</sup> Se trata de un auténtico “conflicto trágico” en el que un agente se ve comprometido —sin coerción física directa y con plena conciencia de su naturaleza— a la realización de un acto con carácter general reprobable que, en ausencia de ciertas circunstancias que imposibilitan la satisfacción simultánea de dos exigencias éticas válidas, nunca habría llevado a cabo. «En todo caso, la persona desea hacer (tener) las dos cosas; o, con independencia de lo que quiera de hecho, tiene alguna razón para hacer (tener ambas). Cada una atrae con fuerza sobre sí la atención práctica del agente».<sup>9</sup> Es decir, las dos potencias éticas en conflicto tienen legitimidad tomadas para sí, sin embargo, cada una de ellas solo puede ser satisfecha en el caso concreto a través de la negación e infracción de la otra potencia legítima enfrentada. He aquí la esencia del conflicto trágico. En estos supuestos la fortuna pareciera poner en entredicho la aspiración de autosuficiencia racional del pensamiento ético griego. Es decir, la configuración del mundo vendría a cuestionar la puridad del valor moral, como mínimo, insinuando la vulnerabilidad de éste frente a la desgracia. El valor moral, pues, no se configuraría siempre como un ámbito totalmente inmune a los asaltos de la fortuna,<sup>10</sup> en definitiva, la perfección de la virtud es imposible. La fortuna o la desgracia quiebran el perfecto equilibrio del *deber ser*, obligando al mundo moral a ceder frente a la realidad. El deber ser, la razón, entra en conflicto irresoluble con el ser, con la fuerza de las cosas, al mismo tiempo que la realidad nos despoja de la esperanza de una vida ética ideal.<sup>11</sup>

Es sabido que la noción de dilema trasciende a la discusión trágica y filosófica-griega. A toda decisión humana, tenga naturaleza práctica o puramente teórica, le antecede por lo general una concreta dialéctica de motivos, deseos y aspiraciones que la determinan.<sup>12</sup> Allí donde este juicio dialéctico no es plenamente libre, pues está de un modo u otro condicionado por una instancia que estipula a través de imperativos un orden objetivo necesario, sea el Derecho, sean los usos sociales, sea una concreta moral, es siempre imaginable el surgimiento de una situación conflictiva como la acabada de describir. Cuando un ser humano, por lo tanto, un agente con capacidades limitadas y sujeto a la contingencia, es destinatario de dos o más normas de comportamiento, la posibilidad de que ambas entren en conflicto no puede ser descartada de antemano. O desde la perspectiva opuesta, quien prescribe corre ineludiblemente el riesgo de que la contingencia vuelva imposible la realización conjunta (cumulativa) de dos formas de comportamiento que, aisladamente, esto es, por separado, sí

---

<sup>6</sup> Cfr. HEGEL, *Lecciones sobre la estética*, 1989, pp. 341 y s.

<sup>7</sup> Cfr. MARRADES MILLET, en MORENILLA TALENS/DE MARTINO (eds.), *Fil d'Ariadna*, 2001, p. 267.

<sup>8</sup> Un exhaustivo estudio de alguno de estos conflictos trágicos en NUSSBAUM, *La fragilidad del bien*, 2004, pp. 53 y ss., 89 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. NUSSBAUM, *La fragilidad del bien*, 2004, p. 56.

<sup>10</sup> Precisamente esta aspiración de autosuficiencia racional en el pensamiento ético griego es el objeto de estudio de NUSSBAUM, *La fragilidad del bien*, 2004, p. 31.

<sup>11</sup> Cfr. SLOTE, *The Impossibility of perfection*, 2011, pp. 39 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. END, *Existentielle Handlungen*, 1959, p. 5.

podrían ser realizadas o cumplidas por el sujeto a quien se pretende obligar.<sup>13</sup> A partir de aquí, parece posible asimismo afirmar que todo aquel sistema de normas que pretende ofrecer patrones claros de conducta a sus destinatarios tiene un interés razonable en la reconciliación de las pretensiones que tratan de negarse mutuamente en situaciones de conflicto. Si el surgimiento de tales conflictos es inevitable, su disolución parece igualmente obligada.

Así las cosas, no es de extrañar que el surgimiento y la resolución de colisiones empíricamente condicionadas entre dos formas de comportamiento constituya un *topos* clásico y de importancia capital en la discusión teológica,<sup>14</sup> ética y filosófico-moral. Aunque desde perspectivas distintas, lo cierto es que desde la filosofía estoica, pasando por la escolástica y la filosofía racionalista de la ilustración, continuando con la filosofía existencialista y fenomenológica, hasta la discusión actual en el marco de las éticas de deber, la colisión de deberes o, en la terminología en boga, el dilema moral, siempre ha ocupado un lugar preeminente en el foro filosófico.<sup>15</sup> Dos son las cuestiones que han protagonizado históricamente esta discusión. Por un lado, es objeto imperecedero de viva discusión la misma existencia o no de verdaderas colisiones de deberes, esto es, la posibilidad o imposibilidad de que un sistema de normas (morales) contenga realmente dos obligaciones que se excluyan mutuamente.<sup>16</sup> Por otro lado, el segundo *topos* discursivo cardinal, abordado por aquellos filósofos que admiten la existencia de tales conflictos, es el de la posibilidad o no de hallar auténticos conflictos irresolubles.<sup>17</sup> Aunque por razones diversas, son también multitud los autores que han negado la posibilidad de resolver los auténticos dilemas morales,<sup>18</sup> esto es, que admiten la existencia de ciertos conflictos frente a los que no existe ningún criterio moral

---

<sup>13</sup> *Pars pro toto*, VON KUTSCHERA, *Grundlagen der Ethik*, 2ª ed., 1999, p. 83.

<sup>14</sup> En el marco de la discusión ética cristiana, por ejemplo: LEMME, *Christliche Ethik*, v. II, 1905, pp. 845 y ss.; SCHILLING, *Grundriss der Moralthologie*, 2ª ed., 1949, pp. 82 y ss.; y en la teología evangélica, vid. por ejemplo, MEZGER, «Gerechtigkeit und soziale Ordnung in evangelischer Sicht», en *Zur Politischen Predigt*, 1952, pp. 18 y ss., pp. 28 y ss.

<sup>15</sup> La bibliografía es, sencillamente, inabarcable. Un repaso histórico y exhaustivo del tratamiento filosófico de la colisión de deberes puede leerse en HÜGLI, «Pflichtenkollision», *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, v. VII, 1989, pp. 440 y ss., con múltiples referencias bibliográficas agrupadas por periodos históricos.

<sup>16</sup> Remarcando la larga tradición de la discusión acerca de la existencia misma de los dilemas morales, vid. GRÄFRATH, «Dilemma», en KOLMER/WILDFEUER (eds.), *Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, v. I, 2011, p. 537; y sobre esto mismo, vid. ANDERHEIDEN, *Pluralismus und Pflichtenkollisionen*, 2000, p. 36; o MARTÍNEZ ZORRILLA, *Conflictos constitucionales*, 2007, pp. 277 y ss., p. 277, señalando que «[d]icho debate se ha centrado primordialmente en la cuestión de si las situaciones de dilema moral *son posibles*, y por el contrario (y lamentablemente, en mi opinión), no se ha dedicado tanta atención al aspecto conceptual (qué se entiende por «dilema moral»). [cursiva en el original].

<sup>17</sup> Cfr. por todos, STATMAN, *Moral Dilemmas*, 1995, pp. 10 y s.

<sup>18</sup> A modo de ejemplo, vid. HARTMANN, *Ética*, 2011, pp. 249 y s., para quien el carácter irresoluble del conflicto no obedece a la concreta configuración empírica del mundo, sino a la misma incompatibilidad de los valores últimos que fundamentan materialmente el dilema, pues no existe «un único valor supremo captable en contenido del que se derivaran todos los demás»; o SARTRE, *El existencialismo es un humanismo*, 1984, pp. 69 y s., para quien es solo el sentimiento personal el que actúa como instancia decisoria ante auténticos conflictos, el obligado debe escoger libremente, “inventando” la solución, pues la moral no se la ofrece. Defienden también la irresolubilidad de los conflictos en la discusión actual sobre los dilemas morales, entre otros muchos, por ejemplo, BRADLEY, «Collision of Duties», en GOWANS (ed.), *Moral Dilemmas*, 1987, pp. 63 y ss., pp. 65 y s.; NAGEL, «The Fragmentation of Value», en GOWANS (ed.), *Moral Dilemmas*, 1987, pp. 174 y ss.; o SINNOTT-ARMSTRONG, «Moral Dilemmas and Incomparability», *American Philosophical Quarterly*, (4), 1985, pp. 321 y ss., p. 323; y con detalle y más referencias doctrinales en este mismo sentido, vid. MARTÍNEZ ZORRILLA, *Conflictos constitucionales*, 2007, pp. 339 y ss.

que permita preferir una de las dos opciones de comportamiento concurrentes.<sup>19</sup> En este sentido, tanto Immanuel KANT como John Stuart MILL, insignes representantes de las dos grandes tradiciones filosóficas predominantes en la filosofía moral contemporánea, negaron de forma expresa la misma posibilidad de que los deberes entren en conflicto.<sup>20</sup> En palabras de MILL, «[s]i la utilidad es la fuente última de la obligación moral, puede invocarse la utilidad para decidir entre derechos y obligaciones cuando las demandas de ambos son incompatibles».<sup>21</sup> Es decir, dado que siempre existe un criterio para preferir entre las potencias concurrentes, no cabe hablar nunca de conflictos entre obligaciones con verdadera pretensión de vigencia enfrentada. También KANT, en consonancia con una dilatada tradición filosófica, negó abiertamente la existencia de los conflictos de deberes. «La discusión sobre la colisión de deberes, que en el marco de la teología moral católica estaba ya en el S. XVII esencialmente concluida, floreció de nuevo en la filosofía de la ilustración alemana del S. XVIII bajo análogas condiciones y con la misma dirección».<sup>22</sup> Ya no desde postulados teológicos u ontológicos, sino racionalistas, rechaza también KANT con meridiana claridad la posibilidad de que dos deberes entren en conflicto:<sup>23</sup>

«Un conflicto de deberes (*collisio officiorum s. obligationum*) consistiría en una relación entre ellos, en virtud de la cual uno de ellos anularía al otro (total o parcialmente). —Pero, dado que deber y obligación en general son conceptos que expresan la *necesidad* objetiva práctica de determinadas acciones, y puesto que dos reglas opuestas entre sí no pueden ser a la vez necesarias, sino que cuando es deber obrar atendiendo a una, obrar siguiendo a la otra no sólo no es deber alguno, sino incluso contrario al deber: es totalmente impensable una *colisión de deberes* y obligaciones (*obligationes non colliduntur*)».<sup>24</sup>

En este pasaje se concreta a propósito del problema de la colisión de deberes el principio voluntarista (*Sollen impliziert Können*) rector de la moral kantiana.<sup>25</sup> «Todos los imperativos mandan hipotética o categóricamente. Los primeros representan la necesidad práctica de una

<sup>19</sup> Sea como fuere, lo cierto es que el problema de los conflictos de deberes, más que un problema práctico, ha sido concebido históricamente como un motivo de disputa en un nivel meta-ético. Y de hecho, el objetivo último de la discusión filosófica contemporánea sobre los dilemas morales no reside tanto en su solución, como en la crítica de las distintas concepciones morales defendidas a partir del modo en que éstas se relacionan con el fenómeno de las colisiones de deberes. Para una aproximación a este debate, véase, entre otros, MOTHERSILL, «The Moral Dilemmas Debate», en MASON (ed.), *Moral Dilemmas and Moral Theory*, 1996, pp. 66 y ss.; RATERS, *Das moralische Dilemma*, 2013, pp. 46 y ss.; o ŞATMAN, *Moral Dilemmas*, 1995, pp. 5 y ss.

<sup>20</sup> Al respecto, vid. solo VOSENKUHL, «Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns», en ROXIN/SCHRITH (eds.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4ª ed., 2010, pp. 6 y s.

<sup>21</sup> Cfr. MILL, *El utilitarismo*, 1984, p. 74.

<sup>22</sup> Cfr. HÜGLI, *Historisches Wörterbuch*, v. VII, 1989, p. 442.

<sup>23</sup> Al respecto, fundamental, TIMMERMANN, «Kantian Dilemmas? Moral Conflict in Kant's Ethical Theory», *AGPh*, (1), 2013, pp. 36 a 64; EL MISMO, «The Dutiful Lie: Kantian Approaches to Moral Dilemmas», en GERHARDT ET AL. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung*, pp. 245 y ss.; GUYER, *Kant's System of Nature and Freedom*, pp. 244 y ss., pp. 267 y ss.; HÖFFE, «Königliche Völker», pp. 82 y ss.; BETZLER, «Moralische Konflikte: Versuch einer kantischen Deutung», en GERHARDT et al. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung*, v. III, 2011, pp. 141 y ss.; ESSER, «Kant und moralische Konflikte», en GERHARDT et al. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung*, v. III, 2011, pp. 194 y ss. En el Derecho penal, cfr. JOERDEN, «Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit. Konsequenzen einer These Kants für die strafrechtliche Lehre von der "Pflichtenkollision"», *JRE*, (5), 1997, pp. 43 y ss., quien asume de forma explícita la tesis kantiana a la hora de abordar el problema de las colisiones de deberes en el Derecho penal. Adopta el etiquetaje kantiano KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 294 y ss.

<sup>24</sup> Cfr. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, 2012, Primera Parte, Introducción a la Metafísica de las Costumbres, IV, pp. 30 y s., nm. 224. [cursiva en el original].

<sup>25</sup> Cfr. KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, 2009, Cap. II, pp. 100 y s.

acción posible como medio para conseguir alguna cosa que se quiere (o es posible que se quiera). El imperativo categórico sería el que representaría una acción como objetivamente necesaria por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria».<sup>26</sup> El imperativo moral es, ante todo, un concepto que expresa la necesidad práctico-objetiva de determinadas acciones, por lo que dos reglas opuestas no pueden ser al mismo tiempo necesarias, de modo que, si actuar de acuerdo con una de ellas es un deber, actuar en forma contraria no solo no es un deber, sino más bien una violación del deber.<sup>27</sup> El principio del “deber implica poder”, no solo determinaría aisladamente la noción de ley práctica, sino que permitiría negar igualmente la existencia de auténticas colisiones de deberes y, por extensión, permitiría afirmar que la razón práctica no determina nunca exigencias inconsistentes. «El deber es para él (Kant) la necesidad práctico objetiva de una acción conforme a la ley de la razón, y dado que dos reglas opuestas entre sí no pueden ser a la vez necesarias (la razón se caracteriza por su unidad sistemática), “una colisión entre deberes y obligaciones no es imaginable”».<sup>28</sup> Nada distinto puede valer en el seno de una teoría moral que aspira a realizarse como un todo internamente consistente.<sup>29</sup>

Ahora bien, esta negativa a aceptar auténticos conflictos de deberes no es óbice para que KANT trate asimismo de ofrecer una explicación al fenómeno tradicionalmente abordado bajo esta etiqueta:

«No obstante, en un sujeto y en la regla que él se prescribe pueden muy bien encontrarse dos razones de la obligación (*rationes obligandi*), de las que una u otra es, sin embargo, insuficiente para obligar (*rationes obligandi non obligantes*), porque entonces una no es deber. —Si dos razones semejantes se oponen entre sí, la filosofía práctica no dice entonces que la obligación más fuerte conserva la supremacía (*fortior obligatorio vincit*), sino que la razón más fuerte para obligar conserva el puesto (*fortior obligandi ratio vincit*)».<sup>30</sup>

Es decir, para KANT, las que realmente coliden en aquellas situaciones en las que parecen confrontarse los deberes, en verdad, son las “razones de obligación” (*rationes obligandi*) de donde emanan o se derivan los auténticos deberes.<sup>31</sup> Aunque KANT nunca definió de forma suficiente el concepto de “razón de obligación”, ni el modo en el que comparar la “fuerza” de las “razones obligantes” en liza,<sup>32</sup> la comprensión *kantiana* del fenómeno de las colisiones de

<sup>26</sup> Cfr. KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, 2009, Cap. II p. 98.

<sup>27</sup> Cfr. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1984, pp. 75 y ss.; TIMMERMANN, *AGPh*, (1), 2013, pp. 41 y ss.; o LEMME, *Christliche Ethik*, v. II, 1905, p. 849.

<sup>28</sup> Cfr. FORSCHNER, «Pflichtenollision», en HÖFFE (ed.), *Lexikon der Ethik*, 7ª ed., 2008, p. 242.

<sup>29</sup> Cfr. TIMMERMANN, *AGPh*, (1), 2013, p. 42; y con detalle, sobre “el sistema de deberes kantiano”, vid. solo GUYER, *Kant's System of Nature and Freedom*, pp. 244 y ss.

<sup>30</sup> Cfr. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, 2012, Primera Parte, Introducción a la Metafísica de las Costumbres, IV, p. 31, nm. 224.

<sup>31</sup> Sobre el concepto de “razón de la obligación” y su distinción respecto de las auténticas obligaciones en el planteamiento kantiano, vid. TIMMERMANN, *AGPh*, (1), 2013, pp. 43 y ss., pp. 47 y s.

<sup>32</sup> En este sentido, TIMMERMANN, *AGPh*, (1), 2013, pp. 37 y s., quien entiende que ello obedecería al reconocimiento por parte de KANT de la imposibilidad de establecer criterios filosóficos generales adecuados para la resolución de los conflictos (p. 54). Sin embargo, como señala HÜGLI, *Historisches Wörterbuch*, v. VII, 1989, p. 444, fueron sus discípulos y seguidores quienes posteriormente se ocuparon de concretar algo más cuáles eran las posibles razones de obligación a las que se refería KANT, así como del desarrollo de las reglas generales de jerarquización entre tales razones. Por ejemplo, vid. C. Ch. E. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 101 y ss., pp. 141 y ss. Sobre esto mismo, con detalle, vid. Cap. 2, apdo. III, 2.

deberes ha ejercido desde entonces una influencia primordial en el devenir de la discusión, no solo filosófica, sino también jurídica.<sup>33</sup> Las “razones de la obligación”, como formas imperfectas obligacionales, podrían efectivamente colidir entre sí, sin embargo, el sistema de normas procedería a disolver el conflicto antes de elevar una de las dos razones de obligación a la categoría de auténtico deber penal. O como lo expresa KANT, la razón “más fuerte para obligar” conserva su puesto, de modo que se convierte en un deber, esto es, en la necesidad objetivo-práctica de una determinada acción, mientras que la “razón” obligante más débil queda anulada sin llegar siquiera a obligar a su destinatario (*rationes obligandi non obligantes*).

La presente tesis doctoral se ciñe al estudio de los conflictos de deberes con trascendencia jurídico-penal. Se trata, en definitiva, de abordar el problema de cómo solucionar aquellos supuestos en los que un mismo ciudadano parece ser llamado a cumplir en un primer momento dos obligaciones jurídicas, una de las cuales ostenta naturaleza penal, pero ambas resultan en el caso concreto de imposible cumplimiento cumulativo. Es decir, se trata de examinar cómo resolver aquellos conflictos que surgen entre dos obligaciones —de posible cumplimiento disyuntivo, pero imposible satisfacción cumulativa— cuando la infracción de una de aquéllas se encuentra penalmente sancionada. Pese a que ya a finales del S. XIX BINDING había determinado conceptualmente el alcance jurídico-penal del problema en términos sustancialmente idénticos a los que se manejan en la actualidad,<sup>34</sup> la discusión que arranca por entonces no parece haber sido por el momento tan fructífera como en otros ámbitos de la teoría del delito. Si bien no son pocas las monografías y trabajos doctrinales que se han dedicado al problema,<sup>35</sup> la discusión científica ha estado marcada desde sus mismos

---

<sup>33</sup> La literatura que aborda el planteamiento kantiano es legión y la alusión a los dos pasajes referidos una constante en la discusión filosófica moderna. Resulta clarificador el reciente trabajo de TIMMERMANN, *AGPh*, (1), 2013, pp. 36 y ss. Además, vid. HERMAN, *The Practice of Moral Judgment*, 1993, Cap. 8, pp. 164 y ss. En el Derecho penal, por ejemplo, vid. JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, pp. 43 y ss. Al respecto, en detalle, cfr. Cap. 2, apdo. III, 2, apdo. II, 4.

<sup>34</sup> Vid. BINDING, *Handbuch*, 1885, pp. 762 y s.; al respecto, Cap. 1, apdo. II, 1.

<sup>35</sup> Monográficamente, por orden cronológico: KÜHN, *Die Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1908; JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1930; BARTHOLOMÉ, *Die Bedeutung der Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1930; WELGER, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1934; SCHMIDT, *Die Interessen- und Pflichtenkollision im Rahmen des § 330c StGB*, 1949; END, *Existentielle Handlungen im Strafrecht*, 1959; FÜTTERER, *Stenergeheimnis und Pflichtenkollision*, 1959; OTTO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 1965 (con 2ª ed., en 1974 y 3ª en 1978); KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979; STUCKI-GALLWOSZUS, *Pflichtenkollision von Schweigepflicht und Aufklärungspflicht des Arztes*, 1981; CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 1984; ETZEL, *Notstand und Pflichtenkollision im amerikanischen Strafrecht*, 1993; y SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt*, 2000; o VIGANÒ, *Stato die necessità e conflitti di doveri*, 2000. Además, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes artículos en revistas y libros colectivos: VON WEBER, «Die Pflichtenkollision im Strafrecht», *FS-Kiesselbach*, 1947, pp. 233 y ss.; GALLAS, «Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund», *FS-Mezger*, 1954, pp. 311 (también en GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenlehre*, 1968, pp. 60 y ss.); LENCKNER, «Ärztliche Hilfeleistung und Pflichtenkollision», *Medizinische Klinik*, (64), 1969, pp. 1000 y ss.; KÜPER, «Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung», *JuS*, 1971, pp. 474 y ss.; MANGAKIS, «Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts», *ZStW*, (84), 1972, pp. 447 y ss.; HRUSCHKA, «Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen», *FS-Larenz*, 1983, pp. 259 y ss.; EL MISMO, «Extrasystematische Rechtfertigungsgründe», *FS-Dreher*, 1977, 1977, pp. 189 y ss.; DINGELDEY, «Pflichtenkollision und Rechtsfreier Raum», *JURA*, 1979, pp. 478 y ss.; JOERDEN, «Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit», *JRE*, (5), 1997, pp. 43 y ss.; GROPP, «Die „Pflichtenkollision“: weder eine Kollision von Pflichten noch Pflichten in Kollision», *FS-Hirsch*, 1999, pp. 208 y ss.; NEUMANN, «Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen», *FS-Roxin*, 2001, pp. 421 y ss.; OTTO, «Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlich gleichrangiger Interessen», *JURA*, (7), 2005, pp. 470 y ss.; SATZGER, «Die rechtfertigende Pflichtenkollision», *JURA*, (10), 2010, pp. 753 y ss.; RÖNNAU, «Rechtfertigende Pflichtenkollision», *JuS*, (2), 2013, pp. 113 y s. Y en la literatura comentarista, especialmente relevantes me



comienzos por una profunda indeterminación y oscuridad conceptual. De hecho, el mismo legislador alemán, al positivizar el estado de necesidad en el § 34 StGB, renunció explícitamente a regular la colisión de deberes, pues en atención al estado del debate doctrinal en aquel país a mediados de los años sesenta, a ello se opondrían «obstáculos insalvables».<sup>36</sup>

Es igualmente ilustrativo como los propios autores que han abordado el problema a lo largo de la historia coinciden en señalar la ausencia de trabajos doctrinales que lo afronten en toda su dimensión. En el año 1930 iniciaba JANSEN su estudio monográfico lamentándose por el exceso de literatura que aborda la cuestión de manera tópica y mostrando su sorpresa y preocupación por la falta de trabajos que enfrentaran el problema en su totalidad.<sup>37</sup> Y en idéntico sentido, a finales de los años ochenta, afirmaba KÜPER que la «gran monografía sobre esta compleja temática espera todavía a su autor, pues los estudios existentes hasta el momento se limitan a aspectos parciales» del problema.<sup>38</sup> Transcurridos ya casi cuarenta años desde entonces, la publicación de un número no desdeñable de artículos doctrinales y algún que otro trabajo monográfico, la contundente afirmación de KÜPER parece gozar todavía hoy de plena vigencia. Por un lado, los trabajos de este último autor y, sobre todo, la sugerente monografía de Harro OTTO, sin duda los referentes en la discusión moderna continental, se ocupan únicamente de las colisiones de deberes (equivalentes) en las que están en juego vidas humanas. Por otro lado, los artículos publicados entretanto, con contadas excepciones,<sup>39</sup> o bien se centran en cuestiones muy particulares del problema,<sup>40</sup> o bien lo abordan de un modo superficial.<sup>41</sup> Esta tendencia parece haberse consolidado en los últimos años en el marco de la profusa discusión sobre los conflictos vitales trágicos, en donde se alude de forma tangencial y sin mayores reflexiones al problema de la colisión de deberes como una posibilidad justificante más de entre todas las imaginables a la hora de valorar la responsabilidad jurídico-penal de quien acaba con la vida de un inocente para salvar a otra persona.<sup>42</sup>

Y lo cierto es que el estado de la dogmática de la colisión de deberes en nuestro país resulta todavía más frágil. A excepción de la monografía publicada por CUERDA RIEZU a principios de los años ochenta,<sup>43</sup> auténtico oasis en la discusión española, no existe ningún trabajo, ni

---

parecen las aportaciones de PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff», NK, 4ª ed., nm. 170 y ss.; y NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 124 y ss.

<sup>36</sup> Cfr. Begr. zu § 39 E 1962 (= BT-Drucks. IV/650), p. 159: «Ungeregt läßt der Entwurf schließlich gewisse Fälle, wie etwa die des Pflichtenwiderstreits. Auch insoweit soll der Rechtsprechung nicht vorgegriffen werden, da einer gesetzlichen Regelung unüberwindliche Hindernisse entgegenstehen». Sobre la positivización del estado de necesidad en el StGB y la renuncia del legislador germano a regular la colisión de deberes, vid. solo ROXIN, AT, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, 723 y ss., nm. 1 y ss., y § 16 D, p. 778, nm. 115.

<sup>37</sup> Cfr. JANSEN, *Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1930, p. 2.

<sup>38</sup> Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 13.

<sup>39</sup> Sí abordan el problema desde sus fundamentos, por ejemplo, GROPP, *FS-Hirsch*, 1999, pp. 208 y ss.; NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, pp. 421 y ss.; u OTTO, *JUR4*, (7), 2005, pp. 470 y ss.

<sup>40</sup> Cfr. MANGAKIS, *ZStW*, (84), 1972, pp. 447 y ss., abordando únicamente los conflictos entre vidas humanas. Y en este mismo sentido, vid. también la última monografía publicada en Alemania sobre el conflicto de deberes, SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, *passim*.

<sup>41</sup> Así, por ejemplo, SATZGER, *JUR4*, (10), 2010, pp. 753 y ss.; o RÖNNAU, *JuS*, (2), 2013, pp. 113 y s., en sendos trabajos de formación jurídica.

<sup>42</sup> Así, por ejemplo, vid. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 117 y ss., 187 y ss., 272 y ss.; BOTT, *In dubio pro Straffreiheit?*, 2011, pp. 110 y ss.; o STÜBINGER, *Notwehr-Folter und Notstands-Tötung?*, 2015, pp. 350 y ss.

<sup>43</sup> CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984.

quiera en forma de artículo doctrinal, dedicado a analizar el problema de los conflictos de deberes en toda su extensión.<sup>44</sup> Y ello pese a que, a diferencia de lo que acontece en Alemania, el Código penal español sí contempla expresamente y desde antaño dos eximentes de la responsabilidad penal vinculadas con el fenómeno normativo de las situaciones de conflicto de deberes (arts. 20.5.º y 20.7.º CP). Al contrario de lo que ha sucedido con el estado de necesidad, objeto de una importante discusión doctrinal en los últimos tiempos, la colisión de deberes parece haber quedado en un segundo o tercer plano. Aquello mismo que afirmaba CUERDA RIEZU al concluir su examen de la discusión científica en nuestro país, a saber, que «[l]a dogmática de la colisión de deberes no ha alcanzado en España un desarrollo tan profundo como en la doctrina alemana»,<sup>45</sup> puede a día de hoy ser igualmente sostenido. Si resulta que la discusión germana se encuentra a su vez en un estado más bien precario, como mínimo, en comparación con el grado de desarrollo alcanzado en otros ámbitos de la teoría del delito, solo cabe afirmar que la colisión de deberes, como problema jurídico-penal, precisa inexcusablemente de un desarrollo dogmático que sitúe a la institución en los grados de certeza y comprensión propios del resto de instituciones jurídico-penales. Como en el próximo capítulo debería ponerse en evidencia, todavía no resulta pacífico a día de hoy qué ha de entenderse por colisión de deberes ni cuál es la relación de este instituto con el estado de necesidad ni qué tipo de efectos eximentes de la responsabilidad penal debería desplegar la colisión de deberes.

Pues bien, la comprensión kantiana del problema arriba bosquejada constituye un punto de partida fundamental para la revisión de la dogmática de la colisión de deberes que se pretende llevar a cabo en este trabajo. Hasta donde alcanzo, en el pasaje de *La Metafísica de las Costumbres* antes reproducido se condensan las tres cuestiones esenciales sobre las que orbita la todavía inacabada discusión contemporánea sobre la colisión de deberes jurídico-penal. Me refiero, en primer lugar, a la noción de deber y su relación con el principio voluntarista en el momento de su legitimación. ¿Puede un Ordenamiento dirigir dos auténticos deberes a un mismo sujeto de imposible satisfacción cumulativa? En segundo lugar, el pasaje arriba recogido muestra también a las claras la necesidad de desarrollar pormenorizadamente un sistema de reglas para la determinación de la razón preferente en situaciones de conflicto (*fortior obligatorio vincit*). Finalmente, en tercer y último lugar, y aunque muy vinculado con el primero de los tres puntos ahora referidos, la formulación kantiana del problema muestra asimismo la necesidad de concretar qué consecuencias normativas tiene la disolución del conflicto. Como digo, la presente tesis doctoral procura una revisión del concepto y fundamento de solución de la colisión de deberes jurídico-penal a partir de estos tres ejes esenciales.

---

<sup>44</sup> Aborda el problema parcialmente, CUELLO CONTRERAS, «La justificación del comportamiento omisivo», *ADPCP*, (43), 1990, pp. 497 y ss. CUERDA RIEZU se ocupó nuevamente del problema en un breve artículo en el que resume sus principales tesis: «Hechos omisivos y causas de justificación. En particular: la colisión de deberes», en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, 1994, pp. 51 y ss.

<sup>45</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 56.

Ello responde a la firme convicción de que ni la definición del instituto penal sostenida por la doctrina dominante ni la pretensión de resolver los conflictos a partir del principio del interés preponderante ni la ubicación sistemática que se le depara al problema constituyen puntos de partida idóneos para la resolución justa de los conflictos de deberes con trascendencia penal.

A tal fin, se ha dividido este trabajo en tres partes. (I) En la primera de ellas, compuesta por un único capítulo, (1) se presenta en un detallado análisis descriptivo el estado de la discusión jurídico-penal actual en la dogmática penal de inspiración germánica. Este examen viene a dar la razón a aquellos autores que desde antaño se lamentan por el precario estado de la dogmática de la colisión de deberes. Ni existe consenso en la definición de la colisión de deberes ni en su delimitación respecto del estado de necesidad ni en los concretos efectos eximentes de aquella institución. (II) Las conclusiones que brinda este primer capítulo constituyen el *leit motiv* de la segunda parte de este trabajo, consagrada a la reconstrucción del concepto y fundamento de la colisión de deberes jurídico-penal. Así, el capítulo segundo (2) se dedica a la rehabilitación conceptual de la definición del instituto penal de la colisión de deberes. En consonancia con la doctrina de los deberes *kantiana*, se defiende en este trabajo que todo deber penal queda legitimado en atención al principio de capacidad y que, por lo tanto, los deberes penales nunca entran en conflicto. Lo hacen solo las “razones de obligación”, como formas obligacionales imperfectas. Todo conflicto se disuelve en el momento de determinar la norma final de comportamiento jurídico-penal. Nadie está obligado a lo imposible (*impossibilium nulla obligatio*). A partir de aquí, en el tercer capítulo (3) se ensaya una profunda revisión de los presupuestos normativos rectores del sistema de jerarquización de las razones de obligación en conflicto. Se trata, en definitiva, de determinar los principios últimos que han de regir el sistema de jerarquización de las razones enfrentadas en el marco de un Ordenamiento jurídico liberal que, por lo tanto, no pretende maximizar intereses o bienes desde una perspectiva colectiva, sino armonizar de manera justa esferas de libertad conforme a los principios de autonomía y solidaridad. La solución de los conflictos no pasa por la búsqueda del interés preponderante, sino por una adecuada comparación de las pretensiones formales de libertad en conflicto. Todo ello constituye *conditio sine qua non* para poder, ahora ya en la tercera y última parte de esta tesis doctoral (III), afrontar el reto de resolver pormenorizadamente todos los conflictos entre razones de obligación dables. Para ello, en el cuarto capítulo (4) se concreta cómo proceder de una manera ordenada y sistemática a jerarquizar las razones en conflicto. Se trata, en resumidas cuentas, de reemplazar la técnica tópica de la ponderación de intereses por un análisis comparativo sistemático y formal de las pretensiones jurídicas enfrentadas en el conflicto. Ello pasa, en un primer momento, por distinguir claramente las dos dimensiones esenciales en las que se manifiesta formalmente el conflicto de deberes: es decir, la relación intersubjetiva entre los dos beneficiarios de las razones en conflicto y la relación normativa que vincula al obligado con cada uno de esos dos beneficiarios. La jerarquización de las razones pasa por un análisis individual de cada uno de estos planos y por una armonización justa de estas dos dimensiones conflictivas parciales. Finalmente, (5) en el quinto y último capítulo se pretende poner en evidencia cómo los resultados del proceso de jerarquización son canalizados dogmáticamente a fin de disolver los conflictos entre razones de obligación.



# PRIMERA PARTE

## LA COLISIÓN DE DEBERES EN EL DERECHO PENAL

### CAPÍTULO I

#### LA COLISIÓN DE DEBERES EN LA DISCUSIÓN JURÍDICO-PENAL CONTEMPORÁNEA

*«Eber kann man von einem verbreiteten Desinteresse der Dogmatik und von einer gewissen Stagnation der wissenschaftlichen Auseinandersetzung sprechen. Das gilt für die normtheoretischen und axiologischen Grundsatzprobleme ebenso wie für die zahlreichen Detailfragen der Pflichtenbewertung und -abwägung».\**

#### I. INTRODUCCIÓN

El estancamiento del desarrollo dogmático del instituto que denunciaba KÜPER, pese a la aparición entretanto de algunos importantes trabajos, parece a día de hoy haberse enquistado.<sup>1</sup> En opinión de GROPP, el nulo espacio de consenso perceptible en la discusión sobre la colisión de deberes trae causa de los múltiples malentendidos que dominan el debate doctrinal.<sup>2</sup> NEUMANN, quien se ha ocupado de esta cuestión de forma repetida en los últimos tiempos, afirma que todavía queda por aclarar cuál es la estructura normativa fundamental del instituto y su ubicación sistemática en el marco de la teoría del delito.<sup>3</sup> En su opinión es necesario esclarecer si el instituto penal de la colisión de deberes se basa simplemente en una colisión entre los intereses que subyacen a las obligaciones o si realmente presenta una estructura normativa específica y propia.<sup>4</sup>

Esta indefinición estructural explica a su vez por qué todavía hoy es imposible advertir en la doctrina una delimitación conceptual nítida entre la colisión de deberes y el estado de necesidad. Mientras que para unos autores la colisión de deberes representa un problema particular de la problemática general del estado de necesidad, para otros constituye una causa autónoma de exención de la responsabilidad penal. Además, como veremos en este capítulo, a partir de la distinción entre deberes de actuar y de omitir, la doctrina se divide entre quienes pretenden definir la colisión de deberes exclusivamente a partir del conflicto entre dos mandatos y quienes lo hacen de un modo amplio, esto es, con independencia del carácter activo u omisivo de la conducta debida.<sup>5</sup> A esta incapacidad para definir el instituto penal de

---

\* KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenollision im Strafrecht*, 1979, p. 13.

<sup>1</sup> Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 13.

<sup>2</sup> Cfr. GROPP, *AT*, 2ª ed., 2005, § 6.B., nm. 150.

<sup>3</sup> Vid. NEUMANN, «Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen», *FS-Roxin*, 2001, p. 421.

<sup>4</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 421.

<sup>5</sup> Por todos, vid. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 124.

la colisión de deberes y los lindes de éste frente al estado de necesidad se suma la profunda controversia doctrinal acerca de la concreta ubicación sistemática de la figura. Mientras que la doctrina dominante le atribuye siempre efectos justificantes, no faltan las voces que abogan por ubicar el problema en el ámbito del tipo o incluso, ante deberes equivalentes, en el de la culpabilidad, en un espacio libre de Derecho o en estructuras intermedias a caballo entre la auténtica justificación y la exculpación.<sup>6</sup>

El presente capítulo pretende ofrecer una fotografía lo más aproximada posible del actual estado de la discusión sobre la colisión de deberes en la dogmática jurídico-penal de inspiración germánica.<sup>7</sup> Para ello se ofrece en el próximo apartado (II) una breve aproximación histórica al desarrollo de este instituto jurídico-penal en el Derecho penal alemán y español. Esto resulta ineludible para poder comprender la discusión doctrinal contemporánea en toda su extensión.<sup>8</sup> Más concretamente, lo pretendido en el tercer apartado de este capítulo (III) es, en primer lugar, examinar cómo pretende la doctrina actual definir el instituto penal, esto es, qué deberes y cómo éstos darían lugar a una situación de colisión de deberes jurídico-penalmente relevante. En segundo lugar, se muestra allí cómo la doctrina pretende resolver los conflictos, es decir, cómo procede aquélla a la jerarquización de los deberes en atención a su rango jerárquico a fin de disolver las situaciones de conflicto. Finalmente, en tercer y último lugar, se muestran las distintas concepciones defendidas en la doctrina en torno a la naturaleza eximente de la colisión de deberes, las cuales, a su vez, se materializan en las distintas ubicaciones sistemáticas que se le asignan al problema en el marco de la teoría del delito. El presente capítulo concluye con un cuarto y último apartado (IV) en el que se ofrecen resumidamente las claves esenciales para comprender la actual discusión y los ejes sobre los que debería girar la inaplazable revisión de la dogmática de la colisión de deberes.

---

<sup>6</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, pp. 421 y s.

<sup>7</sup> El problema de la colisión de deberes apenas ha sido tematizado en la discusión jurídico-penal anglosajona. Sí lo aborda en cambio, aunque brevemente, FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 2000, § 10.4.6, pp. 852 y ss., quien alude a propósito de la teoría de la justificación y las excusas a la figura de los “deberes inconsistentes” (*Inconsistent Duties*). En todo caso, lo cierto es que FLETCHER se limita a resumir el modo en el que la doctrina alemana más clásica pretende resolver los conflictos de deberes. De esto mismo da cuenta ETZEL, *Notstand und Pflichtenkollision im amerikanischen Strafrecht*, 1993, pp. 183 y ss. En cambio, sí aborda con detalle el problema de los “dilemas morales” la doctrina filosófico-moral anglosajona. Sobre los conflictos entre vidas humanas, entre otros muchos, vid. RAKOWSKI, «Taking and Saving Lives», *Columbia Law Review*, (93), 1993, pp. 1063 y ss.; o KAMM, «Harming Some to Save Others», *Philosophical Studies*, (57), 1989, pp. 227 y ss.

<sup>8</sup> Una comprensión de la discusión actual es imposible al margen de la discusión germánica que, a su vez, solo puede comprenderse a partir de la concepción del problema desarrollada por el *iusnaturalismo* racionalista y el idealismo alemán. Esto último lo ha puesto claramente de relieve en sucesivos trabajos HRUSCHKA, «Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen», *FS-Larenz*, 1983, pp. 263 y ss.; EL MISMO, «Zwei Axiome des Rechtsdenkens», *FS-Reimers*, 1979, pp. 459 y ss.; así como JOERDEN, «Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit», *JRE*, (5), 1997, pp. 44 y ss.

## II. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA COLISIÓN DE DEBERES JURÍDICO-PENAL

El objetivo de este primer apartado consiste en poner de relieve el origen último de los puntos de disonancia que caracterizan la discusión actual. Hasta donde alcanzo, son esencialmente tres los momentos históricos cardinales en el desarrollo de esta figura, los cuales permiten a su vez comprender el sentido último de la discusión coetánea sobre la colisión de deberes. Aunque al final de este epígrafe se abordará brevemente el origen histórico de la regulación legal del instituto en nuestro país, se trata ahora, en esencia, de comprender los orígenes de la discusión actual en Alemania, pues ésta, además de constituir el desarrollo dogmático más avanzado de la colisión de deberes jurídico-penal, ha ejercido y ejerce una influencia cardinal en la discusión contemporánea del problema en el mundo jurídico-penal continental.<sup>9</sup>

### 1. *BINDING y el hallazgo del problema para la dogmática penal*

El primero de esos tres momentos se corresponde con la publicación en el año 1885 del manual de BINDING, en el cual se expone por primera vez en la discusión penal moderna el problema de la colisión de deberes tal y como hoy lo conocemos.<sup>10</sup> Ni que decir tiene que ya antes venían ventilándose problemas similares. Además del conflicto entre bienes, ya LUDEN trataba de forma minuciosa las infracciones de prohibiciones generales para dar cumplimiento a órdenes específicas,<sup>11</sup> así como las acciones lesivas para la salvaguarda de terceros que, excepcionalmente, podían ser debidas, como sucede en el caso de los soldados o de los esclavos en el antiguo Derecho romano, quienes tendrían el deber de salvar a sus amos.<sup>12</sup> STAMMLER había tematizado ya antes el conflicto entre el cumplimiento de un deber y los intereses propios que debía sacrificar el obligado.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Ello queda patente en los trabajos monográficos de CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 1984, VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, 2000, o de FERREIRA DA CUNHA, *Vida contra vida*, 2010, en donde la discusión germánica supone el punto de referencia único y capital.

<sup>10</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, pp. 758 y ss., pp. 762. Le atribuyen explícitamente este mérito a BINDING, entre otros, OETKER, *Notwehr und Notstand*, en BIRKMEYER et al. (eds.), *Vergleichende*, v. II, 1908, p. 337; KÜHN, *Die Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1908, p. 8; BROGLIO, *Der strafrechtliche Notstand*, 1928, p. 45; TRAEGER, *Das Notstandsproblem*, 1932, p. 29; JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1930, p. 3; MANGAKIS, «Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts», *ZStW*, (84), 1972, p. 447; CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 36; o HÜGLI, «Pflichtenkollision», en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, v. VII, 1989, p. 453. Evidentemente, no descubre BINDING el problema, pues como se ha señalado en la introducción de este trabajo, ha sido objeto sempiterno de discusión filosófico-jurídica. Sin embargo, sí es mérito fundamental del profesor francfortés el haber adaptado el problema a la realidad estrictamente jurídico-penal, para presentarlo de una forma sistemática y completa. En este sentido, vid. solo HÜGLI, *ob. cit.*, p. 454.

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, LUDEN, *Handbuch des teutschen*, 1847, v. I, pp. 310 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. LUDEN, *Handbuch des teutschen*, 1847, v. I, p. 325 y n. 5.

<sup>13</sup> Cfr. STAMMLER, *Darstellung*, 1878, pp. 37 y s., n. 1, quien cita en este punto esencialmente a los autores hegelianos (LUDEN, HÄLSCHNER o BERNER). BINDING señala en una nota al pie de su manual (BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 759, n. 18) que las similitudes entre su planteamiento y el publicado con anterioridad por STAMMLER se explicarían por el hecho de que «el honorable autor ha asistido a mi clase magistral y naturalmente la ha utilizado para su escrito».

Sin embargo, es BINDING quien, partiendo de la definición básica del estado de necesidad ofrecida por LUDEN, esto es, el estado de necesidad como la colisión entre el mantenimiento de un bien jurídico (o un derecho) y una acción prohibida,<sup>14</sup> procede a su revisión y desarrollo, completándola a partir de dos subestructuras adicionales. En primer lugar, sería también dable la situación en la que el necesitado se ve obligado para salvaguardar sus propios intereses a infringir un deber que no emana de una prohibición general de lesionar.<sup>15</sup> Así, por ejemplo, también se encontraría en una situación de estado de necesidad aquel guardián de una prisión que se ve obligado a infringir su deber de custodia de las llaves cuando es amenazado con la muerte en caso de no entregarlas.<sup>16</sup> Y en segundo lugar, sería asimismo imaginable la situación en la que un sujeto se ve obligado a infringir un deber para poder dar cumplimiento a una segunda obligación.<sup>17</sup> De este modo completaba BINDING la noción del estado de necesidad manejada por los autores *hegelianos* de la segunda mitad del S. XIX. El estado de necesidad se conformaría por tres clases distintas de conflictos: la colisión entre bienes jurídicos, la colisión entre un deber jurídico y un bien jurídico, y la colisión entre deberes jurídicos.<sup>18</sup>

Aunque en este punto el planteamiento de BINDING resulta algo oscuro, parece querer distinguir este autor entre dos grandes grupos de conflictos de deberes. Aquellos que surgen entre mandatos específicos y prohibiciones generales y aquellos que surgen entre deberes particulares, ya sean mandatos o prohibiciones.<sup>19</sup> A modo de ejemplo, el primer conflicto lo protagonizaría el batallón militar que para cumplir con la orden de acudir a una cita se ve obligado a infringir la prohibición de circular por un campo que ha sido clausurado. No obstante, parece que para BINDING tan solo constituirían auténticas colisiones de deberes aquellos supuestos en los que coliden deberes específicos, atendiendo a los ejemplos que propone, siempre vinculados a funciones públicas. Estos conflictos se darían, por ejemplo, cuando el soldado que ha conocido de un delito planeado se ve en la disyuntiva de abandonar su puesto de guardia o denunciar los planes criminales conocidos. Igualmente, se encontraría en una situación de colisión de deberes el sujeto que debe comparecer ante un tribunal en condición de acusado y es citado el mismo día y hora como testigo por un segundo tribunal; o el súbdito de dos Estados que en caso de estallar la guerra entre aquellos es llamado a filas por ambos.<sup>20</sup> En todo caso, como reconoce expresamente en una nota al pie el propio BINDING, aunque con carácter general tales conflictos surgirían entre deberes *ad faciendum* (mandatos), sería también imaginable el nacimiento de una colisión entre dos deberes *ad omittendum*, así como entre mandatos y prohibiciones.<sup>21</sup>

---

<sup>14</sup> Cfr. LUDEN, *Handbuch des deutschen*, 1847, v. I, p. 304.

<sup>15</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 757.

<sup>16</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 757.

<sup>17</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 758.

<sup>18</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 759.

<sup>19</sup> Vid. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 758.

<sup>20</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 757.

<sup>21</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 759, n. 19.



Sentado lo anterior, tras asumir BINDING que el fundamento último de la exención de responsabilidad en situaciones de necesidad residiría en el principio del mal menor<sup>22</sup> y que la solución a los conflictos de deberes vendría de la mano de su jerarquización a partir de una ponderación de los bienes jurídicos en liza,<sup>23</sup> distingue el referido autor entre dos grandes clases de conflictos.<sup>24</sup> Allí donde fuera posible apreciar un deber más importante que otro, el obligado debería cumplir con el primero. «La elección entre los dos deberes está predeterminada».<sup>25</sup> A modo de ejemplo, señala BINDING que quien está obligado por el Derecho de policía a desmochar los árboles del jardín no puede dejar de poner en inmediato conocimiento de las autoridades los planes de asesinato que acaban de llegar a sus oídos. «Aquí se reconoce de forma indiscutible el cumplimiento del deber de mayor peso como razón fundada para el incumplimiento del menor».<sup>26</sup> En cambio, cuando ambos deberes son equivalentes, dado que «no es posible predeterminar una elección», le correspondería al obligado escoger qué obligación desea cumplir.<sup>27</sup> En ambos casos, la infracción dolosa del deber obedece a una imposibilidad de cumplimiento jurídicamente reconocida, de modo que esa trasgresión no solo no es causa justa para castigar al autor, sino que el cumplimiento del deber menor, o de uno de los dos en caso de equivalencia, «no sería jurídicamente exigido, su no cumplimiento no sería siquiera contrario a Derecho (*kein Delikt*)».<sup>28</sup> Así las cosas, a diferencia de la naturaleza meramente no prohibida (*unverboten*) que le atribuye BINDING al resto de infracciones normativas en estado de necesidad,<sup>29</sup> ante colisiones de deberes, el cumplimiento del deber exigible determinaría la plena conformidad a Derecho de la actuación del obligado.

Sin lugar a duda, el planteamiento de BINDING condicionó decisivamente en Alemania la — por entonces— incipiente discusión académica y jurisprudencial desde finales del S. XIX hasta la Segunda Guerra Mundial. Pese a que es cierto que el problema de la colisión de deberes tardó todavía un tiempo en asentarse en la dogmática penal,<sup>30</sup> la obra de BINDING desempeñó sin duda un papel esencial en dicho proceso. Esto queda de manifiesto, en primer lugar, en la asimilación casi absoluta que de su planteamiento hicieron la mayoría de los

---

<sup>22</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 760, esto es que allí «dondequiera que el Estado se encuentra ante dos males, de los cuales uno seguro acaecerá, aquél evita el mayor, escoge el más pequeño, admite uno entre dos males iguales».

<sup>23</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, pp. 767 y s.

<sup>24</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 762.

<sup>25</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 762.

<sup>26</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 762.

<sup>27</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 762.

<sup>28</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 762. Se equivoca por lo tanto SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, p. 143, n. 812, quien erróneamente señala que BINDING solo admitía la disculpa por la infracción del deber en situación de colisión.

<sup>29</sup> Siempre y cuando no concurren auténticos derechos subjetivos de necesidad, algo excepcional en el planteamiento de BINDING. Vid. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 763, pp. 766 y s. Adviértase sin embargo que este autor sí considera meramente no prohibida la infracción de una prohibición general (lesión de un bien jurídico) para dar cumplimiento a un deber jurídico. (p. 766). Parece ser, pues, que este tipo de colisiones de deberes se regirían por las reglas propias del estado de necesidad. Sobre la noción de lo “no prohibido”, vid. *infra* apdo. III. 4.2, ii).

<sup>30</sup> Así lo afirma CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 37, quien señala fundadamente (vid. el listado de obras que no tratan el tema en la n. 6 de la p. 37 de la citada monografía) que la mayoría de los tratados de principios del S. XX ni siquiera mencionaba el problema.

autores que se ocuparon en Alemania del estado de necesidad a finales del S. XIX y principios del XX.<sup>31</sup> El estado de necesidad se define desde entonces a partir de la tripartición presentada por BINDING, de modo que la colisión de deberes constituiría un caso especial del estado de necesidad (*Pflichtnotstand*). En segundo lugar, cabe asimismo afirmar que es el planteamiento trazado por BINDING el que sirve como referente principal de los primeros trabajos monográficos dedicados a la colisión de deberes a comienzos del S. XX en Alemania. Así, KÜHN, autor de la primera monografía dedicada en exclusiva al problema y publicada en el año 1908, asume plenamente tanto la tripartición del estado de necesidad propuesta por BINDING,<sup>32</sup> como el concepto amplio de colisión de deberes defendido por éste.<sup>33</sup> Y del mismo modo, JANSEN, quien en el año 1930 publica la segunda monografía consagrada al problema,<sup>34</sup> asume el concepto *bindigniano* de la situación de conflicto,<sup>35</sup> recurre al principio del interés preponderante para la resolución de los conflictos,<sup>36</sup> y defiende igualmente la conformidad a Derecho de la infracción del deber de menor o igual rango.<sup>37</sup> En tercer y último lugar, el planteamiento de BINDING ejerció sin duda igualmente una notable influencia en el trabajo de Rudolf MERKEL sobre el principio del interés preponderante,<sup>38</sup> a la postre, referente esencial del reconocimiento por parte del Tribunal del Imperio alemán del estado de necesidad justificante como causa supralegal de justificación.<sup>39</sup> En consonancia con BINDING, defendía MERKEL que tras los derechos y los deberes se esconden siempre intereses<sup>40</sup> y que cuando éstos entran en colisión, el principio general que permite resolver el conflicto —con

---

<sup>31</sup> Por ejemplo, vid. OETKER, en BIRKMEYER et al. (eds.), *Vergleichende*, v. II, 1908, pp. 329 y ss., p. 330, quien asume el concepto de estado de necesidad de BINDING y alude a los tres principios que fundamentarían el estado de necesidad, el *impossibilium nulla obligatio*, el reconocimiento del instinto de supervivencia y la elección del mal menor (pp. 333 y 338). La consecuencia jurídica sería siempre la misma, el carácter no prohibido de la acción necesaria (p. 338). Asumen asimismo en lo esencial el planteamiento de BINDING, entre otros, BROGLIO, *Der strafrechtliche Notstand*, 1928, p. 46; TRAEGER, *Das Notstandsproblem*, 1932, HENKEL, *Der Notstand*, 1932, pp. 95 y s.; o WOLFF, *Lehre vom übergesetzlichen Notstand*, 1936, pp. 39 y ss.

<sup>32</sup> Cfr. KÜHN, *Die Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1908, p. 5.

<sup>33</sup> Es más, el único aspecto realmente original de su obra reside en la interpretación radicalmente colectivista que hace del principio del interés superior en la jerarquización de los deberes. Vid. KÜHN, *Die Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1908, pp. 45 y s. El deber superior sería aquél que sirve al interés superior de la generalidad (*Gesamtheit*). Allí donde coliden intereses particulares, prima el deber que garantiza aquellos que desde la perspectiva de la generalidad son más relevantes. Cuando coliden intereses de la generalidad con intereses particulares, prima el deber que protege los primeros. Y cuando coliden intereses de la generalidad, prima siempre el más importante (p. 46). Consecuentemente, el trabajador ferroviario debería permanecer en su puesto de trabajo y cambiar la aguja, también cuando ello le impida salvar a su hijo que a pocos metros se ahoga en un estanco; el médico está obligado a revelar la enfermedad infecciosa de un paciente, pues el no hacerlo sirve únicamente al interés individual de aquél, mientras que compartir la información sirve a la comunidad en su conjunto (pp. 26 y ss.).

<sup>34</sup> En ese mismo año publica asimismo su tesis doctoral BARTHOLOMÉ, *Die Bedeutung der Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1930. Asumiendo el concepto *bindigniano* de colisión (p. 3), defiende igualmente la necesidad de jerarquizar los deberes como primer paso para la solución de los conflictos. El deber más importante es aquél mejor valorado desde una perspectiva social, a no ser que el legislador haya dispuesto lo contrario (p. 31). A diferencia de BINDING, sin embargo, parece que BARTHOLOMÉ solo atribuye efectos excluyentes de la antijuridicidad al cumplimiento del deber de superior rango, pero no en caso de equivalencia (p. 17).

<sup>35</sup> JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1930, pp. 17 y s.

<sup>36</sup> JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1930, pp. 23 y ss.

<sup>37</sup> JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1930, pp. 41 y ss.

<sup>38</sup> Cfr. R. MERKEL, *Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen: im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in zweiter Lesung*, 1895.

<sup>39</sup> RGSt 61, 242, del 11 de marzo de 1927, p. 254.

<sup>40</sup> R. MERKEL, *Die Kollision rechtmäßiger Interessen*, 1895, p. 73.

efectos justificantes— es el del interés preponderante (*Prinzip des überwiegenden Interesses*).<sup>41</sup> La salvaguarda del interés superior a costa del inferior sería, con carácter general, conforme a Derecho.<sup>42</sup> Ello sería válido tanto para los conflictos entre bienes, como para los que surgen entre bienes y deberes, así como para las colisiones de deberes.<sup>43</sup> Todo ello, como digo, tendrá a la postre una influencia decisiva en el reconocimiento por parte del Tribunal del Imperio alemán de la existencia de una causa supralegal de justificación por estado de necesidad,<sup>44</sup> basada, en el “principio de la ponderación de bienes o deberes”.<sup>45</sup> La coincidencia en este punto entre el planteamiento de BINDING y el del Tribunal imperial alemán será prácticamente absoluta: allí donde coliden deberes, la solución al conflicto pasa por recurrir a una ponderación de bienes, de modo que el obligado debe satisfacer la obligación más importante y el incumplimiento de la opuesta no es antijurídico.<sup>46</sup>

En resumidas cuentas, la colisión de deberes surge en la discusión penal como un subcaso del estado de necesidad, que puede presentarse a partir del conflicto entre dos mandatos, o entre un mandato y una prohibición. Como ante el resto de supuestos en estado de necesidad, es el principio del interés preponderante el que otorga el parámetro de resolución en los conflictos de deberes. El cumplimiento del deber de mayor rango determina la conformidad a derecho de la infracción del segundo deber, mientras que, ante deberes equivalentes, el obligado actúa conforme a Derecho cuando cumple con uno de los dos deberes en liza. Así pues, en esta primera mitad del S. XX la discusión parece asentarse sobre unas premisas ampliamente compartidas, centrándose por entonces los autores en concretar única y exclusivamente la noción del deber preponderante a propósito de algunos grupos particulares de conflictos con trascendencia práctica, ello, por lo general, desde postulados colectivistas ampliamente compartidos por la doctrina del momento.<sup>47</sup>

---

<sup>41</sup> Principio que remitiría a su vez a una valoración del conflicto particularista, en aplicación del pensamiento del “*arbitrium boni viri*”. Cfr. R. MERKEL, *Die Kollision rechtmäßiger Interessen*, 1895, p. 77.

<sup>42</sup> Con un límite, el de la “completa inmoralidad”. En el célebre caso de la *Mignonnette*, MERKEL niega la conformidad a Derecho del homicidio del grumete, pues «desde el punto de vista de la sociedad no cabe reconocer un interés esencialmente preponderante en favor de los salvados, pues del lado de los intereses directamente lesionados se encuentra el absoluto sentimiento moral». Cfr. R. MERKEL, *Die Kollision rechtmäßiger Interessen*, 1895, p. 84. Sobre el caso de la *Mignonnette*, con detalle, vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El Estado de necesidad en materia penal*, 1930, pp. 32 y ss.

<sup>43</sup> Así, R. MERKEL, *Die Kollision rechtmäßiger Interessen*, 1895, pp. 84 y ss. MERKEL, distingue entre dos tipos de deberes, los positivos, que presenta como obligaciones de actuar para con la generalidad, y los negativos, en esencia, deberes de abstención con carácter *erga omnes*. Aunque no de forma explícita, parece otorgar MERKEL primacía al deber negativo, de modo que solo vencería el deber positivo allí donde éste salvaguarda un interés superior. Por ejemplo, sería preferente el deber positivo de denuncia de un asesinato frente al deber negativo de no lesionar la propiedad. En cambio, cuando coliden dos deberes positivos, la conformidad a Derecho de esa infracción no se vincula necesariamente a la salvaguarda de un interés preponderante, pues sería suficiente la equivalencia entre los intereses en juego. Aquí, el obligado actuaría conforme a Derecho no solo cuando salvaguarda el interés superior, sino ya cuando salvaguarda uno equivalente al que deja a su suerte (pp. 88 y s.).

<sup>44</sup> Cfr. RGSt 61, 242, del 11 de marzo de 1927.

<sup>45</sup> Al respecto, por todos, ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, A § 16, pp. 723 y ss., nm. 1 y ss., 4 y ss.

<sup>46</sup> Sobre la jurisprudencia del Tribunal imperial alemán ante el problema del estado de necesidad, con detalle, Eb. SCHMIDT, «Das Reichsgericht und der „übergesetzliche Notstand“», *ZStW*, (49), 1929, pp. 356 y ss., 362 y ss.

<sup>47</sup> En esencia, se abordan por entonces conflictos entre el deber de secreto profesional y el de denuncia, entre el deber de secreto y el de declarar en calidad de testigo, así como el conflicto entre el deber de reserva profesional del médico y la salvaguarda de la integridad física de otros sujetos o de la comunidad en su conjunto. Cfr. JANSSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1930, pp. 67 y ss.; KÜHN, *Die Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1908, pp. 40 y ss.; o desde los postulados nacional-socialistas, sobre esto mismo, WELGER, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1934,

## 2. La discusión en la posguerra

Afirma CUERDA RIEZU que será «tras la Segunda Guerra Mundial cuando la temática de la colisión de deberes alcance su momento estelar».<sup>48</sup> Ciertamente es que la Segunda Guerra Mundial supuso un punto de inflexión en la discusión penal sobre los conflictos de deberes. La situación bélica concluyó dando paso en Alemania a una renovada discusión sobre los conflictos, muy importante en términos cuantitativos.<sup>49</sup> Sin embargo, pese a la copiosa literatura que en los veinte años posteriores al final de la guerra se publica, sería erróneo ver en esta discusión un desarrollo homogéneo y armónico de la dogmática de la colisión de deberes. Si por algo se caracteriza la discusión en esta época es por su carácter fragmentario y por la ausencia de trabajos que intenten abordar el problema de forma sistemática y omnicomprendensiva. Aunque la historia ya conocía de auténticos dilemas trágicos entre vidas humanas, la situación bélica y el régimen nacional-socialista habían contribuido decisivamente al surgimiento de un número no desdeñable de esta clase de conflictos, algunos de los cuales acabaron además siendo enjuiciados por los tribunales constituidos tras el final de la guerra.<sup>50</sup> La excepcionalidad de tales conflictos y su carácter absolutamente trágico los convirtieron en el centro exclusivo del debate. En especial, prácticamente toda la discusión sobre la colisión de deberes jurídico-penal girará en esos años en torno al supuesto de los médicos psiquiatras que contribuyeron a la elaboración de listas de enfermos para ser ejecutados tratando de excluir de aquéllas el mayor número posible de pacientes.<sup>51</sup>

---

pp. 5 y ss. Y sobre el deber de obedecer una orden antijurídica, además, vid. BARTHOLOMÉ, *Die Bedeutung der Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1930, pp. 35 y ss.

<sup>48</sup> Vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 37.

<sup>49</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 37 a 39; y GALLAS, «Pflichtenkollision als Schuldaußschließungsgrund», *FS-Mezger*, 1954, p. 311.

<sup>50</sup> Algunos ejemplos más pueden leerse en VON WEBER, «Die Pflichtenkollision im Strafrecht», *FS-Kiesselbach*, 1947, pp. 246 y s. De ello también da cuenta GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, p. 311.

<sup>51</sup> Ello queda claramente de manifiesto en el exhaustivo análisis de la discusión de la posguerra llevado a cabo por CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 85 y ss. En resumidas cuentas, el supuesto de hecho es el siguiente: El 1 de septiembre de 1939 Hitler dictó una Orden secreta conminando a los establecimientos psiquiátricos a que informaran sobre las características de la enfermedad de los internos y, en especial, sobre la capacidad de trabajo de aquellos. Así las cosas, sin que conste que intervinieran los acusados, desde el Ministerio del Interior en Berlín se elaboraron listas de personas que deberían ser trasladadas a otros establecimientos, conociendo todos los implicados en la elaboración de tales listas que el destino final de aquellos internos era la muerte. A principios de 1941, antes del primer traslado, el Ministerio de Interior indicó a los hospitales que debían excluir de dichas listas a ciertos tipos de internos. Los acusados psiquiatras conformaban la comisión de dos personas que se ocupaba de la revisión de la lista en su hospital. Dicha revisión tuvo lugar durante el verano de 1941, quedando probado que ambos médicos se esforzaron por excluir el mayor número de nombres posible, contraviniendo conscientemente las directrices marcadas por el Ministerio. Así, se excluyó de las listas a un importante número de enfermos que fueron a su vez puestos en libertad. Al mismo tiempo participaban en el traslado del resto de personas de la lista, la mayoría de los cuales fueron ejecutadas. Pese a los graves conflictos de conciencia que esta colaboración les suponía, los médicos decidieron participar en la acción de exterminio con el fin de salvar al mayor número posible de enfermos, pues sabían que si se negaban a intervenir serían sustituidos por otros médicos leales al régimen Nazi que cumplirían escrupulosamente la orden criminal dictada. Supuesto de hecho de la S. del OGH Strafsenat de 5/3/1949, v. 19, pp. 49 y ss. Publicado en *MDR*, 1949, pp. 370 a 373, donde también aparece publicada la resolución. Un análisis detallado del supuesto puede leerse en KLEFISCH, «Die nat.-soz. Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre», *MDR*, 1950, pp. 258 y ss.; ZIMMERMANN, «Die Gefahrengemeinschaft als Rechtfertigungsgrund», *MDR*, (3), 1954, pp. 147 y ss.; o en SPENDEL, «Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund», *FS-Engisch*, 1969, pp. 511 y ss. Una ilustrativa exposición del «íter procesal» en CUERDA RIEZU, *ob. cit.*, pp. 85 y ss. Tras la primera sentencia en la que el Tribunal de Jurados absuelve a los acusados en aplicación de la causa suprallegal de justificación en estado de necesidad, el OGH, (Alta Corte de Justicia para la Zona Británica) casa la sentencia, afirma la antijuridicidad y

Aunque es cierto que a propósito de este supuesto se desarrollaron prácticamente todas las posibles soluciones dogmáticas imaginables para la colisión de deberes,<sup>52</sup> la reducción del objeto de discusión al conflicto entre vidas humanas supuso a su vez un empobrecimiento del debate. Ello se explica, básicamente, por tres razones. En primer lugar, porque a partir de ese momento prácticamente toda la disputa doctrinal se centra en un único tipo de conflicto, el dable entre un mandato y una prohibición, en el que el obligado evita la muerte de una pluralidad de vidas humanas amenazadas a costa de acelerar la de unos pocos.<sup>53</sup> Los conflictos entre mandatos, que ya BINDING consideraba los supuestos más usuales, quedaron arrinconados y tampoco nadie reparó ya en la posibilidad de que las prohibiciones entraran en conflicto. En segundo lugar, resulta que el ejemplo que vertebra prácticamente toda la discusión, el de los médicos psiquiatras, por un lado, siempre estuvo rodeado de cierta indefinición y controversia en lo que refiere a la definición de los hechos probados<sup>54</sup> y, por el otro, nunca fue aceptado unánimemente en la doctrina como un supuesto de verdadera colisión de deberes.<sup>55</sup> Finalmente, en tercer lugar, resulta que el hecho de que solo se abordaran supuestos en los que colidían vidas humanas, por un lado, redujo el estudio a los conflictos entre deberes no jerarquizables y, por el otro, trajo consigo la introducción en la discusión de una gran cantidad de argumentos particulares no trasladables al resto de

---

culpabilidad de la participación de los médicos y absuelve en virtud de una causa de exclusión de la punibilidad que sería de aplicación cuando: 1) el acusado desaprueba la acción ilegal y ha participado ésta para evitarla; 2) ha procedido a un examen cuidadoso de la situación objetiva; y 3) queda patente que la participación en la acción ilegal constituye el único medio para salvar el resto de vidas humanas en peligro.

<sup>52</sup> Cfr. el análisis de CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 85 y ss.

<sup>53</sup> Desapareciendo prácticamente por completo del punto de mira el resto de supuestos de colisión de deberes discutidos hasta entonces. Vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 85 y ss. No significa que no se trataran igualmente otros supuestos conflictivos, sino que quedaron claramente relegados a un segundo plano. Ello se aprecia claramente en los trabajos de VON WEBER, *FS-Kiesselbach*, 1947, pp. 233 y ss., pp. 242 a 245; o GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, pp. 311 y ss.

<sup>54</sup> Así lo afirma, por ejemplo, BRAUNECK, «Der strafrechtliche Schuldbegriff», *GA*, 1959, p. 269. En este sentido, por ejemplo, vid. además ROXIN, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit zwischen Können und Zumutbarkeit», *Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck*, 1999, pp. 385 y ss., p. 396, quien niega la justificación señalando que a los médicos se les exigía que no hicieran absolutamente nada, pues «nadie puede posteriormente decir que es lo que hubiera ocurrido. Si todos se hubieran negado, posiblemente no hubiera sucedido nada». Si negándose los médicos a intervenir, nadie hubiera sido ejecutado, evidentemente, no existe colisión de deberes.

<sup>55</sup> Lo reconoce CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 93, n. 15, quien recoge además los distintos argumentos esgrimidos para negar que los médicos se encontraran en situación de conflicto. A grandes rasgos, se defendió en este sentido que los médicos no estaban obligados jurídicamente a proteger a los enfermos; que los médicos podían haber renunciado a cumplir la orden ilegal, pues el sacrificio de un número determinado de paciente no era el único medio para preservar de la muerte a la mayoría; que ante la ilícita orden de exterminio el Derecho impondría a los médicos únicamente el deber de oponerse a su cumplimiento; que el deber de salvaguarda de los médicos para con los enfermos tenía únicamente carácter moral; o, directamente, se negó que la concreta contribución de los médicos pudiera ser considerada una verdadera intervención en el delito de asesinato. Crítico con quienes niegan el conflicto de deberes, vid. GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, pp. 328 y s. Y lo cierto es que tampoco en la sentencia del OGH queda realmente claro si el Tribunal entendió el supuesto como un conflicto de deberes. El tribunal lo niega de forma expresa, pero afirma que el deber de los médicos de ayudar a sus pacientes y su deber general como ciudadanos de mantenerse al margen de hechos punibles no obligarían a los médicos a contribuir en la acción delictiva, concluyendo que «a los acusados no se les hubiera formulado ningún reproche en caso de haberse mantenido alejados de cualquier participación» en las operaciones de exterminio. Pareciera que sí coliden dos deberes, pero que prima el deber de no participar en el proceso de exterminio. Por otro lado, la OGH afirma que el estado de necesidad suprallegal solo cabría en el marco de relaciones jurídico-estatales ordenadas, no siendo aplicable como causa de justificación cuando es el propio Estado el que planea delitos y el que exige conductas antijurídicas a sus ciudadanos. Crítico en este punto, vid. WELZEL, *MDR* 1949, p. 374. Vid. además WELZEL, *StrafR*, 11ª ed., 1969, § 23, pp. 184 y s.

conflictos de deberes, pero esenciales para la solución de aquéllos casos.<sup>56</sup> En cierto modo, la discusión sobre el conflicto entre vidas humanas cobra sustantividad propia, marginándose el resto de conflictos,<sup>57</sup> y derivando aquélla en una discusión *insfilosófica* sobre la inconmensurabilidad de las vidas humanas y la existencia o no de auténticos conflictos irresolubles de los que el ser humano no podría escapar libre de culpa.<sup>58</sup>

Evidentemente, la limitación del objeto de estudio, al mismo tiempo que impidió un desarrollo homogéneo de la institución dogmática, permitió sin embargo importantes avances a la hora de tratar los conflictos entre deberes equivalentes y, en especial, los conflictos en los que están en juego vidas humanas. Hasta donde alcanzo, a los efectos de comprender la discusión actual, creo que son básicamente dos los puntos de interés que presenta la discusión de la posguerra en Alemania. En primer lugar, el caso de los médicos psiquiatras llevó a los autores del momento a cuestionar por primera vez de forma reflexiva la posibilidad de resolver todas las colisiones de deberes en el ámbito del injusto.<sup>59</sup> Es más, con contadas excepciones,<sup>60</sup> la mayoría de autores del momento abogaban por negar la conformidad a Derecho de la contribución de los médicos a la operación de aniquilamiento de los enfermos psiquiátricos. Es entonces cuando se distingue por primera vez entre colisiones de deberes resolubles, en las que el obligado cumple un deber superior y la infracción del segundo es conforme a Derecho, y las colisiones irresolubles, aquéllas en las que la equivalencia o

---

<sup>56</sup> Cfr. sin embargo, GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, p. 312, quien en un extenso e importante trabajo sobre la colisión de deberes como causa de exclusión de la culpabilidad, señalaba que se trataría de un lugar común en la doctrina el que ante varios deberes jerarquizables el obligado debe cumplir el superior, de modo que la no satisfacción del de menor rango no sería antijurídica. Ello se fundamentaría en el principio de unidad del Ordenamiento jurídico. Y la jerarquización sería posible cuando los bienes jurídicos ofrecen un criterio practicable para la ponderación de los deberes. Sea como fuere, ya GALLAS advertía que no solo los bienes jurídicos en liza, sino también la intensidad del peligro o el carácter activo u omisivo de la conducta debida podría ser relevante a la hora de ponderar los deberes (p. 325).

<sup>57</sup> Esto se advierte claramente, por ejemplo, en el breve pero interesante comentario de WELZEL, MDR 1949, p. 375 a la sentencia del OGH, cuando afirma que el principio del mal menor podría operar como fundamento de una causa de justificación en los casos de avería, esto es, allí donde coliden bienes materiales, pues aquí sí sería “racional” salvar unos a costa de otros, pero no cuando coliden vidas humanas. Ello repugnaría el sentimiento moral, pues constituiría la forma sublime de un pensamiento colectivista a erradicar. Sobre los conflictos vitales, con detalle, vid. Cap. 5, apdo. II, 3.3, d).

<sup>58</sup> Todavía hoy cabe advertir en la doctrina una tendencia desmedida a abordar el problema del conflicto entre vidas humanas, marginando el resto de conflictos dables. Adviértase que, desde entonces, todas las monografías publicadas en Alemania sobre el problema del conflicto de deberes se han dedicado en exclusiva a la resolución de tales supuestos. De éstos se ocupa en exclusiva la tesis doctoral de OTTO, (*Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeiturteil*, 3ª ed., 1978), pero también las monografías de KÜPER (*Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979), y de CUERDA RIEZU (*La colisión de deberes en Derecho penal*, 1984). El subtítulo de la última monografía publicada en Alemania al respecto, “*unter besonderer Berücksichtigung der Abwägung Leben gegen Leben*” pone en evidencia cuál es el interés último del trabajo de SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt*, 2000, quien, sin embargo, sí se ocupa de forma breve del problema de la ponderación y de la resolución de los conflictos entre deberes jerarquizables (pp. 30 y ss.).

<sup>59</sup> GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, p. 312 se refiere a las colisiones de deberes irresolubles en el ámbito del injusto como una “controvertida tierra virgen”.

<sup>60</sup> Los argumentos en favor de la exclusión del injusto de la conducta de los médicos pueden leerse de forma detallada en CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 144 y ss. En favor de la justificación de la conducta de los médicos, por entonces, Theo ZIMMERMANN, «Die Gefahrengemeinschaft als Rechtfertigungsgrund», MDR, (3), 1954, p. 148; y KLEFISCH, «Die nat.-soz. Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre», MDR, 1950, p. 260.

inconmensurabilidad de los deberes impide resolver el problema en el ámbito del injusto.<sup>61</sup> Con el reconocimiento de este segundo grupo de colisiones y de la existencia de una diferencia cualitativa entre éste y el de los conflictos entre deberes jerarquizables se inicia una fértil discusión acerca del tratamiento material y sistemático que merecen los conflictos entre deberes equivalentes que ha llegado a nuestros días. Ya por entonces, además de la mera exclusión de la pena,<sup>62</sup> se planteó resolver tales conflictos en el ámbito de la culpabilidad,<sup>63</sup> así como en el seno de categorías intermedias entre el injusto y la culpabilidad, como la de la exclusión de la responsabilidad por el hecho (*Die Tatverantwortung*) propuesta por MAURACH<sup>64</sup> o en un espacio libre de Derecho (*rechtsfreier Raum*).<sup>65</sup> Es esta discusión la que le otorga a la colisión de deberes un protagonismo esencial en la construcción sistemática de la teoría del delito, pues estos conflictos, junto con algunos otros, vienen desde entonces sirviendo como *leitmotiv* esencial del desarrollo de nuevas categorías sistemáticas a caballo entre las del injusto y la culpabilidad.<sup>66</sup>

Y en segundo lugar, la discusión sobre el caso de los médicos psiquiatras y otros conflictos similares entre vidas humanas contribuyó igualmente de forma decisiva al desarrollo de la dogmática de las comunidades de peligro entre vidas humanas y, en especial, al desarrollo de una idea fundamental para comprender la actual discusión sobre tales conflictos, a saber, la prohibición de alterar el destino o de “jugar a ser Dios” (*Schicksal spielen*). Aunque no siempre se ha reparado suficientemente en este aspecto, es mérito de Eberhard SCHMIDT haber presentado ya con meridiana claridad en el año 1949 el argumento que se repite a día de hoy de forma constante en la discusión sobre el estado de necesidad y la colisión de deberes ante conflictos entre vidas humanas.<sup>67</sup> Los médicos psiquiatras no podrían nunca actuar de manera justificada porque al decidir qué enfermos iban a morir se estaban arrogando un papel cuasi-divino, estaban decidiendo sobre el destino final de unos y otros pacientes.<sup>68</sup>

---

<sup>61</sup> Cfr. solo GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, pp. 312 y s.

<sup>62</sup> Por ejemplo, PETERS, «Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen», *JR*, 1949, p. 496; EL MISMO, «Die Tötung von Menschen in Notsituationen», *JR*, 1950, pp. 742 y ss., p. 746.

<sup>63</sup> Al respecto, fundamental, WELZEL, *MDR* 1949, p. 374; EL MISMO, «Zum Notstandsproblem», *ZStW*, (63), 1951, pp. 47 a 56; Eb. SCHMIDT, *SJZ* 1949, pp. 559 y ss., pp. 564 y ss.; VON WEBER, *FS-Kieselbach*, 1947, p. 249; o GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, pp. 332 y ss.

<sup>64</sup> Cfr. MAURACH, *Schuld und Verantwortung*, 1948, p. 30, pp. 37 y ss.; y MAURACH/ZIPE, *AT*, v. I, 8ª ed., 1992, § 33, nm. 32. Asume igualmente la categoría dogmática de la responsabilidad por el hecho BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal español*, 1985, pp. 89 y ss., en el estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, pp. 93 y ss.

<sup>65</sup> Al respecto, vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 158 y ss.

<sup>66</sup> Tales categorías “intermedias” se presentan con detalle en este mismo capítulo, en el apdo. III, 4.2, b), ii). Un análisis crítico de éstas se ensaya en el Cap. 5, apdo. II, 3.3, b).

<sup>67</sup> Cfr. Eb. SCHMIDT, *SJZ* 1949, pp. 565 y s.; y en un sentido parecido, GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, p. 327, n. 1. En todo caso, ya antes la doctrina penal distinguía entre situaciones de necesidad en las que el agente desplazaba el mal a un tercer no involucrado (comunidad de peligro secundaria) y aquellas en las que necesitado y víctima de la injerencia necesaria estaban desde un comienzo involucrados por el peligro (comunidad de peligro primaria). Cfr. BROGLIO, *Der strafrechtliche Notstand*, 1928, p. 21, pp. 31 y ss.; HENKEL, *Der Notstand*, 1932, p. 90; y BAUMGARTEN, «Der Deutsche Strafgesetzentwurf vom Jahre 1919», *MSchrKrim*, (14), 1923, pp. 97 y ss., p. 101. A su vez, entre las comunidades de peligro primarias, se distinguía igualmente entre aquéllas en las que una parte de las vidas humanas está irremediabilmente abocada a perderse (comunidad asimétrica) y aquélla en la que todas las vidas en peligro pueden ser salvadas (comunidad simétrica). Cfr. BROGLIO, *Der strafrechtliche Notstand*, 1928, pp. 24 y s. Sobre todo ello, con detalle, vid. Cap. 5, apdo. II, 3.3.

<sup>68</sup> Cfr. Eb. SCHMIDT, *SJZ* 1949, p. 565.

En resumidas cuentas, es en la fragmentaria discusión de la posguerra donde se advierte por primera vez la distinción entre dos tipos de colisiones de deberes, en función de la naturaleza exigente que se le reconoce a la institución. Ante deberes jerarquizables el cumplimiento del deber superior justificaría la infracción del deber inferior, pero allí donde la ponderación de bienes o intereses no arroja solución alguna al conflicto, por ejemplo, ante vidas humanas, el Ordenamiento fracasaría en su función determinante de formas de comportamiento. La solución a estos conflictos irresolubles, en esencia, cabría hallarla sistemáticamente o bien en el ámbito de la culpabilidad, o bien en categorías intermedias entre el injusto y la culpabilidad, o, directamente, en un espacio libre de Derecho. Por otro lado, el tipo de conflicto de deberes que sustentaron esta discusión contribuyó decisivamente al desarrollo de la dogmática de las comunidades de peligro y a la formulación de un *topos* fundamental para entender el tratamiento que reciben en la discusión actual los conflictos entre vidas humanas como es el de la prohibición categórica de alterar el destino o jugar a ser Dios.

### *3. Armin KAUFMANN: la colisión de deberes como el conflicto entre mandatos*

El tercer y último momento esencial en la discusión jurídico-penal de la colisión de deberes puede distinguirse en el giro capital que a partir de los años sesenta cobra aquélla, básicamente, de la mano del planteamiento del problema expuesto por Armin KAUFMANN en su *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*.<sup>69</sup> La asunción que hará LENCKNER del planteamiento de éste autor en su influyente escrito de habilitación sobre el estado de necesidad,<sup>70</sup> la positivización diez años más tarde en Alemania del estado de necesidad justificante, así como la interpretación que la doctrina mayoritaria efectúa a partir de entonces del § 34 StGB, acabarán finalmente por otorgar al planteamiento de KAUFMANN el estatus de concepción dominante entre las tesis defendidas por la doctrina mayoritaria actual en Alemania y España.

A propósito de la justificación en estado de necesidad suprallegal en el delito omisivo, procede KAUFMANN a distinguir entre dos grupos de conflictos de deberes. «¿Está justificada la omisión típica con respecto a la otra acción llevada a cabo *en lugar de* la acción prescrita?». <sup>71</sup> Se trata en este primer grupo del conflicto entre dos mandatos, esto es, entre dos deberes de obrar, los cuales «se concretan en obligación al mismo tiempo en la misma persona». <sup>72</sup> El obligado, así KAUFMANN, «puede cumplir cualquiera de los dos, es, pues “capaz de acción” en el sentido de los dos mandatos, pero sólo puede cumplir una u otra acción prescrita». <sup>73</sup> Aquí, coincide el referido autor con sus antecesores en que «el cumplimiento del deber superior justifica no cumplir el segundo mandato». <sup>74</sup> Esta jerarquía se daría, por ejemplo,

---

<sup>69</sup> KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gotinga, 1959. Existe traducción al castellano de la segunda edición alemana del año 1980 bajo el título: “Dogmática de los delitos de omisión”, que es la que en esta tesis doctoral se cita.

<sup>70</sup> Cfr. LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 5, pp. 106 a 108.

<sup>71</sup> Cfr. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 151.

<sup>72</sup> Cfr. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 151.

<sup>73</sup> Cfr. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 151.

<sup>74</sup> Cfr. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 151.



entre un deber de evitar un resultado y un deber general de socorro. Sin embargo, ante dos deberes equivalentes, por ejemplo, entre dos deberes de socorro, el obligado «debe cumplir uno de los dos; tiene que —por mandato legal— “hacer de destino”, al tener que abandonar a una de las dos personas a su suerte. Así pues, la elección del obligado decide sobre cuál de los dos deberes de actuar sigue “vigente” y cuál no».<sup>75</sup> Esto es, para KAUFMANN, el cumplimiento de un deber superior o equivalente excluye siempre la antijuridicidad cuando coliden dos mandatos.

En segundo lugar, se pregunta KAUFMANN lo siguiente: «¿Se justifica la omisión porque *para* efectuar la acción prescrita se tendría que haber realizado un tipo de prohibición?».<sup>76</sup> Se trata aquí de un segundo grupo de conflictos, aquél que surge entre un mandato y una prohibición. A diferencia de lo que venía mayoritariamente afirmándose, «aquí *no* rige el principio de que, a equivalencia de dos normas, el obligado tiene la *opción* de decidir cuál de las dos cumplir».<sup>77</sup> Ante tales conflictos, así KAUFMANN, el obligado no tendría la opción de decidir cuál de los dos deberes cumple, no existe ese derecho de opción, pues «A no puede mantener o restablecer la salud de C sacrificando la salud de B».<sup>78</sup> Es decir, que si «una de las normas prescribe conservar un bien jurídico (de C), la misma norma prohíbe la lesión del mismo bien (de B), *no* pudiendo realizarse la acción prohibida para cumplir el mandato».<sup>79</sup> «Únicamente si el valor protector de la prohibición es de inferior importancia que la realización de la acción prescrita puede llevarse a cabo el acto prohibido, en la medida en que sea *necesario* para cumplirlo».<sup>80</sup>

Pocos años más tarde, LENCKNER, en una monografía que sentaría las bases de la comprensión dominante del estado de necesidad justificante en Alemania, como mínimo, hasta finales de los años noventa,<sup>81</sup> en plena consonancia con el planteamiento de Armin KAUFMANN distingue dos subcasos de colisión de deberes: la colisión entre un deber de actuar y uno de omitir, a resolver conforme a las reglas generales del estado de necesidad; y la colisión entre mandatos o deberes de actuar, donde sí regiría la regla especial de la libertad de actuación en caso de equivalencia.<sup>82</sup> Aunque en última instancia ambos grupos de conflictos se resolverían a partir de un juicio de ponderación de intereses, la distinta regla de resolución recomendaría, así LENCKNER, reservar la denominación de conflicto de deberes a las colisiones entre mandatos.<sup>83</sup> A su vez, esto significa que, ante deberes que salvaguardan

---

<sup>75</sup> Cfr. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 152.

<sup>76</sup> Cfr. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 151.

<sup>77</sup> Cfr. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 152.

<sup>78</sup> Cfr. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 152.

<sup>79</sup> Cfr. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 152.

<sup>80</sup> Cfr. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 152.

<sup>81</sup> La visión del estado de necesidad propuesta por LENCKNER, según la cual esta institución se fundamentaría en un juicio omnicomprensivo de ponderación de intereses, comenzó a ser puesta en tela de juicio a finales de los años noventa. La monografía de RENZIOWSKI (*Notstand und Notwehr*, 1994), en España, la de BALDÓ LAVILLA (*Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994) y, finalmente, el trabajo de PAWLIK (*Der rechtfertigende Notstand*, 2002), modificaron profundamente el sentido de la discusión doctrinal sobre el fundamento último del estado de necesidad agresivo. La idea clave ya no es ahora la del interés preponderante, sino la de la solidaridad (jurídicamente exigible). Sobre esto mismo, con detalle, vid. Cap. 3, apdo. II, 3.

<sup>82</sup> Cfr. LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 5 y s., 106 a 108.

<sup>83</sup> Cfr. LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 5, n. 15.

intereses equivalentes, la infracción omisiva sí podría quedar justificada, a diferencia de la acción lesiva mediante la que se infringe una prohibición, que necesariamente debería salvaguardar un interés superior.<sup>84</sup>

Finalmente, con la incorporación en el año 1975 del § 34 al Código penal alemán (StGB),<sup>85</sup> en el que se regula el estado de necesidad justificante (agresivo), el planteamiento de Armin KAUFMANN acabó por convertirse en el mayoritario en la discusión contemporánea. Desde entonces, como se mostrará en este capítulo,<sup>86</sup> la colisión de deberes se define conceptualmente en Alemania a partir de su encaje legal en el § 34 StGB. Dado que este precepto permitiría resolver de manera adecuada los conflictos entre mandatos y prohibiciones, aquellos serían considerados casos “normales” de estado de necesidad justificante. La prohibición prevalecería con carácter general y solo se alteraría este rango cuando el mandato salvaguarda un interés superior. Los conflictos entre mandatos, en la medida en que fuera posible establecer una jerarquía entre los intereses en juego, también tendrían cabida en el § 34 StGB.<sup>87</sup> Así las cosas, únicamente cabría hablar de auténticas colisiones de deberes cuando coliden dos deberes de actuar equivalentes. Aquí la mera equivalencia debería ser suficiente para negar el injusto de quien omite cumplir un deber,<sup>88</sup> pero el § 34 StGB no ofrece solución alguna. Sería ineludible recurrir entonces a una causa suprallegal de justificación. La colisión de deberes, pues, como causa de justificación autónoma, tiene sentido únicamente ante dos mandatos en conflicto que garantizan intereses equivalentes, desplegando el instituto efectos justificantes sobre la omisión típica requerida para cumplir el segundo deber.<sup>89</sup>

#### *4. La evolución histórica de la colisión de deberes en la doctrina española*

Pese a que la legislación española ha sido desde siempre más osada que la alemana a la hora de regular el estado de necesidad y la colisión de deberes,<sup>90</sup> como señalara CUERDA RIEZU a

---

<sup>84</sup> Así, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 27, n. 81, p. 107, n. 90.

<sup>85</sup> § 34 StGB [Estado de necesidad justificante]: “El que, ante un peligro actual, e inevitable de otro modo, para la vida, integridad, libertad, honor, propiedad u otro bien jurídico, comete un hecho para apartar el peligro de sí o de otro, no obra antijurídicamente si, al ponderar los intereses contrapuestos, y en particular los bienes jurídicos afectados y el grado de los peligros que les amenazan, el interés salvaguardado prepondera esencialmente sobre el lesionado. No obstante, lo anterior solo rige en caso de que el hecho constituya un medio adecuado de evitación del peligro”.

<sup>86</sup> Cfr. *infra* apdo. III, 2.2, i).

<sup>87</sup> Aunque el § 34 StGB exige una “preponderancia esencial”, los autores que defienden una concepción utilitarista de la causa de justificación se vieron obligados a burlar esta cláusula incompatible con sus postulados, interpretando la esencialidad como un requisito epistemológico, esto es, como si de una mínima diferencia (pero indubitada) se tratara. De este modo, además, se conseguiría dar solución también a los conflictos entre mandatos en los que no quepa apreciar una diferencia esencial entre los intereses en juego. En este sentido, paradigmático, ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, pp. 766 y s., nm. 89 y ss., 90. Al respecto, vid. *infra* apdo. III, 2.2, i), n. 187.

<sup>88</sup> Al respecto, por todos, vid. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 D, pp. 778 y ss., nm. 116 y ss.

<sup>89</sup> Sobre esto mismo, con detalle, vid. *infra* apdo. III, 2.2, i).

<sup>90</sup> ROLDÁN BARBERO afirma que la regulación del estado de necesidad de los CP españoles del S. XIX, aunque de forma disgregada (en el art. 8, núms. 7, 10 y 13) representaba la regulación más completa del fenómeno en Europa, pues se regulaba el estado de necesidad, la colisión de deberes y el miedo insuperable. Cfr. ROLDÁN BARBERO, «Estado de necesidad y colisión de intereses», *CPC*, (20), 1983, p. 476.

fin de los años ochenta, la dogmática española no ha alcanzado todavía el nivel de desarrollo propio de la alemana.<sup>91</sup> Teniendo en cuenta que el único objetivo de este primer apartado introductorio histórico es poder comprender la discusión actual sobre la colisión de deberes, creo posible sintetizar la evolución histórica de esta figura en nuestro país en dos grandes etapas.

El inicio de esta primera fase histórica cabría situarlo en la positivización en nuestro país de la institución en el Código penal de 1848.<sup>92</sup> En el art. 8, apartados 12 y 13, se eximía de responsabilidad criminal a «El que obra en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio ó cargo [...]» y a «El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima ó insuperable» respectivamente.<sup>93</sup> Dicho precepto no se vio alterado en la reforma de 1870, y tan solo formalmente en el nuevo Código de 1928, al ser aquella causa de exención trasladada al art. 61.3 CP. Sin embargo, la doctrina del momento no deparó demasiada atención a esta eximente de la responsabilidad,<sup>94</sup> que circunscribió a los delitos omisivos<sup>95</sup> y calificó de innecesaria.<sup>96</sup> PACHECO, quien establecía la concordancia del precepto con el principio del Digesto *impossibilia nulla obligatio est*, afirmaba por entonces que «[n]o hay obligación de las cosas que no pueden hacerse [...]. Antes de él [el precepto eximente] lo había establecido la razón; y su precepto es de tal modo evidente, que ni aun necesidad concebimos de que en términos expresos lo declaren los códigos. Por eso no lo encontramos dicho en ninguno moderno; no porque tal doctrina no sea siempre de la humanidad toda [...]». Y en un sentido parecido, DE VIZMANOS y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, señalaban que «la regla consignada en el párrafo es la que aconseja la razón en tales casos, pues ciertamente nada más racional y justo que declarar irresponsable al que sí ha dejado de hacer algo de lo que debía, no ha sido por culpa suya, sino por causa legítima ó insuperable, es decir, superior á su voluntad y á sus medios, que es la natural significación de estas palabras de la ley».<sup>98</sup>

---

<sup>91</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 47 y 56.

<sup>92</sup> Apunta CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 48, que ya antes, en el CP de 1822, se recogían supuestos específicos de contraposición de deberes que el propio legislador se encargaba de resolver (arts. 426 y 429 CP 1822), así como la exención de responsabilidad por la infracción de deberes debido a “causa legítima” (arts. 528, 582, 584 y 591 CP 1822).

<sup>93</sup> Con detalle, PACHECO, *El Código penal comentado y concordado*, 2000, pp. 197 y ss.

<sup>94</sup> Como tampoco acabaron de aprehender el sentido de la institución del estado de necesidad, consagrada igualmente en el art. 8.7<sup>a</sup> CP 1848. Muy crítico por ello, JIMÉNEZ DE ASÚA, *El Estado de necesidad en materia penal*, 1930, p. 99, afirma que los comentaristas de la época estaban «más desorientados que la misma legislación».

<sup>95</sup> Así, entre otros muchos, SILVELA, *El Derecho penal*, v. II, 2<sup>a</sup> ed., 1903, p. 161; DE VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código penal*, v. I, 1848, pp. 98 y s., o JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código Penal*, v. I, 1928, Libro 1, p. 131.

<sup>96</sup> Entre otros, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, v. I, 2<sup>a</sup> ed., 1902, pp. 335 y s., quien considera que tanto la regulación del estado de necesidad como la de la omisión por causa legítima o insuperable es superflua, pues «si el actor no incurre en responsabilidad cuando obra sin conocimiento, sin voluntad inteligente y libre, tampoco incurre en ella cuando sin aquél ó sin ésta falta al precepto de la ley por omisión».

<sup>97</sup> Cfr. PACHECO, *El Código penal comentado y concordado*, 2000, pp. 197 y s., y apuntillando: «[n]uestra ley habla de causas legítimas y de causas insuperables. Por esta última expresión seguramente se quieren dar a entender las que materialmente no podemos sobrepajar: por aquélla, las que moralmente nos impiden y embarazan en nuestros hechos. El resultado es el mismo. La doctrina jurídica ha proclamado de muchos siglos acá que *id tantum possumus quod jure possumus*».

<sup>98</sup> Vid. DE VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código penal*, v. I, 1848, pp. 98 y s.

Así pues, la regulación legal hacía por entonces indispensable determinar qué se entendía por causa legítima y por causa insuperable. GROIZARD consideraba causa legítima el impedimento que proviene de un deber exigible, hace pues referencia a un obstáculo normativo, a una obligación. Como causa insuperable, aludía a toda aquella que no permita ejecutar el acto impuesto por el deber, esto es, un obstáculo de carácter «más bien físico que moral», aunque reconocía que, «puede ser también de esta clase (se entiende, de carácter moral), que imposibilita de realizar el hecho cuya omisión está penada».<sup>99</sup> El ejemplo con el que ilustraba GROIZARD su definición de causa legítima es el siguiente: «[e]l facultativo titular de un pueblo tiene obligación de servir gratuitamente á los pobres. Si es llamado para la asistencia de uno de esta clase, al tiempo en que está desempeñando igual servicio al lado del otro, al que no le es posible abandonar [...]». Proponía pues, un ejemplo de colisión entre mandatos de rango equivalente. Por el contrario, si atendemos al ejemplo que presentaba de causa insuperable, vemos que, en realidad, GROIZARD está pensando en la necesidad de incorporar la noción de exigibilidad a la hora de concretar el deber de socorro. El supuesto que planteaba es el siguiente: «[u]no encuentra en despoblado a una persona herida o en peligro de perecer, la cual necesita de su auxilio y no se lo presta. Aunque esta omisión constituya un hecho punible, estará exento de responsabilidad, por causa insuperable si el mismo viene enfermo y necesita casi de igual auxilio [...]».<sup>100</sup> En una línea muy parecida decía SILVELA que dos son los casos comprendidos en la eximente del núm. 13 del art. 8 CP 1870: «[e]l primero, la omisión por causa legítima; el segundo; la omisión por causa insuperable. El que no ejecuta aquello que la ley ordena, porque lo impide otra disposición superior y más apremiante de la misma ley, no comete delito; le exime á no dudarle de responsabilidad la legitimidad misma que motiva su inacción. El que no practica el hecho que debiera haber ejecutado, por un obstáculo que no estaba en su mano el vencer, tampoco delinque, pues le exime de responsabilidad la imposibilidad de vencer el obstáculo que le impide obrar».<sup>101</sup>

En todo caso, ya por entonces hubo quien se preguntó por el fundamento de la exención de responsabilidad en tales supuestos. Pese a que inicialmente la lectura fue algo simplista, pues se afirmaba sencillamente que se eximía de responsabilidad al que omitía en contra de su voluntad (la falta de voluntariedad sería la razón última de la exención),<sup>102</sup> de forma gradual se fue diferenciando los motivos que fundamentaban la eximente. La fuerza irresistible sería el fundamento de la exención en el caso de la omisión por causa insuperable, mientras que el estado de necesidad determinaría la exención si la omisión se debe a una causa legítima. La primera constituiría una causa de inimputabilidad, mientras que la segunda se configuraría

---

<sup>99</sup> Cfr. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, v. I, 2ª ed., 1902, p. 336. En un sentido prácticamente idéntico, JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código Penal*, v. I, 1928, p. 131, quien señala que por causa legítima debe entenderse aquellas que «moralmente nos impiden y embarazan», mientras que por causa insuperable aquellas que «materialmente no podemos sobrepujar».

<sup>100</sup> Cfr. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, v. I, 2ª ed., 1902, p. 336.

<sup>101</sup> Cfr. SILVELA, *El derecho penal*, v. II, 2ª ed., 1903, p. 161.

<sup>102</sup> En este sentido, PACHECO, *El Código penal comentado y concordado*, 2000, p. 178 y, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, v. I, 2ª ed., 1902, p. 336.

como una causa de justificación.<sup>103</sup> A partir de aquí, se inicia un proceso de identificación de la omisión por causa legítima con el estado de necesidad,<sup>104</sup> fundamentado básicamente en la constatación de que tanto en uno como en el otro supuesto, el sujeto se encuentra en una situación de necesidad, así como en la pretendida búsqueda de posibles restricciones a la exención a partir de la noción de proporcionalidad.<sup>105</sup> Dicho proceso, concluye con la incorporación de la colisión de deberes al precepto regulador del estado de necesidad en el Código de la Segunda República que, en lo esencial, se corresponde con el actual art. 20.5.º CP. Decía el art. 8 del CP 1932 lo siguiente:<sup>106</sup>

Art. 8: Están exentos de responsabilidad criminal [...] 7.º El que en estado de necesidad lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurran los requisitos siguientes: Primero. Que el mal causado sea menor que el que se trata de evitar. Segundo: Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero: Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Desde entonces, el antiguo número 13 del art. 8, como la propia Exposición de Motivos del CP 1932 reconocía, resultaba superfluo, por lo que fue consecuentemente derogado.<sup>107</sup> Finalmente, el proceso de evolución del precepto concluye en la reforma parcial del Código llevada a cabo en 1944. En ésta se extiende la eximente a los supuestos en los que el mal causado es igual al que se trata de evitar. De este modo, la colisión de deberes quedaría integrada en el precepto regulador del estado de necesidad, pasando a ser vista como un subcaso más de las posibles situaciones de necesidad.<sup>108</sup>

Sin embargo, además de la identificación en un único precepto de la colisión de deberes y el estado de necesidad, esta unificación legal supuso una ampliación del ámbito de colisiones de deberes con fuerza eximente. A diferencia del antiguo núm. 13 del art. 8 CP 1848, el nuevo precepto permitía la exención por cumplimiento de deber cuando lo infringido es una prohibición, esto es, un deber de omitir. Dado que el art. 8 núm. 11 del CP 1932 recogió asimismo la exención por obrar en cumplimiento de un deber, quedaron por entonces sentadas ya las bases de los dos problemas capitales en la posterior discusión académica en España sobre la colisión de deberes. Me refiero ahora, por un lado, a la relación que media entre el estado de necesidad justificante y la colisión de deberes y, por el otro, a la relación que existe entre la institución dogmática y los dos preceptos legales que parecen regularla,

---

<sup>103</sup> Cfr. por ejemplo, SALDAÑA, *Comentarios científico-prácticos*, v. I, 1920, p. 435. Además, señalando que el proceso de diferenciación no fue tan lineal y haciéndose eco de la discusión sobre la naturaleza de ambas causas de exención de la responsabilidad, vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 51, n. 22.

<sup>104</sup> Así, con mucha claridad, entre otros, CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, *Derecho Penal*, v. I, 1931, p. 138, quien afirma que «[e]l Código incurre en repeticiones enojosas», pues «podrían incluirse en el estado de necesidad, la defensa legítima y la omisión debida a causa insuperable, pues tanto debe eximir la necesidad en la comisión como en la omisión, en el ejercicio legítimo de un derecho, o en el hecho de omitir en virtud de causa legítima; y podía comprenderse en el cumplimiento del precepto legal, la obediencia debida».

<sup>105</sup> Vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 53.

<sup>106</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 53.

<sup>107</sup> Exposición de Motivos del Código Penal de 27 de octubre de 1932. Publicado en *Gaceta de Madrid*, Núm. 310, 5 de noviembre de 1932, p. 822.

<sup>108</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 54 y ss., n. 28.

esto es, el art. 20.5.º CP y la exención de responsabilidad por cumplimiento de un deber prevista en el vigente art. 20.7.º CP.<sup>109</sup>

En realidad, con la regulación unitaria del estado de necesidad y la colisión de deberes en un mismo precepto y la previsión en un segunda eximente de la exención de responsabilidad por cumplimiento de un deber quedaron ya sentadas las bases de la actual discusión. Sin embargo, es posible apreciar todavía un segundo momento histórico esencial en la discusión propia de nuestro país. Cabe advertir desde la segunda mitad del S. XIX un acercamiento progresivo de la discusión española hacia los problemas discutidos en Alemania, proceso que culmina en el año 1984 con la publicación por parte de CUERDA RIEZU del único trabajo monográfico sobre la colisión de deberes en el Derecho español y en donde se aborda el problema claramente desde el prisma propio de la discusión germánica del momento.<sup>110</sup> Desde entonces, el exiguo debate doctrinal sobre el concepto y fundamento de la colisión de deberes se produce en nuestro país en términos muy similares a los de la discusión alemana.<sup>111</sup> El punto realmente original de la discusión española reside a día de hoy en las distintas soluciones que se defienden en la doctrina al problema del anclaje legal de la institución en nuestro Código,<sup>112</sup> pues son dos los preceptos de nuestro Ordenamiento (arts. 20.5.º y 20.7.º CP) que podrían regular el instituto de la colisión de deberes.

### III. LA COLISIÓN DE DEBERES EN LA DISCUSIÓN JURÍDICO-PENAL CONTEMPORÁNEA

#### 1. *Introducción*

El análisis del estado de la discusión actual sobre la colisión de deberes se ha dividido aquí por razones analíticas en tres epígrafes. En el primero, se trata de comprender cómo define la doctrina actual la colisión de deberes. En el segundo, se presenta aquí cómo la doctrina actual trata de resolver los conflictos. En esencia, se trata de ver cómo se establecen diferencias de rango entre los deberes en conflicto y cómo se fundamentan materialmente las reglas de solución de los conflictos. Finalmente, en tercer y último lugar, se presentan las distintas concepciones defendidas sobre la naturaleza eximente de la colisión de deberes, en definitiva, cómo y dónde debería ubicarse sistemáticamente el instituto jurídico-penal de la colisión de deberes y qué efectos tendría frente al resto de agentes implicados la exención de responsabilidad del obligado en caso de conflicto.

---

<sup>109</sup> Cfr. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, «Artículo 20.5», en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código Penal*, v. II, 1999, pp. 338 y ss.; CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 55 y ss. Al respecto, vid. además, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, pp. 464 y ss., 475 y ss.; y CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, pp. 251 y s.

<sup>110</sup> Vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 56 y s.

<sup>111</sup> Ello queda patente, por ejemplo, en el trabajo de CUELLO CONTRERAS, «La justificación del comportamiento omisivo», *ADPCP*, (43), 1990, pp. 497 y ss., quien defiende, en esencia, las tesis de KAUFMANN ya presentadas aquí, ampliamente coincidentes con las sostenidas por la doctrina mayoritaria alemana contemporánea.

<sup>112</sup> En lo que sigue, pues, se tratan unitariamente los planeamientos sobre el concepto y fundamento de la exención de responsabilidad por colisión de deberes esbozados por los autores españoles y alemanes. El problema esencialmente práctico de dónde ubicar legalmente la institución (arts. 20.5.º y 20.7.º CP) será abordado en el último capítulo de este trabajo. Cfr. Cap. 5, apdo. IV.

## 2. La definición de la colisión de deberes en la doctrina contemporánea

Aunque como debería quedar de manifiesto en este apartado, la misma determinación del alcance de la figura resulta extraordinariamente controvertida,<sup>113</sup> a modo de primera aproximación, cabría definir la colisión de deberes con trascendencia jurídico-penal como aquella situación en la que sobre un mismo sujeto recaen dos o más deberes jurídicos, uno de los cuales tiene naturaleza penal, siendo que, dadas las concretas circunstancias empíricas, ambos deberes presentan una relación de exclusión mutua que torna imposible su cumplimiento cumulativo.<sup>114</sup> Es decir, dos deberes que por separado pueden ser cumplidos, dadas las circunstancias empíricas, no pueden ser —en el caso concreto— satisfechos por un único obligado de manera cumulativa. El cumplimiento de uno requiere ineludiblemente la no satisfacción del otro. Una definición más precisa de este instituto jurídico-penal pasa por analizar con detalle los dos pilares conceptuales sobre los que se asienta la definición doctrinal al uso, a saber: el carácter situacional del conflicto de deberes y el concepto mismo de obligación o deber. Solo entonces estaremos en disposición de comprender realmente cómo concibe la doctrina presente el instituto de la colisión de deberes jurídico-penal.

### 2.1. El carácter situacional del conflicto de deberes

Es común en la doctrina jurídico-penal afirmar que los conflictos de deberes relevantes son únicamente aquellos determinados contextualmente, es decir, aquellos en los que la imposibilidad de dar cumplimiento a los dos deberes de forma cumulativa responde a una imposibilidad empírica. No se trataría, pues, o no necesariamente, de un problema de

<sup>113</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 421.

<sup>114</sup> Esta es la clase de conflictos con trascendencia penal que se aborda en este trabajo. No me ocupo aquí, pues, ni de los conflictos entre intereses o bienes, ni los conflictos entre bienes y deberes, ni los que pueden surgir entre deberes jurídicos y extrajurídicos. Y lo mismo cabe afirmar respecto de aquellos supuestos en los que se niega la antijuridicidad de una omisión en atención a los costes propios que el cumplimiento del deber le supone al obligado. Al respecto, vid. solo NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 127. Tampoco se abordan aquí aquellas colisiones dobles entre meras incumbencias (*Obliegenheiten*), ni los conflictos imaginables entre deberes e incumbencias (*Obliegenheiten*). Al respecto, vid. solo KINDHÄUSER, «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *JRE*, (2), 1994, pp. 339 y ss., pp. 350 y s. Coliden meras incumbencias, p. ej., en el supuesto en el que un médico de guardia debe ocupar momentáneamente la única línea telefónica para solicitar que le faciliten el material necesario para esterilizar su instrumental médico y poder así atender a eventuales pacientes en las condiciones debidas, paralizando la recepción de eventuales llamadas de emergencia. Concurren un deber y una incumbencia en el supuesto en el que un socorrista se ve obligado a realizar un gran esfuerzo físico para salvar a quien se está ahogando que le incapacitará para llevar a cabo cualquier ulterior operación de rescate. No me ocupo tampoco de todas aquellas colisiones penalmente relevantes en las que los deberes en conflicto no recaen sobre un único agente. Sobre esta clase de conflictos, vid. Cfr. JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1929, p. 11; y KÜHN, *Die Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1908, pp. 11 y s. Y lo mismo cabe afirmar respecto de aquellas colisiones que surgen cuando el Ordenamiento autoriza a dos personas la realización de una única conducta (colisiones de permisos). P. ej.: un agente autoriza a dos personas distintas a utilizar su automóvil durante un fin de semana o dos personas se retan en duelo, siendo posible constatar justo en el momento previo a la agresión la concurrencia de dos derechos de defensa enfrentados. Al respecto, fundamental, JOERDEN, «Erlaubniskollisionen, insbesondere im Strafrecht», *FS-Otto*, 2007, pp. 331 y ss. Finalmente, deben también quedar ya al margen todos aquellos conflictos en los que coliden intereses intrapersonales. Al respecto, vid. ULSSENHEIMER, «Strafbarkeit des Garanten», *JuS*, (5), 1972, pp. 252 y ss. Estos supuestos, muchas veces tematizados erróneamente en el marco de la discusión sobre el estado de necesidad agresivo, deben resolverse conforme a las reglas del consentimiento, expreso o presunto. En este sentido, con razón, KLESCZEWSKI, *AT*, 2ª ed., 2012, § 4, nm. 367; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 14 y ss. En cambio, vid. SCHMITZ, *Notstand bei internen Interessenkollisionen*, 2013, pp. 15 y ss.

conurrencia de leyes, ni de una contradicción normativa en abstracto.<sup>115</sup> En la colisión de deberes son las condiciones físico-reales que definen la específica situación del obligado y, más concretamente, la inexistencia del medio adecuado o del tiempo necesario para cumplir ambos deberes el elemento que determina el conflicto.<sup>116</sup> Sin embargo, lo cierto es que existen en la doctrina ciertas dudas acerca del alcance o significado de la naturaleza contextual de los conflictos. Retomando la clásica distinción de SIMMEL,<sup>117</sup> serían materiales aquellas colisiones que surgen entre dos deberes que, en atención a sus fines últimos y a su contenido ideal, no se contradicen en absoluto, si bien ambos demandan al agente para su realización tiempo, fuerzas y medios que solo alcanzan en el caso concreto para dar cumplimiento a uno de los deberes en liza. El médico no dispone de las dosis de medicamento necesarias para atender a todos los pacientes intoxicados o el socorrista no es capaz de salvar a tiempo a los dos bañistas que están en peligro de ahogarse. Lógicas, en cambio, son las colisiones que surgen cuando una misma conducta es catalogada deónticamente por dos normas distintas de forma contradictoria. Ello sucede, por ejemplo, en el supuesto en el que un médico, para evitar el contagio de un paciente suyo se ve obligado a revelar su secreto profesional y desvelar la enfermedad contagiosa de otro paciente suyo.

Pues bien, desde antaño, existe un importante sector doctrinal que niega el carácter de auténticas colisiones de deberes a estas últimas.<sup>118</sup> Ante las colisiones lógicas, en realidad, no existiría ningún conflicto, porque necesariamente uno de los dos deberes limita el alcance del

---

<sup>115</sup> Por todos, vid. GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, p. 314. En la teoría del Derecho, sobre las colisiones de deberes como antinomias *in concreto*, esto es, empíricamente condicionadas, vid. por ejemplo MARTÍNEZ ZORRILLA, *Conflictos constitucionales*, 2007, p. 107; EL MISMO, *Law and Philosophy*, (30), 2011, pp. 729 y ss., (734 y s.); o PRIETO SANCHÍS, «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación», *Dritto & questioni pubbliche*, (2), 2002, pp. 98 y ss., quien habla de antinomias contingentes o en concreto, o antinomias externas o propias del discurso de aplicación, en contraposición a las antinomias en abstracto, internas o propias del discurso de validez. Acerca de la discusión jurídico-penal sobre la relación contingente o necesaria entre el conflicto de normas y el de deberes, vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 77 y ss. MARCUS, a propósito del problema de los dilemas morales, trata de demostrar que éstos no responden necesariamente a inconsistencias abstractas del sistema, y ello, sencillamente, porque es posible que el dilema se presente a partir de un único principio moral. Vid. MARCUS, «Moral Dilemmas and Consistency», en GOWANS (ed.), *Moral Dilemmas*, 1987, pp. 194 y ss.

<sup>116</sup> Vid. GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, pp. 314 y s.; PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, 1974, p. 69; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 108; o SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkonkollision*, 2000, pp. 22 y s.

<sup>117</sup> Cfr. SIMMEL, *Einleitung in die Moralphilosophie*, v.II, 1991, pp. 352 y s. Y sobre esta distinción en el Derecho penal, vid. además HRUSCHKA, «Extrasystematische Rechtfertigungsgründe», *FS-Dreher*, 1977, 1977, pp. 192 y s. Esta misma distinción entre clases de conflicto era ya conocida en la literatura del derecho natural medieval. Lo pone de manifiesto, DOUGHERTY, *Medieval Thought*, 2011, pp. 3 y ss. Sostiene ENGISCH que ante colisiones lógicas se produciría una laguna por colisión (*Kollisionslücke*), al derogarse mutuamente ambos imperativos. Cfr. ENGISCH, *Die Einheit*, 1987, p. 42; y detenidamente, sobre el concepto de laguna de colisión, CANARIS, *El sistema*, 1998, pp. 138 y ss.

<sup>118</sup> En este sentido, vid. FRANK, «Vorbem. III vor § 51», *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18ª ed., 1931, p. 141; SCHMIDT, *Die Interessen- und Pflichtenkonkollision*, 1949, p. 56; VON WEBER, *FS-Kiesselbach*, 1947, pp. 234 y ss.; GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, pp. 314 y s.; o LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 71/72. En un sentido parecido, distingue Armin KAUFMANN entre aquellas colisiones que surgen entre una prohibición y un mandato cuyo cumplimiento supone realizar la prohibición (colisión abstracta) y aquellas en las que la prohibición colide con un mandato cuya realización no cae conceptualmente bajo el ámbito de la prohibición (colisión concreta). El primer grupo de colisiones se resuelve en el ámbito del tipo pues, con carácter general, el mandato limitaría el ámbito de lo prohibido. Por el contrario, el segundo grupo de colisiones se resuelve en el ámbito de la justificación, conforme a los principios que allí rigen, básicamente, conforme al criterio de la necesidad. Al respecto, vid., KAUFMANN, «Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung», *FS-Eb.Schmidt*, 1983, pp. 277 y ss., p. 279.



concurrente.<sup>119</sup> «Pues lo contrario significaría que el Derecho por sí mismo, esto es, con independencia de las concretas circunstancias, prohíbe y ordena el mismo comportamiento a una persona, lo que resulta absurdo».<sup>120</sup> Tales colisiones se tienen que resolver simplemente a partir de una correcta interpretación de las normas en conflicto. Frente a este modo de ver las cosas, hay quien ha objetado que no hay razón material alguna que explique tratar ambos grupos de conflictos de manera diferente. En este sentido, se ha señalado que es absolutamente irrelevante si resulta que un deber limita al otro o uno se impone frente al otro, pues ambos grupos de colisiones se regirían por los mismos principios de solución.<sup>121</sup> Por otro lado, RENZIKOWSKI ha cuestionado en términos lógicos la distinción. La afirmación según la cual en las colisiones lógicas una única conducta resulta prohibida y obligada, por ejemplo, la revelación de la enfermedad contagiosa de un paciente, mientras que en las materiales serían dos conductas distintas catalogadas cada una de ellas de un modo *in abstracto* no contradictorio sería para el referido autor falsa. En el supuesto clásico de colisión material en el que un padre debe salvar a su hijo (A) y a su hijo (B), pero no tiene tiempo suficiente, señala RENZIKOWSKI que cada uno de los mandatos implica a su vez la prohibición de llevar a cabo todas las conductas alternativas incompatibles.<sup>122</sup> Si resulta que para el padre es obligatorio salvar a (A), está también prohibido salvar a (B), y como resulta obligatorio salvar a (B), está también prohibido salvar a (A). Así las cosas, resulta que las dos formas de comportamiento en cuestión, salvar a (A) y salvar a (B), del mismo modo que en las colisiones llamadas lógicas, estarían catalogadas deónticamente de forma incompatible.<sup>123</sup>

Sea como fuere, la discusión entre el carácter lógico o material de los conflictos de deberes parece haber quedado relegada a un segundo plano en los últimos tiempos. Ello no impide afirmar que la gran mayoría de la doctrina al abordar el problema lo hace siempre pensando en los conflictos de deberes materiales, aunque sin descartar, como mínimo de forma expresa, la posibilidad de que también los conflictos lógicos puedan integrar el instituto jurídico-penal.<sup>124</sup> Bien mirado, con la afirmación de que en los conflictos lógicos un deber limita a otro no se soluciona en modo alguno el problema práctico en el que se ve sumido el agente obligado. En el próximo capítulo, al definir positivamente los términos conceptuales de esta exigente, abordaremos de nuevo esta cuestión.<sup>125</sup>

## 2.2. El deber como elemento esencial del conflicto

Tres han sido las cuestiones debatidas por la doctrina en lo que se refiere a la obligación como elemento esencial del conflicto. Históricamente fue objeto de una importante controversia la concreta naturaleza de los deberes que podrían integrar el instituto penal. Así,

<sup>119</sup> Cfr. LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 71/72.

<sup>120</sup> Vid. MANGAKIS, *ZStW*, (84), 1972, p. 453.

<sup>121</sup> Así, STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 9, nm. 121.

<sup>122</sup> Vid. RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 217.

<sup>123</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 217, n. 243.

<sup>124</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 124. Sí reducen el instituto a los conflictos materiales LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 71/72, pues en los conflictos lógicos uno de los dos deberes limitaría a su opuesto.

<sup>125</sup> Cfr. Cap. 2, apdo. II, 4.3, a).

se afirmaba antiguamente que también los conflictos entre deberes jurídicos y extrajurídicos (morales, éticos, teológicos) podrían dar lugar a conflictos de deberes jurídico-penalmente relevantes.<sup>126</sup> Sin embargo, en la actualidad es pacífico afirmar que los dos deberes en conflicto tienen que ostentar necesariamente naturaleza jurídica, de modo que los conflictos entre deberes morales, éticos o teológicos y deberes jurídicos, no integran la figura jurídico-penal de la colisión de deberes.<sup>127</sup> Esto, claro está, no es óbice para que se le reconozcan de un modo u otro efectos jurídico-penales a ciertos deberes extra-jurídicos,<sup>128</sup> por lo general, en el ámbito de la reprochabilidad individual del hecho antijurídico.<sup>129</sup> Por otro lado, en la medida en que los intereses protegidos por los deberes morales sean esencialmente preponderantes frente a los que salvaguarda el deber jurídico, la infracción de esta obligación podrá estar justificada en consonancia con la dogmática clásica del estado de necesidad (agresivo).<sup>130</sup> Sin embargo, no cabe hablar aquí de un auténtico conflicto de deberes con naturaleza eximente de la responsabilidad penal, sino de un supuesto estándar de estado de necesidad justificante.

---

<sup>126</sup> Así, por ejemplo, VON WEBER, *Grundriss*, 2ª ed., 1948, p. 93; MAYER, *AT*, 1953, p. 180, quien señala que los «deberes morales reconocidos con carácter general tienen en este caso el mismo valor que los deberes jurídicos». Asimismo, reconociendo el efecto excluyente del injusto por la infracción de un deber jurídico para cumplir un deber moral familiar cuando ambos se muestran valorativamente equivalentes, vid., TRAEGER, *Das Notstandsproblem*, 1932, p. 36. Por otro lado, hay quienes han relegado los supuestos de colisión de deberes jurídicos con deberes morales o religiosos al ámbito de la culpabilidad o al de la punibilidad. Así, entre otros, KERN, «Grade der Rechtswidrigkeit», *ZStW*, (65), 1952, p. 289 u OETKER, en BIRKMEYER et al. (eds.), *Vergleichende*, v. II, 1908, p. 358, abogando por el recurso al indulto (*Begnadigung*). BARTHOLOMÉ distingue entre deberes morales con fuerza de excepción (*Sittenpflichten mit Exzeptionskraft*) y aquellos puramente morales (*reinen Sittenpflichten*). La colisión entre deberes morales con fuerza de excepción constituiría una verdadera colisión de deberes, como lo sería la dable entre deberes positivizados y deberes morales con fuerza de excepción, pues, en el fondo, se trataría en este último caso de deberes jurídicos no positivizados, Derecho no escrito. Además, la distinta naturaleza del deber no prejuzgaría en absoluto su jerarquización. Así, BARTHOLOMÉ, *Die Bedeutung der Pflichtenkollision*, 1930, pp. 26 y s. Admitiendo la colisión de deberes entre un deber jurídico y uno moral, vid., HENKEL, *Der Notstand*, 1932, pp. 98 y s., para quien en caso de equivalencia entre los deberes en juego, primaría el deber jurídico sobre el moral. Por su parte, WOLFF, *Lehre vom übergesetzlichen Notstand*, 1936, pp. 39 y ss., considera inaceptable la tesis según la cual todo deber jurídico prima sobre los deberes morales, pues solo ante deberes que protegen bienes equivalentes cabría afirmar esa primacía. Este mismo autor, claramente imbuido por los postulados nacional-socialistas, afirma que la primacía del deber jurídico sí tendría carácter general cuando a aquél se opone un deber religioso. Así, el ciudadano judío que es llamado a declarar como testigo en Berlín un *Sabbat* y no comparece porque su religión le prohíbe circular en tranvía no vería su hecho ni justificado ni exculpado en ningún caso (p. 40, n. 163).

<sup>127</sup> Cfr. GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, pp. 315 y ss.; JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1930, p. 11, para quien las colisiones entre deberes jurídicos y morales son colisiones impropias; END, *Existentielle Handlungen*, 1959, p. 13; o CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 71 y s. Recientemente, entre otros muchos, LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 71; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 128; RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 121; o SCHLEHOFER, «Vor §§ 32 ff.», *MK*, 2ª ed., nm. 208. Mientras que las colisiones entre deberes jurídicos constituyen un problema jurídico intrasistemático, en el que la solución al conflicto ha de residir necesariamente en los propios parámetros de valoración jurídicos del sistema, la colisión entre deberes jurídicos y morales nos remite para su resolución a un plano superior, en el que se aborda el problema de la relación entre el Derecho y la moralidad y como aquél filtra e internaliza factores externos que condicionan el actuar de un ciudadano. Sin embargo, la STS 1464/1999 de 21 de octubre, ponente Bacigalupo Zapater, parece sostener un concepto amplio de colisión de deberes, al afirmar que «[e]n efecto, el incumplimiento de un deber legal por colisión con un deber de conciencia no es sino un conflicto de deberes que, en este caso, tiene la misma respuesta que se ha dado para explicar la no aplicación del art. 20.5º del Código Penal». En este mismo sentido, además, vid. la SAP-Pontevedra 774/2000 de 24 de febrero, ponente Sobrino Blanco, refiriéndose al conflicto entre el deber ético de no participar en actividades militares y la obligación de efectuar el servicio militar como un auténtico conflicto de deberes.

<sup>128</sup> Cfr. MANGAKIS, *ZStW*, (84), 1972, pp. 452 y s.

<sup>129</sup> Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *Conciencia y Derecho Penal*, 1994, pp. 167 y ss., p. 168.

<sup>130</sup> Así, con ulteriores citas y ejemplos, vid. PÉREZ DEL VALLE, *Conciencia y Derecho Penal*, 1994, pp. 169 y ss.

La segunda cuestión históricamente debatida y que tampoco parece generar a día de hoy demasiadas controversias es la posibilidad de aceptar la relevancia jurídico-penal de los conflictos en los que no todos los deberes concurrentes ostentan naturaleza penal.<sup>131</sup> En la medida en que exista la posibilidad de que un deber penal sea incumplido para satisfacer una segunda obligación jurídica estamos ya frente a un supuesto penalmente relevante de colisión de deberes.<sup>132</sup> Es decir, todo conflicto entre un deber penal y un deber jurídico integra la eximente penal de la colisión de deberes. De hecho, es muy frecuente en la discusión germánica más actual el abordaje de supuestos en los que coliden deberes penales con obligaciones extra-penales, tanto jurídico-públicas como privadas.<sup>133</sup> Cuestión distinta es si, como algunos autores sostienen, el deber penal prima con carácter general sobre la obligación extrapenal.<sup>134</sup>

Finalmente, el tercer problema esencial en la definición conceptual de la figura de la colisión de deberes, todavía hoy objeto de una viva discusión, es el carácter deóntico que deben presentar las obligaciones en colisión. A partir de la distinción entre mandatos y prohibiciones, como deberes de actuar y omitir respectivamente,<sup>135</sup> se distingue desde una perspectiva fenomenológica entre tres grupos de conflicto de deberes:<sup>136</sup> (1) la colisión que surge cuando colide un mandato con un segundo mandato; (2) la colisión que surge cuando colide un mandato con una prohibición; y (3) la colisión que surge cuando colide una prohibición con otra prohibición. A partir de esta tripartición se torna posible comprender la actual discusión sobre el alcance conceptual de la colisión de deberes. En concreto, son dos las cuestiones fundamentales aquí discutidas. En primer lugar, con carácter lógico o incluso ontológico, se contienda acerca de la posibilidad de que dos prohibiciones colidan. Y en segundo lugar, desde una óptica normativo-funcional, se discute acerca de la conveniencia de reducir conceptualmente el instituto penal a los conflictos de deberes de actuar (mandatos),

---

<sup>131</sup> Así ya, JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1930, p. 10, quien afirma que es suficiente con que uno de los dos deberes se derive de una norma penal; SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, p. 22, o VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, 2000, p. 484. En cambio, ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 119, alude únicamente a deberes jurídico-penales.

<sup>132</sup> Cfr. JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1930, p. 11.

<sup>133</sup> Así, por ejemplo, sobre el conflicto entre un deber civil de restituir una cosa cuando el obligado sabe que el receptor la utilizará para cometer un delito, de modo que la entrega puede ser contemplada como la infracción de un deber penal de no intervenir en el delito, vid. HIRSCH, «Vor §§ 32», *LK*, 11ª ed., nm. 77; o LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 72, para quienes la restitución de la cosa sería punible como un acto de complicidad. Muchos son también los grupos de conflictos discutidos por la doctrina alemana en los que un administrador societario es destinatario de deberes mercantiles y penales de imposible cumplimiento cumulativo. Sobre el conflicto entre el deber mercantil de asegurar la masa en situaciones de exceso de endeudamiento (§ 64. 2 GmbHG) y el deber de administrar diligentemente garantizado penalmente en el § 266 StGB, vid. GEIBEL, «Pflichtenkollision des GmbH-Geschäftsführers bei Zahlungen nach Insolvenzreife?», *ZJS*, (6), 2008, pp. 666 y s.; POELZIG/THOLE, «Kollidierende Geschäftsleiterpflichten», *ZGR*, (5), 2010, pp. 857 y ss.; o RENZIKOWSKI, «Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB bei Zahlungsunfähigkeit wegen Vorverschuldens?», *FS-Weber*, 2004, pp. 333 y ss.

<sup>134</sup> Cfr. CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, p. 252; PÉREZ ALONSO, «La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», *CPC*, (56), 1995, p. 646. Cfr. Cap. 5, apdo. IV, 6.

<sup>135</sup> Cfr. Al respecto, vid. HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, pp. 259 y s.; JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, pp. 44 y ss.; o GROPP, «Die „Pflichtenkollision“: weder eine Kollision von Pflichten noch Pflichten in Kollision», *FS-Hirsch*, 1999, pp. 208 y s.

<sup>136</sup> Por todos, HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, pp. 259 y s.; JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, pp. 44 y ss.; o GROPP, *FS-Hirsch*, 1999, pp. 208 y s.

tal y como planteara a finales de los años cincuenta Armin KAUFMANN.<sup>137</sup> Veamos ahora ambas cuestiones en detalle.

### a) ¿Pueden colidir dos prohibiciones?

Como ha puesto de manifiesto HRUSCHKA, históricamente se ha negado en la discusión filosófica la posibilidad de que dos prohibiciones entren en conflicto. La afirmación según la cual las “*Leges prohibitivae nunquam inter se colliduntur*” constituiría un lugar común en la filosofía del *iusnaturalismo* racionalista de los S. XVII y XVIII,<sup>138</sup> y gozaría todavía de un importante predicamento entre los filósofos contemporáneos.<sup>139</sup> La razón es simple, dos prohibiciones nunca pueden excluirse mutuamente porque siempre es posible omitir varias formas de comportamiento al mismo tiempo.<sup>140</sup> Esto es lo que cualquier obligado hace a lo largo de su vida de manera constante, cumplir un sinfín de prohibiciones concurrentes. No es de extrañar, pues, que también en el Derecho penal se haya negado asiduamente la posibilidad lógica de que dos prohibiciones entren en conflicto.<sup>141</sup> Sin embargo, esta tendencia parece invertirse a principios de los años ochenta, cuando HRUSCHKA, en su contribución al Libro Homenaje a Karl Larenz, defendió la posibilidad lógica de los conflictos entre prohibiciones, aportando en prueba de ello un supuesto real enjuiciado algunos años atrás por un tribunal de Hamburgo.<sup>142</sup> En la actualidad, un importante y creciente sector doctrinal defiende su existencia y relevancia jurídico-penal.<sup>143</sup> Aunque la discusión gira básicamente en torno a la

---

<sup>137</sup> Como señala NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 124, tanto el ámbito de aplicación de la colisión de deberes justificante como su delimitación respecto al § 34 StGB, donde se regula el estado de necesidad agresivo, son objeto de controversia.

<sup>138</sup> Cfr. HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, p. 262, con multitud de citas a la doctrina del momento en este sentido.

<sup>139</sup> En este sentido, además, vid., HÜGLI, en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, v. VII, 1989, pp. 443 y s. La fundamentación al uso puede leerse en CATHREIN, *Moralphilosophie*, v. I, 1890, pp. 437 y ss., señalando que solo pueden colidir deberes positivos o deberes positivos con negativos, pero nunca negativos entre sí, pues es siempre posible omitir varias conductas al mismo tiempo.

<sup>140</sup> Vid. HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, p. 262.

<sup>141</sup> Así, entre otros, VON WEBER, *Das Notstandsproblem und seine Lösung*, 1925, p. 3; EL MISMO, *FS-Kiessselbach*, 1947, p. 236; SCHMIDT, *Die Interessen- und Pflichtenkollision*, 1949, p. 49; FÜTTERER, *Steuerheimnis und Pflichtenkollision*, 1959, p. 72. Y posteriormente, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/15a; EL MISMO, «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand und Pflichtenkollision)», *Rechtfertigung und Entschuldigung*, v. IV, 1995, p. 169; MAURACH/ZIPF, *AT*, 8ª ed., 1992, § 27, nm. 53; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, p. 414; HIRSCH, «Vor § 32», *LK*, 10ª ed., nm 76; KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 16; MANGAKIS, *ZStW*, (84), 1972, p. 453; PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, 1974, p. 70; GROPP, *FS-Hirsch*, 1999, pp. 2018 y ss.; CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 83; o en la literatura formativa, SATZGER, «Die rechtfertigende Pflichtenkollision», *JURA*, (10), 2010, p. 755.

<sup>142</sup> Aunque en Alemania se suele atribuir a HRUSCHKA el mérito de haber descubierto para el Derecho penal esta problemática —afirma por ejemplo ZIMMERMANN que es HRUSCHKA quien rompe con la idea de que las prohibiciones no pueden colidir, idea que encontraría sus orígenes en la filosofía práctica del siglo XVIII y que suponía uno de los «conocimientos seguros de la dogmática de la colisión de deberes» o LENCKNER, «Der Grundsatz der Güterabwägung», *GA*, 1985, pp. 304 y s., n 17— lo cierto es que se equivocaba HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, p. 261 cuando afirma que el problema no había sido abordado por la doctrina penal anteriormente. Ya BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 759, n. 16, contempló la posibilidad en su manual de que colidieran dos deberes *ad omittendum*, si bien no desarrolló el problema.

<sup>143</sup> Admiten la colisión de deberes de omitir, además de HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, p. 262; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 107; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 366; LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem §§ 32 ff.», 29ª ed., *Schönke/Schröder*, nm. 76; RENZIOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 162; LENCKNER, «Der Grundsatz der Güterabwägung», *GA*, 1985, pp. 304 y s.; KINDHÄUSER, «§ 34», *LPK-StGB*, 6ª ed., nm. 55; MONSEN, «§ 34», *BeckOK StGB*, 28ª ed., nm. 24; JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, pp. 44 y s.; SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, p. 12. En el Derecho penal alemán de las contravenciones, igualmente

posibilidad de que dos prohibiciones colidan, entre quienes lo aceptan, se plantea asimismo la duda de cuál es el tratamiento que tales conflictos ameritan,<sup>144</sup> esto es, si merecen ser tratados conforme a las reglas de la colisión de deberes o a las del estado de necesidad.<sup>145</sup> El referido ejemplo del que se vale HRUSCHKA para demostrar que las prohibiciones pueden colidir es el siguiente.<sup>146</sup> El carril central de un túnel es utilizado, según las necesidades viales, en ocasiones en un sentido y en ocasiones en el contrario. El conductor (A) conduce respetando todas las normas de circulación por el carril central, cuando repentinamente, el semáforo que tiene enfrente se pone por un error técnico en rojo. (A) se encuentra entonces ante la siguiente situación: como consecuencia del semáforo en rojo, no puede continuar su marcha, pues está prohibido saltarse un semáforo en rojo; (A) no puede parar, puesto que el detenerse en una autopista está igualmente prohibido; (A) tampoco puede girar o dar la vuelta, pues ambas maniobras están prohibidas; finalmente, (A) no puede iniciar la marcha hacia atrás, puesto que ello también está prohibido en una autopista. Así las cosas, no existiría ninguna posibilidad de acción para (A), éste se encontraría en una auténtica situación de colisión de prohibiciones. Como en toda colisión, el cumplimiento de cualquiera de los deberes que se imponen, en este caso, de omitir, implica necesariamente el incumplimiento de otro deber, en este caso, otra prohibición. Si omite parar, necesariamente rebasa un semáforo en rojo, acción que está igualmente prohibida. Si omite dar marcha atrás, o bien infringe la prohibición de parar o infringe la prohibición de rebasar el semáforo en rojo. Cumpla la prohibición que cumpla, como mínimo, infringe otra.<sup>147</sup>

ZIMMERMANN se ha ocupado recientemente del problema de la mano de tres interesantes ejemplos más.<sup>148</sup> En el primero de ellos, expuesto en su día por OTTO, un conductor, (A), circula bajo la lluvia a una velocidad adecuada por una vía interurbana, cuando advierte como el peatón (X) sale de detrás de un árbol y comienza a cruzar la calzada de forma descuidada. (A) puede evitar atropellar a (X) frenando de manera brusca, no obstante, ese frenazo produciría la muerte del motorista (Y), quien circula tras el automóvil a una distancia tan

---

acepta la posibilidad, RENGIER, «Vor §§ 15, 16», *KK OWIG*, 3ª ed., nm. 8; y EBNER, «Die rechtfertigende Pflichtenkollision im Verkehrsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht», *SVR*, (6), 2006, p. 203. En España, en favor de su reconocimiento, por todos, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 218, n. 492. En la discusión filosófica, admitiendo igualmente la posibilidad de que deberes de omitir colidan, vid. por ejemplo ANDERHEIDEN, *Pluralismus und Pflichtenkollisionen*, 2000, pp. 96 y s.

<sup>144</sup> Pone de manifiesto esta segunda cara del problema NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, pp. 429 y s., nn. 43 y 44, con citas a los autores que defienden tratar estos conflictos como los que surgen entre mandatos y quienes en cambio optan por la aplicación de las reglas que rigen los conflictos entre mandatos y prohibiciones.

<sup>145</sup> Esta distinción resulta fundamental, pues, como más adelante se mostrará, la doctrina dominante entiende que en el primer caso la mera equivalencia entre intereses permite justificar la infracción de un deber, mientras que en el segundo caso, se exige una preponderancia esencial entre los intereses salvaguardados y lesionados. Cfr. *infra* apdo. III, 4.

<sup>146</sup> Se trata como digo de un caso real, (*Hamburger Elbtunnel-Fall*) enjuiciado por un tribunal de Hamburgo en el año 1979. Cfr. OLG Karlsruhe JZ 1984, 240, con comentario de HRUSCHKA; EL MISMO, *FS-Larenz*, 1983, pp. 260 y s.; EL MISMO, *JZ*, 1984, pp. 242 y ss. Sobre este mismo supuesto, vid. PUPPE, *AT*, 2ª ed., 2011, p. 177; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 368; u OTTO, «Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlich gleichrangiger Interessen», *JURA*, (7), 2005, pp. 472 y s.

<sup>147</sup> Cfr. HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, p. 262, concluye HRUSCHKA que las colisiones entre prohibiciones son posibles, aunque dado lo excepcional que resulta el agotamiento del espacio de actuación a partir de prohibiciones, éstas se darían rara vez y, por ello, la filosofía *iusnaturalista* racionalista de los S. XVII y XVIII habría negado su existencia.

<sup>148</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 189; y más casos en GROPP, *FS-Hirsch*, 1999, pp. 218 y s.

escasa que no le sería posible frenar a tiempo.<sup>149</sup> En segundo lugar, recurre ZIMMERMANN a un ejemplo propuesto por el filósofo alemán Norbert HOERSTER, en el que un piloto, (A), tras detectar en vuelo un fallo en su aparato, puede únicamente escoger si éste se estrella en una vivienda unifamiliar o en un supermercado. En ambos supuestos morirán personas y el piloto puede salvarse gracias al asiento eyectable.<sup>150</sup> En el tercer y último ejemplo referido, propuesto en su día por NEUMANN, se plantea qué debe hacer (X), quien es empujado por una muchedumbre en estado de pánico y solo puede escoger entre caer encima de (A), que yace en el suelo, o hacer lo propio sobre (B). Tanto uno como el otro morirán si (X) les cae encima.<sup>151</sup> Estos y otros ejemplos parecidos vienen a cuestionar la idea clásica de que siempre es posible cumplir de forma simultánea con dos o más prohibiciones. La evitación de un resultado no sería siempre compatible con la evitación de otro. Las prohibiciones no podrían, pues, ser siempre cumplidas de forma sincrónica, porque no siempre es posible la absoluta inactividad y, con ello, el respeto de una de las prohibiciones en concurso.

En contra de la aceptación de que existen auténticas colisiones de deberes, cabe advertir en la doctrina dos clases de argumentos. El primero de ellos, trazado por GROPP, consiste en negar la posibilidad lógica de que las prohibiciones colidan.<sup>152</sup> Tales conflictos serían en un plano lógico imposible, puesto que el destinatario puede simultáneamente e ilimitadamente cumplir todos los deberes de omitir. Dos prohibiciones no pueden colidir por la sencilla razón de que el mero permanecer quieto en una concreta dirección siempre es compatible con hacerlo en otra dirección distinta. ¿Qué sucede entonces en los ejemplos arriba presentados? GROPP entiende que, en realidad, si bien es cierto que las posibilidades de actuación conforme a Derecho están agotadas, lo están no por la colisión formal de deberes de omitir, sino por la existencia de un deber de acción que aparentemente se formula como una prohibición y que colide con el resto de deberes de omitir.<sup>153</sup> Lo que caracterizaría a todas estas colisiones aparentes entre deberes de omitir es que la valoración jurídica se realiza en un momento temporal en el que el sujeto obligado, tras haber infringido previamente una prohibición, ha puesto en funcionamiento un curso lesivo que le obliga a actuar.<sup>154</sup> Estructuralmente se trataría, pues, de supuestos en los que existe una obligación de actuar tras una injerencia previa.<sup>155</sup> Del mismo modo que quien después de verter, por error, arsénico en vez de azúcar en el vaso de su víctima infringe un deber de evitar activamente el resultado lesivo cuando se

---

<sup>149</sup> Vid. OTTO, «Nachtrag», *Pflichtenollision und Rechtswidrigkeiturteil*, 3ª ed., 1978, p. 121, EL MISMO, *Grundkurs Strafrecht*, 7ª ed., 2004, § 8, nm. 198, p. 148; y EL MISMO, *JURA*, (7), 2005, p. 473. En los últimos tiempos parece cobrar interés nuevamente este supuesto y otros similares a propósito del desarrollo de automóviles autónomos. El diario “El País” publicó el 30 de junio de 2015 en su sección de economía un artículo titulado «¿Debería decidir un coche sin conductor quién vive y quién muere?», en donde se plantean los múltiples y complejos problemas éticos con los que topan los diseñadores de automóviles autónomos a la hora de prefijar pautas de comportamiento al automóvil en situaciones de conflicto. ¿Debería un vehículo autónomo sacrificar a su ocupante con un giro brusco que lo haga caer por un precipicio para evitar matar a los niños que ocupan un autobús escolar?

<sup>150</sup> Cfr. HOERSTER, *Abtreibung*, 2ª ed., 1995, p. 192.

<sup>151</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 430.

<sup>152</sup> Vid. GROPP, *FS-Hirsch*, 1999, pp. 217 y ss.

<sup>153</sup> Cfr. GROPP, *FS-Hirsch*, 1999, pp. 219 y s.

<sup>154</sup> Vid. GROPP, *FS-Hirsch*, 1999, p. 220.

<sup>155</sup> Vid. GROPP, *FS-Hirsch*, 1999, p. 220.

percata del desliz y no asegura el riesgo creado,<sup>156</sup> el conductor que no detiene su automóvil frente a un semáforo en rojo no está infringiendo una prohibición, sino el mandato que le obligaría a detener activamente su automóvil.

Frente a este planteamiento, NEUMANN ha objetado que la existencia de una importante discusión sobre la posibilidad de que colidan prohibiciones significa *nolens volens* que el problema no puede tener —como cree GROPP— un carácter estrictamente lógico.<sup>157</sup> NEUMANN reconoce que un deber de permanecer meramente quieto no puede nunca colidir con otro idéntico, pero aquí es precisamente donde reside el error. Los deberes de omitir jurídico-penales, esto es, las prohibiciones, no imponen siempre una absoluta inmovilidad (*schlichtes Untätigbleiben*), sino que imponen el deber de omitir determinadas injerencias en concretos bienes jurídicos.<sup>158</sup> Aunque no lo afirma expresamente, NEUMANN parece entender que un mero no hacer nada, la absoluta inactividad, puede también ocasionalmente ser suficiente para infringir una prohibición, esto es, para afirmar una injerencia antijurídica en bienes jurídicos ajenos.<sup>159</sup> A partir de aquí, sostiene este autor que es imaginable aquella situación en la que la mera presencia o el estado de movimiento (*Bewegungszustand*) de un sujeto amenace los bienes jurídicos de terceros, de modo que el obligado tenga que actuar para no infringir una prohibición. A dicha situación podría llegarse, o bien por la provocación culpable (*Vorverschulden*) de la situación,<sup>160</sup> o bien como consecuencia de un defecto técnico.<sup>161</sup> Así las cosas, cuando un sujeto (X) es empujado por una muchedumbre en estado de pánico, debiendo entonces escoger entre caer encima de (A), que yace en el suelo, o sobre (B), estamos en realidad ante dos prohibiciones que efectivamente agotarían el espacio de actuación del obligado. Solo cabría, pues, recurrir entonces a las reglas generales de resolución de las colisiones entre mandatos.<sup>162</sup> Frente a esto último ha replicado sin embargo GROPP lo siguiente: en los casos a los que alude NEUMANN, en realidad estamos también ante una colisión entre un deber de acción y otro de omisión, pues si el sujeto al que han empujado inicialmente va a caer sobre la víctima (A), estamos ante un deber de no lesionar que en realidad implica un deber de actuar [desplazarse hacia (B)], mientras que la prohibición de no lesionar a la víctima (B), sí se muestra efectivamente como un deber de omitir.<sup>163</sup>

Sea como fuere, lo cierto es que la discusión ahora referida parece condenada al fracaso, puesto que ambos autores sostienen conceptos distintos de mandato y prohibición, quedando aquí a las claras la confusión que todavía reina en la doctrina entre el plano fenomenológico y el normativo a la hora de distinguir deberes. Mientras que GROPP entiende por prohibición el

---

<sup>156</sup> Cfr. GROPP, *FS-Hirsch*, 1999, pp. 220 y s.

<sup>157</sup> NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, pp. 429 y s.

<sup>158</sup> NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 430. En idéntico sentido, OTTO, *JURA*, (7), 2005, p. 472.

<sup>159</sup> Así lo entiende igualmente ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 192.

<sup>160</sup> Este sería el caso en el ejemplo propuesto por LENCKNER en el que un conductor que circula a excesiva velocidad se ve obligado o bien a frenar provocando que el automóvil que le sigue le alcance o bien a continuar la marcha, colisionando frontalmente con el coche que se encuentra ya detenido al final del atasco. Cfr. LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 76.

<sup>161</sup> Defecto técnico como el acontecido en el caso propuesto por HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, p. 262, en el que el semáforo del túnel origina por error la situación de conflicto.

<sup>162</sup> NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 430.

<sup>163</sup> Vid. GROPP, *AT*, 3ª ed., 2005, p. 231.

deber que obliga a omitir, NEUMANN parece entender por prohibición el deber de no injerirse en una esfera ajena, activa u omisivamente. La distinta comprensión de la noción de mandato y prohibición no es un problema exclusivo de la discusión sobre los conflictos entre prohibiciones sino, como veremos, una constante a lo largo y ancho de la discusión sobre los conflictos de deberes.<sup>164</sup>

El segundo argumento esbozado en contra de la admisión de auténticos conflictos entre prohibiciones tiene carácter funcional. Dado que los conflictos de deberes que se presentan en la doctrina como colisiones entre prohibiciones merecerían ser tratados por razones axiológicas conforme a las reglas del estado de necesidad, no hay razón alguna que justifique su inclusión en la institución penal del conflicto de deberes. ZIMMERMANN asume que las prohibiciones no pueden nunca agotar el ámbito de actuación, pues siempre es posible un mero no hacer. En el ejemplo del conductor que se encuentra ante el dilema de, o bien frenar para no atropellar al peatón que cruza la calle ante él, o bien no frenar y atropellar al peatón para que el motorista que circula inmediatamente detrás no muera por el impacto contra la luna trasera del coche, el conductor podría sin lugar a dudas permanecer inmóvil, no hacer nada.<sup>165</sup> Cuando la muerte de un sujeto es consecuencia de un mero no hacer, de una omisión, necesariamente ha de haberse producido la infracción de un deber de actuar. Con ello se habría demostrado que el supuesto agotamiento del ámbito de actuación no obedece a la colisión de prohibiciones, sino a que, en realidad, se trata en este caso de la colisión entre un deber de actuar y uno de omitir. No obstante, en su opinión, la cuestión fundamental aquí es si la mera pasividad, el no hacer nada, esto es, la omisión óptica, normativamente tiene que valorarse siempre como una omisión o si, por el contrario, la mera pasividad, la omisión óptica, puede excepcionalmente estimarse como una acción.<sup>166</sup> Aquellos que niegan la posibilidad de que los deberes de omitir colidan entienden que la omisión óptica es siempre valorada normativamente como una omisión. Si el obligado tiene que actuar fenomenológicamente, no se trata ya de una prohibición, de un deber de omitir, sino que estaríamos ante un mandato. En realidad, lo que se hace es reconfigurar la naturaleza del deber en función de cómo se tiene que comportar fenomenológicamente el obligado para cumplirlo. Por el contrario, quienes defienden que sí existen auténticas colisiones entre prohibiciones, así, por ejemplo, NEUMANN, entienden que en ocasiones la mera pasividad constituye una acción en sentido normativo. El no frenar el coche cuando delante está cruzando un peatón constituye siempre la infracción de una prohibición, como acontece en el caso del piloto que no desvía el avión que previsiblemente se estrellará en un lugar densamente poblado.<sup>167</sup>

Pues bien, hasta donde alcanzo, son dos las razones fundamentales que llevan a ZIMMERMANN a descartar la posibilidad de que mediante puras omisiones ópticas se infrinjan prohibiciones. Aunque reconoce que existen en muchos de los supuestos presentados por la

---

<sup>164</sup> Cfr. Cap. 2, apdo. IV, 2.

<sup>165</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 190 y s.

<sup>166</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 191.

<sup>167</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 430.



doctrina buenas razones para otorgar al obligado la posibilidad de escoger qué interés tendría que salvar y, por lo tanto, para considerar normativamente equivalentes acciones y omisiones ónticas, dos razones desaconsejan normativizar ciertas omisiones, considerándolas acciones capaces de infringir prohibiciones.<sup>168</sup> La primera, la más importante, la advierte ZIMMERMANN en la regulación alemana del estado de necesidad justificante (§ 34 StGB).<sup>169</sup> Según ZIMMERMANN el § 34 StGB vendría a establecer una regla de preferencia general de la omisión sobre la acción, o lo que es lo mismo, vendría a proteger con carácter general la posición jurídica de aquellos agentes que en el momento del nacimiento de la situación de conflicto no están en peligro.<sup>170</sup> La regulación del estado de necesidad viene así a consagrar la garantía del *status quo* vigente. Solo bajo excepcionales circunstancias podría un agente alterar dicho *status quo*, desplazando artificialmente el mal a quien no se encuentra hasta entonces directamente involucrado en el peligro.<sup>171</sup> Sin embargo, para que esta regla de preferencia siga teniendo sentido y capacidad de rendimiento, es obligado entender que solo constituye una injerencia en el sentido del § 34 StGB una alteración del curso natural de los acontecimientos a través de un comportamiento humano activo. La definición de una injerencia a justificar conforme al § 34 StGB depende de los mismos criterios ónticos que nos sirven para delimitar una acción de una omisión.<sup>172</sup> Lo contrario llevaría al absurdo de que los dos intereses en juego podrían ser al mismo tiempo vistos como intereses que salvar e intereses que sacrificar.<sup>173</sup> Es decir, el piloto que se dirige hacia el supermercado y permanece inmóvil no está injiriéndose omisivamente en el sentido del § 34 StGB,<sup>174</sup> pero sí cuando altera activamente la dirección de la aeronave. No coliden, pues, dos prohibiciones, sino un deber de actuar, que le obliga a desviar el avión que se dirige al supermercado, con un deber de omitir, que le obliga a no alterar el rumbo del avión hacia la vivienda unifamiliar. Sin embargo, el mandato no llega a nacer porque la regla de preferencia de la omisión frente a la acción consagrada en el § 34 StGB así lo determina. En definitiva, a diferencia de la omisión (lesiva), todo deber de actuar que menoscaba intereses está en su nacimiento condicionado a la salvaguarda de un interés esencialmente superior.

En segundo y último lugar, ZIMMERMANN esgrime asimismo un argumento de carácter eminentemente práctico en contra de la valoración normativa como omisión de ciertas acciones ónticas. Aunque razones de justicia material vinculadas al supuesto concreto hicieran recomendable tratar indistintamente a los dos sujetos involucrados y, por lo tanto, otorgar un

---

<sup>168</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 204 y ss.

<sup>169</sup> § 34 StGB [Estado de necesidad justificante]: “El que, ante un peligro actual, e inevitable de otro modo, para la vida, integridad, libertad, honor, propiedad u otro bien jurídico, comete un hecho para apartar el peligro de sí o de otro, no obra antijurídicamente si, al ponderar los intereses contrapuestos, y en particular los bienes jurídicos afectados y el grado de los peligros que les amenazan, el interés salvaguardado prepondera esencialmente sobre el lesionado. No obstante, lo anterior solo rige en caso de que el hecho constituya un medio adecuado de evitación del peligro”.

<sup>170</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 208 y s.

<sup>171</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 208 y s.

<sup>172</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 207.

<sup>173</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 205, y en profundidad, pp. 126 y ss., n. 459.

<sup>174</sup> Si así fuera, la regla de justificación del § 34 StGB se tornaría inservible. Es decir, la omisión no se podría justificar, pues con ello no se salvaguarda un interés esencialmente preponderante, con lo que el piloto estaría obligado a modificar la trayectoria del avión; pero al mismo tiempo, esa acción tampoco podría conforme al § 34 StGB quedar justificada, pues tampoco sería apreciable aquí un interés esencialmente preponderante.

derecho de elección al obligado, dado que no existen criterios claros que puedan determinar con carácter general la modificación valorativa del no hacer, sería conveniente negar con carácter general tal posibilidad a fin de garantizar la seguridad jurídica.<sup>175</sup> Es decir, aunque en ocasiones parece arbitrario obligar al agente a omitir, por ejemplo, en el supuesto de quien tras ser empujado solo puede escoger si cae encima de (A) o de (B), a falta de criterios claros que permitan delimitar la convertibilidad de acciones ónticas en omisiones, es preferible mantenernos fieles al inmutable criterio natural.<sup>176</sup>

## b) La colisión de deberes como el conflicto entre dos deberes de actuar

Sin lugar a duda, es hoy mayoritaria la tesis según la cual únicamente cabe hablar de auténticas colisiones de deberes allí donde concurren dos deberes de actuar (mandatos), es decir, allí donde un agente está obligado a llevar a cabo activamente dos conductas que resultan de imposible realización cumulativa.<sup>177</sup> A decir verdad, posiblemente fuera más preciso afirmar en

---

<sup>175</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 204, y pp. 208 y s. Este mismo argumento es traído a colación por JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/8, n. 15, tras asegurar que en cierto supuestos, básicamente, «cuando el curso causal dañoso está todavía dentro del ámbito de organización del autor, y de circunstancias causales de cómo está configurada la organización depende si la dirección que en concreto va a tomar el curso causal se determina por acción o por omisión», la solución consistente en otorgar primacía al deber de omitir frente al de actuar no sería plenamente plausible. El ejemplo que propone es el siguiente: «Si un conductor se aproxima con su vehículo hacia un relajado grupo de peatones, pudiendo aún determinar a grandes rasgos la dirección de su vehículo, pero ya no frenarlo, resulta difícil fundamentar el favorecimiento de aquellos peatones que casualmente, de omitir, se verán beneficiados con respecto a aquellos que, de omitir, se verán afectados». Según JAKOBS, pese a que también «la aplicación de las reglas que rigen en el conflicto de deberes de omitir [sic], es decir, la libertad del autor para decidir», serían en tales supuestos tolerables, «en favor de la solución de la doctrina dominante habla que ésta permite excluir manipulaciones, es decir, garantiza que el reparto de riesgos que existe en la configuración de la organización que se da sin intervenciones modificadoras del titular de la organización, no se modificará sin un motivo bien fundado». Sobre todo ello volveremos con detalle en el Cap. 2, apdo. IV, 2.4, a).

<sup>176</sup> Sobre esto mismo, vid. Cap. 2, apdo. IV, 2.3.

<sup>177</sup> Limitando conceptualmente el problema de la colisión de deberes a la colisión entre mandatos o, como mínimo, excluyendo del concepto los conflictos entre mandatos y prohibiciones: RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 115 y 121; EL MISMO, «Grundwissen – Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision», *JuS*, (2), 2013, p. 166; WEIGEND, «§ 13» *LK*, 12ª ed., nm. 75; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 124 y 126; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, pp. 423 y ss.; LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», en *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 71/72 y 73; ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 41; ENGLÄNDER, «Vor §§ 32 ff.», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 29; DUITGE, «§ 34», *HK-GS*, 3ª ed., nm. 30; KINDHÄUSER, «§ 34», *LPK-StGB*, 6ª ed., nm. 56; o SEELMANN, «§ 13», *NK*, 1ª ed., nm. 71 y ss. Además, entre los tratadistas, entre otros muchos, vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6; ROXIN, *AT*, 4ª ed., v. I, 4ª ed., 2006, D § 16, nm. 116; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 9, nm. 120 y ss.; PUPPE, *AT*, 2ª ed., 2011, p. 176; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, § 17, nm. 132; FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, p. 315, nm. 61 y ss.; o FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 6, nm. 96 y ss. Entre quienes han abordado el problema con carácter monográfico, fundamental KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 15 y pp. 18 y ss.; EL MISMO, «Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung», *JuS*, (9), 1971, p. 474; o KÜNSCHNER, *Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1992, p. 318; y entre los muchos artículos doctrinales dedicados al problema, vid. GROPP, *FS-Hirsch*, 1999, pp. 207 y ss., pp. 209 y ss.; JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, pp. 44 y ss., p. 47; ULSENHEIMER, «Strafbarkeit des Garanten bei Nichtvornahme der einzig möglichen, aber riskanten Rettungshandlung- BGH bei Dallinger», *MDR*, (5), 1971, p. 255; SINN, «Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 III Luftsicherheitsgesetz – rechtmäßig?», *NSiZ*, (11), 2004, p. 586; o SATZGER, *JUR4*, (10), 2010, p. 755. En la doctrina española, en este sentido, fundamental, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 381 y s., n. 109; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 220 y ss.; o CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, (43), 1990, pp. 499 y s.; EL MISMO, *PG*, 3ª ed., 2002, pp. 878; y aunque de manera no concluyente, LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª ed., 2012, pp. 424 y s., nm. 24. Asimismo, en la doctrina lusa, CORTES ROSA, «Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem», en SCHÜNEMANN (ed.), *Bausteine*, 1995, p. 205, n. 91.

relación negativa que es mayoritaria la tesis según la cual los mandatos y prohibiciones no integran conceptualmente la figura penal de la colisión de deberes, pues muchos de los autores aquí citados no se oponen a la reunión en aquélla de hipotéticos conflictos entre prohibiciones. Sin embargo, la escasa trascendencia práctica de éstos<sup>178</sup> permite afirmar que, en la actualidad, se concibe mayoritariamente la institución penal de la colisión de deberes a partir del conflicto que surge entre dos o más deberes de actuar, ya sean estos deberes de solidaridad general, cuya infracción se sanciona mediante los delitos omisivos propios, o deberes de garante, cuya infracción se sanciona a través de los delitos omisivos impropios. Ello lleva a su vez a concebir mayoritariamente la colisión de deberes como una causa autónoma y exclusiva de exención de la responsabilidad del delito omisivo,<sup>179</sup> por lo general con efectos justificantes de la omisión típica.<sup>180</sup>

Ahora bien, como pone de relieve HRUSCHKA, resulta como mínimo paradójico (él habla de contradictorio) afirmar que la colisión entre un mandato y una prohibición no constituye una colisión de deberes.<sup>181</sup> NEUMANN ofrece desde los postulados “reduccionistas” una primera explicación de la paradoja referida: lo relevante aquí es distinguir entre el fenómeno de la colisión entre distintos deberes, por un lado, y el instituto dogmático de la colisión de deberes, por el otro.<sup>182</sup> Desde un punto de vista fenomenológico, efectivamente pueden colidir mandatos y prohibiciones; sin embargo, no sería ésta la perspectiva decisiva a la hora de definir conceptualmente la eximente jurídico-penal.<sup>183</sup> Más bien, lo relevante sería el modo en el que habrían de resolverse las colisiones. Los conflictos de deberes entre mandatos y prohibiciones no han de integrar la institución porque su solución se rige por reglas distintas a las que deciden los conflictos entre mandatos, es decir, por las reglas propias del estado de necesidad.<sup>184</sup> Y esto último se trata de fundamentar a su vez a partir de dos clases de argumentos profundamente vinculados entre sí: por un lado, hay autores que supeditan esta reducción conceptual a las exigencias del derecho positivo alemán y, en concreto, al tenor literal del § 34 StGB, regulador en aquel país del estado de necesidad agresivo justificante; por el otro, cabe igualmente advertir intentos de justificar la exclusión conceptual de los conflictos entre mandatos y prohibiciones a partir de razonamientos axiológicos tendentes a afirmar una supremacía normativa general de los deberes de omitir frente a los de actuar. Veamos ambas cuestiones con algo más de detalle.

---

<sup>178</sup> En este sentido, VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 107.

<sup>179</sup> Cfr. solo FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, pp. 315 y s.; JOECKS, «§ 13», *StGB*, 11ª ed., nm. 74; o CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, (43), 1990, pp. 498 y ss. En este mismo sentido, muy claramente, vid. además SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, 9/62, 16/77 y ss.

<sup>180</sup> Así, *pars pro toto*, vid. LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 71/72; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 126; o SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, 16/77.

<sup>181</sup> Cfr. HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, p. 193, n. 6.

<sup>182</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 124.

<sup>183</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 124.

<sup>184</sup> En este mismo sentido, muy claramente, vid. CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, (43), 1990, pp. 499.

*i) El § 34 StGB y la delimitación conceptual del instituto de la colisión de deberes*

En la doctrina alemana es posible apreciar claramente una tendencia a proscribir del concepto penal de colisión de deberes todos aquellos conflictos que puedan encontrar una solución en el derecho positivo y, en concreto, en la regulación del estado de necesidad justificante agresivo (§ 34 StGB). Como es sabido, la colisión de deberes no ha sido todavía regulada en Alemania y sigue a día de hoy considerándose una causa de exención supralegal de la responsabilidad.<sup>185</sup> Pese a que la doctrina germana, amparándose generalmente en el postulado de la unidad del Ordenamiento jurídico, admite que las causas de justificación penalmente reguladas no agotan el espectro de la justificación de hechos típicos,<sup>186</sup> se advierte en un amplio sector doctrinal una importante reticencia a recurrir a causas de justificación supralegales (o penalmente no positivizadas) allí donde ello no resulta absolutamente indispensable.<sup>187</sup> A los efectos que ahora nos ocupan, esto ha llevado a intentar dar cabida en la regulación positiva del estado de necesidad agresivo (§ 34 StGB) al mayor número posible de colisiones. Siempre que el supuesto de conflicto pudiera ser solventado conforme al baremo allí establecido (“preponderancia esencial”), al margen de toda reflexión sobre el fundamento último de exención del estado de necesidad agresivo, procedería el recurso al § 34 StGB, lográndose así huir de la “incierto” dogmática de la colisión de deberes supralegal.<sup>188</sup> Esta evasión de la supralegalidad afecta a la determinación conceptual del instituto en dos sentidos. Por un lado, ha contribuido a excluir del instituto penal los conflictos entre mandatos y prohibiciones, pues éstos quedarían regulados en el § 34 StGB.<sup>189</sup> En realidad, estos supuestos serían supuestos corrientes de estado de necesidad, en los que es necesaria la infracción de una prohibición (injerencia activa) para salvaguardar un segundo interés en

---

<sup>185</sup> Sobre la situación legal en Alemania, vid. solo ZIESCHANG, «Die deutsche Strafrechtsentwicklung zwischen 1945 und 1975 am Beispiel der Vorschriften über den Notstand», en HILGENDORF/WEITZEL (eds.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, 2007, pp. 173 y ss.

<sup>186</sup> Al respecto, por todos, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 11/4 y ss. En general, sobre la justificación supralegal, vid. NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, 1955, pp. 5 y ss., pp. 13 y ss.

<sup>187</sup> Ello se ve claramente en la interpretación *contra legem* que gran parte de la doctrina hace del requisito de la preponderancia esencial en el estado de necesidad agresivo del § 34 StGB. Adviértase que, pese a que el § 34 StGB exige una preponderancia esencial entre los intereses salvaguardados (“wesentlich überwiegt”) y los lesionados, es frecuente en la doctrina alemana tratar de burlar esta cláusula interpretándola como la exigencia de una diferencia mínima pero evidente. En este sentido, paradigmático, vid. ROXIN, *AT*, I, 4ª ed., 2006, § 16 A, pp. 766 y ss., nm. 89 y ss. Dos son las razones que explican esta sorprendente interpretación de la cláusula de la preponderancia esencial. La primera guarda relación con el fundamento de la exención. Para los autores que pretenden fundamentar el estado de necesidad agresivo desde una perspectiva consecuencialista y colectivista, no hay razón que explique que la mínima diferencia no justifique la agresión en estado de necesidad. La segunda, de carácter pragmático, guarda relación con la pretensión de convertir el § 34 StGB en una herramienta idónea para solucionar todos y cada uno de los conflictos justificantes que se plantean más allá de la legítima defensa. Negando el requisito de la diferencia esencial se logra resolver conforme a la ley positiva un gran número de supuestos de conflicto, evitando así el recurso a causas de justificación supralegales. Sobre esta función instrumental del estado de necesidad, como “ley general de la justificación”, aunque a propósito del art. 20.5.º CP, fundamental, MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general», *RDPC*, (1), 2000, pp. 207 y ss.; EL MISMO, «Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal», *LH-González-Cuellar Garvía*, 2006, pp. 388 y s.

<sup>188</sup> En este sentido, vid. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 127; o NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 428.

<sup>189</sup> En la doctrina española, en un sentido prácticamente idéntico, vid. CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, (43), p. 501, n. 7, p. 503.

peligro.<sup>190</sup> Como señala ROXIN, un deber de omisión lo infringe todo el que ataca un bien jurídico ajeno, pero precisamente esos son los casos que regula el § 34 StGB, sin que sea, por lo tanto, preciso recurrir a regulación especial alguna.<sup>191</sup> Por otro lado, la vinculación de la definición conceptual a la concreta solución legal de los conflictos queda, si cabe, más patente todavía en los intentos por parte de algunos autores de limitar la institución a los conflictos entre mandatos equivalentes.<sup>192</sup> El argumento reza así: solo conformarían el instituto jurídico-penal de la colisión de deberes aquellos conflictos que no encuentran encaje legal en el derecho positivo alemán. Esto sucede única y exclusivamente cuando coliden dos mandatos equivalentes, pues ante dos deberes de actuar de distinto rango el baremo del interés preponderante consagrado en el § 34 StGB ofrece ya una solución adecuada a tales conflictos.<sup>193</sup> Como señala KINDHÄUSER, «pese a que lingüísticamente puede también hablarse aquí de una colisión de deberes y se aplica también ocasionalmente en estos supuestos la correspondiente causa de justificación; en verdad, no es necesario el recurso a un tipo de justificación supralegal cuando ya la regla de ponderación positivizada del § 34 apart. 1 StGB conduce a resultados adecuados».<sup>194</sup>

*ii) El fundamento material de la reducción conceptual del instituto penal de la colisión de deberes*

Como se ha señalado ya, la reducción conceptual del instituto que ensaya la doctrina dominante en Alemania se explica por el modo en el que se deberían resolver los conflictos. Como señala KÜPER, la definición de qué se entiende por conflicto de deberes no sería un problema lógico, sino una cuestión de conveniencia terminológica, «si solo para el conflicto entre deberes de actuar rigen máximas de valoración especiales, mientras que ante la colisión de un deber de omitir y uno de actuar rigen siempre los principios generales del estado de necesidad, se torna aconsejable limitar el término “colisión de deberes” al conflicto entre

---

<sup>190</sup> Así, con citas a la doctrina mayoritaria en sentido parecido, vid. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 17; RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 213; PERRON, «§ 34», *Schönke/Schröde*, 29ª ed., nm. 4; YAMANAKA, «Begriff und systematische Einordnung der Pflichtenkollision», *LH-de Sousa e Brito*, 2009, pp. 865 y ss., 868 y ss. En sentido opuesto, fundamental, HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, p. 280.

<sup>191</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, D § 16, nm. 117. Reducir conceptualmente el instituto a aquellos conflictos que no se rigen por la regla del § 34 StGB, esto es, a los conflictos entre mandatos constituiría un avance dogmático significativo, que vendría a aportar claridad a la oscura dogmática de la colisión de deberes. En un sentido prácticamente idéntico, vid. LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 5, y ya antes, KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 152; SAMSON, «34», *SK-StGB*, 2ª ed., nm. 56 y ss.; o ERB, «Der rechtfertigende Notstand», *JuS*, (17), 2010, pp. 18 y ss., p. 20.

<sup>192</sup> Vid. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, D § 16, nm. 122; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 9, nm. 125 y s.; o NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 428; y en un sentido idéntico, tachando de “impropias” las colisiones entre mandatos no equivalentes, vid., JAEGER, *Die Möglichkeit der Gebotserfüllung*, 2006, pp. 86 y s. Además, BOTT, *In dubio pro Straffreiheit*, 2011, p. 111, quien asegura que solo es posible una colisión de deberes justificante cuando tanto los intereses en conflicto como los deberes en cuestión son de idéntico rango; o KINDHÄUSER, «Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *JRE*, (2), 1994, p. 348, n. 31, señalando que solo cabe hablar de colisión de deberes justificante cuando las dos normas que coliden son de igual rango. Si concurren dos normas, una de las cuales protege un interés superior, la norma de rango superior se impone frente a la inferior y solo nace un deber; EL MISMO, «34», *LPK-StGB*, 6ª ed., nm. 55, 59 y s.

<sup>193</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, I, 4ª ed., 2006, D § 16, p. 779, nm. 117, quien entiende que una mínima diferencia entre los intereses en juego es suficiente para justificar la acción. Cfr. *supra* n. 187

<sup>194</sup> Cfr. KINDHÄUSER, «34», *LPK-StGB*, 6ª ed., nm. 59.

deberes de actuar». <sup>195</sup> Ahora bien, ¿por qué razón habrían de regirse por reglas distintas ambos grupos de conflictos? Hasta donde alcanzo, cabe advertir en la doctrina dos tipos de respuesta a esta cuestión.

### **α) El carácter obligatorio o potestativo de una acción de salvaguarda no puede ampliar el deber de tolerancia de terceros**

Sin lugar a duda, uno de los lugares comunes más frecuentes a la hora de justificar la reducción conceptual del instituto penal consiste en afirmar que el carácter obligatorio o debido de la acción de salvaguarda no modifica un ápice el grado de sacrificio exigible a quien debe soportar la acción defensiva. Es decir, el carácter obligatorio de la acción lesiva de los intereses de un tercero no altera el nivel general de sacrificio fijado en la regulación del estado de necesidad agresivo. <sup>196</sup> Solo cuando la víctima de la injerencia está obligada a tolerar la afectación en su esfera conforme a la regulación general del estado de necesidad agresivo cabe legitimar un mandato de salvaguarda del interés contrapuesto. <sup>197</sup> En caso contrario, el mandato nunca llegaría a nacer, pues nadie puede estar obligado a hacer aquello que está prohibido (*Geboten ist nur, was erlaubt ist*). <sup>198</sup> La regulación del estado de necesidad agresivo establecería, pues, una regla de preferencia del deber de omitir respecto al de actuar, de modo que este último solo podría imponerse bajo las estrictas condiciones del § 34 StGB, esto es, cuando sirviera a intereses esencialmente preponderantes con respecto a los que activamente se lesionan. <sup>199</sup> O visto de otro modo, el § 34 StGB vendría a confirmar que nuestro Ordenamiento jurídico se conforma primariamente por prohibiciones y solo después se legitiman los mandatos, respetando el mundo de prohibiciones preexistentes.

Así las cosas, al negar toda relevancia a la única diferencia que existe entre los supuestos en los que coliden mandatos y prohibiciones y un supuesto estándar de estado de necesidad agresivo en auxilio necesario, esto es, que en el primer caso el auxiliante actúa obligado,

---

<sup>195</sup> Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 17.

<sup>196</sup> Así entre otros muchos, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 5; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/8; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 381 y s., n. 109; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 241 y 243; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 215; NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, pp. 421 y ss., 425 y 427; EL MISMO, «Die Moral des Rechts», *JRE*, (2), 1994, pp. 81 y ss., 101 y s.; RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 113; PERRON, «§ 34», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 4.; GROPP, *AT*, 3ª ed., 2005, § 6, nm. 157, 160; KÜPER, *JuS*, (9), 1971, p. 475.

<sup>197</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/8.

<sup>198</sup> Es decir, a quien debe soportar los costes de solución del conflicto no se le puede exigir más cuando quien actúa lo hace de manera obligada que cuando se trata de un mero comportamiento facultativo. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 381 y s.: «[e]n el caso de quien no tiene otra alternativa que matar a un tercero, o lesionarlo gravemente, para salvar a un individuo, aunque se trata de alguien frente a quien el autor se encuentre en una posición de garantía, no se puede hablar de colisión de deberes. Pues ciertamente hay un “deber” de “omitir matar”, cuya vulneración daría lugar a un homicidio típico activo. En cambio, no hay un “deber de salvar”, pues el matar o lesionar al tercero —únicas conductas posibles para aquella salvación— no pueden contemplarse como *conductas salvadoras exigibles*». En este mismo sentido, vid. por ejemplo, RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 120.

<sup>199</sup> Cfr. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 120; o JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/8, quien sin embargo matiza esta regla de preferencia en supuestos excepcionales (vid. n. 15). En cambio, muy crítico con el proceder de la doctrina mayoritaria, vid. por todos VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 110.

mientras que en el segundo caso ejerce simplemente una potestad,<sup>200</sup> no hay ya ninguna razón para tratar unos y otros supuestos de forma distinta.<sup>201</sup> El obligado es un mero representante de los necesitados que solo ejerce por cuenta ajena los derechos de injerencia que el derecho les reconoce a aquellos.<sup>202</sup> Atender a la relación entre obligado y víctima para imponer un deber de tolerancia acrecentado a un tercero conculcaría consideraciones de justicia fundamentales.<sup>203</sup> Como señalara SILVA SÁNCHEZ, las «colisiones de deberes típicas son las denominadas “colisiones de deberes de acción”. Las referidas “colisiones de deberes de acción y omisión” lo son en mucha menor medida, de modo menos claro, y, desde luego, no hay en ellas tal “colisión de deberes” en los supuestos en que lo que colide son bienes de entidad igual o próxima».<sup>204</sup>

### **β) La colisión entre un mandato y una prohibición como un supuesto corriente de estado de necesidad**

Sin lugar a duda, es mérito principal de NEUMANN el haber ahondado en la fundamentación de la reducción conceptual del instituto llevada a cabo por la doctrina mayoritaria, intentando mostrar el por qué sería axiológicamente correcto tratar los conflictos entre mandatos y prohibiciones como casos estándar de estado de necesidad y por qué razón los conflictos entre mandatos sí ameritarían un tratamiento normativo radicalmente distinto.<sup>205</sup> Apartándose de algunos intentos de fundamentación de la regla de preferencia del deber de omitir frente al de actuar de carácter estrictamente ontológico,<sup>206</sup> entiende NEUMANN que la restricción conceptual del instituto antes referida obedece a las diferencias normativo-estructurales que median entre ambos tipos fenomenológicos de colisión.<sup>207</sup> La premisa de partida fundamental

---

<sup>200</sup> Sobre la relación entre el auxilio necesario y la colisión de deberes, ampliamente, CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 274 y ss.; y remarcando las diferencias estructurales entre ambos institutos, PERRON, «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus Notlagen», en ESER/PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, v. III, 1991, pp. 97 y ss.

<sup>201</sup> En este sentido, muy claro PERRON, «§ 34», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 4.

<sup>202</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 215

<sup>203</sup> Vid., ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 131.

<sup>204</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 382.

<sup>205</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 124 a 127; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, pp. 421 y ss.; EL MISMO, *JRE*, (2), 1994, pp. 81 y ss.

<sup>206</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 425, quien señala que la pretendida subordinación general del deber de omitir frente al de actuar parece resultar incompatible con la equiparación que el § 13 StGB hace entre el delito activo y la omisión del garante. Sin embargo, para CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, (43), 1990, p. 503, n. 15: «[l]a diferencia con el comportamiento activo estriba en que el cumplimiento de los mandatos de actuar, recogidos en los tipos de omisión exige más de los destinatarios: *Hacer algo* (con exclusión, pues, de todo lo demás que el autor puede hacer en ese momento) que el cumplimiento de las normas de no actuar, recogidas en prohibiciones *que no exigen hacer nada*, pudiendo hacer el autor lo que quiera, menos lo prohibido». Y en un sentido parecido, señalando que en caso de duda la producción de un resultado mediante una acción “pesa” más que la provocación del mismo resultado mediante una omisión, derivando de este distinto peso ontológico una regla de prevalencia de la omisión sobre la acción normativa, vid., JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, p. 48. Además, vid. YAMANAKA, *LH-de Sousa e Brito*, 2009, pp. 865 y ss., quien trata de fundamentar el distinto tratamiento de ambos grupos de colisiones a partir de la diferencia que media entre los bienes jurídicos en peligro. Para este autor, «el primer criterio para la apreciación de la diferencia estructural entre el estado de necesidad y la colisión de deberes reside en si el peligro para los bienes jurídicos se entiende de manera singular o plural». En los supuestos de estado de necesidad existiría un único peligro, mientras que en la colisión de deberes serían dos los peligros concurrentes.

<sup>207</sup> Así, NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 125; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, pp. 421 y s.

en el planteamiento de este autor reza así: tras la colisión de deberes se esconden siempre, única y exclusivamente, intereses.<sup>208</sup> En un Ordenamiento jurídico que entiende el delito como la lesión de un bien jurídico y no como la mera infracción de deberes, éstos solo desempeñarían una función mediata, como herramienta de protección de los intereses que preservan. En ambas instituciones (estado de necesidad y colisión de deberes) se trataría en realidad de un conflicto de intereses. Sin embargo, la regla del estado de necesidad agresivo, para que pueda justificar la infracción de una prohibición, exige que el interés salvaguardado prepondere esencialmente sobre el lesionado. Este estricto baremo no parece de recibo en las colisiones entre mandatos, en donde la mera equivalencia habría de otorgar al obligado la facultad de escoger qué deber desea cumplir. Ahora bien, ¿por qué nos parece suficiente para admitir la justificación en la colisión de deberes con que el obligado cumpla con un deber equivalente al que infringe? Dado que los deberes no protegen sino intereses y, por ende, en este punto, estado de necesidad y colisión de deberes comparten naturaleza, no valdría aquí con alegar que en un caso coliden intereses y en el otro deberes.<sup>209</sup> NEUMANN ofrece una doble explicación.

Por un lado, como primera diferencia estructural entre ambas clases de conflicto, alude al hecho de que en los casos de colisión de deberes el obligado ha de actuar necesariamente en un sentido u otro, pero no puede soportar él mismo el peligro.<sup>210</sup> El estado de necesidad tiende, pues, a ampliar el ámbito de actuación libre al alzar una prohibición, mientras que la colisión de deberes tiende, precisamente, a configurar un ámbito de comportamiento conforme a Derecho.<sup>211</sup> Por otro lado, y aquí reside la respuesta principal a la pregunta que ahora nos ocupa, advierte NEUMANN una segunda diferencia normativa-estructural básica entre los conflictos que surgen entre mandatos y los que se originan entre un mandato y una prohibición.<sup>212</sup> El Ordenamiento jurídico garantiza a cada individuo la inviolabilidad de sus bienes jurídicos frente a las injerencias activas por parte de terceros. Sin embargo no garantiza, y tampoco puede hacerlo, el mantenimiento de los intereses frente a riesgos que traen causa en la desgracia o el accidente. Tales menoscabos los debe soportar primariamente aquél a quien el “destino” ha señalado, lo que significa a su vez que nadie puede desplazar a terceros los menoscabos que le amenazan para proteger sus propios intereses.<sup>213</sup> Así las cosas, el § 34 StGB se presenta como una institución excepcional, que viene a limitar la autonomía del sujeto a quien afecta la acción necesaria por razones de solidaridad. Este carácter excepcional se plasma en el estricto baremo de justificación del § 34 StGB, esto es, en

---

<sup>208</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 125; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, p. 423; EL MISMO, *JRE*, (2), 1994, p. 102. En idéntico sentido, ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 128; o CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 257.

<sup>209</sup> Cfr., NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 125.

<sup>210</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 424. En este mismo sentido, vid. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 119.

<sup>211</sup> Vid. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 424. Rebatiendo expresamente esta distinción, vid., ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 127, señalando que en las colisiones entre deberes de actuar y deberes de omitir, el § 34 StGB no amplía en absoluto el espacio de actuación, lo que hace dicho precepto es suspender el mandato que le obliga salvar a su familia, permitiendo así al obligado comportarse conforme a Derecho.

<sup>212</sup> Cfr., NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, pp. 421 y ss.; posteriormente, en el mismo sentido, NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 125. Idénticamente, RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 119.

<sup>213</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 426.



la exigencia de una preponderancia esencial de los intereses salvaguardados frente a los lesionados.<sup>214</sup> Solo bajo esta recta condición es admisible la relativización del principio de autonomía sin desnaturalizar por completo la idea de una distribución estable de esferas jurídicas autónomas. Y esto último, así NEUMANN, regiría también para el supuesto en el que el agente que se injiere en una esfera ajena infringe una prohibición para dar cumplimiento a un mandato.<sup>215</sup>

Sin embargo, en la colisión de deberes, entendida como la colisión entre deberes de actuar, no se trata de habilitar injerencias en esferas ajenas, sino de decidir acerca de la salvaguarda de intereses en peligro susceptibles de ser salvados alternativa, pero no cumulativamente.<sup>216</sup> Es decir, mientras que la lesión de deberes de omitir supone una injerencia en posiciones jurídicas garantizadas frente a todo el mundo, la lesión de deberes de actuar afecta tan solo a intereses que están protegidos normativamente frente al obligado a actuar.<sup>217</sup> «La diferencia normativa decisiva entre los casos de colisión de deberes por un lado, y los del § 34 por el otro, se corresponde con la que existe entre la omisión de la salvación de un interés en peligro por un lado, y la lesión activa de intereses jurídicamente garantizados por el otro».<sup>218</sup> Con ello, parece asumir NEUMANN que solo mediante una injerencia activa cabe lesionar realmente una posición jurídica, pues esa acción no solo lesionaría bienes jurídicos, sino que supondría además una lesión normativa de la posición jurídica garantizada *erga omnes*.<sup>219</sup> De este modo, se vincula el baremo de la equivalencia a las colisiones entre intereses que precisan ser salvaguardados de forma activa, mientras que el baremo de la preponderancia esencial queda reservado para aquellos casos en los que la salvaguarda activa de intereses exige la infracción de una prohibición.

A decir verdad, el propio NEUMANN advierte que la infracción de ciertos deberes de salvaguarda implica la imputación del resultado en comisión por omisión como si de una lesión activa se tratara. En este sentido, reconoce que «con el establecimiento de una posición de garantía se equipara la omisión de la prestación de auxilio a la injerencia activa en la posición jurídica del garantizado. Donde, como sucede en el § 34, se trata desde el principio de una injerencia activa en esa posición jurídica, carece por consiguiente el deber de garante de toda relevancia».<sup>220</sup> Sin embargo, ello no obstaría para seguir afirmando que las colisiones entre mandatos y prohibiciones han de regirse por las reglas del § 34 StGB, pues «un deber de

---

<sup>214</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 426. El baremo de justificación propio del estado de necesidad agresivo estaría configurado de un modo tan inclemente con la desgracia, precisamente, porque determina las condiciones para la justificación excepcional de conductas lesivas que, además de suponer el menoscabo de intereses, vienen a quebrar la distribución dada de esferas de autonomía, lesionando la posición jurídica del afectado.

<sup>215</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 427.

<sup>216</sup> NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 125.

<sup>217</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 427. En un sentido parecido, vid. además SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, 16/78, quien sostiene que en el delito activo solo puede estar justificada la lesión de una pretensión de valor (*Wertanspruch*) inferior a la que se salvaguarda, pues el que actúa se injiere modificando el suceder de las cosas y, una injerencia lesiva de bienes jurídicos de este tipo, solo puede ser conforme a Derecho cuando logra mejorar las cosas respecto a cómo estarían en caso de no haber actuado. En cambio, en el ámbito del delito omisivo, la acción que salvaguarda un interés equivalente al que se deja de salvar ya es conforme a Derecho.

<sup>218</sup> Vid. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 125.

<sup>219</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 426.

<sup>220</sup> Vid. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 102.

garante ensancha la posición jurídica del garantizado, en la medida en que se le otorga una pretensión jurídico-penalmente garantizada de prestación de auxilio activo, sin embargo no refuerza su posición jurídica, esto es, no conduce a una intensificación de sus derechos de defensa». <sup>221</sup> Es decir, para NEUMANN, dado que la posición de garantía genera un deber específico de actuar, pero nada más, tampoco el segundo necesitado ve modificado por ello un ápice su estatus jurídico de protección. Mientras que los deberes de garante regirían solo en la relación intersubjetiva, las prohibiciones lo harían siempre con carácter *erga omnes*. <sup>222</sup>

Por último, adviértase que la absolutización de la idea de que en la colisión de deberes coliden intereses lleva a NEUMANN a sostener incluso que toda infracción de un mandato, también cuando con ello se pretende la salvaguarda de intereses propios, habría de ser resuelta conforme a las reglas de la colisión de deberes. <sup>223</sup> NEUMANN configura por lo tanto el instituto penal al margen de una auténtica confrontación entre dos o más deberes, de modo que el incumplimiento de un mandato para la salvaguarda de un interés equivalente estaría siempre justificada en colisión de deberes, aunque no fuera siquiera debida la asistencia del interés que se salvaguarda y sí, en cambio, la tutela del interés que se abandona a su suerte. <sup>224</sup> Con un ejemplo: un transeúnte mal nadador advierte como a escasos metros de la orilla un sujeto se está ahogando, siendo fácilmente rescatable. Sin embargo, al advertir el mismo transeúnte que un segundo sujeto corre igualmente el riesgo de morir ahogado a una distancia de la playa muy superior, y pese a no ser este segundo salvamento obligatorio —pues, dada la impericia del transeúnte y el mal estado de la mar, no le es exigible—, el transeúnte decide infringir su único deber y socorrer supererogatoriamente a este segundo necesitado. Pese a no colidir aquí dos deberes, entiende NEUMANN justificada la infracción del único deber en “colisión de deberes”. Dado que los intereses en juego son equivalentes, el § 34 StGB no sería aplicable. Aunque la salvaguarda propia no es nunca debida, entiende NEUMANN que tales casos quedarían justificados en colisión de deberes, única institución que permite justificar la infracción de mandatos en salvaguarda de intereses propios equivalentes. <sup>225</sup> Con todo ello se convierte la colisión de deberes en la causa general para la justificación de la infracción de mandatos, justificación vinculada a un único baremo, el de la equivalencia, de modo que toda salvaguarda de un interés equivalente al no salvaguardado (con independencia de si el garantizado debía ser salvaguardado o no), quedaría justificada.

---

<sup>221</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 102. También JAKOBS aborda en su tratado unitariamente las colisiones de deberes y el problema de la exigibilidad en la determinación de los mandatos. Vid. JAKOBS, AT, 2ª ed., 1993, 15/11 y ss.

<sup>222</sup> Vid. NEUMANN, FS-Roxin, 2001, p. 427, en definitiva, «la lesión de deberes de omitir afecta a posiciones jurídicas que están protegidas frente a todo el mundo, mientras que la lesión de deberes de actuar únicamente afecta intereses (a salvaguardar), que determinan tan solo una posición normativa frente a los obligados a actuar». En sentido contrario, negando una preferencia general del deber de omitir frente al de actuar, vid., por todos, OTTO, *Pflichtenkollisionen und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, p. 130.

<sup>223</sup> NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 125 y s.

<sup>224</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 126. En cambio, vid. JAKOBS, AT, 2ª ed., 1993, 15/11 y ss., mucho más distintivo, tomando en consideración la especie del deber (deber de solidaridad/deber de garante) y el contenido de la posición de garante.

<sup>225</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 126.

### c) La definición de la colisión de deberes jurídico-penal al margen de su operador deóntico

En la actualidad es minoritario, como mínimo en Alemania, el sector doctrinal que define el instituto jurídico-penal de la colisión de deberes de forma amplia, reuniendo en él tanto los conflictos entre mandatos, como los que surgen entre mandatos y prohibiciones.<sup>226</sup> La pretensión de definir en estos términos la colisión de deberes obedece también a la voluntad de determinar el problema a partir de su solución. Es decir, la razón por la que se sostiene que también las colisiones entre mandatos y prohibiciones son auténticas colisiones de deberes en sentido jurídico-penal no se halla en la simple búsqueda de una armonía entre el concepto lógico y normativo de colisión de deberes,<sup>227</sup> sino en la voluntad de no disgregar conceptualmente colisiones que merecen un tratamiento normativo idéntico. Hasta donde alcanzo, dos son las razones esenciales que llevan a un minoritario sector de la doctrina a reunir en una misma figura dogmática una y otra clase de conflictos.

En primer lugar, estos autores defienden la absoluta equivalencia normativa entre los deberes de actuar y omitir.<sup>228</sup> Y ello, desde dos puntos de vista. Por un lado, sería incorrecto derivar del § 34 StGB una regla general de jerarquía en favor de la prohibición, pues el mismo derecho positivo alemán establece en el § 13 StGB una regla de equivalencia normativa

---

<sup>226</sup> Esta era sin duda la concepción mayoritaria en la doctrina clásica, que irá perdiendo fuerza a partir de los años cincuenta del siglo pasado. Vid. *supra*, Cap. 1, apdo. II, 1. En la actualidad, todavía en este sentido, vid. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 366 y s.; OTTO, *Pflichtenollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, *passim*, además, reafirmandose en lo dicho en las anteriores ediciones en la adición a la tercera edición, p. 130; EL MISMO, *JUR A*, (7), 2005, pp. 472 y ss., p. 474; EL MISMO, *AT*, 7ª ed., 2004, p. 149. Así también, PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 170 y ss.; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 333 y s.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 109 y s.; ROSSENAU, «Vor §§ 32 ff.», *SSW-StGB*, 2ª ed., nm. 57 y ss.; ULSSENHEIMER, «Der Arzt im Konflikt zwischen Heilauftrag und Selbstbestimmungsrecht des Patienten – in dubio pro vita?», *FS-Eser*, 2005, pp. 1225 y ss., pp. 1235 y ss. Algo distintas parecen presentarse las cosas en nuestro país, donde son todavía muchos los autores que conciben el instituto de un modo amplio, en este sentido, además de CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 263 y s.; EL MISMO, «Hechos omisivos y causas de justificación. En particular: la colisión de deberes», en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, 1994, pp. 51 y ss.; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, pp. 464 y ss.; EL MISMO, «Problemas de estado de necesidad en el art. 8.7º CP», *LH-Pérez Vitoria*, 1983, p. 517, n. 31; BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal. Parte general*, 1987, pp. 235 y s.; CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, pp. 292 y ss.; MAYORDOMO RODRIGO, «Un supuesto de colisión de deberes: la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional», *AP*, (33), 2002, pp. 835 y ss., p. 859; o SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código Penal*, v. II, 1999, pp. 341 y ss. La jurisprudencia alemana, en las escasas ocasiones en las que se ha ocupado expresamente del tema, lo ha hecho curiosamente a propósito de las colisiones entre mandatos y prohibiciones. Al respecto, vid. HIRSCH, «Vor §§ 32 ff.», *LK*, 11ª ed., nm. 76, con referencias bibliográficas en este sentido. Y en nuestro país tanto el Tribunal Supremo como algunas Audiencias Provinciales parecen acoger también un concepto amplio de colisión de deberes. Así, la STS 1986/1683 de 22 marzo, ponente Moyna Ménguez, define como situación de colisión de deberes aquella en la que coliden el «el deber de acatar el requerimiento judicial facilitando el nombre de los autores de los hechos punibles realizados en el territorio español, y el deber de mantenerlos reservados por estar integrados en un grupo de información de la lucha antiterrorista a cuyo mando pertenecía». La SAP-Madrid 83/2012 de 6 de marzo, ponente Fraile Coloma se refiere al conflicto entre «el deber de respetar la prohibición de aproximación establecida en la resolución judicial y el de velar por su hija menor de edad», y absuelve al acusado por la infracción de la referida prohibición conforme al art. 20.7.º CP, al haber satisfecho aquél el deber de rango superior.

<sup>227</sup> En cambio, vid. HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, p. 193, n. 6.

<sup>228</sup> Es cierto que no faltan en España autores que, asumiendo un concepto amplio de colisión de deberes, admiten igualmente una preferencia general de los deberes de omitir frente a los de actuar. En este sentido, por ejemplo, vid. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, pp. 475 y ss.; o CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., pp. 292 y ss., pp. 293 y s., n. 16.

absoluta entre el actuar y el omitir.<sup>229</sup> Este argumento cobra todavía más fuerza en nuestro país, en donde la regulación de la comisión por omisión en el art. 11 CP no solo equipara ambas formas comisivas, sino que además no prevé ninguna cláusula potestativa de rebaja de pena, cosa que sí hace en cambio el Derecho alemán.<sup>230</sup> Y por el otro, porque como señala VOGEL, pretender establecer una regla de jerarquía a partir de la distinción entre mandatos y prohibiciones sería absurdo desde el mismo momento en el que se reconoce que todo mandato puede ser configurado como una prohibición y viceversa.<sup>231</sup> Es decir, la convertibilidad de los deberes impediría extraer consecuencias normativas de su operador deóntico.<sup>232</sup> Las reglas de preferencia de la doctrina mayoritaria, así VOGEL, «adolecerían (todavía) de la inexistencia de una teoría del “peso” de la norma».<sup>233</sup>

En segundo lugar, los defensores de la concepción amplia del instituto niegan que sea totalmente irrelevante el hecho de que el agente que infringe una prohibición en las situaciones de colisión lo haga obligado. Es decir, debería tenerse en cuenta normativamente el hecho de que, a diferencia de lo que acontece en un supuesto normal de estado de necesidad en auxilio necesario, quien actúa infringiendo una prohibición en los supuestos de colisión de deberes lo hace para dar con ello cumplimiento a un mandato.<sup>234</sup> «[C]olisión de bienes y colisión de deberes tienen que ser distinguidas porque estas dos figuras presentan una *estructura* diferente. El sujeto agente de la primera de ellas puede decidirse a arrostrar el mal y no desviar el peligro hacia otro bien jurídico [...]; [s]in embargo, el obligado por dos deberes simultáneos y contrapuestos sólo puede salir del atolladero incumpliendo uno de ellos».<sup>235</sup> En realidad, los conflictos entre mandatos y prohibiciones serían estructuralmente idénticos a los que se dan entre mandatos y no a los supuestos clásicos de estado de necesidad.<sup>236</sup> Ahora bien, ¿qué supone realmente tomar en consideración el carácter obligado de la infracción de una prohibición en supuestos de colisión entre mandatos y prohibiciones? Por un lado, determinaría la imposibilidad de considerar tales conflictos como supuestos clásicos de estado de necesidad agresivo y de recurrir por lo tanto al § 34 StGB para su resolución.<sup>237</sup> Ante conflictos de deberes, la exigencia de una preponderancia esencial para solucionar un conflicto no resultaría un baremo aceptable.<sup>238</sup> Por otro lado, podría pensarse que esa toma en consideración del carácter obligado de la infracción de la prohibición y su equiparación con el conflicto entre mandatos habría de llevar a tratar los conflictos entre mandatos y prohibiciones del mismo modo en el que trata la doctrina mayoritaria los

---

<sup>229</sup> En este sentido, vid. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», NK, 3ª ed., nm. 171; OTTO, «Nachtrag», *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeiturteil*, 3ª ed., 1978, p. 121; EL MISMO, AT, 7ª ed., 2004, § 8, nm. 206; o JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, p. 367; o FISCHER, «Vor § 32», StGB, 61ª ed., nm. 11d.

<sup>230</sup> Cfr. solo LERMAN, «Die fakultative Strafmilderung für die unechten Unterlassungsdelikte», GA, (2), 2008, pp. 78. Recuerda la existencia de una cláusula facultativa de rebaja de la pena en contra de la equiparación normativa absoluta entre actuar y omitir ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 125, n. 459.

<sup>231</sup> Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 109, n. 92.

<sup>232</sup> Al respecto, con detalle, vid. Cap. 2, apdo. IV, 2.2.

<sup>233</sup> Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 109, n. 92.

<sup>234</sup> Al respecto, por ejemplo, vid. MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2015, pp. 465 y s.; o MANGAKIS, ZStW, (84), 1972, pp. 457 y ss.

<sup>235</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 263.

<sup>236</sup> OTTO, AT, 7ª ed., 2004, § 8, nm. 206.

<sup>237</sup> Así, PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», NK, 4ª ed., nm. 170.

<sup>238</sup> Vid. GÜNTHER, *Straf rechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, § 21, p. 334.

conflictos entre deberes de actuar, esto es, atribuyendo plena capacidad enervadora del injusto al cumplimiento del deber de mayor rango o uno de los dos en caso de equivalencia. Sin embargo, hasta donde alcanzo, los autores que definen el instituto de la colisión de deberes de un modo amplio proceden en este punto de un modo notablemente más distintivo. En los conflictos entre deberes jerarquizables, el hecho de que el agente infringe un deber obligado sí sería suficiente para imponer al protegido por el deber de menor rango un deber de tolerar la lesión de su expectativa jurídica.<sup>239</sup> Sin embargo, ante deberes equivalentes, los autores antes citados no están dispuestos a imponer a quien va a sufrir los costes del conflicto un deber de tolerancia. En cierto modo, parecen no estar dispuestos a aceptar hasta sus últimas consecuencias la equiparación absoluta entre los deberes de actuar y omitir y,<sup>240</sup> en especial, a asumir la imposición de un deber de tolerancia a quien no está en peligro cuando su muerte fuera la única manera de salvar al agente garantizado que está en peligro.<sup>241</sup>

### 2.3. Valoración provisional

Sin lugar a duda, la incapacidad de la doctrina para consensuar una definición clara de la colisión de deberes penalmente relevante dificulta de forma notable el desarrollo dogmático de aquella eximente y explica al mismo tiempo el estancamiento de la discusión al que se refería KÜPER a finales de los años setenta.<sup>242</sup> En el fondo, como se ha visto, la indefinición conceptual responde en última instancia a las dudas que genera la resolución de los conflictos entre mandatos y prohibiciones. La discusión hasta aquí referida gira en torno a la necesidad o no de excluir del concepto penal de colisión de deberes tales conflictos. Las dudas sobre el tratamiento que merecen aquéllos supuestos complica asimismo la delimitación conceptual entre los institutos de la colisión de deberes y el estado de necesidad. Sin embargo, hasta donde alcanzo, todo este interesante debate parece asentarse sobre una premisa insuficientemente fundada. Me refiero a la posibilidad de extraer consecuencias dogmáticas firmes e invariables de la distinción que media entre los deberes en atención a su operador deóntico o al carácter activo u omisivo de la conducta requerida. Es decir, más allá de la posibilidad o no de encontrar encaje legal a los conflictos entre mandatos y prohibiciones en la regulación del estado de necesidad, parece fundamental resolver todavía una cuestión previa, esto es, aclarar si efectivamente la distinción entre mandatos y prohibiciones

---

<sup>239</sup> Cfr. solo OTTO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 8, nm. 164 y ss.

<sup>240</sup> Del mismo modo que los autores que defienden la teoría de la unidad en el marco del estado de necesidad se niegan a aceptar una verdadera justificación con deber de tolerancia cuando se trata del conflicto entre dos bienes equivalentes. Al respecto, por ejemplo, CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 288, pp. 299 y ss. Sobre la teoría de la unidad a propósito de los conflictos entre deberes equivalentes, vid. Cap. 5, apdo. II, 3.3, b).

<sup>241</sup> Existe un grupo de autores que sí defienden una justificación auténtica de la infracción de una prohibición en situaciones de conflicto entre deberes equivalentes o inconmensurables. Así, MANGAKIS, *ZStW*, (84), 1972, pp. 476 y s., admite la justificación en los conflictos entre mandatos y prohibiciones cuando los sujetos involucrados se encuentran en una situación de comunidad de peligro simétrica. Es decir, los médicos psiquiatras habrían actuado justificadamente. Sin embargo, no así el empleado ferroviario que desvía un tren para salvar a sus pasajeros, matando a los trabajadores que se encuentran en la vía accesoria. En un sentido parecido, vid. RÖDIG, «Zur Problematik des Verbrechensaufbaus», *FS-Lange*, 1976, p. 59, n. 44. Por otro lado, BRAUNECK, *GA*, 1959, p. 269, a propósito del ejemplo presentado por WELZEL en el que el guardagujas desvía el tren causando la muerte de unos pocos trabajadores que se encontraban en la vía accesoria, admite igualmente la justificación plena de la infracción de la prohibición. Sobre todo ello, con detalle, vid. Cap. 5, apdo. II, 4.

<sup>242</sup> Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 13.

constituye un punto de partida idóneo para construir un sistema adecuado de resolución de los conflictos. Solo entonces cabrá plantearse a su vez cómo deslindar con claridad este instituto del estado de necesidad justificante.

### *3. La resolución del conflicto: el proceso de jerarquización de los deberes*

Con independencia de cómo se defina a los efectos penales la colisión de deberes, de lo que no hay duda es de que los conflictos esperan ser resueltos. Un Ordenamiento jurídico que se legitima funcionalmente por su capacidad para determinar el comportamiento de los ciudadanos no puede tolerar a largo plazo tales contradicciones,<sup>243</sup> es siempre inexcusable disolver o resolver el conflicto. Hasta donde alcanzo, es unánime la afirmación según la cual la solución a los conflictos de deberes viene de la mano de un proceso de valoración comparativa de aquellos. Puestos ambos deberes en relación, casi como un mandato incuestionable de la razón práctica,<sup>244</sup> se afirma que el obligado ha de cumplir con el deber más importante y, en caso de equivalencia entre los deberes en juego, una de las obligaciones equivalentes en conflicto.<sup>245</sup> Así las cosas, la pregunta fundamental es tan solo cómo valorar comparativamente ambos deberes, en definitiva, cómo lograr establecer juicios de jerarquía entre las obligaciones en liza.

#### **3.1. La jerarquización de los deberes en la doctrina contemporánea**

Abandonadas ya algunas antiguas concepciones radicalmente colectivistas de principios del S. XX que abogaban por jerarquizar en abstracto los deberes, distinguiendo simplemente entre deberes para con la comunidad y deberes para con los individuos,<sup>246</sup> es un lugar común en la

---

<sup>243</sup> Cfr. HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, p. 192; y en un sentido parecido, RÜTHERS/FISCHER/BIRK, *Rechtstheorie*, 7ª ed., 2013, § 6, p. 167, nm. 271.

<sup>244</sup> Aunque a propósito del estado de necesidad, ello lo expresa muy claramente MOLINA FERNÁNDEZ, «Caso de los intermediarios en secuestros», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Casos que hicieron doctrina*, 2011, pp. 485 y ss., p. 493: «en situaciones de conflicto, se evita un mal mayor a costa de otro menor. Una regla tan básica, que más que jurídica es una regla de racionalidad elemental en la resolución de conflictos».

<sup>245</sup> Como mínimo, de *facto*, pues hay quien entiende que ante deberes equivalentes el obligado lo está por los dos deberes y la infracción de un deber solo podría quedar disculpada o exculpada. Cfr. *infra*, apdo. III, 4.2, b), i).

<sup>246</sup> Así por ejemplo, KÜHN, *Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1908, pp. 19 y ss., y p. 46, quien aborda el problema de las colisiones de deberes desde una perspectiva puramente colectivista. Este autor concluye a partir de una comparativa entre los tipos penales protectores de bienes jurídicos de la generalidad y los referidos a bienes de titularidad exclusiva de particulares que los bienes jurídicos de la comunidad serían más importantes que aquellos mismos bienes cuando pertenecen a particulares (p. 24). A partir de aquí, plantea tres posibles escenarios: (1) colisión entre deberes que garantizan intereses individuales; (2) colisión entre un deber que protege un interés individual y uno de la generalidad; (3) y la colisión entre deberes que garantizan intereses de la generalidad. El criterio de resolución de estos tres grupos sería siempre el mismo: el mayor interés de la generalidad. Así, entre intereses individuales vencería el deber que salvaguarda aquél interés más importante desde la óptica de la generalidad, entre intereses individuales y generales, siempre primaría el deber en favor de la generalidad, y entre deberes que sirven a los intereses generales, debería cumplirse aquél que sirve al mayor interés de la generalidad (p. 46). En un sentido parecido pero desde una óptica radicalmente nacional-socialista aborda de manera deslavazada el problema WELGER, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1934, pp. 1 a 3, y 17 a 22. Después de asumir que toda colisión de deberes puede reducirse a una colisión de intereses (p. 2), concluye que: «Interessenkollisionen können nach wie vor vorkommen, aber die schwerwiegende Entscheidung, die früher erforderlich war, in Richtung der Frage, welcher Pflicht man primär nachkommen mußte, ist jetzt verhältnismäßig leicht, da der Schutz des Einzelindividuums dem Interesse der Gesamtheit unbedingt zu weichen hat und Staat und Volk ein homogener Begriff ist». (p. 21). Además, vid. TRAEGER, *Das Notstandsproblem*, 1932, p. 41, quien

doctrina penal contemporánea afirmar que la solución a los conflictos, a imagen y semejanza de lo que acontecería en el estado de necesidad (agresivo y defensivo), pasa por una ponderación general de los intereses en juego. Dado que a un deber subyace siempre un interés,<sup>247</sup> toda colisión de deberes, como cualquier otro supuesto de estado de necesidad, podría ser reconducida sin problema a un conflicto entre dos intereses. Solucionar el conflicto de deberes consistiría en decidir básicamente cuál de los dos intereses en juego amerita en el caso concreto mayor protección penal. Ahora bien, aunque este juicio de ponderación material constituye sin duda el elemento básico del proceso de jerarquización de los deberes, no es sin embargo el único. A la hora de jerarquizar deberes, además, puede suceder que las obligaciones en liza no sean de la misma especie (*Art*) o intensidad normativa, esto es, que colidan un deber de solidaridad mínima y un deber de garante. Pese a poder constatar en esos supuestos una plena equivalencia material, un importante sector doctrinal advierte que el tipo de deber (especie) desempeñaría asimismo algún papel en el proceso de jerarquización de los deberes.<sup>248</sup>

En lo que sigue se trata de analizar de manera puramente descriptiva el modo en el que procede la doctrina dominante actual a jerarquizar los deberes.<sup>249</sup> En primer lugar, se muestra en qué consiste el juicio de ponderación de intereses que, con algunos matices, se corresponde, en esencia, con el llevado a cabo para valorar la legitimidad de acciones salvadoras en estado de necesidad (agresivo). Acto seguido se presentan aquí los argumentos esbozados por la doctrina en lo atinente a la influencia de la especie de los deberes en el proceso de jerarquización. Pese a que ambos “mundos” son tratados de forma conjunta por la doctrina, parece conveniente a efectos expositivos su división, pues el primer juicio de ponderación se ciñe a un análisis de la relación de intereses entre los necesitados, mientras que el segundo toma en consideración qué tipo de deber vincula al obligado con cada uno de los necesitados.

---

afirma que en caso de necesidad, la integridad física de un padre de familia tendría más valor que la vida de un soltero inválido (!), ello aun cuando con carácter general la relación de valor entre la vida y la integridad física es la contraria. En cambio, en esa misma época, defendía BARTHOLOMÉ, *Die Bedeutung der Pflichtenollision*, 1930, p. 28: «Auch ist es falsch, annehmen zu wollen, daß soziale Interessen immer den Interessen eines einzelnen vorgehen müßten» (p. 28). «Um die höhere Pflicht festzustellen, bleibt uns nichts anderes übrig, als auf die im Leben geltenden Kulturschauungen zurückzugehen. Was dieser Kulturschauung der Gemeinschaft entspricht, wird im Allgemeinen mit dem Sinn und Zweck der Rechtsordnung übereinstimmen» (p. 30). En resumidas cuentas, lo que propone este autor es un recurso a la fórmula del “medio justo para el fin justo” propuesta por GRAF ZU DOHNA como principio general de la justificación, de modo que las colisiones se resolverían conforme a este patrón con un límite esencial, la voluntad opuesta del legislador: «rechtes Mittel zu rechtem Zweck, es sei denn, daß der Gesetzgeber widersprochen hat». [...] «Die höhere Pflicht, der also im Falle einer Pflichtenollision der Vorzug zu geben wäre, wäre dann in einem zu entscheidenden Falle diejenige, die nach dem sozialen Standpunkte höher gewertet würde, es sei denn, daß der Gesetzgeber eine andere Entscheidung gegeben hätte» (p. 31).

<sup>247</sup> Ya así, JANSEN, *Pflichtenollisionen im Strafrecht*, 1930, p. 23. Recientemente, entre otros, RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 115; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 125, quien señala directamente que: «los ejemplos pondrían en evidencia que también en la así llamada “colisión de deberes” se trata de la ponderación de intereses, y no de deberes»; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, p. 423; PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff», *NK*, 3ª ed., nm. 170; OTTO, *JURA*, (7), 2005, p. 470; MANGAKIS, *ZStW*, (84), 1972, p. 456; RÖNNAU, *JuS*, (2), 2013, p. 114.

<sup>248</sup> Cfr. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 115.

<sup>249</sup> Ello será analizado críticamente en el Cap. 3, apdo. II.

### a) La teoría de la ponderación de intereses ante el conflicto de dos deberes

Entre la doctrina es ampliamente compartida la afirmación según la cual la importancia de los deberes en colisión se determina por un juicio de ponderación de los intereses en liza.<sup>250</sup> Es decir, la colisión de deberes no es más que el conflicto entre los intereses que aquellos salvaguardan.<sup>251</sup> Esto resultaría evidente en el marco de un Ordenamiento jurídico-penal dirigido a la mayor protección posible de bienes jurídicos y donde los deberes penales no son nunca un fin en sí mismo, sino que su función y legitimación depende esencialmente de los intereses que salvaguardan.<sup>252</sup> Cualquier otra perspectiva a la hora de abordar el conflicto sería un «signo propio de un Ordenamiento jurídico autoritario».<sup>253</sup> A partir de aquí, y una vez se acepta que las colisiones de deberes han de resolverse en sintonía con los fines generales del Ordenamiento en el que surgen, el principio rector de la solución a los conflictos se torna evidente: ante el conflicto de dos deberes de imposible satisfacción cumulativa se trata de encontrar la solución que maximiza los intereses en juego,<sup>254</sup> esto es, de determinar el interés preponderante en la situación de conflicto.

A decir verdad, la ponderación de los intereses en el ámbito de la colisión de deberes no ha sido ni es objeto de una especial atención por parte de la doctrina penal.<sup>255</sup> En realidad, tan pronto como se afirma que tras los deberes subyacen únicamente intereses parece estar justificada la remisión en bloque a la teoría de la ponderación de intereses desarrollada por la dogmática del estado de necesidad agresivo, ámbito en el que sí se han llevado a cabo importantes esfuerzos por concretar cómo ponderar los intereses en conflicto.<sup>256</sup> No debe olvidarse que la colisión de deberes surge en la discusión contemporánea penal como un subcaso más de colisión entre bienes jurídicos (o intereses) y que su reconocimiento

---

<sup>250</sup> Ello constituye la consecuencia lógica de un modo muy determinado de concebir el Derecho penal y sus normas. En este sentido, sobre el principio del “interés preponderante” como principio rector de todo el sistema penal, vid. HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 70 a 72. Y una defensa del principio del interés preponderante como fundamento general del sistema de causas de justificación puede leerse en MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, pp. 207 y ss.; EL MISMO, *LH-González-Cuéllar García*, 2006, pp. 388 y s.

<sup>251</sup> En este sentido, paradigmático, NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 423, p. 434, consecuentemente estima este autor conveniente referirse a la institución como “colisión de intereses a salvar” (*Kollision von Rettungsinteressen*), y así también, considerando equívoca la terminología clásica, EL MISMO, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 125. Además, en nuestro país, en un sentido parecido, vid. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al Código penal*, v. II, 1999, pp. 341 a 343.

<sup>252</sup> Cfr. MEZGER, «Die subjektiven Unrechtselemente», *GS*, (89), 1926, pp. 248 y s., 260.

<sup>253</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 423.

<sup>254</sup> En este sentido, por todos, vid. JOERDEN, *Dyadische*, 1986, pp. 28 y ss., 82 y ss.

<sup>255</sup> Hasta donde alcanzo, solo SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 34 y ss., ha intentado un análisis sistemático y omnicompreensivo de todos los factores relevantes a la hora de ponderar los intereses en situación de colisión de deberes.

<sup>256</sup> Al respecto, fundamental, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, *passim*; y ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, A § 16, nm. 26 y ss.; y en España, con detalle, MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2007, *passim*. En este sentido, muy claro, FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 52, n. 6. No obstante, tempranamente advirtió VOGEL, con razón, lo implausible que resulta el recurso a la teoría de la ponderación de intereses del § 34 StGB para la solución de las colisiones de deberes. «Soweit die h.L. zur Bestimmung des “Gewichts” kollidierender Normen auf eine einzelfallbezogene Interessenwägung nach dem Vorbild des § 34 zurückgreift, ist dies zweifelhaft». (VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 110). Lo pretendido por VOGEL es poner de relieve que no resulta admisible interpretar el § 34 StGB como una regla de preferencia del deber de omitir sobre el de actuar en caso de colidir mandatos y prohibiciones. Para él, la mera preponderancia del interés salvaguardado mediante el mandato bastaría para justificar la infracción del deber de omitir (prohibición).



jurisprudencial en Alemania se produce igualmente de la mano del estado de necesidad agresivo, quedando ambas figuras englobadas en un primer momento bajo el manto del “principio de la ponderación de bienes y deberes”.<sup>257</sup> En nuestro país, el propio art. 20.5.º CP parece regular unitariamente ambas clases de conflicto.<sup>258</sup> En todo caso, a fin de resolver las colisiones de deberes es fundamental determinar con claridad qué se entiende por interés y cómo ha de procederse para su comparación. Sin embargo, lo cierto es que no existe ni pretende la doctrina mayoritaria ofrecer ni una definición concreta de qué constituye a estos efectos interés, ni una explicación sistemática de cómo proceder a su cotejo.<sup>259</sup> En palabras de ROXIN, «solo cabe indicar aquí una serie de directrices para la ponderación, y ninguna de ellas tiene valor absoluto, sino que cada una es relativizada y complementada por las otras». <sup>260</sup> El concepto de interés queda expresamente indefinido, de modo que pueda conformarse *ad hoc* a partir de todo aquel factor que sea visto en un caso concreto como relevante a la hora de resolver el conflicto.<sup>261</sup> Por consiguiente, la doctrina dominante se conforma con enumerar una serie de elementos relevantes para la conformación de la noción de interés, cuyo juego o preeminencia específica variaría caso por caso. Aunque éstos son presentados y tratados unitariamente, cabe distinguir por razones analíticas entre dos grandes grupos: aquellos factores que podríamos denominar fáctico-valorativos, vinculados esencialmente con el bien jurídico en juego; y aquellos factores de carácter jurídico-normativo, que alterarían de un modo u otro el valor de los bienes en conflicto. Veamos ambos grupos con algo más de detalle.

Entre el primer grupo de factores referido destaca como elemento predominante el bien jurídico en liza, a valorar en primera instancia a partir de los marcos penales de los tipos que los protegen.<sup>262</sup> Éstos permitirían su jerarquización de un modo relativamente sencillo y objetivo.<sup>263</sup> A partir de aquí, por un lado, el valor de los bienes jurídicos en peligro puede ser corregido en atención a la intensidad del concreto daño esperable.<sup>264</sup> Así, por ejemplo, el

---

<sup>257</sup> Al respecto, ENGLÄNDER, «Vor §§ 32 ff.», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 30: «el rango de los deberes en colisión se determina esencialmente a partir de los factores de ponderación válidos para el estado de necesidad justificante, esto es, el peso de un deber se deriva del valor de los intereses que protege». Equiparando también ambos juicios de jerarquización, vid. SCHLEHOFER, «Vor §§ 32 ff.», *MK*, 2ª ed., nm. 218; o RUDOLPHI/STEIN, «Vor § 13», *SK-StGB*, 8ª ed., nm. 44.

<sup>258</sup> Cfr. Cap. 5, apdo. IV.

<sup>259</sup> Una crítica general a la teoría del interés preponderante como fundamento y método para la jerarquización de los deberes en colisión en Cap. 3, apdo. II, 3.

<sup>260</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, A § 16, nm. 26.

<sup>261</sup> Cfr. SCHLEHOFER, «Vor §§ 32 ff.», *MK*, 2ª ed., nm. 218: «Deben ser tomados en consideración [más bien] todos los puntos de vista que puedan influir en la valoración jurídica».

<sup>262</sup> Cfr. en detalle SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 30 y ss. Cfr. LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 74. «Ante deberes del mismo tipo (p. ej., varios deberes de garante) [el rango de los deberes] se determina a partir del *grado de merecimiento de protección de los bienes jurídicos*, a cuyo mantenimiento se dirigen aquellos. Del mismo modo que en el § 34 esto tampoco dependería exclusivamente del valor abstracto de los bienes jurídicos, más bien pueden tener en el caso concreto importancia todavía ulteriores circunstancias, como p. ej., la distinta proximidad del peligro que amenaza (p.ej., un peligro lejano para la vida por un lado, y un peligro acuciante de un daño grave para la salud por el otro), [o] la medida de la lesión que amenaza ante bienes jurídicos equivalentes». [cursiva en el original]

<sup>263</sup> Sobre los marcos penales “como indicio” para la valoración, vid. JOERDEN, *Dyadische*, 1986, pp. 88 y s.; SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, p. 30.

<sup>264</sup> Cfr. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 34 y ss.

médico que llega al lugar del accidente tiene el deber de atender al accidentado que peligrará sufrir la pérdida de un órgano vital y preterir la asistencia a quien solo puede sufrir unas leves lesiones en caso de no ser atendido.<sup>265</sup> Por otro lado, el valor del bien jurídico, una vez incorporada la intensidad de lesión esperable, queda asimismo co-determinado a partir de la probabilidad efectiva de acaecimiento del resultado lesivo que trata de evitar el deber en colisión.<sup>266</sup> «Cuanto más próximo está el peligro para uno de los bienes jurídicos, más urgente se exige el cumplimiento del deber y más merecedor de protección se muestra el bien jurídico afectado».<sup>267</sup> Así, el sujeto que en estado de embriaguez decide conducir un automóvil para llevar a su mujer al hospital, pese a poner en peligro la vida del resto de usuarios de la vía en cuestión, puede actuar conforme a Derecho si resulta que el peligro de muerte que acecha a su mujer es notablemente superior al que el obligado somete al resto de participantes en el tráfico rodado.<sup>268</sup> Por último, se alude igualmente en ocasiones a la relevancia del pronóstico de efectividad de salvación del bien.<sup>269</sup> En ese sentido señala por ejemplo JAKOBS que «si existen posibilidades mayores o menores de tener éxito en el intento salvador (p. ej., no quedarse ya detenido de camino para socorrer al bien en peligro), ha de optarse por la posibilidad más favorable», aunque «sería dudoso en relación con las medidas de mantener la vida»,<sup>270</sup> es decir, cuando se trata de comparar medidas tendentes a la salvación de vidas humanas. Dicho criterio, aceptado por lo general cuando coliden intereses sustituibles,<sup>271</sup> cobra una significativa relevancia en el ámbito de la medicina intensiva,<sup>272</sup> en especial, cuando coliden vidas humanas.<sup>273</sup> ¿Debería el médico que duda entre salvar la vida a (A) o de (B)

---

<sup>265</sup> Con detalle, vid. KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht*, 1992, pp. 326 y s.; o SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 34 y s., analizando por separado la relevancia de la intensidad del daño en la ponderación de deberes cuando está en juego el patrimonio, aunque llegando a idénticas conclusiones. La mayor intensidad del daño esperable permite decantar el conflicto en favor de uno de los dos agentes necesitados.

<sup>266</sup> Cfr. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 122; o LENCKNER, «Ärztliche Hilfeleistungspflicht und Pflichtenollision», *Medizinische Klinik*, (21), 1969, p. 1002.

<sup>267</sup> Cfr. LENCKNER, *GA*, 1985, p. 311.

<sup>268</sup> Al respecto, con detalle, vid. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 66 y s. Este criterio, directamente importado de la dogmática del estado de necesidad, parece sin embargo inaplicable allí donde coliden dos mandatos, pues, por definición los dos bienes en juego están siempre abocados a perderse con una probabilidad absoluta en caso de permanecer el obligado inmóvil.

<sup>269</sup> Al respecto, fundamental, a propósito de la actividad médica, vid. KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht*, 1992, pp. 326 y ss.; y en general, sobre esto mismo, cfr. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 79 y ss.

<sup>270</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/7.

<sup>271</sup> Vid. solo SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, p. 76.

<sup>272</sup> Vid. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 130. Y un problema parcialmente distinto, en ocasiones planteado también en la doctrina penal (vid. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 79 y ss.) es el de la relevancia de las perspectivas futuras de vida de un ser humano tras la situación de conflicto de deberes. Es decir, se trata de valorar si el médico que puede salvar a dos personas debe tomar en consideración el hecho de que uno de los dos necesitados, pese a poder salir indemne de la concreta situación de peligro, apenas logrará vivir unos días más, pues padece una grave enfermedad terminal. Se trata, en definitiva, de valorar si en la distribución de recursos médicos escasos debe o no tomarse en consideración la esperanza de vida de los potenciales beneficiarios de acciones salvadoras inmediatas. SCHEID, *ob. cit.*, p. 81 entiende que el Ordenamiento jurídico no puede obligar aquí al médico en un sentido u otro, aunque algo distinto podría valer cuando una de las víctimas ha perdido la conciencia de manera irreversible. Y a esta misma conclusión llega KÜNSCHNER, *Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1992, p. 328, amparándose en la imponderabilidad de la vida humana. Tampoco la edad o el valor social de la persona desempeñarían papel alguno en la decisión de jerarquía (pp. 328 y s.).

<sup>273</sup> Con detalle, resumiendo los argumentos en favor y en contra de la toma en consideración de este factor cuando coliden vidas humanas, vid. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 76 y ss.

decantar su decisión en favor de aquél cuyas perspectivas de salvación fueran más elevadas?<sup>274</sup> A la toma en consideración de las probabilidades de efectividad de la medida tendente a salvar una vida humana se opondría el principio de la inconmensurabilidad de la vida humana.<sup>275</sup>

Como ya he señalado, y del mismo modo que acontece en el ámbito del estado de necesidad, la doctrina aboga asimismo por la inclusión en el juicio de ponderación de lo que hemos denominado aquí factores jurídico-normativos. La determinación de los intereses en juego dependería, en primer lugar, del factor temporal.<sup>276</sup> Como mínimo, ante bienes jurídicos equivalentes, sería prioritario dar rematado cumplimiento al deber cuya satisfacción ya se ha iniciado en detrimento del que podría satisfacerse solo interrumpiendo un curso salvador ya iniciado.<sup>277</sup> La problemática se suscita también con ímpetu en el ámbito de la medicina intensiva.<sup>278</sup> En este punto el caso paradigmático en la discusión jurídico-penal es el del médico que habiendo iniciado un tratamiento médico se vería obligado a interrumpirlo para poder atender así al paciente que acaba de ser ingresado en el mismo centro hospitalario.<sup>279</sup> En líneas generales, se otorga primacía al deber que ya se está cumpliendo, como mínimo, cuando coliden intereses equivalentes (*Prioritätslösung*).<sup>280</sup> En apoyo de esta conclusión se alude por lo general al principio de la prioridad temporal (*prior in tempore, potior in iure*).<sup>281</sup>

---

<sup>274</sup> Una defensa de la tesis que niega la posibilidad de tomar en consideración a los efectos penales los pronósticos de éxito del tratamiento en situaciones de conflicto puede leerse en KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht*, 1992, pp. 326 y ss.: «Das Strafrecht würde sich zum Vollstrecker utilitaristischer Zwecksetzungen machen müssen, wollte es der Pflicht zur Behandlung des weniger aussichtsreichen Patienten einen niederen Rang zuerkennen und der Nichtbehandlung des aussichtsreicheren Patienten die Rechtfertigung versagen. Die unterschiedliche Erfolgsaussicht der Behandlung kann daher keine Unterschiede in der Wertigkeit der Behandlungspflicht begründen».

<sup>275</sup> Al respecto, NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 127. En cambio, en favor de su toma en consideración, vid. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, pp. 78 y s.

<sup>276</sup> Sobre la relevancia de la prioridad temporal en la resolución de conflictos de intereses, vid., HUBMANN, «Grundsätze der Interessenabwägung», *AcP*, (155), pp. 111 y s. Sobre esta cuestión en el marco de la colisión de deberes, vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 225 y s., n. 508; RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 123; NEUMANN, «§ 34, »NK, 4ª ed., nm. 130.; o JAKOBS, «Kommentar: Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision», en ESER/NISHIHARA (eds.), v. IV, 1995, pp. 169 y ss., p. 172, quien formula el problema de forma concisa y certera al preguntarse si «un médico que ha asumido el tratamiento de un paciente, puede o incluso debe abandonar ese tratamiento para poder tratar a un paciente que acaba de llegar, que, *ceteris paribus*, tiene más probabilidades [de salvación]. ¿Repercute por lo tanto esto en el peso de los deberes cuando se trata de una asunción ya puesta en funcionamiento?».

<sup>277</sup> Mostrando lo controvertido del asunto, NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 130. En este sentido, señalando que con carácter general así se estima, como mínimo, ante dos pacientes que tienen opciones de salvación equivalente, SATZGER, *JUR4*, (10), 2010, p. 756. En cambio, negando relevancia al criterio temporal a la hora de jerarquizar los deberes, por ejemplo, KÜPER, *JuS*, (9), 1971, p. 476, para quien la diferencia temporal *per se* no sería suficiente para alterar la equivalencia de los deberes que garantizan intereses materiales equivalentes; y ya antes, en este mismo sentido, LENCKNER, *Medizinische Klinik*, (21), 1969, pp. 1004 y s.

<sup>278</sup> Sobre todo ello, con detalle KÜNSCHNER, *Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1992, pp. 344 y ss., con múltiples referencias doctrinales sobre el tema.

<sup>279</sup> Cfr. WELZEL, *StrafR*, 11ª ed., 1969, § 23, p. 185.

<sup>280</sup> No parece entenderlo así JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 20/42, n. 66, como mínimo, cuando no le incumbe al obligado un deber de garante de mayor grado frente al receptor de la medida de salvación comenzada y el obligado puede emplear el potencial salvador en otro lugar de un modo más efectivo.

<sup>281</sup> Cfr. WACKE, «Wer zuerst kommt, mahlt zuerst», *JA*, 1981, pp. 94 y ss. Sobre el principio de prioridad temporal en el Derecho penal, vid. JOERDEN, «Erlaubniskollisionen, insbesondere im Strafrecht», *FS-Otto*, 2007, pp. 331 y ss.

El primer sujeto tratado tiene ventaja frente a posteriores necesitados porque toda modificación del *status quo* vigente requiere una justificación especial adicional,<sup>282</sup> inexistente cuando los intereses en juego son equivalentes. Más controvertida resulta la cuestión de hasta qué punto la prioridad temporal bloquearía el nacimiento del deber de salvamento posterior.<sup>283</sup> El bombero que ha iniciado el rescate de un gato ha de interrumpir el curso salvador tan pronto como advierte entre las llamas a un niño en peligro;<sup>284</sup> ahora bien ¿debe el médico dejar de atender a un paciente gravemente herido pero cuya vida no corre peligro de muerte cuando minutos después de haber iniciado el tratamiento médico se presenta un segundo paciente que, este sí, puede acabar muriendo?<sup>285</sup> En líneas generales suele afirmarse que solo puede interrumpirse el curso salvador iniciado para dar comienzo a uno nuevo ante una preponderancia esencial del interés amenazado frente al que venía hasta entonces siendo conjurado.<sup>286</sup> Toda esta discusión está enteramente condicionada por el debate existente en torno al carácter activo u omisivo de la conducta que interrumpe el primer tratamiento médico.<sup>287</sup> Quien ve en aquélla una omisión, exige una diferencia esencial, a imagen y semejanza de lo que requiere el estado de necesidad agresivo, en cambio, quien ve una mera omisión, puede conformarse con la regla de justificación de la colisión de deberes, esto es, la mera equivalencia ya permitiría interrumpir el tratamiento.<sup>288</sup>

Junto a este primer factor normativo, la doctrina suele hacer referencia a dos criterios más: la provocación de la situación de necesidad por parte de uno de los necesitados,<sup>289</sup> y la posición de competencia especial por parte de alguno de aquellos. Comenzando por el primero, debe afirmarse aquí que la inclusión de la provocación de la situación de conflicto en el juicio de ponderación no resulta en absoluto una cuestión pacífica.<sup>290</sup> La doctrina se muestra dividida

---

<sup>282</sup> En este sentido, claramente, RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 123; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 130; o DUTTGE, «Zum „rechtsfreien Raum“ nach Lothar Philipps», *FS-Philipp*, 2005, p. 383, n. 82.

<sup>283</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 225 y s., n. 508, quien sí ofrece una respuesta clara: el primer deber ostenta primacía mientras el interés opuesto que determina posteriormente el nacimiento de un deber *prima facie* no prepondera esencialmente. Aquí serían de aplicación las reglas del estado de necesidad agresivo con efectos justificantes de la interrupción del curso causal salvador iniciado.

<sup>284</sup> Así SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, p. 68.

<sup>285</sup> Cfr. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 123. Por su parte, NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 130, ha afirmado que dicha prioridad temporal decae cuando el paciente que está siendo tratado no tiene opciones de salvación reales, y el tratamiento solo prorroga una muerte inevitable. Aquí, el médico podría desconectar al paciente y conectar al que acaba de ingresar con opciones de salvación.

<sup>286</sup> Vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 225 y s., n. 508, abogando por solventar estos supuestos conforme a las reglas del estado de necesidad agresivo.

<sup>287</sup> Cfr. KÜNSCHNER, *Behandlungsverzicht und Patientenwahl*, 1992, pp. 354 y ss.

<sup>288</sup> Cfr. SATZGER, *JUR*, (10), 2010, p. 756; si la interrupción supone la infracción de una prohibición, regiría el baremo del § 34 StGB, si se entiende como una omisión, la mera equivalencia ya podría justificar la infracción de cualquiera de los deberes concurrentes. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 130, señala que la interrupción de un curso salvador no sería una injerencia en la esfera jurídica del paciente, de modo que no sería necesaria una preponderancia esencial para justificar la interrupción del tratamiento, pero tampoco sería suficiente la equivalencia, pues el que está siendo tratado goza de un mejor estatus.

<sup>289</sup> Se ha abordado igualmente en ocasiones la relevancia de la provocación por parte del obligado. Vid. JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, pp. 51 y s., quien sostiene que el guía de montaña que no es capaz de salvar a tiempo a dos excursionistas por haber ingerido la noche antes grandes cantidades de alcohol debería ser castigado como responsable de homicidio, aun cuando en la situación concreta se comportó de la única forma que cabía exigirle, esto es, salvando a uno de los dos excursionistas en peligro.

<sup>290</sup> Sobre el fenómeno de la provocación en el estado de necesidad, fundamental, KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand*, 1983, pp. 18 y ss., 24 y ss. Y un informativo análisis del estado de la discusión en el marco de la colisión de deberes puede leerse en SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 81 y ss.

entre quienes advierten en la provocación un factor relevante a la hora de determinar el merecimiento de protección de quien origina el conflicto, y quienes le niegan toda relevancia a la hora de jerarquizar los deberes.<sup>291</sup> En favor de la primera tesis sostiene lacónicamente ROXIN que no hay razón para no tomar en consideración un factor que sí juega un papel en la ponderación de intereses en el estado de necesidad justificante. «Bien es verdad que se deberá socorrer al sujeto que haya provocado por sí solo el accidente, en vez de a su víctima, si a diferencia de ésta aquél se halla en peligro de muerte; pero si ambos se encuentran en el mismo peligro, parece que lo adecuado es, *ceteris paribus*, exigir de modo prioritario que se salve a la víctima inocente».<sup>292</sup> SCHEID ha tratado de aclarar con más detalle esta misma perspectiva.<sup>293</sup> Para este autor, el Derecho positivo alemán reconoce una preeminencia general a la provocación en el ámbito de las causas de justificación, aminorando la pretensión de salvación solidarística del responsable de la situación. Además, la toma en consideración de la provocación es obligada en el marco de un Derecho penal que contempla al individuo como un sujeto autónomo, responsable por sus acciones y los riesgos a los que somete sus propios bienes.<sup>294</sup> La provocación de la situación aminora, pues, el valor de los bienes de forma proporcional al grado de responsabilidad por dicha provocación.<sup>295</sup>

Sin embargo, posiblemente sea mayoritario el sector doctrinal que considera irrelevante la provocación de la situación de necesidad a los efectos de ponderar los deberes en liza.<sup>296</sup> Al contrario de lo que acontece en el estado de necesidad, en donde la justificación del comportamiento típico del necesitado se explica por un vínculo de solidaridad con el afectado por la injerencia, vínculo que queda modulado (a la baja) en atención a la posible responsabilidad del necesitado, en los supuestos de colisiones de deberes no se trata de deberes de solidaridad entre los potenciales beneficiarios de una acción salvadora, «sino de una solidaridad voluntaria o conforme a deber ejercida por el salvador para con los salvados. La afirmación de la relevancia de una provocación supondría aquí para el salvador en última instancia una prohibición de salvar al “culpable”».<sup>297</sup> Sin embargo, entiende RUDOLPHI que es

---

<sup>291</sup> Cfr. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 122.

<sup>292</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, 4ª ed., v. I, 2006, D § 16, nm. 123.

<sup>293</sup> SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, pp. 85 y ss.

<sup>294</sup> Así SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, pp. 87 y s.

<sup>295</sup> SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, p. 89, señalando que, en todo caso, solo las formas de comportamiento no autorizadas por el Derecho que conducen a la situación de colisión deberían ser tomadas en cuenta como un *minus* a la hora de evaluar los bienes jurídicos en liza. En este mismo sentido, con detalle, MITSCH, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, 2004, pp. 293 a 295, quien señala que la posibilidad de imputar la situación de colisión a una de las dos víctimas aminora el valor de sus intereses, por lo que resulta obligado tomar en cuenta ese factor en el juicio de ponderación.

<sup>296</sup> Cfr. RUDOLPHI/STEIN, «Vor § 13», *SK-StGB*, 8ª ed., nm. 47; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 131; SATZGER, *JURA*, (10), 2010, p. 756; RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 122; EL MISMO, *JuS*, (2), 2013, p. 114; o LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 74. Además, en el ámbito de la medicina, negando cualquier relevancia a la provocación, vid. KÜNSCHNER, *Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1992, pp. 330 y s.: «Das Strafrecht sollte hier keine Vorreiterrolle spielen, indem es zuläßt oder gar fordert, eine mögliche Eigenverantwortung des Patienten für seinen Zustand zum Auswahlkriterium zu machen».

<sup>297</sup> Vid. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 131. En un sentido prácticamente idéntico, vid. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 122; LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 74. Del mismo modo, recurriendo al argumento de “ruptura del dique” en el ámbito de la medicina niega KÜNSCHNER, *Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1992, p. 330 y s., la posibilidad de preferir un interés frente

irrelevante para el obligado el que alguno de los dos titulares de los bienes jurídicos en peligro en favor de los que ha de actuar sea responsable por la situación de colisión. «Este punto de vista puede influir en el peso de los intereses en la relación entre los dos titulares de los bienes jurídicos, pero no en la relación existente entre dicho titular y el que está obligado a actuar».<sup>298</sup>

Finalmente, debemos referirnos igualmente aquí a la posibilidad de que eventuales deberes de sacrificio de los necesitados afecten a la determinación del valor de los intereses a comparar.<sup>299</sup> Señala SCHEID que en aquellos casos en los que alguno de los necesitados, bien por razón de su oficio, o bien por estar vinculado a la segunda víctima del conflicto en virtud de un deber de garante, está gravado con un deber de tolerancia del peligro más intenso, la ponderación de los deberes en liza tomaría en cuenta dicho aspecto, aminorando consecuentemente el valor de los intereses del especialmente competente por el peligro. Así las cosas, el bombero que entra en una casa en llamas y tiene que escoger entre salvar a un niño o a su compañero de profesión, *ceteris paribus*, tendría que salvar al niño.<sup>300</sup> Estos deberes especiales afectarían a la determinación del merecimiento de protección de los intereses de los necesitados y, consecuentemente, influirían en la resolución del conflicto de deberes.

En resumidas cuentas, a partir del juego conjunto de estos factores materiales y normativos pretende la doctrina dominante llevar a cabo el juicio de ponderación de deberes, de donde emanaría a su vez una relación de jerarquía entre las obligaciones en liza. Hasta aquí, el juicio de ponderación no difiere prácticamente en nada del que clásicamente se defiende para los supuestos de estado de necesidad (agresivo). Sin embargo, como también se ha señalado ya, la jerarquización de los deberes en las situaciones de conflicto todavía está condicionada por un segundo factor, este sí, propio y distintivo del fenómeno de los conflictos entre deberes. Me refiero ahora a la clase o especie (*Art*) del deber en colisión.<sup>301</sup>

## **b) La especie de los deberes en colisión**

A diferencia de lo que acontece en el ámbito del estado de necesidad justificante, en la colisión de deberes, además del conflicto entre los intereses en juego, parece ser relevante para su jerarquización el tipo de relación obligacional que vincula a cada uno de los sujetos necesitados con el obligado. A partir de la distinción entre dos tipos de deber o entre dos especies obligacionales: el deber de garante (§ 13 StGB, 11 CP) y el deber de socorro (§ 323c

---

a otro equivalente por el mero hecho de ser su titular responsable de la situación de necesidad. El adicto a la nicotina, dice KÜNSCHNER, tiene también derecho a beneficiarse de un trasplante de corazón.

<sup>298</sup> Cfr. RUDOLPHI/STEIN, «Vor § 13», *SK-StGB*, 8ª ed., nm. 47.

<sup>299</sup> Hasta donde alcanzo esta posibilidad solo ha sido planteada por SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, pp. 93 y ss. Sorprende este nulo interés por el problema, pues sí ha sido tematizado y de forma vasta a propósito del estado de necesidad justificante y exculpante. Al respecto, fundamental el trabajo de LUGERT, *Zu den erhöht Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, *passim*.

<sup>300</sup> Cfr. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, pp. 95 y s. Y en este mismo sentido, vid. LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 110.

<sup>301</sup> PERRON, aunque sin extraer consecuencias para la jerarquización de los deberes, advierte sin embargo la diferencia estructural a partir de la relación afectada, al distinguir entre los factores que influyen en la relación entre los potenciales afectados y los que influyen en la relación entre afectados y obligado. Vid. PERRON, en ESER/PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, v. III, 1991, pp. 98 y s. Esta distinción se retoma y define con claridad en el Cap. 3, apdo. III, 3.

StGB, 195 CP), se pregunta la doctrina de qué manera la distinta especie del deber podría afectar a la hora de jerarquizar las obligaciones concurrentes.<sup>302</sup>

Para quien comprende la colisión de deberes como un subcaso más de conflicto entre intereses y, por lo tanto, a resolver conforme al principio del interés preponderante, resulta más que cuestionable que el diferente vínculo normativo entre los necesitados y obligado pueda alterar la jerarquización de los deberes. Así, para RUDOLPHI, toda la justificación de la infracción de un mandato se rige por el «principio de la inversión» de la regla de la preponderancia esencial del § 34 StGB, es decir, toda infracción de un mandato está justificada salvo que el interés que éste protege prepondere esencialmente sobre el que se lesiona, sea este último propio o de tercero, de obligada salvaguarda o no. En este escenario tan poco amable con los deberes de omisión, la relación garante-garantizado no modifica en modo alguno los deberes recíprocos de tolerancia-injerencia, sino que impone simplemente deberes de actuar, sin que el garantizado le pueda exigir al garante más de aquello que de manera activa podría lesionar conforme al § 34 StGB para conjurar la propia necesidad.<sup>303</sup> Lo relevante es siempre única y exclusivamente el peso de los intereses que se protegen y se lesionan, con independencia de que la lesión de intereses fruto de la omisión fuera condición necesaria para salvar intereses propios, cumplir un deber de garante o un deber de solidaridad mínimo.<sup>304</sup> Así pues, *ceteris paribus*, el obligado podría infringir justificadamente su deber de garante que le obliga a salvar la vida a un sujeto cuando ello fuera condición necesaria para cumplir un deber de solidaridad puro del § 323 StGB. Solo la preponderancia esencial de un interés decantaría la balanza en favor del cumplimiento de uno de los deberes en liza.<sup>305</sup>

En esta misma línea, señala KÜHL que el médico que se ve en la disyuntiva de salvar a su paciente (deber de garante) y la de un tercero desconocido (deber de solidaridad mínimo) actúa conforme a Derecho cumpliendo cualquiera de los dos. Dado que ambos bienes resultan ser merecedores de idéntica protección, es irrelevante qué deber cumpla el médico, si salva una vida, actúa de manera justificada.<sup>306</sup> El que se sancione de manera distinta la infracción de ambos deberes no modificaría un ápice la absoluta equivalencia de aquellos.<sup>307</sup>

---

<sup>302</sup> Al respecto, con detalle, vid. BEULKE, «„Pflichtenkollisionen“ bei § 323c StGB?», *FS-Krüper*, 2007, pp. 2 y s.; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/7; o BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 224.

<sup>303</sup> Cfr. RUDOLPHI/STEIN, «Vor § 13», *SK-StGB*, 8ª ed., nm. 47.

<sup>304</sup> Cfr. RUDOLPHI/STEIN, «Vor § 13», *SK-StGB*, 8ª ed., nm. 42 y ss., 47.

<sup>305</sup> Cfr. RUDOLPHI/STEIN, «Vor § 13», *SK-StGB*, 8ª ed., nm. 47. Niega igualmente mayor entidad al deber de garante frente al de solidaridad mínima en caso de equivalencia entre los bienes jurídicos en juego FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 282, n. 37; y más tarde, EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 2009, § 6, nm. 98: «dado que para el Derecho la vida de ambos niños tiene el mismo valor, éste no puede tomar ninguna decisión de preferencia en favor de uno y en contra del otro». En este mismo sentido, como mínimo cuando coliden vidas humanas, vid. JOECKS, «§ 13», *StGB*, 11ª ed., nm. 74. Asimismo, BLEI, *AT*, 18ª ed., 1983, § 88 I 4a; y SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, 16/81.

<sup>306</sup> Cfr. KÜHL, *AT*, 7ª ed., § 18, pp. 628 y s.: «la justificación también debe aceptarse cuando el autor tras la zozobra de una barca en vez de salvar la vida de su mujer, salva la de su amigo; la distinta vinculación de deber no modifica en nada el hecho de que solo podía salvar una de las dos vidas de idéntico valor»; y en el mismo sentido, vid. JOECKS, «§ 13», *StGB*, 11ª ed., nm. 54 o FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, p. 316, nm. 62.

<sup>307</sup> Cfr. JOECKS, «§ 13», *StGB*, 11ª ed., nm. 54

Siendo equivalentes los intereses en liza, el obligado tiene siempre la facultad de escoger qué deber cumple, quedando justificada la infracción del concurrente.<sup>308</sup>

Frente a este modo estrictamente materialista de comprender la jerarquización de los deberes, «que sin embargo no atendería de manera suficiente la especial posición jurídica que ocupa el favorecido en su relación con el garante»,<sup>309</sup> la doctrina mayoritaria en Alemania aboga por reconocer cierta relevancia a la especie de los deberes.<sup>310</sup> Hasta donde alcanzo, son básicamente dos las propuestas formuladas en este sentido: en primer lugar, cabe advertir un sector doctrinal que defiende una primacía general del deber de garante frente al solidarístico puro, de modo que solo ante grandes desproporciones podría invertirse dicho rango. «Si concurren deberes de distinta especie, prevalece el deber de garante; ejemplo: En un accidente, el padre debe salvar de un peligro mortal antes a su hijo (§§ 13, 212 StGB) que a terceros (§ 323c StGB)». <sup>311</sup> Dicha regla de primacía responde a una decisión valorativa del legislador, plasmada de forma incuestionable en los marcos penales que sancionan unas y otras omisiones.<sup>312</sup> Dado que la infracción de un deber de garante se equipara en el Derecho positivo a la injerencia activa en una esfera ajena, tales deberes confieren al interés protegido un estatus especial, que se impone en caso de equivalencia de intereses.<sup>313</sup> «No se advierte como podría fundarse la conminación penal relativamente superior del delito de garante si no es en virtud del mayor grado de injusto vinculado —en opinión del legislador— a la lesión del deber de garante y, con ello, de la mayor importancia del deber infringido». <sup>314</sup> Aun cuando, como NEUMANN, no se esté dispuesto a aceptar que la jerarquía depende de la estructura de deberes, sino solo de los intereses en juego, la distinta especie de las obligaciones modifica sin duda el merecimiento de protección de los intereses.<sup>315</sup>

---

<sup>308</sup> Es cierto que la discusión al respecto suele girar en torno a las colisiones entre bienes jurídicos equivalentes y, más concretamente, en torno al conflicto entre vidas humanas. En este contexto, la posible preferencia de un deber sobre el otro se torna todavía más discutible si cabe, pues la inconmensurabilidad de la vida humana vetaría toda jerarquización y supondría un argumento distinto más en contra de una subordinación general de los deberes de garante frente a los de solidaridad mínima. Es decir, aun cuando se admita la relevancia de la especie del deber con carácter general, quedaría todavía por responder si la vida humana no constituye una excepción a dicha regla. Al respecto vid. BEULKE, *FS-Krüper*, pp. 2 y s.

<sup>309</sup> Cfr. ENGLÄNDER, «Vor §§ 32 ff.», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 30.

<sup>310</sup> Así, entre otros, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 15/7; ROXIN, *AT*, 4ª ed., D § 16, nm. 123; JOERDEN, *Dyadische*, pp. 88 y s.; KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, pp. 151 y s.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, p. 224; ROLDÁN BARBERO, «Estado de necesidad y colisión de intereses», *CPC*, (20), 1983, p. 543; RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 125; EL MISMO, *JuS*, (2), p. 114; LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 75; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 9, nm. 124; NEUMANN, *FS-Roxin*, p. 436; PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 176; ENGLÄNDER, «Vor §§ 32 ff.», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 30; BEULKE, *FS-Krüper*, pp. 5 y ss.; SCHLEHOFER, «Vor §§ 32 ff.», *MK*, 2ª ed., nm. 210 y s.; SATZGER, *JURA*, (10), 2010, pp. 755 y s.; o BOTT, *In dubio pro Straffreiheit?*, 2011, pp. 110 y s.

<sup>311</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 15/7.

<sup>312</sup> Tomando en consideración las penas previstas para la infracción de los deberes de garante (§ 13) y de la omisión del deber de socorro (323c StGB), resultaría obligado concluir que el legislador considera “más importante” el cumplimiento de los primeros. La pena determina la importancia a ojos del legislador de la infracción del deber, en definitiva, el grado de interés del legislador en el cumplimiento de esa obligación. En este sentido, con detalle, JOERDEN, *Dyadische*, 1986, pp. 88 y s.

<sup>313</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, p. 436; SCHLEHOFER, «Vor §§ 32 ff.», *MK*, 2ª ed., nm. 210; o BEULKE, *FS-Krüper*, p. 5.

<sup>314</sup> Vid. JOERDEN, *Dyadische*, 1986, p. 89.

<sup>315</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 32», *NK*, 4ª ed., nm. 129. En el mismo sentido, vid. RÖNNAU, *JuS*, (2), 2013, p. 114. En cambio, señalando que el rango de los deberes no se determina solo a partir de un ponderación de bienes



El Derecho alemán todavía ofrece una razón más en favor del establecimiento de esta regla de jerarquía, pues el propio § 323 StGB supedita el nacimiento del deber de socorro a que su cumplimiento no exija “la vulneración de otros deberes más importantes”.<sup>316</sup> Entre éstos, se contarían sin duda los deberes de garante,<sup>317</sup> de modo que los deberes de solidaridad nacerían únicamente cuando su cumplimiento no exige la defraudación de una expectativa de salvación amparada por un deber de garante.<sup>318</sup> El paciente tiene derecho a que su médico (garante) le atienda, también cuando éste advierte que un tercero con el que nada tiene que ver se encuentra en peligro.<sup>319</sup>

En todo caso, esta regla general de primacía encuentra también algunos límites.<sup>320</sup> El límite a esta superioridad del deber de garante sobre el de solidaridad pura viene de la mano del § 34 StGB y, más concretamente, del baremo del interés preponderante.<sup>321</sup> «Naturalmente, habrá que decidir de modo distinto cuando prepondera esencialmente el interés que no está asegurado mediante un deber de garante. Ejemplo: El garante del bienestar de un animal está justificado si no cumple su deber porque —obligado por el § 323 c StGB— ha de cuidar del bienestar de una persona: ya que al deber superior le corresponde el injusto superior, e inversamente; a esta situación en el injusto le corresponde a su vez el interés en el cumplimiento del deber, jurídicamente mejor garantizado». <sup>322</sup> Es decir, que los deberes de garante priman con carácter general sobre los de solidaridad pura, invirtiéndose esta jerarquía solo cuando el interés salvaguardado por el deber de solidaridad prepondera esencialmente sobre el que protege el mandato de garante.<sup>323</sup>

Y en segundo lugar, frente a esta concepción general de la primacía del deber de garante frente al de solidaridad pura, cabe advertir asimismo un segundo grupo de autores que, si bien

---

jurídicos, sino que también depende del grado de vinculación entre el obligado y el afectado, vid. entre otros, STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., § 9, 2011, nm. 124.

<sup>316</sup> Al respecto, por todos, BEULKE, *FS-Küper*, 2007, pp. 4 y ss.

<sup>317</sup> Vid. al respecto ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, D § 16, nm. 123; y LENCKNER, *Medizinische Klinik*, (21), 1969, p. 1007.

<sup>318</sup> Es decir, así como el obligado no debe soportar riesgos propios inexigibles para cumplir su deber de solidaridad, los terceros potenciales beneficiarios de acciones de salvaguarda garantizadas por deberes de garante tampoco tienen que soportar la pérdida de sus propios intereses en favor de aquel necesitado.

<sup>319</sup> Cfr. LENCKNER, *Medizinische Klinik*, (21), 1969, p. 1007.

<sup>320</sup> Cfr. JOERDEN, *Dyadische*, 1986, p. 89.

<sup>321</sup> Así NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 436; EL MISMO, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 129. Y en un sentido parecido, LENCKNER, *Medizinische Klinik*, (21), 1969, pp. 1007 y s., quien sin aludir al principio del interés preponderante señala que el deber de garante prima siempre cuando tienda a la protección de un peligro acuciante y grave para la integridad física o la vida de un sujeto, así como cuando el deber de solidaridad sirva para la evitación de lesiones mínimas. Por el contrario, cuando el garantizado no se encuentre en una situación de peligro acuciante para su integridad física o vida, pero sí el tercero, el deber de solidaridad primaría sobre el de garante.

<sup>322</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/7.

<sup>323</sup> Cfr. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 91 y s., p. 93, aborda el problema a partir de la distinción de tres grupos de casos: (1) aquellos en los que el deber de garante protege un interés preponderante; (2) aquellos en los que es el deber de solidaridad el que protege el interés preponderante, y finalmente, (3) aquellos en los que el deber de garante y el de solidaridad protegen intereses equivalentes. Problemáticos serían los supuestos número 2 y 3. SCHEID se aparta de la doctrina mayoritaria en este punto, y afirma que el deber de solidaridad prima sobre el de garante cuando proteja aquél un interés superior, esto es, sin necesidad de que prepondere esencialmente. Por el contrario, en los casos de equivalencia entre los intereses amenazados (3), «el deber de garante debe ser visto conforme a la voluntad del legislador como el más importante», por lo que la omisión del deber de garante para cumplir con un deber de solidaridad sería antijurídica.

reconocen relevancia a la especie del deber en la jerarquización, lo hacen de manera exclusiva ante colisiones entre bienes jurídicos equivalentes.<sup>324</sup> La especie del deber operaría tan solo como regla de “desempate” para tratar de jerarquizar los deberes en conflicto en el supuesto en el que los intereses en liza fueran parejos. Aquélla sería irrelevante ya cuando el deber de solidaridad general protege un interés mínimamente superior al que garantiza el deber de garante, de modo que solo ante bienes equivalentes cabría preferir el deber de garante en detrimento del de solidaridad.<sup>325</sup>

### 3.2. Valoración provisional

Hasta aquí el análisis descriptivo del modo en el que procede la doctrina a la hora de jerarquizar los deberes. Dado que el Ordenamiento jurídico-penal pretende maximizar en situaciones de conflicto los intereses y el conflicto de deberes no constituye sino una forma específica de tales conflictos, el proceso de jerarquización queda determinado por un juicio de comparación entre los intereses en juego, optando entonces el Ordenamiento por exigir al obligado el cumplimiento del deber que garantiza el interés superior. El concepto de interés queda configurado de un modo amplio e indeterminado, pues todo factor que pueda ser relevante a la hora de decidir el conflicto debe ser integrado en dicha noción. En este macrojuicio de ponderación, a diferencia de lo que ocurre en el estado de necesidad, puede desempeñar también un papel importante la clase o especie de deber en colisión, alterando reglas de jerarquía basadas exclusivamente en la diferencia de intereses de los necesitados. En todo caso, es siempre el bien jurídico el factor decisivo en el juicio de jerarquización de los deberes en conflicto.

Pese a la aparente sencillez y plausibilidad de este modo de ver las cosas, lo cierto es que, como debería quedar demostrado en el tercer capítulo de este trabajo,<sup>326</sup> la dogmática de la jerarquización de los deberes se encuentra en un estado de desarrollo todavía precario. Ello, en esencia, por dos razones, una material y otra metodológica. La razón esencial, como veremos, es la falta de certeza en torno al fundamento último de resolución de los conflictos

---

<sup>324</sup> Cfr. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 125; SATZGER, *JURA*, (10), 2010, p. 756; o IWANGOFF, *Die Duldungspflichten*, 2009, pp. 120 y s.

<sup>325</sup> Por su parte, HIRSCH, «Vor § 32», *LK*, 11ª ed., nm. 80, tras rechazar los dos planteamientos “extremos” descritos en el texto (la especie carece de relevancia; primacía general del deber de garante) y asumiendo la distinción entre deberes equivalente y deberes no equivalentes, trata de abordar el problema a partir de la siguiente tripartición. Ante bienes jurídicos ponderables del mismo tipo (*bei gleichartigen abwägbaren Gütern*), por ejemplo, una cosa en peligro frente a otra cosa en peligro, la posición de garantía primaria sobre el deber general. Sin embargo, ante bienes jurídicos del mismo tipo, pero no ponderables (*bei gleichartigen, jedoch nicht gegeneinander abwägbaren Rechtsgütern*), por ejemplo, entre dos vidas humanas, la especie del deber sería irrelevante, pudiendo el obligado escoger qué deber desea cumplir. En caso contrario, el mismo Ordenamiento jurídico que reconoce que las vidas no son ponderables estimaría una vida digna de mayor protección que otra. Finalmente, en tercer lugar, ante bienes jurídicos no equivalentes (*bei ungleichartigen Rechtsgütern*), por ejemplo, una vida en peligro frente a un riesgo de lesión de la integridad física, debería salvarse siempre el interés superior. En este último sentido vid. además SPENDEL, «§ 323c», *LK*, 11ª ed., nm. 136. Con esta triple distinción consigue dar un mejor acomodo HIRSCH a las colisiones entre vidas humanas, problema básico a cuya justa solución parece estar siempre orientada la negativa doctrinal a tomar en consideración la especie del deber. Esto se ve claramente, por ejemplo, en los planteamientos de FREUND, *Erfolgdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 282, n. 37; y más tarde, EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 2009, § 6, nm. 98; KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 18, nm. 136; o JOECKS, «§ 13», *StGB*, 11ª ed., nm. 74, quienes se limitan a negar la relevancia de la especie del deber a propósito de supuestos en los que coliden vidas humanas.

<sup>326</sup> Con detalle, Cap. 3, apdo. II.

y, por lo tanto, en torno a las bases materiales sobre las que construir un sistema de jerarquización de los deberes en conflicto. La teoría del interés preponderante determina una comprensión colectivista del sistema de disolución de los conflictos difícilmente aceptable, además de no poder explicitar las razones que llevan a la toma en consideración de ciertos factores y a la exclusión de otros a la hora de ponderar los intereses que subyacen a los deberes. Y en segundo lugar, como también se mostrará en este trabajo, la teoría de la ponderación de intereses, como desarrollo lógico de la teoría del interés preponderante, resulta en tanto que método de jerarquización, inaceptable, pues sume el proceso en la más absoluta arbitrariedad, tornando imposible cualquier control racional de las soluciones de jerarquía defendidas. Aunque históricamente el fundamento y el modo en el que jerarquizar los deberes han quedado relegados a un segundo plano, ambas cuestiones precisan y merecen una profunda revisión dogmática.<sup>327</sup>

#### ***4. La resolución de las colisiones de deberes***

Una vez llevado a cabo el juicio de ponderación de deberes, cabe distinguir entre dos escenarios distintos. O bien los deberes son efectivamente susceptibles de jerarquización y, por lo tanto, cabe hablar de una colisión entre deberes de distinto rango; o bien los deberes en liza no admiten ser jerarquizados, ya sea porque los intereses en juego son idénticos, ya sea porque aquellos son inconmensurables.<sup>328</sup> En este segundo caso se habla de colisiones entre deberes equivalentes. A partir de aquí, la doctrina coincide de forma unánime en que ante deberes jerarquizables, el obligado ha de cumplir siempre con el deber de mayor rango, quedando eximido de toda responsabilidad penal por la no satisfacción del inferior.<sup>329</sup> En cambio, ante colisiones de deberes equivalentes, el Ordenamiento jurídico confía al obligado la facultad de escoger qué deber desea cumplir, quedando eximido igualmente aquél de responsabilidad por la no satisfacción del deber equivalente concurrente. Dado que nadie podría quedar obligado a lo imposible (*impossibilia nulla obligatio*), el Ordenamiento jurídico no puede en ningún caso castigar al agente obligado, tampoco cuando solo salvaguarda un interés idéntico al que no salva o lesiona.<sup>330</sup> Veamos en lo que sigue con algo más de detalle cómo pretende la doctrina contemporánea resolver una y otra clase de conflictos.

##### **4.1. La colisión entre deberes de distinto rango**

Asumiendo ahora por razones puramente expositivas un concepto amplio de colisión de deberes, coincide la doctrina en afirmar que ante deberes de distinto rango, el obligado ha de cumplir con el superior, de modo que la infracción del inferior no sería nunca antijurídica.<sup>331</sup> Hasta donde alcanzo, son aquí tres las cuestiones esenciales para comprender en toda su dimensión el modo en el que la doctrina dominante resuelve los conflictos entre deberes

---

<sup>327</sup> Cap. 2, apdo. II, 2 y 3.

<sup>328</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff», NK, 4ª ed., nm. 170.

<sup>329</sup> Cfr. ROXIN, AT, v. I, 4ª ed., 2006, nm. § 16 D, nm. 125; o RÖNNAU, «Vor § 32», LK, 12ª ed., nm. 115, 122.

<sup>330</sup> Por ejemplo, vid. ENGLÄNDER, «Vor §§ 32 ff.», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 30.

<sup>331</sup> *Pars pro toto*, RÖNNAU, «Vor § 32», LK, 12ª ed., nm. 115, 122; NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 124; o PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff», NK, 4ª ed., nm. 170.

jerarquizados. La primera guarda relación con el fundamento de la exención de responsabilidad penal ante la no satisfacción de una de las obligaciones en liza.<sup>332</sup> Es común en la doctrina la afirmación según la cual un Ordenamiento jurídico no puede exigir lo imposible (*impossibile nulla obligatio*), de modo que en situaciones de conflicto no cabe dirigir al sujeto obligado dos deberes con auténtica pretensión de ser cumplidos. Ahora bien, con ello solo se niega la imposibilidad de imponer al agente dos deberes no susceptibles de ser cumplidos de forma cumulativa. La solución material al conflicto vendría en realidad de la mano del principio del interés preponderante, como formulación positiva del clásico principio del mal menor.<sup>333</sup>

La segunda cuestión esencial en este punto es el concreto baremo que determina la conformidad a Derecho de la infracción del deber para cumplir con el de superior rango. Es decir, se trata de decidir cómo habría de ser la diferencia entre los intereses en juego para que el cumplimiento del deber superior permita juzgar la no satisfacción del segundo deber como conforme a Derecho. La respuesta a esta pregunta exige distinguir entre quienes sostienen una concepción restringida y quienes sostienen una concepción amplia de la figura jurídico-penal de la colisión de deberes. Para los primeros, doctrina dominante en la actualidad, el baremo aplicable aquí, a diferencia de lo que acontece en el estado de necesidad agresivo, es el de la mínima diferencia.<sup>334</sup> Es decir, el obligado actúa siempre conforme a Derecho cuando cumple con el deber que protege el mayor interés, con independencia de cuán mayor sea éste.<sup>335</sup> NEUMANN justifica esta diferencia señalando que en el estado de necesidad se trata de la justificación de una injerencia en la posición jurídica ajena, que se legitima excepcionalmente por razones de solidaridad, mientras que en la colisión de deberes se oponen solo intereses necesitados de salvaguarda, pero la defraudación de expectativas de quien ve como su deber no se cumple no constituye en ningún caso una injerencia en su posición jurídica garantizada.<sup>336</sup> BALDÓ LAVILLA, en cambio, explica el baremo de la mínima preponderancia como consecuencia del efecto modulador que el principio del *ultra posse nemo obligatur* ejerce sobre las reglas del interés preponderante.<sup>337</sup> Para quien como ROXIN, preponderancia esencial significa simplemente diferencia indubitada,<sup>338</sup> no existe en cambio discrepancia alguna en el tratamiento entre ambos grupos de casos, de modo que resulta todavía más sencillo explicar el baremo de la mínima diferencia. El Ordenamiento jurídico, ante dos intereses en juego, siempre se decanta por el superior.<sup>339</sup>

---

<sup>332</sup> Vid. por ejemplo ENGLÄNDER, «Vor §§ 32 ff.», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 30.

<sup>333</sup> Por todos, ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, nm. § 16 D, nm. 122; o NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, pp. 421 y ss.

<sup>334</sup> Hasta donde alcanzo, el único autor que se aparta explícitamente de la doctrina mayoritaria en este punto es KINDHÄUSER, «§ 34», *LPK-StGB*, 6ª ed., nm. 59 y 60, quien llevando al extremo la vinculación conceptual de la institución al derecho positivo alemán, entiende que únicamente cabría obligar al agente a cumplir el deber de mayor rango cuando la diferencia entre los intereses en juego, en consonancia con el § 34 StGB, fuera esencial. Ante diferencias de intereses no esenciales, entiende este autor que estaríamos frente a deberes equivalentes, de modo que el obligado podría escoger qué deber desea cumplir.

<sup>335</sup> Por ejemplo, NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 124 y ss.; PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 170; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6; KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 18, nm. 136.

<sup>336</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 124.

<sup>337</sup> Vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 224.

<sup>338</sup> Cfr. *supra*, n. 187.

<sup>339</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, nm. § 16 D, nm. 122.

Algo más compleja se presenta esta misma cuestión cuando se trata del conflicto entre mandatos y prohibiciones. En realidad, quienes los excluyen del concepto de colisión de deberes lo hacen, como hemos visto, por advertir en el § 34 StGB el baremo específico de solución para tales conflictos, esto es, el baremo de la preponderancia esencial del interés que protege la prohibición sobre el que salvaguarda el mandato.<sup>340</sup> Sin embargo, entre quienes abogan por incluir tales conflictos en la eximente penal de colisión de deberes, no es este el baremo adecuado. Por desgracia, lo cierto es que prácticamente todos los autores que han reunido conceptualmente ambos grupos de conflictos en el instituto penal lo han hecho a propósito de las colisiones entre intereses equivalentes, básicamente, a propósito del conflicto entre vidas humanas.<sup>341</sup> Por esta razón, resulta prácticamente imposible encontrar tomas de postura explícitas y detalladas acerca de los conflictos entre mandatos y prohibiciones jerarquizables. Sea como fuere, todo parece indicar que, dado que para estos autores no cabría establecer diferencia normativa alguna entre un deber de actuar y uno de omitir, una mínima diferencia entre los intereses en juego —da igual si el interés superior está protegido por un mandato o una prohibición— tendría que ser ya suficiente para entender justificada la infracción del segundo deber.<sup>342</sup> Por otro lado, aunque juega un papel marginal en toda la discusión, parece aquí también relevante advertir que el baremo de justificación aplicable es también objeto de controversia en el caso de las colisiones entre prohibiciones.<sup>343</sup> Mientras que JESCHECK y WEIGEND señalan explícitamente que la mínima diferencia entre los intereses protegidos por las prohibiciones ya es suficiente para justificar la infracción de una de las dos normas prohibitivas en conflicto,<sup>344</sup> hay quien pretende resolver los conflictos entre deberes de omitir a partir del baremo propio del estado de necesidad.<sup>345</sup> Sin embargo, dado que es imaginable en ese caso el escenario en el que ningún interés protegido prepondere esencialmente, todo parece indicar que tras la voluntad de recurrir al § 34 StGB para resolver estos supuestos se esconde la extendida afirmación de que en los mismos concurre siempre

---

<sup>340</sup> Por todos, cfr. KINDHÄUSER, «§ 34», *LPK-StGB*, 6ª ed., nm. 56.

<sup>341</sup> Sí aluden a los conflictos entre deberes no equivalentes con carácter general, por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 33, p. 366, quienes señalan que el cumplimiento del deber de mayor rango tendría fuerza justificante en los tres tipos de conflicto dables. Sin embargo, nada dice sobre las colisiones entre deberes que salvaguardan intereses mínimamente diferenciables OTTO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 8, nm. 164, 173 y ss., 197 y ss., quien dedica su último trabajo sobre el tema (OTTO, *JURA*, (7), 2005, pp. 470 y ss.) exclusivamente a los conflictos entre deberes equivalentes.

<sup>342</sup> En este sentido, vid. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 33, p. 366; y en idéntico sentido VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 110 y s., quien señala que la “mera” preponderancia del peso del interés salvaguardado por el mandato sería suficiente para justificar la lesión de los intereses protegidos por el deber de actuar. Así también CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1994, pp. 237 y ss., pp. 268 y ss., quien parece atribuir carácter justificante pleno a la colisión de deberes cuando el obligado da satisfacción al deber de valor superior. Solo cuando «los bienes o deberes en conflicto son equivalentes, el espíritu de la solidaridad desaparece, de manera que el afectado se ve desligado de su deber de tolerancia» (p. 268). En realidad, la teoría de la unidad que CUERDA RIEZU dice compartir, no es tal, pues cabría distinguir dos tipos radicalmente distintos de justificación, una con deber de tolerancia (bienes o deberes de distinto valor) y otra sin deber de tolerancia (bienes o deberes equivalentes). En definitiva, un regreso a la teoría clásica de la diferenciación entre colisiones de deberes con efecto justificante y colisiones de deberes con efecto exculpante. Sobre esto mismo, vid. Cap. 5, apdo. II, 3.3, b).

<sup>343</sup> Así lo advierte NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, pp. 429 y s.

<sup>344</sup> Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 33, p. 366. Así también, LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 76, la infracción de la prohibición que supone la lesión de un interés menor quedaría justificada dando cumplimiento al deber de omitir que garantiza el interés superior; LENCKNER, *GA*, 1985, p. 305; o NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 430.

<sup>345</sup> Así, por ejemplo, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, nm. 133.

un deber de actuar,<sup>346</sup> es decir, que se trata siempre del conflicto entre un mandato y una prohibición, a resolver conforme a las reglas generales del estado de necesidad agresivo.

Finalmente, la tercera y última cuestión fundamental objeto de controversia en lo que se refiere a los conflictos entre deberes de distinto rango reside en la concreta naturaleza jurídica de la eximente. Es decir, se trata de la discusión acerca de cómo opera dogmáticamente este instituto cuando los deberes en colisión son jerarquizables, si se quiere, cómo ubicar sistemáticamente el problema en el marco de una teoría del delito tripartita *à la* BELING. Hasta donde alcanzo, son en este punto dos las propuestas defendidas en la doctrina: mientras que la opinión científica mayoritaria le atribuye a la colisión de deberes de distinto rango fuerza justificante, un sector doctrinal minoritario pero en auge, aboga por resolver todos los conflictos de deberes ya en el plano de la tipicidad. Veamos ambos planteamientos con mayor detenimiento.

### a) La colisión de deberes jerarquizables como causa de justificación

A día de hoy se sostiene de forma ampliamente mayoritaria que la colisión de deberes opera como causa de justificación cuando el obligado satisface el deber de mayor rango a costa del inferior.<sup>347</sup> Es decir, la infracción del deber *prima facie* de menor rango queda justificada. Además, la estrecha vinculación entre este instituto y el estado de necesidad y, en especial, el común fundamento de ambos, haría innecesarias ulteriores explicaciones acerca de por qué la colisión de deberes excluye la antijuridicidad a través de una causa de justificación.<sup>348</sup> Como

---

<sup>346</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 430.

<sup>347</sup> Ello, al margen de cómo se valoren los conflictos entre deberes equivalentes. Sostienen que toda colisión de deberes opera como causa de justificación, en otros: KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, pp. 151 y s.; LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 71/72 y 73; LECKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 27; EL MISMO, *GA*, 1985, pp. 303 y ss.; RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 116 y s.; EL MISMO, *JuS*, (2), 2013, pp. pp. 113 y ss.; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 124; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, pp. 421 y ss.; KINDHÄUSER, «§ 34», *LPK-StGB*, 6ª ed., nm. 55; EL MISMO, *JRE*, (2), 1994, p. 348 ROSENAU, «Vor §§ 32 ff.», *StW-StGB*, nm. 58 y s.; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6; EL MISMO, en ESER/NISHIHARA (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, v. IV, 1995, pp. 169 y ss.; ROXIN, *AT*, 4ª ed., v. I, 2006, D § 16, nm. 100 y ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, § 22 III 1b; HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, p. 159; KÜPER, *JuS*, (9), 1971, p. 475; EL MISMO, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 18 y ss.; KÜNSCHNER, *Behandlungsverzicht und Patientenentswahl*, 1992, pp. 320 y s., y 325; BERNSMANN, «Entschuldigung» durch Notstand, 1989, p. 411; WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, p. 144; o SATZGER, *JURA*, (10), 2010, pp. 754 y ss. En nuestro país, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 483, nm. 73; CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, p. 294; LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª ed., 2012, p. 626; o CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, (43), 1990, pp. 497 y ss. Entre quienes atribuyen efectos justificantes plenos solo a los conflictos entre deberes jerarquizables, por ejemplo: JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 33, p. 366; OTTO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 8, nm. 164 y ss.; CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 282 y ss., pp. 288 y ss.; o GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 331 y ss.

<sup>348</sup> A decir verdad, son más bien pocas las explicaciones que ofrece la doctrina a la hora de fundamentar la naturaleza justificante de la colisión de deberes en tales supuestos. El que el obligado ha de cumplir el deber de mayor rango y que el incumplimiento del deber de menor rango no puede ser antijurídico constituiría una conclusión tan convincente y arraigada en la doctrina que no precisaría de ulterior aclaración. En cambio, sí justifica positivamente su solución JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6, p. 536, n. 10; EL MISMO, en ESER/NISHIHARA (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, v. IV, 1995, pp. 169 y s., señalando que la inclusión de la institución junto al resto de causas de justificación se explica por el hecho de que los intereses protegidos a través de los deberes pueden, fácticamente, ser protegidos, el problema es que no pueden ser en el caso concreto protegidos todos los intereses de manera conjunta, tal y como sucede en los supuestos de estado de necesidad. «La situación *ultra posse* surgiría solo en el plano de la concurrencia de deberes, esto es, en el plano de la justificación» (p. 170).

cualquier otra causa de justificación, la colisión de deberes condicionaría su efecto eximente, además de a los referidos requisitos objetivos, a ciertas condiciones subjetivas. En este sentido, coincide la *communis opinio doctorum* en que es necesario, pero a la vez suficiente, con que el autor actúe con conocimiento de la situación de colisión de deberes en la que se encuentra.<sup>349</sup> Esto supone que el obligado ha de conocer todos aquellos aspectos que determinan la concreta prelación de los deberes en conflicto,<sup>350</sup> pero, en contra de lo que todavía sostienen algunos pocos autores, no es necesario que el obligado infrinja su deber con un especial ánimo subjetivo de dar con ello cumplimiento al deber concurrente,<sup>351</sup> ni se exige ya el haber procedido previamente a un análisis en conciencia del alcance de la situación de conflicto.<sup>352</sup> Quien conociendo la situación de colisión y la relación jerárquica de los deberes da cumplimiento al deber de mayor rango actúa de forma justificada.<sup>353</sup>

## b) La colisión de deberes como causa de atipicidad

En los últimos tiempos viene adquiriendo especial notabilidad aquella tesis que, apartándose de la doctrina clásicamente dominante, aboga por resolver todos los conflictos en el ámbito del tipo. Hasta donde alcanzo, el primer autor que propuso resolver todos los conflictos de deberes ya en el ámbito del tipo fue JOERDEN.<sup>354</sup> En su *Dyadische Fallsysteme im Strafrecht* defiende la necesidad de abordar el problema antes de llegar al nivel de la justificación, pues el conflicto no se plantea tras la constatación de la infracción de un deber, sino ya a la hora de decidir qué deberes le pueden ser impuestos a un agente de forma legítima. Si quien pretende imponer un deber no quiere contradecirse con su propio juicio sobre el desarrollo lógico de los acontecimientos, no puede gravar a un sujeto con dos deberes que sabe de imposible cumplimiento cumulativo. Todo sistema de deberes que pretende mantenerse libre de contradicciones, así JOERDEN, solo puede desde un comienzo exigir el cumplimiento de uno de los dos deberes en cuestión.<sup>355</sup>

---

<sup>349</sup> Por todos, con abundantes citas a la doctrina en este mismo sentido, RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 127; STRATENWERTH/KUHLEN, 6ª ed., § 9, 2011, nm. 125 a 127; o LECKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 77.

<sup>350</sup> Cfr. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 127.

<sup>351</sup> En cambio, en este sentido, todavía en la actualidad, PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 178. Una crítica a este planteamiento puede leerse en KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 28 y s.

<sup>352</sup> Cfr. LECKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 77. Negando asimismo la relevancia de la motivación y la existencia de un deber especial de examen de la situación de colisión por consideraciones pragmáticas, véase KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 28 y s.; STRATENWERTH/KUHLEN, 6ª ed., 2011, § 9, nm. 127; SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 147 y s.; o PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 178, quien pese a negar la obligación de llevar a cabo un especial análisis en conciencia de la situación de conflicto, sigue exigiendo un *animus salvationis* especial para entender justificada la infracción del deber inferior. Presentando la jurisprudencia del RG que exigía dicho examen y cómo progresivamente la doctrina va dejando de exigir este requisito, vid. SCHMIDT, *Die Interessen- und Pflichtenollision*, 1949, pp. 35 y s.

<sup>353</sup> En cambio, cuando el autor en error cree posible cumplir con todos los deberes que sobre él recaen, pero cumple únicamente el de mayor rango o uno de los dos equivalentes, comportándose así objetivamente conforme a Derecho, la infracción del deber obviado no quedaría justificada, procediéndose a su castigo en consonancia con las reglas de la tentativa inidónea. Así, por todos, RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 127; LECKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., 77; o PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 178.

<sup>354</sup> Cfr. JOERDEN, *Dyadische*, 1986, p. 85.

<sup>355</sup> Cfr. JOERDEN, *Dyadische*, 1986, p. 86.

Años más tarde, este mismo autor, en un interesante trabajo en el que se extraen algunas consecuencias dogmáticas del planteamiento kantiano sobre la colisión entre “razones de obligación” (*Gründe der Verbindlichkeit*),<sup>356</sup> insiste en que todos los conflictos han de ser resueltos en el nivel del tipo. Señala JOERDEN que, como sentenciaría el propio KANT, los deberes jurídico-penales nunca pueden colidir. Ante conflictos entre mandatos jerarquizables, el obligado solo lo está a satisfacer el deber de mayor rango, sin que el Ordenamiento le exija al mismo tiempo que dé también cumplimiento al deber de menor rango; mientras que ante mandatos equivalentes, el Ordenamiento otorga al obligado la facultad de escoger qué deber desea cumplir, de modo que tampoco aquí le está imponiendo dos deberes de imposible cumplimiento cumulativo.<sup>357</sup> Según JOERDEN, solo aceptando que los deberes penales no coliden podría explicarse la razón por la que el padre que se ve obligado a salvar a sus dos hijos, siendo ello cumulativamente imposible, solo responde por la infracción de un deber cuando permanece absolutamente inmóvil.<sup>358</sup> Si como la doctrina mayoritaria sostiene, realmente existieran dos deberes en colisión, tendría en ese caso que castigarse al obligado por todos los deberes infringidos.<sup>359</sup> Sin embargo, dicha solución no es de recibo, y así lo entiende la doctrina mayoritaria, puesto que se castigaría al obligado por haber infringido dos deberes pese a que únicamente podía haber cumplido uno de los dos.<sup>360</sup> Así pues, la única forma de evitar esta inaceptable consecuencia sería afirmar que los deberes nunca coliden, tales conflictos constituyen únicamente una “posición de deber alternativa” o con KANT, un “conflicto entre dos razones de obligación”.<sup>361</sup> Esto, además, sería también válido según JOERDEN cuando coliden mandatos con prohibiciones. Así, por ejemplo, en el supuesto en el

---

<sup>356</sup> Vid. JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, p. pp. 43 y ss.; y sobre la concepción kantiana de los conflictos de deberes, detalladamente, cfr. Cap. 2, apdo. III, 2.

<sup>357</sup> Cfr. JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, p. 46.

<sup>358</sup> Cfr. JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, p. 46.

<sup>359</sup> Esta parece ser también la razón práctica esencial que lleva a SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 150 y ss., a afirmar que las colisiones de deberes entre mandatos deben ser resueltas ya en el plano de la determinación de deber, y la que ha llevado incluso a algunos defensores de la teoría de la justificación a admitir que sería sistemáticamente más consecuente resolver las colisión entre mandatos ya en el plano de la tipicidad, así, p. ej., LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 73.

<sup>359</sup> Así en cambio, HIRSCH, «Vor § 32», *LK*, 10ª ed., nm. 81: «cuando ninguno de los deberes de acción en colisión es cumplido, actúa el autor en relación con todos ellos de forma contraria a deber y, con ello, de forma antijurídica». Sin embargo, lo cierto es que tampoco está HIRSCH dispuesto a llevar hasta sus últimas consecuencias la concepción justificante, pues, como señala, «una cuestión distinta es si el autor, aun cuando aquí sea el no cumplimiento de todos los mandatos en conflicto antijurídico (y culpable), puede ser castigado por más de aquello de lo que había podido cumplir. En esta medida, es adecuada (*sachentsprechend*) una limitación de la pena a la dimensión del actuar de facto realizable, esto es, al no cumplimiento del de mayor rango o a uno de los varios deberes equivalentes». Hasta donde alcanzo, aunque ya no defendiendo el carácter justificante de la institución, el único que efectivamente ha llevado su concepción hasta sus últimas consecuencias y admitido el castigo por todas las infracciones de mandatos cometidas ha sido HAFT, quien entiende que ante colisiones equivalentes la infracción dolosa del deber solo quedaría impune en aplicación de una causa de exculpación suprallegal análoga a la del estado de necesidad exculpante del § 35 StGB, mientras que en los delitos imprudentes sería de aplicación una causa de exclusión de la culpabilidad por inexigibilidad del comportamiento conforme a Derecho. Cfr. HAFT, *AT*, 9ª ed., 2004, p. 108.

<sup>360</sup> Así, por ejemplo, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/7: «si el autor no cumple ninguno de sus deberes, responde tan solo por no haber cumplido aquél que habría debido cumplir; si hubiera podido elegir, responderá por el injusto inferior, dado que éste habría podido al menos ser evitado de haber actuado conforme a Derecho». Además, en este sentido, entre otros muchos, RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 223; ENGLÄNDER, «Vor 32 ff.», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 32; RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 126; o KINDHÄUSER, «§ 34», *LPK-StGB*, 6ª ed., nm. 62.

<sup>361</sup> Cfr. JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, p. 47.



que un padre únicamente puede salvar a su hijo hurtando a un comerciante una barra de pan, no coliden tampoco deberes, puesto que, directamente, a tenor de lo dispuesto en el § 34 StGB, sobre el padre no recae en ese caso el deber de omitir hurtar.<sup>362</sup> Dado que solo existe un deber, el de salvar a su hijo, aquí colisionan también únicamente “razones de obligación”. Y esto mismo vale cuando la regla de justificación del § 34 StGB no fuera aplicable. Si resulta que el concepto de deber implica «una necesidad objetiva práctica», tampoco tiene sentido hablar de colisión entre un deber de actuar y uno de omitir cuando la infracción de la prohibición no puede justificarse según las reglas del estado de necesidad.<sup>363</sup> En ese caso, no nace ningún mandato que se oponga a la prohibición.<sup>364</sup>

Sin recurrir a la doctrina *kantiana* del deber, pero con argumentos similares, niega también FREUND la necesidad de una causa de justificación específica para los delitos omisivos, pues para solventar las así llamadas colisiones de deberes es suficiente con tomar en consideración las condiciones necesarias para integrar el injusto típico del delito omisivo.<sup>365</sup> Incluso en el supuesto en el que coliden dos “deberes” de evitación del resultado de rango equivalente no existe ningún comportamiento antinormativo susceptible de ser justificado, puesto que en tales situaciones solo cabe desde el principio legitimar un mandato.<sup>366</sup> Ello es consecuencia lógica y necesaria de tomarse realmente en serio el principio clásico del *ultra posse nemo obligatur*, según el cual el Ordenamiento jurídico no puede obligar a hacer aquello que es imposible.<sup>367</sup> Así pues, para FREUND, la doctrina mayoritaria incurre en el tratamiento de los conflictos entre mandatos en dos errores fundamentales. En primer lugar, equipara de forma automática la no evitación por parte del garante de un resultado lesivo para los bienes jurídicos de su garantizado con la realización del tipo objetivo omisivo.<sup>368</sup> El padre que en situación de colisión ha de escoger qué hijo salva, actuaría de forma típica, habría cometido un homicidio consumado. Para evitar las insatisfactorias consecuencias a las que conduce este proceder, la doctrina dominante se ve apremiada a incurrir en un segundo error jurídico-conceptual, consistente, así FREUND, en violentar la dogmática de las causas de justificación.<sup>369</sup> Y, más concretamente, los partidarios de la “teoría de la justificación” se ven intimados a particularizar el tratamiento de la justificación en el delito omisivo, de modo que la mera equivalencia entre los intereses en juego sea suficiente para entender justificada la

---

<sup>362</sup> Vid. JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, p. 48.

<sup>363</sup> Vid. JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, p. 48.

<sup>364</sup> Vid. JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, p. 48.

<sup>365</sup> Cfr. FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 3, nm. 43, 71; § 6, nm. 96 y ss. Así también, FRISCH, «Wesentliche Strafbarkeitsvoraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung», en ESER/KAISER/WEIGEND (eds.), *Von totalitärem*, 1993, pp. 232 y ss., p. 234; HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, pp. 144 y s., EL MISMO, «Vor §§ 32 ff.», *SK-StGB*, 8ª ed., nm 43 y s.; EL MISMO, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Strukturelement der Rechtfertigungsgründe», *ARSP-Beihft.*, (104), 1995, p. 111. En un sentido idéntico, véase BEULKE, *FS-Küper*, 2007, p. 3 y ss. Y salvando la distancias conceptuales y terminológicas, en un sentido parecido, vid. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 2000, p. 855, quien habla de “*inconsistent Duties*” y señala que las colisiones de deberes no tienen nada que ver con las excusas y deben ser tratadas como una categoría especial de exención. Como supuesto que bloquea la imputación, cfr. JÄGER, *Zurechnung und Rechtfertigung*, 2006, p. 30; o *infra*, n. 388.

<sup>366</sup> FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 3, nm. 43.

<sup>367</sup> Cfr. FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 281; EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 2009, § 6, § 96.

<sup>368</sup> Cfr. FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 281; EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 2009, § 6, nm. 97.

<sup>369</sup> Cfr. FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 281 y s.; EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 2009, § 6, nm. 97.

infracción de un deber de actuar.<sup>370</sup> El padre que ha de escoger a qué hijo salva comete *nolens volens* un homicidio consumado que, excepcionalmente, queda justificado. Frente a todo esto concluye FREUND que quien atienda adecuadamente a las exigencias de fundamentación del injusto del comportamiento típico no tiene, sin embargo, por qué recurrir a la justificación para disolver las colisiones de deberes.<sup>371</sup>

En un sentido parecido, ha señalado SCHLEHOFER que cabría hablar de colisión de deberes cuando distintas normas jurídicas fundamentaran deberes entre sí incompatibles.<sup>372</sup> Sin embargo, entiende que tales conflictos son en el Derecho penal siempre hipotéticos, pues, de facto toda colisión se logra evitar mediante una interpretación limitadora de las normas de donde proceden los deberes. Dicha interpretación viene, o bien de la mano de la delimitación normativa conjunta de los deberes, o bien a partir de una interpretación de los deberes conforme al principio constitucional de la prohibición de exceso (*Übermaßverbot*).<sup>373</sup> Esto es, en primer lugar, cabe resolver muchos supuestos aparentes de colisión por aplicación directa de las cláusulas de inexigibilidad propias de los tipos omisivos, tanto en el delito omisivo propio como en el impropio.<sup>374</sup> El segundo mecanismo para la disolución —SCHLEHOFER habla siempre de “evitación” (*Vermeidung*)— de las hipotéticas colisiones es el recurso al principio general de la preponderancia de intereses y a su formulación específica en el § 34 StGB.<sup>375</sup> Entiende SCHLEHOFER que es posible disolver tanto las colisiones entre mandatos, como las que surgen entre mandatos y prohibiciones, o entre meras prohibiciones a partir del principio del interés preponderante.<sup>376</sup> No obstante, cuando los deberes en conflicto son equivalentes, ni las cláusulas de exigibilidad ni el referido principio resultan ya de utilidad. Estos supuestos quedarían sin embargo también resueltos a partir de la toma en consideración del principio de la prohibición de exceso (*Übermaßverbot*). Dado que las normas de comportamiento han de ser siempre idóneas para conseguir su fin, esto es, tienen que dirigirse a quien puede —como mínimo objetivamente— comportarse conforme a aquéllas, ante colisiones de deberes equivalentes el Ordenamiento jurídico solo puede dirigir a un ciudadano una única norma de

---

<sup>370</sup> Cfr. FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 282.

<sup>371</sup> Cfr. FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 6, nm. 98.

<sup>372</sup> Vid. SCHLEHOFER, «Vor §§ 32 ff.», *MK*, 2ª ed., nm. 208.

<sup>373</sup> Vid. SCHLEHOFER, «Vor §§ 32 ff.», *MK*, 2ª ed., nm. 209 y ss.

<sup>374</sup> Vid. SCHLEHOFER, «Vor §§ 32 ff.», *MK*, 2ª ed., nm. 209. Así, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que uno de los aparentes deberes de actuar se deriva del § 323 c) StGB, habría que estar a la cláusula de la inexistencia de otros deberes más importantes (*ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten*). Si el aparentemente obligado por el solidarístico intersubjetivo debe al mismo tiempo salvar a su hijo, dado que el deber de garante sería normativamente más relevante, directamente no nacería el deber general de socorro en favor del tercero necesitado. *Contrario sensu*, podría darse el caso en el que, pese a estar el hijo del padre garante en peligro, dada la escasa relevancia de éste y la gravedad del peligro que amenaza al extraño, primara el deber solidarístico general. Cfr. SCHLEHOFER, «Vor §§ 32 ff.», *MK*, 2ª ed., nm. 210 y ss. En nuestro país, parece sugerir igualmente la disolución de parte de los conflictos de este modo MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 475, nm. 52: «[a] veces se piensa también en los casos en que para salvar a una persona hay que lesionar a otra, en donde concurriría un conflicto del deber de socorro con el deber de no lesionar la vida o la integridad de otro. Sin embargo, es discutible que en tales casos exista deber jurídico de socorro, pues no cabe derivar dicho deber del art. 195 CP, que exige para el delito de omisión de socorro que no hubiere riesgo propio ni de tercero».

<sup>375</sup> Cfr. SCHLEHOFER, «Vor §§ 32 ff.», *MK*, 2ª ed., nm. 212.

<sup>376</sup> Cfr. SCHLEHOFER, «Vor §§ 32 ff.», *MK*, 2ª ed., nm. 212 y ss.

comportamiento.<sup>377</sup> Todos los conflictos de deberes, pues, tanto entre obligaciones equivalentes como jerarquizables, son siempre hipotéticos.

Y finalmente, en la doctrina española ha sido BALDÓ LAVILLA quien ha defendido la tesis de la exclusión de la tipicidad ante lo que él denomina el «encuentro de múltiples deberes de actuar de imposible cumplimiento simultáneo».<sup>378</sup> Apartándose de la doctrina mayoritaria en nuestro país, sostiene este autor que la colisión de deberes solo existe mientras no se aplican las reglas de preferencia adecuadas. Manejadas éstas, tan solo existe un deber de actuar en amparo ajeno, al que llama preferente o real.<sup>379</sup> «En efecto, antes de que se apliquen las reglas de preferencia indicadas *ambos deberes concurren por una única posibilidad de salvaguarda. Y concurren por ella, porque ésta es la única forma que tienen de ver completado su tipo objetivo*. Estimar que incluso tras la aplicación de las reglas de resolución del conflicto —las reglas del *impossibilium nulla obligatio est*— existen verdaderamente dos deberes reales que colisionan, significaría que, aunque uno de ellos esté justificado, en ambos concurre su tipo objetivo fundamentador. Como ello no es posible, me decanto por la *solución de la tipicidad*, en orden a la resolución de los casos de colisión de múltiples deberes de actuar en amparo ajeno».<sup>380</sup>

Es decir, BALDÓ LAVILLA distingue entre el “momento de surgimiento virtual de los deberes de actuar” y el “momento de cumplimiento del deber de actuar preferente”. A partir de aquí, sostiene que en el primer momento, cuando concurren varios deberes «lo axiológicamente decisivo para el Derecho es [...] proteger las “legítimas expectativas de amparo” que poseen los dos sujetos necesitados —de ahí que si ambas acciones de salvaguarda fueran de posible cumplimiento simultáneo, ambas resultarían en principio indicadas—».<sup>381</sup> Ahora bien, dado que el Derecho no puede pretender imponer ambos deberes cuando son de imposible cumplimiento cumulativo, «[t]ampoco los sujetos necesitados pueden pretender ser simultáneamente salvaguardados. La única pretensión legítima que pueden hacer valer es la de que no sea preterida su legítima expectativa a un amparo preferente en el momento 2».<sup>382</sup> Así las cosas, la concurrencia en el primer momento de los dos deberes por una única posibilidad de salvaguarda «desaparece tan pronto como se aplican las reglas de determinación de la preferencia a la expectativa de amparo activo. Siendo así que, entonces, ya sólo existiría un deber real: el deber de actuar preferente».<sup>383</sup> Lo contrario, esto es, fundamentar aquí dos deberes de actuar supondría afirmar que el Derecho se dirige al obligado en estos términos: «Te impongo la interrupción de una salvaguarda idónea en curso para cumplir con otra salvaguarda inidónea-imposible-innecesaria, pero considero justificado que no lo hagas (?)».<sup>384</sup>

---

<sup>377</sup> Es decir, éstas deben configurarse de forma tal que, en conjunto, únicamente exijan aquello que en el caso concreto resulta hacedero. Cfr. SCHLEHOFER, «Vor §§ 32 ff.», *MK*, 2ª ed., nm. 217. Pese a compartir un esquema de solución idéntico, entiende ERB que sí cabe hablar de verdaderas colisiones de deberes entre mandatos de rango equivalente. Sin embargo, a tenor del principio del *impossibilium nulla obligatio*, la omisión de uno de los dos mandatos no sería antijurídica. Cfr. ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 41.

<sup>378</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 220 y ss., n. 495.

<sup>379</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 221.

<sup>380</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994 pp. 221 y s. [cursivas en el original].

<sup>381</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 222.

<sup>382</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 222 y s.

<sup>383</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 223.

<sup>384</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 223.

Por otro lado, señala BALDÓ LAVILLA que la concepción dominante (la “teoría de la justificación”) no puede ofrecer una respuesta convincente a ninguna de las siguientes tres cuestiones dogmáticas. En primer lugar, no puede aclarar por qué no se castiga a quien ante dos deberes de actuar en colisión permanece absolutamente inmóvil por la infracción de los dos deberes concurrentes.<sup>385</sup> En segundo lugar, tampoco ofrece respuesta a la pregunta de «por qué el que cumple con el deber preferente ha de “justificar” su conducta de omisión del deber no preferente. Y, en cambio, un sujeto que no “pudiera” cumplir con ninguno de los dos no habría de “justificar” el no cumplimiento de ninguno de ellos».<sup>386</sup> Finalmente, en tercer lugar, la teoría de la justificación tampoco explica según BALDÓ LAVILLA por qué cuando el auxiliante cumple con el deber de menor rango, si es que este actuar no está justificado, sería materialmente igual omitir “para nada” que “omitir para salvaguardar.”<sup>387</sup>

En resumidas cuentas, frente al sector doctrinal todavía mayoritario que resuelve los conflictos de deberes en el ámbito de la justificación, un creciente sector doctrinal aboga por su resolución en el nivel de la tipicidad. En esencia, el argumento es siempre el mismo:<sup>388</sup> un Ordenamiento jurídico respetuoso con el principio del *impossibile nulla obligatio* no puede dirigir a un ciudadano dos deberes de imposible cumplimiento cumulativo. Que solo existe un deber explicaría además que cuando el obligado no satisface ninguno de los dos cuasi-deberes solo se estime oportuno el castigo por el deber de mayor rango o, en su caso, por uno de los dos deberes equivalentes. El resolver las colisiones en el tipo permite, pues, afirmar que las colisiones de deberes no existen o como hace SCHLEHOFER, que son siempre hipotéticas. En todo caso, al mismo tiempo que ha ido ganando adeptos la “teoría de la tipicidad” han ido apareciendo en la doctrina algunas objeciones frente a los argumentos acabados de presentar.

---

<sup>385</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 223: «[y] ello, pues, en efecto, si ambos deberes existen en sentido “típico” (fundamentador) y no existe cumplimiento de ninguno de ellos que pueda justificar el incumplimiento del otro, parecerá que se dan los aspectos fundamentadores del injusto de los dos». Sobre esto mismo, cfr. Cap. 2, apdo. III, 4.

<sup>386</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 223.

<sup>387</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 223. Para este autor, el cumplimiento del deber de menor rango sería relevante, pues pese a existir una verdadera omisión del deber preferente, su antijuridicidad se vería disminuida por el sentido de salvaguarda que poseería la acción que infringe el deber preferente.

<sup>388</sup> Mención aparte merece el planteamiento de JÄGER, quien trata de resolver igualmente las colisiones de deberes en el ámbito de la tipicidad, aunque por razones muy distintas. Para JÄGER la colisión entre dos mandatos excluiría la imputación. En la colisión de deberes se trataría de un caso especial de disminución del riesgo, en la que un sujeto, el obligado, consigue reducir un riesgo doble a un único riesgo. (JÄGER, *Zurechnung und Rechtfertigung*, 2006, p. 30.) En todo caso, adviértase que la solución a la que llega este autor pende directamente de su peculiar manera de distinguir entre la exclusión del tipo y la justificación. Brevemente, para JÄGER excluyen el tipo todas aquellas proposiciones permisivas que se basan en el principio de exclusión de la responsabilidad (*Prinzip des Verantwortungsausschluss*). Esto es, se excluye el tipo cuando «al autor no se le puede imputar la responsabilidad por el resultado, porque el fundamento de la proposición permisiva reside sencillamente en la responsabilidad ajena o incluso en la absoluta ausencia de responsabilidad por parte del autor» (pp. 18 y s.). Por el contrario, justifican el hecho típico aquellas oraciones permisivas que responden al principio de la ponderación, esto es, cuando los bienes jurídicos protegidos son susceptibles de ser lesionados por consideraciones de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeiterwägungen*). Así las cosas, el criterio de disminución del riesgo sería una causa de exclusión del injusto, interrumpiría la imputación, pues «el autor no debería ser responsabilizado por el resultado cuya causación trae causa de un tercero que intenta provocar un resultado todavía más grave» (p. 19.) Pues bien, para JÄGER la colisión de deberes entre mandatos (pareciera ser que equivalentes, aunque no lo afirma expresamente), sería un caso especial de disminución del riesgo, en el que las condiciones empíricas concretas, la casualidad (no el autor), serían responsables por la lesión de los intereses subyacentes al deber no cumplido. Por tanto, se excluiría la imputación, jurídico-penalmente, solo nace un deber.

Hasta donde alcanzo, dos son las críticas esenciales que desde la “teoría de la justificación” se han formulado a la solución de la atipicidad.

En primer lugar, puso JAKOBS tempranamente de relieve que «aun cuando el autor no pueda cumplir cumulativamente todos los deberes, no se trata de un problema del tipo (del concepto de acción o de omisión), sino de justificación o de exculpación. Y es que el tipo atiende sólo al bien singular, y ello lo puede preservar el autor en cada caso —descuidando los otros bienes—. El saldo de todos los bienes, que el autor (¡como en el propio estado de necesidad!) no puede maximizar hasta contener la suma de todos los bienes, solo viene en consideración ya en el plano de la justificación».<sup>389</sup> Es decir, los conflictos de deberes no pueden ser resueltos en el plano del tipo porque el principio del *impossibilium nulla obligatio* no se opone a la legitimación individual de cada uno de los deberes en cuestión, ámbito en el que operaría dicho principio. Lo único irrealizable es satisfacer cumulativamente ambos, pero «la decisión acerca de qué interés protegido a través de una norma penal ostenta prioridad en una situación de colisión en la que la satisfacción cumulativa de los intereses está excluida representa sin embargo un problema clásico de la justificación».<sup>390</sup> En segundo lugar, RENZIKOWSKI ha objetado frente a lo arriba expuesto y en favor de la teoría de la justificación (extrasistemática)<sup>391</sup> lo siguiente: tomando como ejemplo paradigmático el del padre que ha de salvar a sus dos hijos (A y B), señala este autor que sería teóricamente posible configurar en el plano del tipo una orden como esta: “salva la vida de A”, aunque con la siguiente limitación: “siempre y cuando con ello no se vuelva imposible cumplir otro deber de salvamento vital”. De este modo, no nacerían deberes de imposible cumplimiento

---

<sup>389</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, nm. 6, n. 10. Y en idéntico sentido, vid. EL MISMO, en ESER/NISHIHARA (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, v. IV, 1995, p. 169.

<sup>390</sup> Cfr. RÖNNAU, *JuS*, (2), 2013, pp. 113 y s. En el mismo sentido, además de RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 117; vid. BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, § 17, nm. 134; KINDHÄUSER, «§ 34», *LPK-StGB*, 6ª ed., nm. 57; o KÜNSCHNER, *Behandlungsverzicht und Patientenwahl*, 1992, p. 319.

<sup>391</sup> Al respecto, RENZIKOWSKI, «Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe», *FS-Hruschka*, 2005, pp. 643 y ss., p. 658; y EL MISMO, *Notstand*, 1994, pp. 132 y ss., 137 y ss. Sobre la noción de causa de justificación extrasistemática, fundamental, HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, pp. 189 a 191; y EL MISMO, *FS-Larenz*, 1983, pp. 280 y s. Para HRUSCHKA existe una diferencia lógica entre las causas de justificación intra- y extrasistemáticas. Unas y otras vendrían a formular una regla de excepción a la norma general que determina el comportamiento debido. La diferencia residiría en que las primeras, las intrasistemáticas, serían reglas de excepción pertenecientes al mismo plano sistemático que las reglas que exceptúan. Esto es, una causa de justificación intrasistemática formularía una excepción a una o más órdenes de comportamiento del sistema de reglas al que pertenece, de modo que, en realidad, al operar la causa de justificación no existiría desde la óptica del sistema infracción de regla alguna, sería valorativamente equivalente a la acción que no infringe tipo alguno. Por el contrario, las causas de justificación extrasistemáticas formularían una excepción al principio general según el cual las órdenes de comportamiento de un sistema deben ser cumplidas. Este principio, pese a su relación con el sistema de normas, no pertenecería a aquél, se encontraría en un meta-plano, en un plano superior, donde se encuentran las metarreglas, las reglas sobre reglas. Es decir, mientras que las causas de justificación intrasistemáticas contienen una excepción a la orden de comportamiento (*Verhaltensanweisung*), las extrasistemáticas contienen una excepción al deber de cumplimiento (*Regelbefolgungspflicht*). Consecuentemente, sostiene HRUSCHKA, que solo serían auténticamente relevantes en su función justificadora las causas extrasistemáticas, pues las intrasistemáticas presentan un carácter justificante puramente casual, reconducible a la técnica de regulación escogida por el legislador. Vid. HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, pp. 189 y ss. La colisión entre deberes de actuar equivalentes se erigiría como la causa de justificación extrasistemática por excelencia (HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, p. 275; EL MISMO, *FS-Dreher*, 1977, pp. 194 y s.), además del consentimiento y la legítima defensa (HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, pp. 197 y s.). A diferencia de lo que sucedería con el conflicto entre mandatos y obligaciones, que se resolvería ya en el plano intrasistemático, la resolución de tales conflictos exigiría recurrir a una regla extrasistemática que decida sobre la primacía de uno u otro deber. Cfr. HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, pp. 276 y ss., p. 281. En un sentido prácticamente idéntico, vid. además VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 108 y s.

cumulativo. Ahora bien, dado que la orden se configuraría de este modo tanto respecto a (A), como respecto a (B), entiende RENZIKOWSKI que ambas órdenes se neutralizan entre sí, de modo que si el padre permanece absolutamente inmóvil no infringe tampoco ningún deber.<sup>392</sup> Dado que el deber respecto a (A) no nace para no entorpecer el nacimiento del deber para con (B), pero tampoco nacería el deber para con (B), para no obstaculizar el nacimiento del deber de salvar a (A), el padre queda en la situación de conflicto liberado de toda obligación.<sup>393</sup> Acaba, pues, por originarse una laguna por colisión.<sup>394</sup> Dado que ello resulta inaceptable, la pretensión de vincular el nacimiento de los deberes a la no concurrencia de deberes opuestos queda descartada. La colisión de deberes, así RENZIKOWSKI, tiene que ser resuelta en el plano de la antijuridicidad, a través de una causa de justificación extrasistemática.<sup>395</sup>

#### 4.2. La colisión entre deberes de idéntico rango

El proceso de jerarquización de los deberes arriba descrito puede sin embargo no ofrecer ninguna diferencia de rango entre los deberes en colisión. Es decir, es posible que los dos deberes sean equivalentes o inconmensurables.<sup>396</sup> Como ya se ha señalado, es ante este grupo de conflictos donde desde antaño advierte la doctrina mayores dificultades. Es más, para algunos autores, solo este tipo de conflicto merece ser tildado de auténtica colisión de deberes jurídico-penal.<sup>397</sup> A decir verdad, el momento de acuerdo en toda la discusión acerca de cómo abordar el problema de los deberes equivalentes en colisión puede ceñirse a la afirmación de que el obligado no merece ser castigado por la infracción del deber que no cumple. A partir de aquí, tanto la concreta razón por la que no debería ser castigado, como el nivel sistemático en el que podrían ser resueltos estos conflictos, resultan objeto de una profunda e inacabada controversia. Por razones analítico-expositivas se distingue en lo que sigue entre quienes sostienen un concepto estricto de colisión de deberes y quienes incluyen en la eximente penal los conflictos entre mandatos y prohibiciones. Ello afecta de forma sustancial el modo en el que se pretenden resolver los conflictos que ahora nos ocupan.

##### a) La colisión de deberes como el conflicto entre dos mandatos equivalentes

Entre quienes entienden que solo integran la eximente penal los conflictos entre mandatos, la equivalencia de los deberes no parece generar especiales dificultades. La exención de responsabilidad se basaría en estos casos en el axioma clásico del *impossibilia nulla obligatio*.

---

<sup>392</sup> Así, RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 216 y EL MISMO, *FS-Hruschka*, 2005, p. 658. Ya antes, asimismo, OETKER, «Notwehr und Notstand», *FG-Frank*, v. I, 1930, p. 364.

<sup>393</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 216. Sobre todo ello, en detalle, vid. Cap. 2, apdo. III, 4.

<sup>394</sup> Sobre el concepto de laguna por colisión en la teoría del Derecho, vid. ENGISCH, *Introducción*, 1967, p. 171.

<sup>395</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 212 y ss., 216 y ss.

<sup>396</sup> En la doctrina se distingue en ocasiones entre deberes equivalentes y deberes no ponderables o inconmensurables. Entre estos últimos se contarían, por ejemplo, todos aquellos deberes tendentes a la salvaguarda de vidas humanas. Así, por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 47, p. 501. Por su parte, HAFT, *AT*, 9ª ed., 2004, p. 108, trata de forma idéntica los deberes equivalentes y los “aproximadamente” equivalentes. Y esto mismo hace KINDHÄUSER, «§ 34», *LPK-StGB*, 6ª ed., nm. 60, quien define normativamente “equivalencia” como no diferencia esencial conforme al baremo del § 34 StGB.

<sup>397</sup> Cfr. *pars pro toto* KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 18, nm. 1.

Nadie puede estar obligado a aquello que resulta imposible. Allí donde el patrón general del interés preponderante no permite decidir qué deber es el preferente, es decir, allí donde «con vistas a la opción entre dos deberes del mismo rango no existen máximas *jurídicamente vinculantes*»,<sup>398</sup> al Ordenamiento jurídico no le queda otra salida que otorgar al obligado la facultad de escoger qué deber cumple (*Auswahlrecht*), para reconocer acto seguido validez jurídica a su decisión. El obligado actúa de forma plenamente ajustada a Derecho cuando satisface uno de los dos deberes equivalentes en liza,<sup>399</sup> «la opción es libre para el sujeto actuante y no actúa antijurídicamente».<sup>400</sup>

Así las cosas, los conflictos entre mandatos equivalentes representarían el supuesto paradigmático de colisión de deberes. Para su resolución sí es necesario el desarrollo de una regla de justificación especial, distinta a la del estado de necesidad, pues la mera equivalencia entre los intereses en juego es suficiente para admitir la conformidad a Derecho de la conducta en cuestión. Este distinto baremo de exclusión del injusto sería a su vez el factor que permite una delimitación clara de la colisión de deberes respecto del estado de necesidad,<sup>401</sup> y el que permite definir a aquella figura como una causa de exclusión del injusto penal autónoma.<sup>402</sup> Más concretamente, la colisión de deberes aparece entonces como una causa de justificación específica del delito omisivo allí donde coliden intereses equivalentes.<sup>403</sup> El punto de disonancia entre quienes reducen conceptualmente el instituto a los conflictos entre mandatos reside por lo tanto única y exclusivamente en cómo canalizar dogmáticamente la exclusión del injusto en tales situaciones, esto es, si se trata éste de un problema de tipicidad o de justificación.<sup>404</sup>

## **b) La colisión de deberes —ampliamente concebida— ante situaciones de equivalencia**

Entre quienes sostienen un concepto amplio de colisión de deberes es donde cabe apreciar mayores disonancias a la hora de resolver los conflictos entre obligaciones equivalentes. La

---

<sup>398</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6.

<sup>399</sup> Así, entre otros muchos: JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6; ROXIN, *AT*, 4ª ed., v. I, 2006, § 16 D, nm. 118 y ss., 122; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, nm. 125; RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 116, 118; LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 73; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 124; KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 19 y ss.; o BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 220 y ss.

<sup>400</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6.

<sup>401</sup> Para NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 127, la colisión de deberes como instituto penal justificaría toda infracción de un mandato ante la salvaguarda de intereses equivalentes. Y en un sentido parecido, delimita CUELLO CONTRERAS (*ADPCP*, (43), 1990, p. 501, el instituto de la colisión de deberes respecto del estado de necesidad como sigue: «[l]a colisión de deberes, por tanto, no es una modalidad del estado de necesidad justificante. La colisión de deberes, entendida como colisión de deberes de actuar, viene a resolverse por la doctrina dominante en el sentido de que si los bienes en conflicto son de igual valor y el sujeto llamado a salvarlos no puede cumplir ambos deberes a la vez, cualquiera de ellos que elija cumplir, o lo que es lo mismo: cualquiera de los bienes jurídicos que decida *no salvar*, resultará justificado su comportamiento si actúa para salvar el bien jurídico protegido por el deber de actuar que decidió cumplir.»

<sup>402</sup> Cfr. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 118; o KINDHÄUSER, «§ 34», *LPK-StGB*, 6ª ed., nm. 55, 60.

<sup>403</sup> Cfr. por ejemplo, FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, pp. 315 y ss., nm. 61 y ss.

<sup>404</sup> Esta discusión es exactamente la misma que rodea a los conflictos entre deberes jerarquizables. Cfr. *supra* apdo. III, 4.1.

incorporación a la institución penal de los conflictos entre mandatos y prohibiciones pareciera en cierto modo impedir afirmar el carácter justificante pleno de la colisión entre deberes equivalentes.<sup>405</sup> A partir de aquí, son muchas las propuestas formuladas en la doctrina actual para abordar esta clase de conflictos. Por razones expositivas es recomendable agrupar ahora todas ellas en dos grandes conjuntos: por un lado, hay quienes entienden que la infracción de un deber ante conflictos equivalentes es necesariamente antijurídica, quedando entonces solo la vía de la exculpación o de la disculpa para evitar un castigo que se muestra la mayoría de las veces injusto. Por otro lado, hay quienes sin estar dispuestos a catalogar la infracción de un deber en tales supuestos como antijurídica, no aceptan que la infracción del deber en tales supuestos sea considerada conforme a Derecho en los términos clásicos. Se trata, en definitiva, de buscar un anclaje sistemático y axiológico al problema a caballo entre la justificación y la exculpación.

### *i) La colisión de deberes equivalentes como causa de exculpación*

A día de hoy es todavía posible advertir en la doctrina penal algunas voces aisladas que defienden el carácter irresoluble de los conflictos de deberes equivalentes, como mínimo, en el ámbito del injusto.<sup>406</sup> Por consiguiente, los conflictos entre deberes de idéntico rango tendrían que resolverse siempre en el ámbito de la culpabilidad.<sup>407</sup> Aunque lo pretendido aquí es analizar el estado actual de la discusión jurídico-penal, lo cierto es que parece recomendable señalar de forma breve los argumentos fundamentales esbozados en favor de esta tesis en la discusión de la posguerra alemana, pues es allí donde encuentran su origen la mayoría de los argumentos actuales que sustentan la defensa de la irresolubilidad de los conflictos en el plano del injusto.<sup>408</sup>

Como se ha mostrado al comienzo del presente capítulo, la discusión de la posguerra giró básicamente en torno al conflicto entre vidas humanas, generalmente abordado a propósito

---

<sup>405</sup> Es decir, quienes abogan por un concepto amplio de colisión de deberes niegan con carácter general, también cuando coliden mandatos, el carácter plenamente justificante (con deber de tolerancia) de la colisión de deberes equivalentes.

<sup>406</sup> En este sentido y por orden cronológico, en la literatura de la posguerra: VON WEBER, *FS-Kiesselbach*, 1947, pp. 233 y ss.; GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, pp. 311 y ss.; END, *Existentielle Handlungen*, 1959, pp. 79 y ss.; o ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik*, 1963, pp. 110 y ss. Más tempranamente: JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 33, pp. 365 y ss.; y § 47, pp. 501 y ss.; FISCHER, «Vor § 32», *StGB*, 61ª ed., nm. 11a; HAFT, *AT*, 9ª ed., 2004, p. 108; PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 171, 174; MOMSEN, «§ 34», *BeckOK StGB*, 28ª ed., nm. 24; o KLESZCZEWSKI, *AT*, 2ª ed., 2012, nm. 371, 400. Además, vid. LANG-HINRICHSSEN, «Epoché und Schuld. Über den von strafrechtlicher Schuldbeurteilung ausgeschlossenen Raum», *FS-Bärmann*, 1975, pp. 600 y ss., quien aboga por la abstención del juicio de culpabilidad, debiendo absolverse al acusado por falta de afirmación positiva de aquella. En la doctrina española, en este sentido, vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, 1966, p. 232: «[s]i el rango de los deberes en conflicto es el mismo, el estado de necesidad deberá considerarse como causa de inculpabilidad».

<sup>407</sup> No serán objeto de análisis en este trabajo aquellas concepciones defendidas durante los primeros años de la posguerra que, a propósito del supuesto de los médicos del nacional-socialismo, abogaban por reconocer a los médicos únicamente una causa exclusión o levantamiento de la pena. Al respecto, vid. con detalle CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 95 y ss.

<sup>408</sup> Un análisis exhaustivo de la discusión sobre la colisión de deberes equivalente en Alemania durante la posguerra puede leerse en CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 85 y ss., y en especial, sobre las teorías que defendían una exculpación supralegal, pp. 95 y ss.



del supuesto de los médicos del nacional-socialismo.<sup>409</sup> Allí donde coliden vidas humanas, así GALLAS, con independencia del número que a uno y otro lado de la balanza se encuentre,<sup>410</sup> el Ordenamiento jurídico fracasa en su función determinadora racional de conductas.<sup>411</sup> Estamos ante auténticas colisiones de deberes irresolubles en las que el Ordenamiento ya no puede derivar de sus principios últimos ninguna solución racional al conflicto.<sup>412</sup> Sea como fuere, el reconocimiento de la existencia de estos conflictos no supone un abandono del pensamiento de la unidad del sistema jurídico, pues el Ordenamiento no fracasa en su misión como consecuencia de una contradicción entre sus propios parámetros valorativos, sino que lo hace ante la propia «irracionalidad de la situación vital».<sup>413</sup> Como señalaba ANDROULAKIS, el principio del *impossibilium* no impide aquí constatar dos deberes contrapuestos, pues éste opera en la legitimación individual de cada uno, pero no en el metaplano que los toma conjuntamente en consideración.<sup>414</sup> Es decir, ante la colisión de deberes en la que se ve sumido el padre que debe decidir a qué hijo salva, lo imposible no es salvar ni al primero ni al segundo hijo, sino salvar a ambos. Así las cosas, «si el padre salva al hijo A, comete entonces un injusto frente a B. Él *podría* salvar a B en vez de a A».<sup>415</sup> Ante tales conflictos, se ha «alcanzado el punto en el que ya no es posible determinar con carácter general lo “correcto”, de modo que la inexcusable decisión solo puede ser tomada a partir de una decisión personal de conciencia».<sup>416</sup> Lo único que puede exigir el Ordenamiento en tales supuestos es que el obligado decida en conciencia (*Gewissenreinheit*) y movido por una actitud de respeto para con el Derecho en su totalidad (*Rechtsgesinnung*). Siendo esto así, no cabe entonces reprochar nada al obligado que infringe un deber de modo antijurídico, quien habría de quedar exculpado.<sup>417</sup>

Es a partir de las anteriores consideraciones desde donde cabe comprender el planteamiento distintivo de la colisión de deberes defendido por JESCHECK en su tratado. Mientras que la colisión de deberes de distinto rango opera como una causa de justificación; ante deberes equivalentes, como mínimo cuando aquellos protegen vidas humanas, solo entra en consideración una disculpa del autor.<sup>418</sup> «En contra de la doctrina mayoritaria, la contradicción irresoluble entre deberes equivalentes no puede llevar a que el autor actúe en todo caso conforme a Derecho, pues para el Ordenamiento jurídico el cumplimiento de un deber es tan

---

<sup>409</sup> Cfr. *supra* apdo. II, 2.

<sup>410</sup> Cfr. GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, p. 327.

<sup>411</sup> Cfr. GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, p. 328.

<sup>412</sup> Cfr. GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, p. 312.

<sup>413</sup> Cfr. GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, p. 312.

<sup>414</sup> Cfr. ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik*, 1963, p. 127.

<sup>415</sup> Cfr. ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik*, 1963, p. 128. [cursiva en el original].

<sup>416</sup> Cfr. GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, p. 330. Y en un sentido prácticamente idéntico, ya antes, VON WEBER, *FS-Kiesselbach*, 1947, p. 250.

<sup>417</sup> Cfr. GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, p. 333; VON WEBER, *FS-Kiesselbach*, 1947, p. 250, señalando que el conflicto solo podría encontrar una solución en la conciencia del obligado, por lo que el Ordenamiento jurídico solo puede «dejar al individuo que resuelva el conflicto con su Dios».

<sup>418</sup> Vid. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 33, pp. 366 y s. § 47, pp. 501 y s. Para JESCHECK, allí donde no es posible establecer una diferencia de rango entre los deberes en liza, la solución dogmática varía en función de la clase de deberes en colisión. Así, si concurren un deber de acción con uno de omisión, se admite la preferencia de este último, de modo que parece que el obligado actúa de forma plenamente justificada si infringe el deber de omitir. Esta regla de preferencia, sin embargo, no rige cuando están en juego vidas humanas (p. 366). Ante conflictos entre mandatos o ante conflictos entre prohibiciones equivalentes el obligado únicamente ve exculpada su infracción de deber (pp. 366 y s.).

importante como el otro». <sup>419</sup> Es decir, «la persona que se encuentra en una situación de colisión de deberes irresoluble como ésta, decida lo que decida, actúa en todo caso de manera antijurídica». <sup>420</sup> La solución a estos conflictos la encontramos en el plano de la culpabilidad. <sup>421</sup> Si el obligado cumple con uno de los deberes creyendo que se decide por el mal menor, actúa en error de prohibición (*Bestandsirrtum*). <sup>422</sup> Pero incluso cuando el obligado actúa con plena conciencia de encontrarse frente a una colisión de deberes “irresoluble” (*Bewußtsein des Dilemmas*), la infracción del deber que no cumple queda siempre disculpada (*entschuldigt*). El contenido del injusto queda drásticamente reducido en atención al deber cumplido por el obligado, y lo mismo cabe afirmar en relación con el contenido de la culpabilidad, que se ve aminorado por el hecho de que en la situación nada no cabe exigir al sujeto obligado nada más que un actuar reflexivo (*Gewissenhaft*). <sup>423</sup>

En la actualidad, es PAEFFGEN el autor que con mayor firmeza sigue defendiendo la tesis de la mera exculpación ante conflictos de deberes equivalentes. <sup>424</sup> Para PAEFFGEN, el intentar fundamentar la solución justificante a partir de la premissa jurídica del *impossibilium nulla obligatio* está condenado al fracaso. El obligado se encuentra ante una situación dilemática en la que tiene que escoger qué deber cumple, sin embargo, la doctrina mayoritaria, centrada en exclusiva en la perspectiva de la acción del obligado, pretiere en su análisis la dimensión de garantía del Derecho. <sup>425</sup> En su opinión, desde la perspectiva de la víctima, la decisión del obligado en los conflictos entre deberes equivalentes da lugar siempre a un comportamiento antijurídico. <sup>426</sup> Aunque le corresponda *de facto* al obligado elegir qué deber cumple, no existe ninguna razón por la que la víctima del conflicto no pueda exigir en un plano de igualdad ser ella la beneficiaria de la decisión salvadora del obligado. «Desde la perspectiva de la víctima, el no querer salvar pese al poder de evitación (y la posición de garantía) constituye una injerencia antijurídica». <sup>427</sup> Así las cosas, la infracción del deber no cumplido no podría ser considerada conforme a Derecho y, por lo tanto, no tiene razón la doctrina mayoritaria cuando asegura que negar la justificación supone admitir una auto-contradicción en el seno del Ordenamiento jurídico inaceptable. <sup>428</sup> Del mismo modo que se admite un desvalor de acción sin un desvalor de resultado, debe admitirse, así PAEFFGEN, la posibilidad de aceptar un desvalor de resultado sin un desvalor de acción. <sup>429</sup> Esto es justamente lo que acontece en

<sup>419</sup> Vid. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 33, p. 368.

<sup>420</sup> Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 47, p. 502.

<sup>421</sup> Advuértase que esta es tan solo la opinión de JESCHECK, pues el coautor “sucesivo” del tratado, WEIGEND, al comentar el § 13 StGB en solitario en el *Leipziger Kommentar*, aboga por la restricción conceptual de la institución a la colisión entre mandatos, sosteniendo la solución de la doctrina mayoritaria según la cual, ante deberes equivalentes, la infracción de un deber queda justificada. Así, vid., WEIGEND, «§ 13» *LK*, 12ª ed., nm. 75, quien reconoce esta disonancia respecto del planteamiento de JESCHECK en la n. 246.

<sup>422</sup> Así, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 47, p. 502 y GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, p. 332.

<sup>423</sup> JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 33, p. 368.

<sup>424</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 170 y ss.

<sup>425</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 174. En este mismo sentido, vid. MOMSEN, «34», *BeckOK StGB*, 28ª ed., nm. 24, quien claramente señala que tales supuestos deben resolverse en el ámbito de la culpabilidad porque de lo contrario se negaría un derecho de defensa a quien sufre la decisión del obligado de forma injusta e inaceptable desde su propia perspectiva.

<sup>426</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 174.

<sup>427</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 174.

<sup>428</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 174.

<sup>429</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 174.

los conflictos equivalentes cuando el obligado cumple un deber. Esto explica, por un lado, que la víctima de la decisión del obligado pueda defenderse frente a la injerencia antijurídica de éste y, por el otro, que ante un obligado que permanece absolutamente inmóvil y no da cumplimiento a ninguno de los deberes concurrentes solo proceda el castigo por una única infracción de deber, esto es, por un único desvalor de acción.<sup>430</sup> Es la toma en consideración de la doble dimensión autor-víctima la que permite encontrar una solución justa a tales conflictos. Mientras que en el plano del injusto la perspectiva de la víctima impide negar la conformidad a Derecho de la infracción de un deber, la perspectiva del autor permite sin embargo afirmar que ante situaciones extremadamente complejas y excepcionales, la decisión del autor no merece reproche individual alguno.<sup>431</sup>

Frente a las tesis acabadas de referir se han opuesto básicamente dos clases de argumentos, que a su vez evidenciarían la necesidad de resolver todos los conflictos en el ámbito del injusto. En primer lugar, desde una perspectiva teórico-material se ha señalado que allí donde el Ordenamiento no es capaz de otorgar al obligado una máxima vinculante clara de comportamiento, aquél no puede al mismo tiempo afirmar que la alternativa de actuación escogida por el obligado es contraria a Derecho.<sup>432</sup> Se afirma que el principio del *impossibilium nulla obligatio* desplegaría también plenos efectos más allá del análisis de la inexigibilidad individual de los deberes. Si dos deberes equivalentes no son de posible cumplimiento cumulativo, el Ordenamiento jurídico no puede de forma vinculante exigir el cumplimiento de ambos.<sup>433</sup> Admitir conflictos de deberes irresolubles en el plano de la determinación de las formas de comportamiento debidas supone una quiebra fundamental del principio de unidad y coherencia interna del sistema jurídico.<sup>434</sup> Además, frente a las tesis más clásicas que parecen vincular la exención de culpabilidad a una sana conciencia o a una actitud de subordinación general al Derecho, se objeta que hacer depender la exención de responsabilidad de las motivaciones internas del obligado resulta, por un lado, contrario al principio de responsabilidad por el hecho y, por el otro, absolutamente inoperativo en la praxis judicial, pues difícilmente cabe probar a la hora de enjuiciar *ex post* la infracción cuáles eran los verdaderos motivos que gobernaron la decisión del obligado.<sup>435</sup> En segundo lugar, desde una perspectiva práctica, se ha afirmado asimismo que la no resolución de los conflictos en el ámbito del injusto conduce a consecuencias nefastas. Dado que es posible ejercer legítima defensa frente a la infracción del deber que no se cumple, el obligado debería tolerar la acción defensiva e interrumpir el curso de salvamento iniciado. Pero dado que la víctima inicialmente

---

<sup>430</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», NK, 4ª ed., nm. 174, 177.

<sup>431</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», NK, 4ª ed., nm. 295. Ello sería posible cuando el autor opta por el mal menor; aquél no dispone de ningún medio alternativo efectivo para conjurar el mal mayor; y actúa con una tendencia subjetiva salvadora (*Rettungstendenz*).

<sup>432</sup> Así, entre otros NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 133; RÖNNAU, «Vor § 32», LK, 12ª ed., nm. 117; KAUFMANN, *FS-Maurach*, 1972, p. 338; o ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 272 y s.

<sup>433</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 35», NK, 4ª ed., nm. 56; o RÖNNAU, «Vor § 32», LK, 12ª ed., nm. 117. Al respecto, con detalle, KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 21 y ss, quien admite que, si bien el principio del *ultra posse* no rige con carácter absoluto, ante colisiones de deberes equivalentes no habría razones para negar su vigencia. Muy claro, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 20/39: «una colisión de *deberes* sin solución justificante no existe, ya que el Derecho no puede exigir un comportamiento y simultáneamente considerarlo antijurídico sin contradecirse a sí mismo».

<sup>434</sup> Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 26 y OTTO, *Rechtswidrigkeitssurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 17 y s.

<sup>435</sup> Al respecto, con detalle, véase SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 110 y ss.

llamada a ser auxiliada puede en el momento en el que ve como el obligado se dispone a cumplir el segundo deber ejercer igualmente su derecho de legítima defensa, reacción defensiva que debe ser nuevamente tolerada por el obligado,<sup>436</sup> ambos deberes acabarían en la práctica por derogarse mutuamente, renunciando el Ordenamiento jurídico en última instancia a la protección efectiva de la totalidad de los intereses en juego.<sup>437</sup>

Antes de finalizar este epígrafe ha de ponerse aquí todavía de relieve una cuestión importante y muchas veces pasada por alto en la discusión contemporánea.<sup>438</sup> Pese a que solo unos pocos autores reconocen la existencia de colisiones de deberes irresolubles, a tenor de los supuestos que toman en consideración los partidarios de las colisiones de deberes “exculpantes”, en esencia, conflictos entre vidas humanas a partir de la colisión entre mandatos y prohibiciones, lo cierto es que la brecha en el tratamiento dogmático entre la doctrina mayoritaria y estos pocos autores no es tan grande como pudiera pensarse. Es decir, los supuestos abordados por quienes defienden la existencia de conflictos irresolubles son tratados dogmáticamente de forma muy similar, cuando no idéntica, por los defensores de la concepción mayoritaria de la colisión de deberes.<sup>439</sup> La diferencia, en última instancia, reside en el *nomen iuris* que se otorga al problema.<sup>440</sup> El famoso supuestos de los médicos del nacional-socialismo, tratado por los defensores de un concepto amplio de colisión de deberes como un supuesto de colisión entre obligaciones equivalentes a resolver en el ámbito de la culpabilidad, es también resuelto de este modo por muchos de los autores que otorgan siempre carácter justificante a la colisión de deberes y que, sin embargo, afirman que los conflictos entre mandatos y prohibiciones no constituyen verdaderos conflictos de deberes. Es decir, mientras que para unos autores estamos ante conflictos de deberes irresolubles en el ámbito del injusto, para otros, no son colisiones de deberes pero la infracción de la prohibición podría quedar exculpada,<sup>441</sup> por lo general, a través de una causa supralegal de exculpación.<sup>442</sup> Así las cosas, la diferencia entre ambos planteamientos reside, por un lado, en el hecho de que quienes entienden que se trata de una colisión de deberes considerarían también antijurídica la infracción del deber de omitir, mientras que para la doctrina mayoritaria, que habla aquí únicamente de la posibilidad de una exculpación en estado de necesidad, el cumplimiento del deber de omitir sería precisamente la conducta debida, conforme a Derecho. Y por el otro, en el hecho de que los

---

<sup>436</sup> KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 24. En el mismo sentido, SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, p. 112 y NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, pp. 431 y ss.; o RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 117.

<sup>437</sup> Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 24 y s.

<sup>438</sup> No así, NEUMANN, «§ 35», *NK*, 4ª ed., nm. 56, quien advierte en este punto la confusión de etiquetas entre el estado de necesidad exculpante supralegal y la colisión de deberes exculpante. Advierten igualmente de la eventual superposición de etiquetas LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 115.

<sup>439</sup> Ello queda especialmente claro en el tratamiento que hacen del problema STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 10, nm. 125 y ss. Pese a que no cabría hablar en el caso de los médicos del nacional-socialismo de una colisión de deberes, como mínimo no irresoluble, pues el deber de omitir prima sobre el de actuar, la infracción de la prohibición podría quedar exculpada. En tales situaciones, la opción por el “mal menor” merecería tanta aprobación como el respetar la prohibición del homicidio. Además, vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 20/39 y ss.; o ROXIN, *AT*, 4ª ed., v. I, 2006, F § 22, nm. 146 y ss., 157 y ss., abogando por la exclusión de la “responsabilidad” por falta de necesidades preventivas en el supuesto de los médicos del nacional-socialismo.

<sup>440</sup> Ello lo pone de relieve PAEFFGEN, «Vor § 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 292.

<sup>441</sup> Cfr. Ello lo pone de relieve PAEFFGEN, «Vor § 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 292, n. 1341.

<sup>442</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 35», *NK*, 4ª ed., nm. 54 y ss.

que niegan la existencia de conflictos irresolubles en el injusto, fundan siempre la exculpación al margen del dato de que quien actúa antijurídicamente cumple a la vez un segundo deber, pues directamente, no existiría ese segundo deber.<sup>443</sup>

Hasta aquí este análisis expositivo de la discusión acerca de las colisiones de deberes equivalentes con naturaleza exculpante. Conforme a lo que aquí se ha dicho, parecen ser dos las razones básicas que llevarían a algunos autores a afirmar la antijuridicidad de la infracción de un deber ante conflictos entre deberes equivalentes. Por un lado, desde un punto de vista simbólico, la “teoría de la exculpación” permite negar la conformidad a Derecho de una acción que instrumentalizaría a un ser humano en favor de otro u otros, evidenciando el carácter absoluto de la prohibición del homicidio de inocentes. Y por el otro lado, desde un punto de vista pragmático, la declaración de antijuridicidad de la infracción de uno de los deberes equivalentes permite evitar la insostenible atribución a la víctima de la decisión del obligado del deber de soportar la lesión de sus propios intereses. El recurso a la exculpación o a la disculpa permite liberar de castigo al autor sin tener que reconocer que su víctima debe tolerar la pérdida de sus intereses, incluso de su vida.<sup>444</sup>

Sentado lo anterior, y admitiendo que ambos argumentos resultan *prima facie* atendibles, debemos preguntarnos todavía si éstos exigen realmente relegar la solución de los conflictos al ámbito de la culpabilidad. En lo que sigue se analizan precisamente aquellas tesis que, asumiendo la imposibilidad de considerar conforme a Derecho la infracción de un deber cuando ello sirve al cumplimiento de uno equivalente, o bien creen posible no tener que pagar el precio de la declaración de la antijuridicidad para mantener una aureola de desaprobación respecto a la acción lesiva, o bien entienden que es posible conceder derechos de necesidad frente a agresiones no penalmente antijurídicas.<sup>445</sup>

## *ii) La colisión entre deberes equivalentes como un tertium genus: entre el injusto y la culpabilidad*

Si resulta que un Ordenamiento jurídico no se puede permitir la imposición de normas de imposible cumplimiento cumulativo, pero la declaración de conformidad a Derecho de una acción salvadora lesiva de un interés equivalente, así como el correspondiente deber de tolerancia que habría de recaer sobre la víctima,<sup>446</sup> resultan también axiológicamente

---

<sup>443</sup> En este último sentido, fundamental, NEUMANN, «§ 35», NK, 4ª ed., nm. 56. Sin embargo, STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6ª ed., 2011, § 10, nm. 125 y ss., quienes niegan la existencia de un auténtico conflicto de deberes sí parecen atribuirle a la hora de configurar la exculpación supralegal cierto peso al deber *prima facie* de salvar al mayor número de vidas posibles.

<sup>444</sup> A propósito de las comunidades de peligro, así también, vid. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 324.

<sup>445</sup> Así es precisamente como plantea ENGISCH, *Die Einheit*, 1987, p. 53, n. 4, su crítica a la solución de las colisiones de deberes en el ámbito de la culpabilidad. «Wenn ich meine Pflicht erfülle, weil mir unbedingter Gehorsam geboten ist, so will ich nicht bloß nachsichtig entschuldigt sein, sondern rechtmäßig gehandelt haben. Häufig gelangt man zu der bekämpften Ansicht deshalb, weil man einem von dem gehorchenden untergebenen Angegriffenen Notwehr gestatten will. Aber dies kann man auch tun, ohne die Handlung des Untergebenen für verboten oder rechtlich mißbilligt zu erklären. Denn „rechtswidrig“ im Sinne des § 53 StGB bedeutet, daß sich der Angegriffene den Angriff nicht gefallen zu lassen braucht».

<sup>446</sup> No se me escapa que la relación entre una declaración de justificación y la imposición de un deber de tolerancia es controvertida. Son muchos los autores que defienden que la declaración de justificación de un

inasumibles, podría concluirse que las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad clásicamente concebidas no resultan idóneas para lograr un tratamiento adecuado de los conflictos entre deberes equivalentes. Este es, precisamente, el punto de partida de aquel sector doctrinal que aboga por la necesidad de reconocer un tercer nivel sistemático para resolver los conflictos entre intereses equivalentes. Se trata, en resumidas cuentas, de la configuración de categorías intermedias entre la auténtica justificación penal y la exculpación, las cuales deberían permitir un tratamiento más justo a determinados supuestos conflictivos que no parecen encajar en ninguno de los dos ámbitos clásicos de exención de responsabilidad. Esto sucedería, además de en los conflictos de deberes equivalentes, ante ciertos supuestos de aborto,<sup>447</sup> a la hora de valorar jurídicamente el suicidio,<sup>448</sup> casos de eutanasia activa,<sup>449</sup> supuestos de tortura en casos de extrema necesidad o casos de estado de necesidad vital en el que dos agentes están involucrados *ab initio* en la situación de peligro (comunidad de peligro).<sup>450</sup>

Retomando ahora las dos ideas esenciales que explican —como mínimo en el ámbito de la colisión de deberes equivalentes— la aparición de estas categorías intermedias, resulta posible distinguir entre dos grandes grupos de propuestas. En primer lugar, es posible aislar aquellas categorías que surgen con el objetivo esencial de cubrir la laguna expresiva que la bipartición justificación/culpabilidad determina ante ciertos conflictos de intereses. Es decir, se trata del desarrollo de categorías que pretenden solventar la imposibilidad del Ordenamiento jurídico de calificar como conforme a Derecho la conducta de un agente que aparece como la única razonable en una situación dilemática.<sup>451</sup> Aunque la heterogeneidad de las propuestas formuladas obliga a asumir cualquier distinción analítica con reservas, es posible afirmar que, en líneas generales, es la noción del “espacio libre de Derecho” la que da nombre a las propuestas de los autores especialmente preocupados por la carga expresiva en la solución del conflicto. En cambio, ahora ya en segundo lugar, cabe advertir asimismo una serie de autores que parecen esencialmente preocupados por las consecuencias dogmáticas ínsitas en la declaración de conformidad a Derecho de la acción salvadora.

---

hecho no trae consigo de manera automática la imposición de tales deberes. Por ejemplo, vid. FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 3, nm. 27 y ss., con ulteriores referencias doctrinales. En todo caso, a los efectos que ahora interesan es indiferente que se parta de la desvinculación de ambos fenómenos y se afirme la justificación de una conducta y la no imposición de un deber de tolerancia, o que se parta directamente de la existencia de una categoría de justificación más débil, sin deber de tolerancia, pero manteniendo la asociación general entre la declaración de conformidad a Derecho y el deber de tolerancia.

<sup>447</sup> Cfr. KAUFMANN, «Zum Problem von Wertungswidersprüchen zwischen Recht und Moral», en EL MISMO, *Über Gerechtigkeit*, 1993, pp. 105 y ss.; y EL MISMO, «Strafloser Schwangerschaftsabbruch; rechtswidrig, rechtmäßig oder was?», *JZ*, 1992, pp. 981 y ss.

<sup>448</sup> P. ej., MÜLLER, *Die Lehre vom rechtsfreien Raum*, 1999, *passim*; o ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 14, nm. 28.

<sup>449</sup> Cfr. LINDNER, «Grundrechtsfragen aktiver Sterbehilfe», *JZ*, (8), 2006, pp. 373 y ss., pp. 382 y ss.

<sup>450</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 329, n. 1288.

<sup>451</sup> Paradigmático en este sentido, vid. KAUFMANN, *JZ*, 1992, p. 984, n. 18, quien respondiendo a la crítica de ROXIN que muestra lo contradictorio y absurdo en sus consecuencias que resultaría permitir que un agente lleve a cabo una acción meramente no prohibida y que otro la pueda impedir —también de forma no prohibida—, señala KAUFMANN literalmente que «no se trata tampoco de las consecuencias jurídicas. Se trata más bien de si la valoración adecuada para un comportamiento típico que el legislador establece como no punible es la de “conforme a Derecho”, “antijurídico” o “no prohibido”».

Es decir, se trata de aquellas teorías intermedias cuya preocupación básica radica en el deber de tolerancia que se le debería imponer a la víctima del conflicto si se reconoce la plena conformidad a Derecho de la acción salvadora.

### **α) La colisión de deberes equivalentes y el espacio libre de Derecho (*Der rechtsfreier Raum*)**

Pese al “horror vacui” que a muchos juristas les genera la idea de espacios libres de Derecho, y que HEGEL llegó a tildar de «una enfermedad propiamente alemana»,<sup>452</sup> la existencia o inexistencia de aquellos y, en definitiva, la cuestión acerca de los límites del Ordenamiento jurídico, constituye un *topos* común en la teoría y filosofía del Derecho.<sup>453</sup> Posiblemente sea en el ámbito del Derecho penal donde mayor atención ha recibido la noción del espacio libre de Derecho<sup>454</sup> y, en especial, en el marco de los conflictos entre intereses o deberes en situaciones de necesidad.<sup>455</sup> Desde la teoría de la excepción enunciada por FICHTE (*Exemptionstheorie*),<sup>456</sup> pasando por la idea de acciones necesarias no prohibidas (*unverboten*) de

---

<sup>452</sup> Cfr. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 216, p. 289.

<sup>453</sup> Vid. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, v. I, 1892, pp. 372 y ss.; SAUER, *Juristische Methodenlehre*, 1940, p. 281. Para un análisis de los múltiples significados prácticos de la noción de espacio libre de Derecho, fundamental, ENGISCH, «Der rechtsfreie Raum», en EL MISMO, *Beiträge zur Rechtslehre*, 1984, pp. 9 y ss., quien a modo de juego dialéctico comienza su trabajo defendiendo la existencia de auténticos espacios libres de Derecho para, acto seguido (pp. 16 y ss.), tratar de rebatir sus propios argumentos ahora ya en contra del reconocimiento de espacios que escapan al Derecho. Al respecto, es igualmente informativo de la discusión el trabajo de WALDMANN, «Der rechtsfreie Raum», *ZöR*, (22), 1971, pp. 113 y ss. Además, vid. el análisis *iusfilosófico* de las situaciones de necesidad desde la óptica del espacio libre de Derecho de FEHSENMEIER, *Das Denkmodell*, 1970, pp. 1 a 61, y en especial, el resumen realizado sobre los argumentos en favor del espacio libre de Derecho ante situaciones de necesidad en la filosofía griega e *iusnaturalista* racionalista alemana (PUFENDORF, KANT, FICHTE etc.) en las pp. 167 a 175. Sobre la función del espacio libre de Derecho desde una perspectiva *insociológica*, vid. KANG, *Gesetzesflut und rechtsfreier Raum*, 1990, pp. 174 y ss.

<sup>454</sup> Así lo asegura LINDNER, *JZ*, (8), 2006, p. 382.

<sup>455</sup> Lo pone acertadamente de relieve ENGISCH, en EL MISMO, *Beiträge zur Rechtslehre*, 1984, p. 37, p. 44; y en idéntico sentido, vid. LINDNER, «Zur Kategorie des rechtswertungsfreien Raumes aus rechtsphilosophischer Sicht», *ZRph*, (2), 2004, p. 88; y HIRSCH, «Strafrecht und rechtsfreier Raum», *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 89 y ss., p. 90. «Necessitas non habet legem» reza el antiguo proverbio latino considerado principio rector de la regulación canónica del estado de necesidad. *Glose Expedire zu Dig. 1,10,1 § 1*. Al respecto, cfr. LIEBS, «Necessitas non habet legem», *Lateinische Rechtsregeln*, 7ª ed., 2007, p. 141, con ulteriores referencias.

<sup>456</sup> Cfr. FICHTE, *Fundamento del Derecho natural*, 1994, pp. 309 y s. Tras fundamentar el derecho de legítima defensa, se ocupa FICHTE de las situaciones de estado de necesidad en los siguientes términos: «[e]ste derecho debe intervenir cuando dos seres libres, no porque uno ha atacado al otro, sino en razón de una simple causalidad de la naturaleza, llegan a una situación tal que uno de los dos no puede salvarse más que por la desaparición del otro y que, sin uno de los dos no es sacrificado, son los dos los que peligran [...] Se ha empleado mucho trabajo para resolver esta cuestión jurídica y se le ha respondido de maneras muy diversas, y todo porque no se ha pensado de manera suficientemente rigurosa el principio de toda valoración jurídica. La cuestión de la doctrina del derecho es la siguiente: ¿cómo pueden coexistir muchos seres libres en tanto que tales? En la medida en que se plantea la cuestión de la manera y de las modalidades, se presupone la posibilidad de la coexistencia en general. Si esta posibilidad desaparece, la primera cuestión que refiere a la determinación de la posibilidad, por tanto la cuestión de derecho desaparece totalmente. Pero aquí, según nuestra suposición explícita, está el caso. No hay, por tanto, ningún derecho positivo a sacrificar la vida del otro para mi propia conservación; no es ya contrario al derecho, es decir, no entra en conflicto con un derecho positivo que tendría el otro de conservar su vida al precio de la mía; pues ya no se trata en general de derecho. La naturaleza le ha dado a *ambos* el derecho de vivir, y la decisión incumbe a la fuerza física y al arbitrio. Pero puesto que sin embargo es preciso considerar a ambos como sometidos a la ley jurídica, bajo la cual después del hecho volverán a estar en relación con otros, se puede describir el derecho de necesidad como el derecho de considerarse como totalmente liberado de toda legislación jurídica. (Decíamos precisamente: la decisión incumbe al arbitrio). [...]» [cursiva en el original]. Sobre esto mismo, con detalle, vid. BOCKELMANN, *Hegels Notstandslehre*, 1935, pp. 14 y ss.

BINDING,<sup>457</sup> hasta la discusión más actual sobre el tratamiento de las comunidades de peligro,<sup>458</sup> la noción del “espacio libre de Derecho” constituye una constante en la discusión histórica sobre los conflictos de intereses en situaciones de necesidad.<sup>459</sup> No es de extrañar, pues, que también las colisiones de deberes equivalentes hayan sido objeto de análisis desde la teoría del espacio libre de Derecho.<sup>460</sup> Aunque han sido múltiples y muy variadas las realidades descritas bajo el referido *topos*,<sup>461</sup> a los efectos que aquí interesan, y aun a riesgo de incurrir en una excesiva simplificación del problema, creo posible definir la noción de “espacio libre de Derecho” manejada por la doctrina penal a partir de tres rasgos esenciales. En el referido “espacio libre de Derecho” caerían únicamente aquellas situaciones en las que: a) se produce una situación de conflicto entre intereses o deberes jurídicamente relevante; b) los parámetros generales de resolución de conflictos en el sistema jurídico en cuestión fracasan a la hora de resolver la situación dilemática; y c) el Ordenamiento jurídico decide abstenerse de valorar las distintas formas de comportamiento concurrentes.<sup>462</sup>

---

<sup>457</sup> Para BINDING el agente que salva bienes propios equivalentes (o inferiores) a los que lesiona, salvo reconocimiento explícito de un auténtico derecho de necesidad, actuaría de un modo no prohibido (*unverboten*). No infringiría ninguna norma de comportamiento, pero el titular de los intereses que lesiona con su acción necesaria tampoco estaría obligado a tolerar su pérdida, pudiendo por lo tanto reaccionar en legítima defensa. En todo caso, lo cierto es que BINDING defendió la solución de las acciones no prohibidas única y exclusivamente para las colisiones entre bienes y las que surgen entre bienes y deberes. Ante colisiones de deberes equivalentes, el propio BINDING se encargó de subrayar que cuando el obligado cumple con su deber, esto es, cuando cumple uno de los dos deberes en liza, el segundo deja de ser jurídicamente exigible, es decir, su infracción ya no constituye siquiera hecho antijurídico alguno (*«ist kein Delikt»*). Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, pp. 762 y ss.

<sup>458</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 329.

<sup>459</sup> Sobre el “estado de necesidad no prohibido”, vid. por todos, SIEGERT, *Notstand und Putativnotstand*, 1931, pp. 31 y ss., con multitud de citas a la doctrina antigua.

<sup>460</sup> Tampoco falta quien, admitiendo la existencia de espacios libres de Derecho, sostiene en cambio que las colisiones de deberes equivalentes no caen en dicho espacio. Así, COMES, *Der rechtsfreie Raum*, 1976, pp. 94 y ss. En realidad, con ello se pone de evidencia el carácter polisémico de la fórmula del espacio libre de Derecho. Para este autor, ésta guarda relación con aquellos espacios en los que le está vedada al Estado cualquier posible injerencia en forma de norma a fin de posibilitar una convivencia social basada en el respeto de la dignidad humana. Al respecto, COMES, *Der rechtsfreie Raum*, 1976, pp. 99 y ss., donde resume su planteamiento. Así las cosas, los conflictos de valor irresolubles que caracterizan a las colisiones de deberes equivalentes nada tendrían que ver con un espacio libre de Derecho. El único denominador común de todas estas situaciones conflictivas es el carácter trágico de la alternativa planteada (p. 95), pero no se trata de espacios en los que el Derecho no deba acceder, sino simplemente de situaciones en las que aquél fracasa en su intento de normación (p. 96).

<sup>461</sup> Así, Arth. KAUFMANN, *FS-Maurach*, 1972, pp. 336. Distingue el autor entre tres tipos distintos de espacio libre de Derecho. Por un lado, se refiere a aquel grupo de formas de comportamiento absolutamente irrelevantes para el Derecho, básicamente, actividades cotidianas, por las que el Derecho no muestra ningún interés. Alude KAUFMANN al comer, dormir, escuchar música o asistir a ceremonias religiosas. Este primer grupo lo denomina espacio libre de preceptos legales (*tatbestandsfreier* o *rechtssatzfreier Raum*). El espacio libre de consecuencias jurídicas (*rechtsfolgefrei*) se conformaría por todas aquellas formas de comportamiento jurídicamente relevantes, pero en las que de forma excepcional la consecuencia jurídica prevista con carácter general decae, esto es, dadas determinadas circunstancias la antijuridicidad, la culpabilidad o incluso la sancionabilidad (*Strafausschließungs-Straufhebungsründe*) del hecho desaparecería. Y, finalmente, en tercer lugar, es este el grupo que ahora nos interesa, existirían estados de cosas vitales jurídicamente relevantes, esto es, valorativamente diferenciados y, por ende, no neutrales, irrelevantes o indiferentes, en los que sin embargo, por motivos jurídico-políticos o de otra clase, el Ordenamiento jurídico retiraría sus normas y, a diferencia del segundo grupo, renunciaría también a una valoración. Al respecto, vid. también, HENKEL, *Der Notstand*, 1932, pp. 20 y s. Un análisis de la tripartición de KAUFMANN puede leerse en SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 126 y ss. Además, vid. COMES, *Der rechtsfreie Raum*, 1976, pp. 17 y ss., y el análisis crítico de las concepciones de Arthur KAUFMANN, SCHILD y COMES, en MÜLLER, *Die Lehre vom rechtsfreien Raum*, 1999, pp. 36 y ss.

<sup>462</sup> Adviértase que los dos primeros elementos de la definición no parecen aportar ninguna novedad. En todo caso, sí permiten excluir ya del concepto de espacio libre de Derecho que aquí nos interesa todas aquellas formas de comportamiento que, con carácter general, quedan al margen del Derecho, como mínimo, del Derecho penal. Así, KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed, 1984, p. 227. Se trata pues, en lo que sigue, de un “espacio libre de



El punto central de la teoría del “espacio libre de Derecho” es sin duda el tercero, esto es, la decisión por parte del Ordenamiento jurídico de abstenerse de valorar aquello que con carácter general sí valora.<sup>463</sup> Ante dos deberes equivalentes, el Ordenamiento no logra — conforme a sus patrones generales— concluir cuál es la forma de comportamiento debida y legítima frente a la totalidad de los agentes implicados.<sup>464</sup> «Situaciones tan irracionales en las que es inevitable, en todo caso, un comportamiento antijurídico no podrían ser valoradas por el Derecho y, menos aún, estar sujetas a una reglamentación legal».<sup>465</sup> Ahora bien, a diferencia de la “teoría de la culpabilidad” expuesta arriba, la imposibilidad de asegurar cuál es la forma de comportamiento deseada y debida no conduciría a la prohibición de las dos formas alternativas posibles. Sería irrazonable reconocer que un ciudadano se comporta como debe y, al mismo tiempo, afirmar que actúa de manera antijurídica.<sup>466</sup> Quien ha reconocido la imposibilidad de preferir uno de los dos deberes en liza no puede valorar en modo alguno la situación en cuestión.<sup>467</sup>

Y esto es precisamente lo que haría el Ordenamiento jurídico, le concedería la posibilidad de escoger qué deber cumple al obligado y, desde ese momento, dejaría de valorar su conducta, que no es ni conforme a Derecho, ni antijurídica, sino simplemente, “no prohibida” (*unverboten*).<sup>468</sup> El padre que debe salvar a sus dos hijos pero no es capaz de salvar a uno sin dejar morir a otro, deberá salvar a uno de ellos, hasta aquí la valoración del Derecho. Tan pronto como el padre decide salvar a uno y dejar morir a otro, el Derecho se limita a reconocer como “no prohibida” la omisión del padre, respetando de este modo la libre decisión del obligado.<sup>469</sup> Con ello, la “teoría del espacio libre de Derecho” vendría a quebrar la disyunción exclusiva en la que se encuentran las nociones de “conformidad a Derecho” y “antijuridicidad”.<sup>470</sup> Las conductas humanas, especialmente ante conflictos trágicos, no

---

Derecho”, situado siempre en un espacio de conductas típicas. ROXIN, en cambio, reconoce la existencia de un espacio libre de Derecho, pero que se hallaría antes de la propia declaración de tipicidad. Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 14, nm. 28, 30. Es frecuente entre los partidarios de la referida noción recurrir la definición propuesta en su día por PHILIPPS, «Sinn und Struktur der Normlogik», *ARSP*, (52), 1966, p. 205: «Der rechtsfreie Raum ist der normative Bereich des Unverbotenen, für das sich dennoch keine Erlaubnis herleiten läßt, oder — gleichwertig — der Bereich des Nicht-Unerlaubten, das gleichwohl nicht erlaubt ist».

<sup>463</sup> Sobre el fundamento y las distintas clases de “renuncia” conformadora de un espacio libre de Derecho, con detalle, vid. WALDMANN, *ZöR*, (22), 1971, pp. 117 y ss.

<sup>464</sup> Cfr. FEHSENMEIER, *Denkmodell*, 1970, p. 201: «Die Rechtsordnung selbst vermag hier nicht mehr zu sagen, welche der möglichen Verhaltensweisen Recht ist, bzw. wie man sich verhalten soll. Beide Funktionen der Norm, Bestimmung und Bewertung, greifen sozusagen ins Leere, und damit ist auch der Zweck der Rechtsordnung verwirkt oder zumindest in Frage gestellt. Die fraglichen Verhaltensweisen manövrieren die Rechtsordnung selbst in einen Konflikt, dem weder durch Verbot noch durch Erlaubnis beizukommen ist, und der eindeutig auf die Existenz eines Bereichs des Unverbotenseins für diese Kategorie von scheinbar rechtlich relevanten Verhaltensweisen verweist». En idéntico sentido, BLEI, *AT*, 18ª ed., 1983, § 61, III.

<sup>465</sup> Vid. FEHSENMEIER, *Denkmodell*, 1970, p. 198.

<sup>466</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Casos que hicieron doctrina*, 2011, pp. 501 y s.

<sup>467</sup> Cfr. Arth. KAUFMANN, *FS-Maurach*, 1972, p. 338; o PHILIPPS, *ARSP*, (52), 1966, p. 202.

<sup>468</sup> Vid. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1984, p. 227 prefiere hablar en sus últimos trabajos de un espacio “libre de valoración jurídica”, aunque reconoce que se ha impuesto en la doctrina la fórmula de lo “no prohibido”.

<sup>469</sup> Cfr. KAUFMANN, *JuS*, 1978, p. 366. En un sentido prácticamente idéntico, vid. HENKEL, *Der Notstand*, 1932, pp. 92 y s., quien critica duramente la teoría del espacio libre de Derecho para la solución de casos de estado de necesidad entre intereses no equivalentes (pp. 35 y s.), pero la acepta — como una aplicación indirecta del principio del mal menor— en situaciones de comunidad de peligro (pp. 92 y s.).

<sup>470</sup> Cfr. LINDNER, *ZRph*, (2), 2004, p. 89; EL MISMO, «Tragische Konflikte», *FAZ*, 15.10.04, p. 8.

pueden ser siempre catalogadas jurídicamente a partir del binomio permitido/prohibido, sino que, además, cabe advertir un tercer grupo de conductas, las no prohibidas, que ni estarían permitidas, es decir, ni serían conformes a Derecho (riesgo permitido, justificación), ni estarían tampoco prohibidas (conducta típica y antijurídica).<sup>471</sup>

Sea como fuere, y esto es fundamental para entender el modo en el que la doctrina actual concibe el espacio libre de Derecho, cuando se alude a esta figura no se hace referencia a un ámbito completamente ajeno al fenómeno normativo, es decir, no se trata de encapsular relaciones humanas completamente extramuros del sistema jurídico, sino, más bien, de la delegación de la solución al conflicto en los particulares cuando el Ordenamiento no puede resolver el conflicto en cuestión.<sup>472</sup> Para evitar esta extendida confusión, el propio Arthur KAUFMANN propuso modificar la denominación clásica de este constructo normativo. Se trata, en verdad, de un espacio libre de valoración jurídica (*rechtswertungsfreier Raum*).<sup>473</sup> «Espacio libre de Derecho no significa “jurídicamente no regulado”, sino “jurídicamente no valorado”»,<sup>474</sup> pues, «el espacio libre de Derecho no está caracterizado por un silencio de la ley, sino que concurre una regulación con una consecuencia jurídica (se prescinde de la pena), pero esta regulación no estaría valorada: ni conforme a Derecho, ni antijurídica».<sup>475</sup> La misión del Derecho es aquí precisamente conformar de manera precisa los contornos del espacio en el que no se valora, para garantizar acto seguido que la libre decisión del agente es respetada por todo el Ordenamiento.<sup>476</sup> Solo de este modo se logra configurar un Ordenamiento jurídico realmente liberal, el cual, ante situaciones trágicas, se mantiene alejado de toda valoración y le otorga a cada ciudadano la posibilidad de decidir responsablemente qué desea hacer, absteniéndose por lo tanto de imponer soluciones de imposible consenso intersubjetivo en situaciones trágicas.<sup>477</sup>

---

<sup>471</sup> Cfr. ENGISCH, en EL MISMO, *Beiträge zur Rechtslehre*, 1984, p. 37, con ulteriores referencias a la doctrina en la n. 81: «[E]l que ocurre en este ámbito es —en ausencia de una norma enfrentada— no antijurídico, del mismo modo que —a falta de una norma que lo faculte— tampoco es conforme a Derecho». En el mismo sentido, KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1984, p. 228, quien además señala que la necesidad de reconocer acciones no permitidas pero no prohibidas ha sido una constante en la historia de la filosofía de occidente. En todo caso, el “espacio libre de Derecho” no debería confundirse con las conductas “facultativas” (*freigestellt*). Mientras que lo “facultativo” supone un juicio deóntico, las acciones que caen en el “espacio libre de Derecho” no están deónticamente valoradas. Sobre la distinción entre lo “facultativo” y el “espacio libre de Derecho”, vid. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1984, p. 127. Señala PHILIPPS que aquí faltaría tanto una prohibición como un permiso. Cfr. PHILIPPS, *ARSP*, (52), 1966, p. 205.

<sup>472</sup> Arth. KAUFMANN, *FS-Maurach*, 1993, p. 337; PHILIPPS, *ARSP*, (52), 1966, p. 205. En el mismo sentido, PRIESTER, «Rechtsfreier Raum und Schwangerschaftsabbruch», *FS-Arth. Kaufmann*, 1993, p. 511, señalando que no es que no haga acto de presencia el Derecho, ni tampoco que no existan valoraciones, sino simplemente que tales valoraciones no arrojan un resultado claro al conflicto. Así, a propósito de supuestos de eutanasia activa, vid. LINDNER, *JZ*, (8), 2006, p. 382; EL MISMO, *FAZ*, 15.10.04, p. 8.

<sup>473</sup> En este mismo sentido, cfr. LINDNER, *ZRpb*, (2), 2004, p. 87, 88.

<sup>474</sup> Cfr. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1984, Cap. 15, p. 227. Vid. además FEHSENMEIER, *Das Denkmodell*, 1970, p. 153, quien define el espacio libre de Derecho como una causa de exclusión de la valoración del injusto (*Unrechtsbewertungsausschlussgrund*).

<sup>475</sup> Cfr. KAUFMANN, *JZ*, 1992, p. 984.

<sup>476</sup> Así, señalando la necesidad de que el espacio libre de valoración jurídica quede claramente delimitado por normas jurídicas, vid. LINDNER, *JZ*, (14), 2006, p. 588.

<sup>477</sup> Arth. KAUFMANN, *FS-Maurach*, 1972, p. 331; y EL MISMO, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1984, Cap. 15, pp. 233 y s. En palabras de KAUFMANN, el reconocimiento del espacio libre de Derecho se ajustaría a la perfección al ideal

Hasta el momento nada se ha dicho acerca de las consecuencias dogmáticas derivadas de la declaración de no prohibición de una conducta en el marco de un espacio libre de Derecho. A decir verdad, los partidarios de esta teoría sostienen en este punto opiniones radicalmente distintas. Ello torna prácticamente imposible incorporar en la propia definición de lo que se entiende por espacio libre de Derecho razonamientos dogmáticos específicos. A los efectos que ahora interesan, la discusión principal en este punto es si frente a las acciones prohibidas cabría o no ejercer un derecho de defensa y, en su caso, qué derecho y con qué alcance subjetivo.<sup>478</sup>

Aunque no con la profundidad y claridad deseable,<sup>479</sup> los partidarios de la teoría del espacio libre de Derecho se han centrado en este punto, básicamente, en valorar la posibilidad de ejercer derechos de defensa frente a acciones meramente no prohibidas.<sup>480</sup> En este punto son tres las propuestas formuladas en la doctrina. En primer lugar, hay quien, asumiendo toda la retórica del espacio libre de Derecho, defiende la necesidad de garantizar la acción no prohibida con el correlativo deber de tolerancia. Así, sostiene PRIESTER que sería «algo contradictorio otorgar a una acción la condición de no antijurídica y al mismo tiempo autorizar su evitación violenta. Cuando una acción no es antijurídica, debería poder llevarla a cabo también sin peligro, y aquella agresión que trate de impedirle debería ser antijurídica».<sup>481</sup> Consecuentemente, la víctima quedaría gravada con un deber de tolerancia, debiendo así respetar la decisión del obligado. Como reconoce este autor, su concepción de las acciones en el marco de un espacio libre de Derecho solo se distinguirían del resto de causas de justificación en que aquéllas «no se basan en una aprobación de los resultados que tienen lugar»,<sup>482</sup> pero lo cierto es que desde un punto de vista práctico las acciones no prohibidas

---

de una sociedad tolerante, pluralista y del riesgo, en la que el ciudadano es visto como un sujeto responsable y “mayor de edad”, que ante situaciones trágicas debe tomar de forma libre sus propias decisiones.

<sup>478</sup> Igualmente controvertido es el eventual castigo de la participación, así como las reglas que regirían el error. Para KAUFMANN, *FS-Maurach*, 1972, p. 342, la participación en un hecho “no prohibido” sería impune, pues el hecho no prohibido solo arrojaría un desvalor de resultado, pero no de acción. De parecida opinión, vid. SCHILD, «Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes», *JA*, 1978, p. 636. Vid. en cambio, BINDING, *Handbuch*, 1885, pp. 785 y s., quien niega la posibilidad de una complicidad no prohibida. Además, sobre las reglas del error, vid. KAUFMANN, *FS-Maurach*, 1972, p. 342, quien señala que a la hora de valorar las consecuencias jurídicas habría de recurrirse a la dogmática del error de tipo. Y en un sentido parecido, vid. SCHILD, *JA*, 1978, p. 635, quien distingue entre dos clases de error: el que recae sobre el alcance o los límites de la causa de exclusión del injusto (*bloÙe Unrechtsanschlussungsgründe*), que habría de tratarse conforme al § 17 StGB (error de prohibición), puesto que al autor le faltaría aquí la comprensión de estar cometiendo un injusto; y aquél que se produce sobre la presencia de condiciones fácticas, que habría de ser tratado como el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, ello, aunque no pueda denominarse a este error como un error de tipo permisivo. FEHSENIER, *Das Denkmodell*, 1970, pp. 154 a 156, distingue igualmente entre dos clases de error: (1) aquél que se da cuando el agente que se encuentra en un espacio libre de Derecho desconoce esta circunstancia y actúa creyendo hacerlo conforme a Derecho. Aquí su error sería irrelevante, actúa de forma no prohibida; y (2) el error inverso, es decir, cuando no estando en una situación de espacio libre de Derecho, cree un sujeto erróneamente estarlo. Aquí el error sí es relevante, el agente actúa de forma antijurídica y debe ser tratado como un error de prohibición, decayendo el reproche de culpabilidad.

<sup>479</sup> En este sentido, vid. ZIMMERMANN, *Rettingstötungen*, 2009, p. 333, n. 1307. En España, señala CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 300 que «[l]a propia teoría del ámbito fuera del Derecho surge con la — secreta— intención de resolver este problema», refiriéndose precisamente a la posibilidad de otorgar un derecho de defensa a quien sufre la acción no antijurídica que resuelve el conflicto.

<sup>480</sup> Un análisis del problema, resumiendo los argumentos en pro y en contra del espacio libre de Derecho desde la óptica de los derechos de defensa puede leerse en KORIATH, *JRE*, (11), 2003, pp. 323 y ss., 330 y s.

<sup>481</sup> Cfr. PRIESTER, *FS-Arth. Kaufmann*, 1993, p. 511.

<sup>482</sup> Cfr. PRIESTER, *FS-Arth. Kaufmann*, 1993, p. 511.

operarían como auténticos permisos jurídicos. La distinción, sin embargo, seguiría siendo relevante por razones de política jurídica, «para marcar los supuestos precisados de una especial legitimación».<sup>483</sup>

En segundo lugar, y este es posiblemente el sentir mayoritario entre los autores que defienden la existencia de un espacio libre de Derecho, hay quien aboga por entender que frente a una acción meramente no prohibida sí cabe el ejercicio de un derecho de necesidad. Esta es, precisamente, la opinión defendida en su día por BINDING, considerado por muchos el “padre” de la noción de acción no prohibida en estado de necesidad.<sup>484</sup> Para BINDING, frente a esta clase de acciones meramente no prohibidas le está permitida a la víctima la legítima defensa,<sup>485</sup> aunque solo a ésta, pues no cabe sin embargo una legítima defensa en favor de terceros frente a acciones no prohibidas.<sup>486</sup> Además, el referido autor reparó en la necesidad de concretar la naturaleza jurídica de la acción defensiva, dando a entender que se trata también aquélla de una acción meramente no prohibida.<sup>487</sup> Tanto la “agresión” como la acción defensiva serían conductas meramente “no prohibidas”.<sup>488</sup> Con ello se consigue no privilegiar normativamente al sujeto agredido en la situación de conflicto,<sup>489</sup> tal y como hace sin embargo la “teoría de la exculpación”.<sup>490</sup>

---

<sup>483</sup> Cfr. PRIESTER, *FS-Arth. Kaufmann*, 1993, p. 518. A esta misma conclusión llega DINGELDEY, quien en un breve y poco original artículo sobre la colisión de deberes y el espacio libre de Derecho afirma que frente a acciones no prohibidas no cabe ejercer ningún derecho de defensa. El autor se limita a repetir literalmente algunas de las ideas contenidas en los trabajos de ENGISCH, en EL MISMO, *Beiträge zur Rechtstheorie*, 1984, pp. 9 y ss., y Arth. KAUFMANN, *FS-Maurach*, 1972, p. 342. El único punto en el que se aparta este autor de KAUFMANN es a la hora de negar la legítima defensa frente a la acción no prohibida. (DINGELDEY, *JURA*, 1979, p. 485). El médico que se ve obligado a escoger a cuál de los dos pacientes atiende, actuaría de modo no prohibido, pero no cabría ejercer contra él ningún derecho de legítima defensa, puesto que su conducta «está orientada al patrón del conocimiento medio actual y a la responsabilidad moral del médico». La argumentación de DINGELDEY concluye con un intento de distanciamiento de la solución de la justificación: el que la aplicación del espacio libre de Derecho no conduzca a resultados distintos a los de la doctrina mayoritaria no quita que esta solución sea preferible, pues sería dogmáticamente más «limpia y clara» y pondría en evidencia la renuncia del Ordenamiento a valorar la decisión del obligado ante situaciones dilemáticas irresolubles.

<sup>484</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 766, pp. 785 y s. Aunque como señala KAUFMANN, *JZ*, 1992, p. 984, el auténtico “padre” de la expresión es WACH, «Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts», *GS*, (25), 1873, pp. 432 y ss.

<sup>485</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 766; y EL MISMO, *Die Normen*, v. IV, 1919, p. 346, n. 15. En todo caso, entre los partidarios de la noción de acciones “no prohibidas” se ha defendido también la posibilidad de que el afectado contara únicamente con el derecho de defensa propio de las situaciones de estado de necesidad. En la doctrina clásica, por ejemplo, vid. OETKER, *FG-Frank*, v. I, 1930, p. 373; o VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, v. II, 1930, p. 119 y n. 2. Posteriormente, en un sentido parecido, vid. MAYER, *AT*, 1953, p. 90; y en la doctrina española, CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 310 y ss.

<sup>486</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 766: «Als wichtige Folgen ergeben sich: soweit nicht Notrechte anerkannt sind, ist gegen den Versuch der Notstandsverletzung die Notwehr in vollem Umfange zulässig, und die Ausnahme von der Norm wirkt nur zu Gunsten des Gefährdeten: nicht gleichermassen unverboden ist die Nothilfe».

<sup>487</sup> BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 766. Es decir, que la víctima que es atacada por una acción no prohibida podía defenderse en legítima defensa, siendo su acción a su vez meramente no prohibida. Los terceros, en cambio, no pueden interferir defensivamente en favor de ninguno de los agentes implicados. En cambio, parece sostener que la acción defensiva se llevaría a cabo en el ejercicio de un auténtico derecho de necesidad, y por lo tanto, con correlativo deber de tolerancia en BINDING, *Die Normen*, v. IV, 1919, p. 346, n. 15. Así lo entiende, por ejemplo, SIEGERT, *Notstand und Putativnotstand*, 1931, p. 34, n. 4, quien critica la concesión de BINDING de un auténtico derecho de necesidad frente a una acción meramente no prohibida.

<sup>488</sup> Así también ENGELHARD/RADBRUCH, *Strafrecht*, 2ª ed., 1948, pp. 17 y ss., 20 y ss.

<sup>489</sup> Pues no se otorga al necesitado que se defiende ningún derecho, de modo que el “cuasi-agresor” contra el que el necesitado se defiende tampoco queda gravado con un deber de tolerancia frente a esa defensa

En un sentido parecido, defiende SCHILD la necesidad de distinguir, en consonancia con BELING,<sup>491</sup> entre auténticas causas de justificación y meras causas de exclusión del injusto (“*bloßen Unrechtsausschließungsgründen*”). Estas últimas quedan ubicadas en un espacio libre de Derecho.<sup>492</sup> Ante deberes equivalentes, entiende SCHILD que la infracción de uno para dar cumplimiento al otro no puede estar en ningún caso justificada, pues «el autor no tiene ningún derecho a llevar a cabo su comportamiento, pues ambos deberes gozan de la misma relevancia jurídica»,<sup>493</sup> pero dada la situación de conflicto, tampoco puede ser catalogada de antijurídica aquella conducta que parece mostrarse como la preferible en el caso concreto.<sup>494</sup> El obligado puede escoger qué deber desea cumplir, sin que su elección sea valorada jurídicamente.<sup>495</sup> Así, en el caso del padre guardaguasas que cuando debe desviar un tren oye los gritos de socorro de su hijo, entiende SCHILD que el padre debe cumplir un deber, da igual cuál, y la infracción necesaria será considerada no prohibida.<sup>496</sup> ¿Puede la víctima de la decisión del obligado defenderse? SCHILD reconoce la complejidad de esta cuestión, como complicado es decidir acerca del castigo de la participación en tales acciones. Según este autor, ambas cuestiones quedan resueltas en atención a los parágrafos respectivos del StGB, los cuales condicionan el nacimiento de un derecho de defensa y la posibilidad del castigo a la existencia de un “hecho antijurídico”.<sup>497</sup> Para SCHILD, “antijurídico”, como mínimo en el marco del § 32 StGB y de la regulación de la participación significa tan solo “sin derecho de injerencia”. Así las cosas, dado que una mera causa de exclusión del injusto no puede fundamentar ningún derecho de injerencia, la víctima del conflicto puede siempre ejercer su derecho de legítima defensa.<sup>498</sup>

---

meramente no prohibida. Especialmente lúcido es el análisis en este punto de SIEGERT, *Notstand und Putativnotstand*, 1931, p. 34, quien aboga también por considerar ambas acciones no prohibidas. De lo contrario, «la casual prioridad decidiría quién actúa conforme a Derecho y quién de forma antijurídica» (p. 34).

<sup>490</sup> En un sentido prácticamente idéntico se pronunció Arthur KAUFMANN, quien entiende que, dada la imposibilidad del Derecho de decidir a quién asisten mejores razones jurídicas o morales, el Ordenamiento habría de abstenerse igualmente de valorar las eventuales reacciones frente a las conductas no prohibidas. Cfr. KAUFMANN, *FS-Maurach*, 1972, p. 342. Y parece entenderlo así también COMES, *Der Rechtsfreie Raum*, 1976, p. 95, n. 6. Vid. además FEHSENMIER, *Das Denkmodell*, 1970, p. 154, n. 231, quien acepta la posibilidad de una legítima defensa frente a la acción no prohibida, que pareciera caer en el planteamiento del referido autor también en el marco del espacio libre de Derecho, tratándose por lo tanto de una acción no prohibida.

<sup>491</sup> Vid. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 168.

<sup>492</sup> SCHILD, *JA*, 1978, p. 632.

<sup>493</sup> SCHILD, *JA*, 1978, p. 635.

<sup>494</sup> SCHILD, *JA*, 1978, p. 635.

<sup>495</sup> SCHILD, *JA*, 1978, p. 635.

<sup>496</sup> SCHILD, *JA*, 1978, p. 635. Adviértase que SCHILD no jerarquiza los deberes a partir de su especie. Así, cuando coliden vidas humanas, estaríamos siempre ante un conflicto entre deberes equivalentes.

<sup>497</sup> SCHILD, *JA*, 1978, p. 635. Nuestro art. 20.4.º CP habla únicamente de una “agresión ilegítima”, mientras que nuestra regulación de la participación en el delito (arts. 27 y ss.), solo hace referencia al hecho del autor, sin concretar la naturaleza jurídica del mismo.

<sup>498</sup> Adviértase que esta tesis ya no es absolutamente idéntica a la sostenida por BINDING y KAUFMANN, pues con el reconocimiento de un auténtico derecho de defensa se normativiza nuevamente la situación, sin que sea ya posible hablar aquí de un auténtico espacio libre de Derecho. Mientras que los dos autores antes referidos abogaban de forma coherente por considerar la acción defensiva, a su vez, como no prohibida, negando en todo caso un auténtico derecho de defensa, parece que SCHILD estaría otorgando a la víctima un derecho de defenderse conforme al § 32 StGB, lo que a su vez supondría imponer al obligado un deber de tolerancia. Cfr. SCHILD, *JA*, 1978, p. 636. Adviértase lo absurdo de la situación. A puede escoger si desea salvar a (X) o a (Y). Decide salvar a (X). Pero (Y) se defiende en legítima defensa, de modo que (A) debe interrumpir el curso salvador en favor de (X) e iniciar un nuevo curso en favor de (Y). Pero (X) puede entonces defenderse e interrumpir este nuevo curso salvador en legítima defensa, y así sucesivamente.

## β) La colisión de deberes equivalentes como causa de justificación sin deber de tolerancia

Como se ha anunciado al principio, entre los autores que abogan por categorías intermedias para dar solución a las colisiones de deberes cabe distinguir una corriente especialmente sensible con el estatus de la víctima del conflicto. Expresado de otro modo, cabe advertir una serie de construcciones tendentes a garantizar que, con independencia de cómo se solventa el conflicto desde la óptica del autor, la solución alcanzada sea también razonable y aceptable para quien debe sufrir en última instancia sus costes.<sup>499</sup> En este sentido, en lo que a las colisiones de deberes equivalentes se refiere, posiblemente ha sido la propuesta de Hans-Ludwig GÜNTHER la que ha gozado de una mayor atención en la doctrina contemporánea.<sup>500</sup> Aunque no es este el lugar en el que analizar la particular noción de antijuridicidad y de exclusión del injusto penal defendida por este autor,<sup>501</sup> sí debe mostrarse aquí cómo intenta GÜNTHER dar solución a los conflictos de deberes “irresolubles”. En primer lugar, adviértase que el referido autor distingue entre una noción general de antijuridicidad, que designa la cualidad de una acción que es desaprobada por el Derecho en su globalidad, y una noción exclusivamente penal de antijuridicidad (*Strafrechtswidrigkeit*), que guarda relación con aquellas conductas penalmente desvaloradas, esto es, con aquellas conductas antijurídicas a las que cabe legítimamente asociar una pena.<sup>502</sup> A su vez, de lo anterior se deriva la existencia de dos clases de causas de exclusión del injusto:<sup>503</sup> las causas de justificación (o causas de exclusión del injusto penal impropias), que otorgarían auténticos permisos de actuación, de los que se derivan deberes de tolerancia y que producen efectos en todos los ámbitos del Ordenamiento jurídico (p. ej., legítima defensa o estado de necesidad justificante); y las causas de exclusión del injusto penal propias, las cuales eliminan únicamente el injusto propiamente penal cuando la conducta en cuestión no merece pena, pero no prejuzgan su valoración por parte del resto del Ordenamiento jurídico.<sup>504</sup> Tales causas no legitiman la imposición de deberes de tolerancia.<sup>505</sup>

Pues bien, GÜNTHER sitúa entre estas últimas, junto a otros supuestos similares de estado de necesidad, a la colisión de deberes excluyente del injusto penal (*Die strafunrechtsausschließende Pflichtenkollision*).<sup>506</sup> Se trata aquí de situaciones dilemáticas en las que, por un lado, desde la óptica del autor parece exagerada una declaración de antijuridicidad penal de la conducta,

<sup>499</sup> Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 331.

<sup>500</sup> Cfr. GÜNTHER, «La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (eds.), *Causas de justificación y de atipicidad*, 1995, pp. 45 y ss.

<sup>501</sup> Cfr. LARRAURI PIJOAN, «Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad», *ADPCP*, 1995, pp. 871 y ss.

<sup>502</sup> GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 247; y con detalle, EL MISMO, «Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem», en ESER/FLETCHER (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, 1987, v. I, pp. 380 y ss. Además, sobre los presupuestos específicos de legitimación de la respuesta penal, vid. EL MISMO, «Die Genese eines Straftatbestandes», *JuS*, (1), 1978, pp. 11 a 14.

<sup>503</sup> Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 255 y ss., pp. 257 a 260.

<sup>504</sup> Es decir, que tales causas de exclusión del injusto penal podrían operar tanto sobre acciones conforme a Derecho, como sobre acciones antijurídicas que no alcanzan el nivel de desvalor propiamente penal. Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 256.

<sup>505</sup> Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 255 y s.

<sup>506</sup> Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 331.

pero, por el otro lado, desde la óptica de la víctima, parece igualmente inequitativo (*unbillig*) imponerle a aquélla un deber de tolerar la injerencia necesaria.<sup>507</sup> La admisión de una causa de justificación supone resolver el conflicto exclusivamente desde la óptica del autor, pero no si se concibe la colisión de deberes como una mera causa de exclusión del injusto penal, dejando con ello intacta la posición jurídica de la víctima.<sup>508</sup> Las colisiones de deberes equivalentes constituirían situaciones de conflicto ubicadas en la frontera de lo conforme a Derecho y lo injusto pero, en todo caso, la conducta llevada a cabo por el autor no alcanzaría el grado de merecimiento de pena que caracteriza el injusto penal.<sup>509</sup> Esto es válido tanto para las colisiones entre dos deberes equivalentes de acción, como para las que surgen entre un deber de actuar y uno de omitir equivalentes.<sup>510</sup> El desvalor de resultado presente quedaría compensado con la disminución del desvalor de acción determinado por la situación de conflicto y, en especial, por el hecho de que la realización del tipo penal tuvo lugar en cumplimiento de un deber jurídico.<sup>511</sup>

Ahora bien, ¿qué supone la catalogación de la colisión de deberes equivalentes como una causa de exclusión del injusto penal propia? A diferencia de lo que ocurre con las causas de justificación generales, como ya se ha adelantado, la exclusión del injusto penal no supone al mismo tiempo la necesaria imposición a la víctima de un deber de tolerancia.<sup>512</sup> De hecho, la colisión de deberes equivalentes permite la exclusión del injusto penal sin negar a la víctima del conflicto su derecho de defensa. Es decir, excluye el injusto penal pero no legitima deberes de tolerancia.<sup>513</sup> La infracción de un deber para cumplir con ello uno equivalente no es conforme a Derecho, sigue siendo antijurídica, pero no alcanza el grado de antijuridicidad penal.<sup>514</sup> De este modo, se logra alcanzar una solución respetuosa con la posición jurídica de todos los agentes implicados: no se sitúa al obligado en un conflicto irresoluble; se le obliga a

---

<sup>507</sup> Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983p. 331.

<sup>508</sup> Cfr. GÜNTHER en ESER/FLETCHER (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, v. I, 1987, pp. 401 y ss.; EL MISMO, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 331.

<sup>509</sup> Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 331 y s., p. 334: las colisiones de deberes equivalentes determinarían, pues, la exclusión del injusto penal por «falta de merecimiento de pena del contenido de injusto del tipo penal realizado».

<sup>510</sup> Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 332 y s.

<sup>511</sup> Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 335: «con ello se reduce el contenido de injusto de un hecho de tal manera que se suprime en todo caso el merecimiento de pena del injusto y, con ello, el injusto penal».

<sup>512</sup> Vid. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 383 y s. Las causas de exclusión del injusto penal no excluyen necesariamente la “antijuridicidad” de la injerencia como fundamento del derecho de legítima defensa, pues la conducta no penalmente injusta puede seguir siendo antijurídica desde una perspectiva global del Ordenamiento jurídico. Dado que hay conductas que merecen una exclusión del injusto penal que son —desde la perspectiva general del Ordenamiento jurídico— conformes a Derecho, y otras que son desde esa misma perspectiva antijurídicas, la respuesta a la pregunta de si es posible responder en legítima defensa frente a la conducta cubierta por la causa de exclusión del injusto penal no puede encontrar una respuesta unitaria. Depende de si la conducta es o no universalmente antijurídica. Con ello, entiende GÜNTHER que se lograría el necesario desacoplamiento entre la cuestión de si se ha llevado a cabo o no un injusto penal y el problema de si la víctima debe soportar las pérdidas de intereses propios que la acción del autor amenaza con producir.

<sup>513</sup> Vid. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 331.

<sup>514</sup> Vid. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 334.

dar satisfacción a uno de los deberes en liza, y a la víctima de la decisión del obligado se le permite reaccionar en legítima defensa.<sup>515</sup>

Todavía más sencilla parece la categoría intermedia propuesta por OTTO. El punto de partida de este autor es exactamente el mismo que el de los defensores de un “espacio libre de Derecho”, a saber, la insuficiencia del binomio justificación/exculpación para dar una solución adecuada a los conflictos entre deberes equivalentes.<sup>516</sup> La infracción de un deber como medio necesario para dar cumplimiento a otro equivalente no puede ser vista ni como un acción conforme a Derecho, esto es, como una conducta valorada positivamente por el Ordenamiento jurídico, ni como una conducta antijurídica, pues el obligado se comporta de la manera más acorde posible con el Ordenamiento jurídico.<sup>517</sup> Ahora bien, el propio OTTO se ha encargado en repetidas ocasiones de señalar que la infracción del deber en tales casos no cae en un “espacio libre de Derecho”.<sup>518</sup> El Ordenamiento jurídico exige aquí que el autor decida qué deber desea cumplir, de modo que la decisión de si desea o no actuar no es algo que le haya sido conferido al agente obligado. Lo único que queda libre de valoración jurídica es el concreto camino de solución que aquél emprende.<sup>519</sup> «*El autor no actúa de forma antijurídica —sin embargo tampoco de forma justificada—, cuando en una colisión de deberes cumple uno de los varios deberes equivalentes.*»<sup>520</sup> A partir de aquí, aboga OTTO por desvincular completamente el reconocimiento de derechos de defensa del juicio de declaración de antijuridicidad. Es decir, el carácter “no prohibido” de la infracción de deber en el marco del conflicto entre deberes equivalentes no va acompañado de la imposición a la víctima del conflicto de un deber de

---

<sup>515</sup> Aunque no he sabido encontrar un pronunciamiento explícito de GÜNTHER al respecto, cabe entender que la acción defensiva supone el ejercicio de un auténtico derecho, de modo que legítima a su vez un deber de tolerancia que parecería recaer sobre el obligado (¿también sobre el otro agente necesitado?) en la situación de conflicto. (GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluß*, 1983, p. 384). Así las cosas, también es de suponer que GÜNTHER admitiría igualmente el auxilio necesario en favor de la víctima de la decisión del obligado. La pregunta aquí fundamental es entonces si el necesitado que primeramente iba a ser salvado pero que amenaza con ser finalmente la víctima del conflicto por la acción en legítima defensa del otro necesitado puede o no ejercer a su vez su derecho de legítima defensa o si, dado que el obligado tiene ya un deber de tolerar esa reacción defensiva, cabe entender que el cumplimiento de ese deber justifica —en un sentido fuerte— la infracción del deber concurrente.

<sup>516</sup> Cfr. OTTO, *JURA*, (7), 2005, p. 72.

<sup>517</sup> Vid. OTTO, *JURA*, (7), 2005, p. 72; y ya antes, EL MISMO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, p. 112.

<sup>518</sup> Por última vez, en OTTO, *JURA*, (7), 2005, p. 72, ya antes, EL MISMO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 8, nm. 202; y EL MISMO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 219 y s.

<sup>519</sup> A decir verdad, asumiendo que para la mayoría de autores que defienden la existencia de un “espacio libre de Derecho” éste se caracteriza por la no valoración de una decisión jurídicamente relevante, el planteamiento de OTTO es sin duda perfectamente incardinable en el marco de aquellas concepciones. No es, pues, de extrañar que CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 223 y ss., analice la postura de este autor junto con la del resto de partidarios de la “teoría del ámbito fuera del Derecho”.

<sup>520</sup> Cfr. OTTO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 8, nm. 202. [cursiva en el original]



tolerancia.<sup>521</sup> Cabe, pues, una legítima defensa frente a una agresión que, desde la perspectiva del agresor, no es contraria a deber.<sup>522</sup>

Y una concepción del problema muy similar a la anterior es la defendida por CUERDA RIEZU en su tesis doctoral.<sup>523</sup> Tras una firme crítica a la “teoría del ámbito fuera del Derecho”,<sup>524</sup> y en consonancia con los postulados de la teoría de la unidad célebremente patrocinada en España y Alemania por su maestro GIMBERNAT ORDEIG,<sup>525</sup> señala CUERDA RIEZU que toda la discusión acerca del tratamiento jurídico-penal de los conflictos entre bienes y deberes equivalentes parte de una premisa falsa, a saber: «que las causas de justificación, o algunas de ellas al menos, se erigen en derechos subjetivos y que las relaciones que surgen entre los particulares se han de adecuar a las pautas jurídico-privadas».<sup>526</sup> Asumiendo que la colisión de deberes penales conformaría junto con la colisión de bienes la causa general de justificación en estado de necesidad,<sup>527</sup> sostiene este autor que «[e]l estado de necesidad no constituye un derecho subjetivo, porque la función de las causas de justificación apoyadas en preceptos permisivos es la de limitar o excepcionar la materia de prohibición, no la de crear derechos subjetivos».<sup>528</sup> En consonancia con el planteamiento de H. L. GÜNTHER arriba esbozado, entiende CUERDA RIEZU que, por un lado, la misión del Derecho penal no puede ser la de crear derechos subjetivos cuando no se dan los presupuestos que impiden la reacción estatal en forma de pena y,<sup>529</sup> por el otro, que la visión de un estado de necesidad creador de derechos subjetivos es incompatible con la estructura de la colisión de deberes, pues «es

---

<sup>521</sup> En su monografía señala OTTO que este derecho de defensa no decae salvo que su titular estuviera a su vez vinculado obligacionalmente con la potencial víctima del conflicto. Es decir, que la madre que para salvar a su hijo tiene que matar al padre actuaría de forma no prohibida, pero sobre el padre sí recaería un deber de tolerar la acción salvadora de la madre o, como mínimo, no ostentaría un derecho de legítima defensa. Vid. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, p. 101. En todo caso, OTTO abandonará posteriormente la tesis según la cual los padres tendrían el deber de sacrificar su propia vida en favor de sus hijos (OTTO, «Nachtrag», *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 118 y s.).

<sup>522</sup> Cfr. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, p. 102. En resumidas cuentas, para OTTO todas las colisiones de deberes equivalentes se resuelven de un mismo modo: el Ordenamiento jurídico le impone al obligado el deber de escoger qué obligación cumple, valorando como no contraria a deber la infracción que la satisfacción de un deber exige y autorizando a su vez a la víctima del conflicto a defender sus propios intereses en legítima defensa. OTTO condiciona el juicio de no antijuridicidad a una serie de requisitos adicionales. En el caso de la acción salvadora de un familiar, por ejemplo, alude OTTO a estas tres ulteriores condiciones: a) la acción debe efectuarse con la intención de salvar al pariente; b) no debe serle posible al obligado evitar el peligro mediante el sacrificio de la propia vida; c) el pariente necesitado no debe haberse expuesto al peligro de manera libre y consciente. Vid. *ob. cit.*, p. 104. En el marco de situaciones de comunidad de peligro, en las que el obligado salva a un número de personas superior a la cantidad de vidas cuya pérdida acelera, señala OTTO que la acción no es contraria a deber cuando se lleva a cabo con la intención de salvar el mayor número posible de vidas ya condenadas y el actuante no tiene manera de salvar a todas las vidas en peligro (p. 109).

<sup>523</sup> Puede leerse un resumen de las conclusiones esenciales alcanzadas en su tesis doctoral en CUERDA RIEZU, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, 1994, pp. 51 y ss.

<sup>524</sup> Vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 158 y ss.

<sup>525</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1976, pp. 107 y ss.; y EL MISMO, «Prólogo», en CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 13 y ss.

<sup>526</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 309.

<sup>527</sup> Vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 247 y ss., p. 256.

<sup>528</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 309.

<sup>529</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 309.

contrario a todas las reglas de la lógica admitir un “derecho subjetivo al cumplimiento de un deber”». <sup>530</sup>

Así las cosas, «[e]l aspecto permisivo de la colisión de deberes se centra en la admisión por parte del ordenamiento jurídico del incumplimiento de un deber como conforme a Derecho, pero pervive el aspecto imperativo al quedar vinculado el sujeto agente a la observancia del otro deber». <sup>531</sup> Es decir, para CUERDA RIEZU, «[e]l Estado, a través de sus leyes penales, está capacitado para imponer deberes sin correlativos derechos, o para reconocer derechos —o mejor: facultades— enfrentadas, puesto que la ley penal no atiende de modo inmediato a regular la convivencia y a estructurar jurídicamente las posturas encontradas de los particulares». <sup>532</sup> Por consiguiente, es posible que «las normas penales reconozcan que una conducta es conforme a Derecho, sin imponer al mismo tiempo el correlativo deber de tolerancia al afectado, y sin que la conformidad a Derecho implique un derecho subjetivo del sujeto agente». <sup>533</sup>

Y esto último es precisamente lo que sucedería ante conflictos entre bienes o deberes equivalentes. Aquí se reconoce el deber de lesionar un bien jurídico ajeno, pero «sin que el titular de ese bien jurídico afectado se vea en la obligación de soportar impasiblemente cómo se menoscaba un interés propio». <sup>534</sup> ¿De qué manera puede reaccionar defensivamente el afectado? CUERDA RIEZU entiende que frente a la infracción justificada por colisión de deberes equivalente el afectado podría tan solo defenderse en estado de necesidad. <sup>535</sup> La colisión de deberes equivalente resuelta por el obligado con la comisión de una conducta típica constituye a su vez un mal en el sentido del art. 20.5.º CP, el cual puede ser rechazado por el afectado en estado de necesidad. <sup>536</sup> Es decir, cabría un estado de necesidad frente a otro estado de necesidad, siendo ambos de naturaleza justificante conforme a la teoría de la unidad. Con ello, entiende CUERDA RIEZU, se alcanza la única solución satisfactoria a tales conflictos. Desde un punto de vista de justicia material, es la única solución que no hace distinciones donde la Ley no distingue, «al no hacer depender el tratamiento jurídico de un criterio tan casual como es el de la precedencia temporal y al no dirigir exigencias irracionales

---

<sup>530</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 310.

<sup>531</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 310.

<sup>532</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 310.

<sup>533</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 311.

<sup>534</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 311.

<sup>535</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, pp. 311 y s. En este punto se adhiere CUERDA RIEZU a la tesis unitaria sostenida por Enrique GIMBERNAT, quien sostiene que el estado de necesidad es siempre justificante y que frente al mismo cabe también siempre reaccionar en estado de necesidad. Cfr. GIMBERNAT, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1976, pp. 118 y ss. Además, en este mismo sentido, vid. MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 577 y ss. Una breve crítica de la tesis unitaria puede leerse en ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 212 y ss.

<sup>536</sup> Vid. Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 299, y con detalle, sobre el concepto de mal del antiguo art. 8.7 CP 73, equivalente al vigente art. 20.5.º CP, *ob. cit.*, pp. 290 y ss. Sorprende que CUERDA RIEZU nada diga posteriormente sobre la posibilidad de la víctima de reaccionar frente a la infracción de deber por parte del obligado, limitándose a afirmar que ante deberes equivalentes, el cumplimiento de uno justifica la infracción del concurrente. Cfr. CUERDA RIEZU, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, 1994, pp. 51 y ss.)

a los destinatarios del Derecho». <sup>537</sup> Y frente a la objeción clásica basada en las consecuencias de reconocer facultades de injerencia y defensa contrapuestas, esto es, que «el Derecho capitularía ante los puños del más fuerte», señala el referido autor que ante conflictos entre deberes equivalentes es «preferible que el ordenamiento jurídico no tome postura de carácter penal a favor de uno u otro contendiente, porque lo contrario sería una toma de postura injusta». <sup>538</sup>

Finalmente, antes de esbozar brevemente las críticas que se han formulado en la doctrina a las posturas intermedias aquí presentadas, debe todavía aludirse en este punto a una última concepción doctrinal que intenta dar acomodo a los conflictos entre deberes equivalentes entre la auténtica justificación y la exculpación. Para KÖHLER son básicamente dos los escenarios de conflicto de deberes problemáticos, aquél en el que coliden un deber de actuar y un deber de omitir equivalentes, y aquél en el que entran en conflicto dos deberes de actuar equivalentes. <sup>539</sup> Respecto a este segundo escenario, parece KÖHLER asumir la solución de la doctrina mayoritaria en Alemania. El obligado goza de un derecho de elección y el cumplimiento de un deber justifica plenamente la infracción ineludible del concurrente. <sup>540</sup> Distinta y más compleja es la solución de los conflictos entre mandatos y prohibiciones cuando son equivalentes. <sup>541</sup> Aquí la solución del conflicto está regida por el “principio de prioridad de la relación de deber”, de modo que, en principio, resulta preferente el cumplimiento del deber de omitir (prohibición) frente al de actuar (mandato). <sup>542</sup> Esta regla de preferencia general determina la solución a los conflictos entre deberes de actuar y omitir en los que únicamente cabe advertir un agente directamente necesitado, el protegido por el mandato. Así, nunca puede estar justificado el echar de la tabla a quien la posee para salvarse a uno mismo (o para salvar a un tercero).

Sin embargo, el propio KÖHLER advierte que la subordinación general de los deberes de actuar a la existencia previa de deberes de omitir no conduce siempre a una solución plenamente plausible. A propósito del conflicto entre vidas humanas, señala KÖHLER que la solución acabada de ofrecer merece ser revisada cuando los agentes involucrados en el

---

<sup>537</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 317; y posteriormente, en un sentido idéntico, EL MISMO, GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, 1994, pp. 51 y ss., 54 y ss.

<sup>538</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 318 y s. Y digo que resulta sorprendente porque después de haber rechazado este autor hasta en dos ocasiones de forma expresa la teoría del “espacio libre de Derecho”, acaba por justificar su solución de un modo idéntico a como lo hacen los partidarios de aquella teoría. Allí donde el Ordenamiento no es capaz de jerarquizar, ha de abstenerse de valorar, dejando en manos del particular qué deber cumple. Las similitudes no quedan aquí: al igual que la mayoría de los partidarios del espacio libre de Derecho, reconoce CUERDA RIEZU la posibilidad de defensa al afectado. Acción defensiva que, tal como sostuviera entre otros BINDING, no está garantizada a modo de derecho subjetivo, no acarreado por lo tanto ningún deber de tolerancia para el obligado agredido defensivamente.

<sup>539</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 294 y ss., 329 y ss., 341 y ss.

<sup>540</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 296 y s.

<sup>541</sup> Allí donde fuera constatable una diferencia esencial, serían de aplicación las reglas generales del estado de necesidad, con plena fuerza justificante de la infracción del deber. Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 294 y s.

<sup>542</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 295. Sea como fuere, señala KÖHLER que el deber de actuar puede gozar de prevalencia cuando la prohibición queda suspendida por el consentimiento explícito o presunto del necesitado afectado. También las relaciones de deber especiales podrían alterar la relación, de modo que se invierta el baremo de la justificación, tal y como sucede en el estado de necesidad. Ello acontece, por ejemplo, cuando entran en juego posiciones de garantía fundamentadas en un actuar precedente.

conflicto están directamente en peligro, de modo que únicamente es posible salvar vidas a costa de otras. Sea como fuere, de lo que no habría duda es que ante tales conflictos no cabe nunca una auténtica justificación penal, pues ni la diferencia cuantitativa, ni la presencia de deberes de actuar puede legitimar una injerencia homicida en la esfera de un inocente.<sup>543</sup> En la situación de colisión descrita no es posible la legitimación de ningún deber de tolerancia,<sup>544</sup> pero tampoco es posible hablar de un auténtico injusto penal.<sup>545</sup> Ahora bien, en el marco de la relación intersubjetiva entre los agentes necesitados, la prohibición (el deber de omitir) no queda en ningún caso suspendida, ni la colisión se enmarca en un espacio libre de Derecho. Más bien, lo que está en cuestión en tales situaciones dilemáticas es el Derecho objetivo en su generalidad, en su validez jurídico-estatal y, con ello, en su cualidad estrictamente jurídico-penal.<sup>546</sup> Las condiciones empíricas impiden al Estado salvaguardar la relación jurídica entre los afectados de un modo libre de contradicciones, pues resulta que la existencia de cada uno de los necesitados se excluye recíprocamente, siendo ya imposible para la norma prohibitiva estatal garantizar en su contenido distributivo la relación jurídica entre los dos implicados de un modo no contradictorio.<sup>547</sup> Así pues, y aun admitiendo que intersubjetivamente la necesidad no puede legitimar ninguna norma de comportamiento válida, señala KÖHLER que la norma prohibitiva tampoco puede ser afirmada con validez plena en la relación jurídico-estatal, a la que se refiere necesariamente el Derecho penal estatal.<sup>548</sup> Dogmáticamente esto implica que «la “inexigibilidad” se reduce con ello a una exclusión del injusto penal por falta de obligatoriedad general de la norma (estatal), condicionada empíricamente en los supuestos de colisión, que no pueden ser normados con una validez general no contradictoria».<sup>549</sup> Por consiguiente, ante conflictos de razones de deber irresolubles, en los que los intereses en juego amenazan con extinguirse, y solo es posible evitar la destrucción del todo a costa de una parte, pese a que la acción salvadora no sea nunca conforme a Derecho, el injusto penal queda excluido.<sup>550</sup>

### **γ) Algunas objeciones contra las propuestas de solución de los conflictos equivalentes a partir de categorías sistemáticas intermedias**

Antes de poner punto y final a este análisis deben ser esbozadas de manera lacónica las críticas principales que desde la doctrina mayoritaria se han dirigido contra estas tesis.<sup>551</sup> Frente a la teoría del espacio libre de Derecho se han esbozado, en esencia, dos clases de

---

<sup>543</sup> Vid. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 296.

<sup>544</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 296: «Eine widerspruchsfreiallgemeingültige Duldungspflicht des einen für einen anderen ist in der bezeichneten Kollisionslage nicht begründet».

<sup>545</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 330.

<sup>546</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 330.

<sup>547</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 330.

<sup>548</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 331: «el autor puede en los supuestos de colisión referidos lesionar una norma prohibitiva en la relación interpersonal, pero no en la relación jurídica (estatal) en su validez global frente a la generalidad».

<sup>549</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 331.

<sup>550</sup> Vid. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 342.

<sup>551</sup> Un análisis crítico propio de estos planteamientos puede leerse en Cap. 5, apdo. II, 3.3.

objecciones.<sup>552</sup> Una primera pasa por negar la posibilidad y conveniencia de aceptar espacios libres de Derecho. Por un lado, se afirma que tales espacios son solo posibles antes de la declaración de tipicidad de un comportamiento,<sup>553</sup> pues una vez el Ordenamiento ha valorado un comportamiento, declarándolo típico, ya no cabe negar la existencia de una valoración efectuada, lo único posible entonces es revocar esa valoración.<sup>554</sup> Por otro lado, se declara que es precisamente ante situaciones especialmente conflictivas donde el Ordenamiento debe ofrecer respuestas claras y solucionar el conflicto originado a partir de sus propias declaraciones de tipicidad.<sup>555</sup> Bien mirado, tras las reticencias a la aceptación de una plena conformidad a Derecho de la conducta del obligado se esconde una concepción errónea de la justificación, pues se sobrecarga injustificadamente el contenido expresivo de aquel juicio. Lo justificado no es ni deseado ni positivo, sino simplemente no contrario a Derecho.<sup>556</sup> Por lo demás, aceptar un auténtico espacio libre de Derecho supone no imponer al agente teóricamente obligado ni siquiera el deber de cumplir uno de los dos deberes, solución que nadie está dispuesto a aceptar. El Derecho valora, también ante conflictos equivalentes, y obliga a cumplir uno de los dos deberes en liza.<sup>557</sup>

La segunda objeción fundamental tiene una naturaleza eminentemente práctica y se fija en cómo esta teoría aborda el problema de los derechos de defensa de los agentes involucrados. En este sentido, afirma ROXIN que si el comportamiento del obligado no constituye una agresión antijurídica, no cabe legítima defensa frente a aquél, de modo que afirmar que estamos entonces ante un espacio libre de Derecho es un «mero gesto retórico».<sup>558</sup> Si por el contrario, se sostiene que efectivamente cabe responder en legítima defensa frente al comportamiento no antijurídico del obligado, dado que quien se defiende lo hace conforme a Derecho y el agresor antijurídico debe tolerar esa reacción defensiva, estamos de nuevo, simplemente, enmascarando el carácter antijurídico de la infracción de un deber.<sup>559</sup> Y si, finalmente, se acepta que tanto la “agresión” como la “defensa” se mueven en un espacio libre de Derecho, en realidad, se está sumiendo el conflicto en el más absoluto caos jurídico. En este sentido, señala ROXIN que sería posible que los partidarios y detractores del aborto se concentraran a las puertas de las clínicas abortistas para defender “en una batalla campal” sin

---

<sup>552</sup> Vid. el examen crítico de la teoría del espacio libre de Derecho para la resolución de las colisiones de deberes equivalentes en CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 158 y ss., 223 y ss., p. 175; y posteriormente, SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 129 y ss., 134 y ss.

<sup>553</sup> Cfr. LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 15 a 31, p. 21; HIRSCH, *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 96 y ss., 111 y s.; SCHÜNEMANN, «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung», en NEUMANN et al. (eds.), *Verantwortetes Recht*, 2005, pp. 150 y ss.; DUITGE, *FS-Philipp*, 2005, pp. 376 y ss.; RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 33 y ss.

<sup>554</sup> Así, HIRSCH, *FS-Bockelmann*, 1979, p. 99; RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 33; o JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/3, quien señala además que: «lo específico de lo no prohibido o jurídicamente exento reside únicamente en la circunstancia de que las consecuencias de la interrupción de la imputación para la legítima defensa, la participación, etc., no se desarrollan sistemáticamente, sino libremente, de modo más o menos abierto».

<sup>555</sup> Vid. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 33 y ss.; y en el mismo sentido, con detalle y ulteriores citas, vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 163 y ss.

<sup>556</sup> Cfr. HIRSCH, *FS-Bockelmann*, 1979, p. 100; y en el mismo sentido, RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 33.

<sup>557</sup> Vid. RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 220.

<sup>558</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, E § 14, nm. 30.

<sup>559</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, E § 14, nm. 30.

ninguna consecuencia jurídica sus propios posicionamientos ético-jurídicos.<sup>560</sup> Con ello, el Ordenamiento jurídico fracasaría en su misión, pues deja en última instancia en manos del más fuerte la solución al conflicto.<sup>561</sup>

Y a decir verdad, las críticas dirigidas contra las teorías que abogan por una justificación “débil” en los supuestos de conflictos de deberes equivalentes no distan en exceso de las acabadas de presentar. Hasta donde alcanzo, ha sido el planteamiento de GÜNTHER el que mayores críticas ha recibido en la doctrina contemporánea.<sup>562</sup> Más allá de las objeciones generales formuladas contra la misma noción de la exclusión de un injusto penal,<sup>563</sup> y las objeciones declaradas contra la concepción amplia de la colisión de deberes que GÜNTHER maneja,<sup>564</sup> son esencialmente dos los puntos de crítica en lo que se refiere al tratamiento de los conflictos entre deberes equivalentes. Por un lado, se ha objetado al referido autor que su planteamiento supone una quiebra inasumible del principio del *impossibilium nulla obligatio*. Dado que la antijuridicidad general no desaparecería, dicho planteamiento asume que dos deberes de imposible cumplimiento cumulativo son impuestos a un único agente.<sup>565</sup> Todas las críticas dirigidas a quienes pretenden solventar los conflictos en el ámbito de la culpabilidad serían por lo tanto válidas aquí también.<sup>566</sup> Y por otro lado, la doctrina ha puesto de manifiesto sus reparos frente a las consecuencias prácticas a las que conduce el reconocimiento de un derecho de defensa en las situaciones de conflicto de deberes equivalente.<sup>567</sup> Aquí, la mejor solución posible es que uno de los dos necesitados logre salir indemne de la situación, pero si el Ordenamiento autoriza a la víctima del conflicto a ejercer una legítima defensa frente al obligado, no cabe descartar que finalmente ninguno de los dos afectados acabe siendo salvado.<sup>568</sup>

### 4.3. Valoración provisional

Este cuarto y último apartado debería haber puesto de manifiesto que tampoco una vez llevado a cabo el proceso de jerarquización de los deberes está claro cómo canalizar dogmáticamente el resultado del juicio de ponderación. Allí donde los deberes admiten ser jerarquizados son dos los problemas esenciales con los que topa la doctrina. En primer lugar, resulta controvertido el nivel sistemático en el que estos conflictos deberían ser resueltos, esto es, la concreta naturaleza eximente de la responsabilidad penal que le corresponde a la colisión de deberes. Y en segundo lugar, sigue sin encontrar una respuesta pacífica la pregunta

---

<sup>560</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, E § 14, nm. 30. De la misma opinión, JÄGER, «Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie», *ZStW*, (115), 2003, pp. 782 y s.

<sup>561</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, E § 14, nm. 30. En idéntico sentido, fundamental, vid. Cfr. HIRSCH, *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 101 y ss.; RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 33; o RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 220 y s.

<sup>562</sup> Al respecto, ROXIN, «Notstandsähnliche Lage — ein Strafunrechtsausschließungsgrund?», *FS-Oehler*, 1985, pp. 185 y ss.

<sup>563</sup> Cfr. LARRAURI PIJOAN, *ADPCP*, 1995, pp. 865 y ss.

<sup>564</sup> Sobre esto mismo, en cambio, ROXIN, *FS-Oehler*, 1985, pp. 186 y s.

<sup>565</sup> Cfr. ROXIN, *FS-Oehler*, 1985, p. 186; y en idéntico sentido, RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 220.

<sup>566</sup> Así, SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, pp. 142 y s.

<sup>567</sup> Vid. ROXIN, *FS-Oehler*, 1985, p. 186; y SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, pp. 142 y s.

<sup>568</sup> Cfr. ROXIN, *FS-Oehler*, 1985, p. 186.

de por qué razón el agente protegido por el deber de menor rango ha de tolerar la pérdida de sus intereses en la situación de conflicto. Allí donde los deberes los equivalentes se reproducen estos dos mismos problemas en una dimensión todavía mayor. Como hemos visto, la doctrina discute enérgicamente acerca de la adecuada ubicación sistemática del problema. Todo ello, a su vez, trae causa de las dudas a la hora de legitimar una solución al conflicto a ojos de la víctima final de la decisión del obligado. Ni resulta evidente que un Ordenamiento jurídico pueda preferir una alternativa de actuación solo equivalente a la que descarta, ni resulta sencillo advertir por qué razón la víctima que ve defraudada su expectativa debería aceptar la decisión del obligado como criterio de resolución del conflicto. Todo ello se torna más complejo, si cabe, allí donde coliden mandatos y prohibiciones y, en especial, en los supuestos en los que están en juego vidas humanas.

#### IV. CONCLUSIONES GENERALES

A finales de los años setenta afirmaba KÜPER que la evolución jurídica de la figura de la colisión de deberes había sufrido un cierto estancamiento, que atribuía al extendido desinterés de la dogmática por abordar el problema desde sus mismos fundamentos, tanto en lo que a la cuestión de teoría de las normas se refiere, como en relación con el problema capital de la valoración y ponderación de los deberes en juego.<sup>569</sup> El análisis de la discusión sobre la colisión de deberes acabado de presentar viene a dar la razón a NEUMANN y al resto de autores que junto a él vienen advirtiendo en los últimos tiempos del precario estado de la dogmática de la colisión de deberes.<sup>570</sup> A día de hoy cabe todavía afirmar que la dogmática de la colisión de deberes está aquejada de una inseguridad y precariedad prácticamente desconocidas en la ciencia jurídico-penal de influencia germánica. Hasta donde alcanzo, son en esencia tres los problemas fundamentales que explican esta situación y que, de forma más o menos evidente, han sido puestos ya de manifiesto en este primer capítulo.

En primer lugar, resulta todavía imposible a día de hoy consensuar un concepto único de colisión de deberes, pues a ello se opone las profundas disonancias acerca del tratamiento que merecen los conflictos entre mandatos y prohibiciones, para unos, caso normal de estado de necesidad, para otros, supuesto conflictivo propio de la figura de la colisión de deberes. La premisa esencial sobre la que se erige esta forma de concebir la colisión de deberes y de delimitar el instituto respecto del estado de necesidad, sin embargo, merece cuanto menos ser revisada. ¿Por qué tratar de forma distinta unos y otros grupos de colisiones si existen ciertas omisiones que infringen deberes normativamente equivalentes a infracciones activas de deberes? Evidentemente, la posibilidad de definir funcionalmente el instituto a partir de la distinción entre mandatos y prohibiciones exige que esta distinción sea fructífera y tenga consecuencias dogmáticas firmes. Si no las tiene, parece obligado replantearse el mismo modo en el que se trata de definir conceptualmente la eximente penal.

---

<sup>569</sup> Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 13.

<sup>570</sup> Vid. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 421; o GROPP, *AT*, 3ª ed., 2005, § 6.B., nm. 150. Ya antes, JANSEN, *Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1930, p. 2.

En segundo lugar, ha quedado aquí de manifiesto el amplio acuerdo que existe en la doctrina a la hora de intentar resolver los conflictos a partir de un juicio de jerarquización de los intereses que subyacen a los deberes, ello conforme a la ya clásica teoría del interés preponderante. Como también hemos visto, dicho principio se plasma en un juicio omnicompreensivo de ponderación de intereses, de donde debería emerger el interés preponderante y, con ello, el deber de rango superior. De todo lo expuesto, sin embargo, parece posible afirmar ahora que, ni resultan evidentes los factores que habrían de ser relevantes a la hora de jerarquizar los deberes, ni el modo en que tan variopintos elementos pueden ser ponderados de un modo racionalmente controlable en un único y omnicompreensivo juicio de ponderación. A esta indefinición general sobre el método de jerarquización se une, además, el escaso interés por una cuestión todavía más primordial. Me refiero al fundamento último que debería inspirar este juicio de jerarquización. ¿Es el principio del interés preponderante un fundamento legítimo para la disolución de los conflictos de deberes? ¿Por qué la preponderancia de un interés ajeno desvirtuaría la pretensión del agente titular del interés inferior? ¿Por qué también en caso de equivalencia de intereses quedaría desvirtuada esa pretensión? ¿Por qué sin embargo se sostiene mayoritariamente que la pretensión de quien ostenta el interés preponderante cede frente al interés menor cuando se trata del conflicto entre un mandato y una prohibición? Todas estas preguntas siguen sin encontrar una respuesta clara y suficientemente fundada.

Y de estos dos problemas esenciales se deriva el tercero y último de los arriba anunciados, esto es, la gran confusión acerca de la ubicación sistemática del instituto jurídico penal, en especial, cuando del conflicto entre deberes equivalentes se trata. Bien mirado, este debate no hace sino evidenciar las dudas que existen en torno al fundamento de exención de la responsabilidad penal, así como la indecisión de la doctrina a la hora de definir y perfilar el estatus de la víctima de la situación de conflicto cuando los deberes son equivalentes. Esto explica, a su vez, las importantes dificultades con las que topa la doctrina a la hora de deslindar el estado de necesidad de la colisión de deberes jurídico-penal. En nuestro país, a todo ello, se añade además el problema específico del encaje legal del instituto y de su delimitación respecto de la eximente por estado de necesidad del art. 20.5.º CP y por cumplimiento de un deber del art. 20.7.º CP.

El presente trabajo pretende contribuir a revitalizar el estancado proceso de desarrollo dogmático de la colisión de deberes. Para ello, en la segunda parte de esta tesis doctoral, en el capítulo segundo, se aborda en profundidad el reto de revisar críticamente las bases sobre las que se procede habitualmente a definir conceptualmente la eximente penal. Se trata, en definitiva, de examinar la noción de deber jurídico-penal, su relación con el principio voluntarista (*impossibilium nulla obligatio*) y cómo proceder a definir la colisión de deberes. Acto seguido, en el capítulo tercero, se pretende sentar las bases materiales y metodológicas que deben regir el sistema de jerarquización de deberes. Como veremos, son los mismos principios que sirven a la legitimación de normas penales en nuestro Ordenamiento, esto es, los principios de autonomía y solidaridad, los presupuestos axiológicos esenciales del sistema de jerarquización de deberes que aquí se propone. Desde un punto de vista metodológico, resulta obligado encontrar asimismo reglas claras que sistematicen y ordenen el proceso de



jerarquización, todo ello, a fin de garantizar la posibilidad de un control racional externo de los órdenes de jerarquía propuestos. Finalmente, en la tercera y última parte de este trabajo, se muestra en el capítulo cuarto cómo llevar a cabo la jerarquización de los deberes conforme a los presupuestos sentados en el capítulo inmediatamente anterior para, ya en el quinto y último capítulo, explicitar el modo en el que canalizar dogmáticamente los resultados obtenidos en el proceso de jerarquización, así como las consecuencias práctico-dogmáticas que se derivan para todos los agentes implicados en la situación de conflicto.



# SEGUNDA PARTE

## RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA COLISIÓN DE DEBERES JURÍDICO-PENAL

### CAPÍTULO II

#### LA COLISIÓN ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN COMO PROBLEMA DE DETERMINACIÓN DE UNA POSICIÓN DE GARANTÍA JURÍDICO-PENAL

*«Nur über den Begriff der Pflicht vermag die Rechtsordnung ihren Wertentscheidungen Anerkennung zu verschaffen. Eine Lehre aber, die den Pflichtbegriff in den Hintergrund rückt, ist auch nicht imstande, die Pflichtenkollision angemessen zu würdigen»\**

#### I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo precedente se ha examinado la discusión sobre la colisión de deberes en la dogmática jurídico-penal contemporánea. A modo de cierre, se ha concluido que, en primer lugar, no existe en la doctrina unanimidad a la hora de definir la colisión de deberes como instituto de exención de la responsabilidad jurídico-penal, lo que a su vez dificulta enormemente una delimitación clara de aquel instituto respecto del estado de necesidad justificante y exculpante. En segundo lugar, se ha puesto de relieve el escaso interés que la doctrina le ha deparado al fundamento específico que inspiraría el procedimiento de jerarquización de los deberes, esto es, al principio del interés preponderante, así como la absoluta incertidumbre en la que la teoría de la ponderación de intereses ha sumido la disolución de los conflictos de deberes. Finalmente, se han puesto en evidencia las importantes diferencias que existen entre las distintas propuestas formuladas en la doctrina a la hora de resolver sistemáticamente los conflictos, en especial, cuando entran en colisión deberes equivalentes. Pese a que la doctrina contemporánea recurre una y otra vez al axioma del *impossibulum nulla obligatio* para justificar la necesidad de resolver los conflictos, el verdadero sentido y alcance de este principio resulta todavía hoy sustancialmente controvertido.

El objetivo fundamental de la segunda parte de este trabajo consiste en sentar las bases conceptuales de lo que debería ser un sistema de resolución de los conflictos de deberes. Para ello, en este segundo capítulo se afronta primeramente el reto de definir conceptualmente de un modo claro y fundado el problema de la colisión de deberes jurídico-penal. Esto pasa, en primer lugar, por comprender qué sentido y efectos despliega el axioma del *impossibulum nulla*

---

\* OTTO, *Pflichtenkollision und Rechtsminderkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, p. 26.

*obligatio* en nuestro sistema jurídico. Lo que se pretende es demostrar que el principio voluntarista, una vez asumido un concepto de norma personal, constituye un presupuesto esencial tanto para la legitimación aislada como conjunta de los deberes jurídico-penales. La colisión de deberes, como veremos, se presenta como un problema general de la determinación de posiciones jurídico-penales de competencia, de modo que todos los conflictos pueden y deben ser resueltos ya en el nivel de determinación de las normas de comportamiento. En segundo lugar, en consonancia con lo anterior, se define la figura de la colisión de deberes como un conflicto entre dos o más razones de obligación, a resolver siempre en el plano de la determinación del tipo objetivo del correspondiente delito. Finalmente, en tercer y último lugar, se examina si la distinción entre mandatos y prohibiciones constituye, como reza la *communis opinio*, una base sólida sobre la que edificar todo el edificio dogmático de resolución de los conflictos entre razones de obligación. La definición del instituto penal que aquí se ensaya, sin embargo, prescinde de esta distinción, pues carece de verdadera relevancia a la hora de resolver los conflictos, de modo que elevarla a presupuesto definitorio del problema resulta innecesario y perturbador.

## II. EL *IMPOSSIBILIUM NULLA OBLIGATIO* COMO PRINCIPIO RECTOR DEL PROCESO DE DETERMINACIÓN DE LAS POSICIONES DE COMPETENCIA JURÍDICO-PENALES

### 1. *Introducción*

El axioma del *impossibilium nulla obligatio* constituye una respuesta específica a una de las preguntas fundamentales en el marco de cualquier sistema normativo, pues ofrece una contestación —aunque muy indeterminada— a la pregunta de qué relación media o debería mediar entre el deber jurídico y la capacidad del obligado para cumplir con aquello que se le exige. A su vez, la capacidad de cumplimiento por parte del obligado constituye un problema particular dentro de la problemática más amplia de los presupuestos de efectividad de las normas y, en general, del lenguaje prescriptivo.<sup>1</sup> No es, pues, de extrañar que el problema de la capacidad del destinatario del deber trascienda a la discusión jurídico-penal, constituyendo a su vez un *topos* clásico de la filosofía moral y de cualquier otro sistema normativo prescriptivo.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Al respecto, vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, pp. 505 y ss., 540 y ss., 569 y ss.; EL MISMO, «Sobre las actuaciones en una «situación de necesidad» que no implican deberes de tolerancia», en LUZÓN PEÑA (ed.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, p. 167. Sobre los presupuestos de efectividad del lenguaje directivo, fundamental, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 513 y ss., y sobre la norma como un directivo de conducta, pp. 536 y ss.

<sup>2</sup> El análisis de la relación entre capacidad y deber «enlaza con un problema clásico de la filosofía moral, que suele plantearse al discutir el principio kantiano “debe entraña puede”, y que tiene su expresión más común en el aforismo “*ultra posse nemo obligatur*». Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 524. Nuestro análisis se ceñirá a la virtualidad del principio voluntarista en el Derecho penal, pues el significado y el alcance del principio está condicionado por cuestiones sistemático-funcionales propias de cada sistema normativo, lo cual impide un análisis general del problema. En particular, el alcance del principio voluntarista (“*Sollen impliziert Können*” u “*ought implies can*”) está intrínsecamente ligado a la específica comprensión que se tenga del deber y de la capacidad de cumplimiento, así como a los razonamientos funcionales propios de cada sistema normativo que

En lo que sigue nos interesa sin embargo analizar única y exclusivamente el significado del referido axioma y sus consecuencias en el marco del Ordenamiento jurídico-penal. A decir verdad, pese a las constantes alusiones al principio del *impossibilium nulla obligatio* en el marco de la discusión sobre la colisión de deberes, la doctrina penal le ha prestado poca atención al fundamento último de dicho axioma. Tras la aparente sencillez y plausibilidad de aquellas genéricas alusiones se esconden importantes diferencias en el modo en el que se toma en consideración el referido principio a la hora de resolver los conflictos. Mientras que para algunos autores ante deberes equivalentes sería imposible —pese a reconocer vigencia al axioma voluntarista— fundar una solución en el plano del injusto,<sup>3</sup> sino que aquél desplegaría sus efectos a lo sumo en el plano de la exculpación, para los defensores de la ubicación del plano en el tipo estaría conculcando la doctrina mayoritaria el principio de capacidad al retrasar la solución de las colisiones hasta el nivel de la justificación.<sup>4</sup> Entre ambas posturas “extremas” se sitúa la doctrina mayoritaria, para la que el principio voluntarista se materializaría en la previsión de una causa de justificación del hecho típico en colisión de deberes.<sup>5</sup> Así las cosas, resulta ineludible comenzar este segundo capítulo analizando el sentido último del axioma *impossibilium nulla obligatio* en el Derecho penal y qué papel desempeña éste a la hora de definir conceptualmente la colisión de deberes. Para ello se lleva a cabo, en primer lugar, un breve análisis histórico-jurídico del referido adagio. Acto seguido, en segundo lugar, se examina el alcance que la doctrina penal reconoce al principio de capacidad, tanto en la legitimación aislada de deberes penales, como ante la concurrencia múltiple de obligaciones. Finalmente, en tercer y último lugar, se expone cómo se comprende en este trabajo el principio del *impossibilium nulla obligatio*, su papel en la legitimación de normas penales y cómo opera cuando concurren múltiples deberes de posible cumplimiento alternativo, pero no cumulativo.

## 2. *Impossibilium nulla obligatio como axioma jurídico fundamental*

En palabras de Wolfgang MÜNZZBERG, «la pregunta acerca de en qué medida el deber (*Sollen*) que recae sobre el obligado depende de la capacidad (*Können*) constituye, por distintas razones, uno de los problemas más complejos de nuestro sistema jurídico».<sup>6</sup> Por lo general, la doctrina actual suele hallar la primera respuesta positivizada al problema de la vinculación del deber a la capacidad del obligado en el *dictum* del jurisconsulto Celso Publio Juvenio (siglo I a. C.) en el Libro VIII del Digesto, según el cual nadie estaría obligado a aquello que es

---

determinan una mayor o menor vigencia del principio. Cfr. MORITZ, «Verpflichtung und Freiheit», *Theoria*, (19), 1953, pp. 131 y ss. Pese a que es frecuente en la discusión filosófica remitirse a KANT como el gran valedor del principio voluntarista, (así por ejemplo, MORITZ, *ob. cit.*, pp. 136 y ss.) lo cierto es que, como pone de relieve ANDROULAKIS, (*Studien zur Problematik*, 1963, p. 123, n. 475, con múltiples referencias bibliográficas), ya los filósofos griegos clásicos discutían intensamente acerca de la necesidad de limitar el deber conforme a la capacidad del agente obligado. Un análisis filosófico-histórico del concepto de posibilidad, puede leerse en SEIDL, «Möglichkeit», en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, v. VI, 1984, pp. 72 y ss. En la discusión filosófico moral actual es legión la literatura que se ocupa del problema. Al respecto, vid. por ejemplo HARE, *Freedom and reason*, 1963, pp. 51 y ss.; o ANDERHEIDEN, *Pluralismus und Pflichtenkollisionen*, 2000, pp. 155 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», NK, 4ª ed., nm. 170 y ss.

<sup>4</sup> Vid. solo FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 281; EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 2009, § 6, § 96.

<sup>5</sup> Por ejemplo, vid. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 18 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. MÜNZZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, p. 201.

imposible, “*impossibilium nulla obligatio est*”,<sup>7</sup> y del que posteriormente se deriva el también célebre aforismo “*ad impossibilia nemo tenetur*” (u *obligatur*). Igualmente frecuente en la doctrina es la alusión al mismo principio a través del adagio del *ultra posse (o vires) nemo obligatur*, esto es, nadie está obligado más allá de su capacidad (o de sus fuerzas).<sup>8</sup> Lo cierto es que mediante distintas y variadas formulaciones y con un alcance más o menos general,<sup>9</sup> la vinculación del nacimiento del deber jurídico a la capacidad del agente obligado para dar cumplimiento al deber parece ser un axioma jurídico elemental.<sup>10</sup> Sin embargo, la plausibilidad de estas fórmulas obedece en gran medida a su categórica indeterminación. Una comprensión real del alcance del principio voluntarista pasa necesariamente por concretar qué significa deber y qué significa (in)capacidad.

Como pone de relieve WOLLSCHLÄGER, el principio del *impossibilium* se desarrolla esencialmente en el Derecho romano como un límite específico propio del derecho de la *stipulatio*.<sup>11</sup> El futuro deudor (promitente) que prometía entregar algo o realizar alguna prestación que era imposible, no quedaba obligado; la *stipulatio* de imposible cumplimiento era, por lo tanto, nula.<sup>12</sup> Progresivamente, el referido principio fue expandiendo su ámbito de influencia, para acabar convirtiéndose posteriormente en un presupuesto de validez general de toda figura contractual.<sup>13</sup> Sin embargo, lo cierto es que el desarrollo del principio del *impossibilium* llevado a cabo por los *iusprivatistas* romanos se había basado esencialmente en un

---

<sup>7</sup> Cfr. Dig. 50.17.185. Al respecto, con detalle, LÓPEZ GÁLVEZ, «El principio *Impossibilium nulla est obligatio*: litigio sobre el cumplimiento de la normativa de aguas de baño en la UE», en REINOSO-BARBERO (ed.), *Principios generales del Derecho*, 2014, pp. 643 y ss., p. 643, n. 46; HERNANDO LERA, «*Ad impossibilia nemo tenetur*», en REINOSO-BARBERO (ed.), *Principios generales del Derecho*, 2014, pp. 420 y ss.; y HRUSCHKA, «Zwei Axiome des Rechtsdenkens», *FS-Reimers*, 1979, pp. 459 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. KANT, *Sobre la paz perpetua*, 7ª ed., 2005, p. 45: «[l]a moral es en sí misma una práctica en sentido objetivo, un conjunto de leyes incondicionalmente obligatorias según las que de *debemos* actuar; después de haberle atribuido toda su autoridad a este concepto de deber es una incoherencia manifiesta querer decir que no se *puede* obedecer. En ese caso se saldría este concepto, por sí mismo, de la moral (*ultra posse nemo obligatur*)». [cursiva en el original]. Una breve aclaración del aforismo en sus distintas formulaciones, así como sobre su origen legal, puede encontrarse en LIEBS, «*Ultra posse (oder: vires) nemo obligatur*», *Lateinische Rechtsregeln und Rechtsproverbien*, 7ª ed., 2007, pp. 98 y s., p. 148, p. 237; y en DOMINGO/ORTEGA/RODRÍGUEZ-ANTOLÍN/ZAMBRANA, «*Ad impossibilia nemo tenetur*», en DOMINGO (ed.), *Principios de Derecho Global*, 2ª ed., 2006, § 2, nm. 45.

<sup>9</sup> Asimismo, ya la Regla nº 6 del «De Reg. lur.» in Sexto, recogía este mismo principio, al establecer que «*nemo potest ad impossibile obligari*», esto es, para quien es incapaz de cumplir el objeto sobre el que pactó, dicho pacto no puede ser válido. En los textos jurídicos clásicos cabe igualmente encontrar reglas que constituyen especificaciones del principio general que regirían en concretos negocios o instituciones jurídicas, así por ejemplo, la regla según la cual “*Nemo potest plus iuris transferre in alium, quam sibi componere dinoscatur*”, esto es, nadie puede transferir a otro más derecho que el que el transferidor tiene, Regla LXXIX, en Bonifacio VIII, *Sexto de las Decretales*, lib. V, tít. 12 y ss., *De Regulis Iuris*, Reglas 1-88 (CrIC, II, 1122-1124).

<sup>10</sup> Así lo afirma igualmente MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 524, n. 33.

<sup>11</sup> Cfr. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, 1970, pp. 8 y s., 14, pp. 20 y ss.; HERNANDO LERA, en REINOSO-BARBERO (ed.), *Principios generales del Derecho*, 2014, pp. 421 y ss. Sobre el principio de imposibilidad en los juristas romanos, vid. DE LAS CASAS LEÓN, *De inutilibus stipulationibus*, 2006, (tesis doctoral), pp. 70 y ss., y en especial, pp. 91 y ss.

<sup>12</sup> Acerca de las distinciones entre imposibilidad objetiva y subjetiva en el Derecho romano, vid. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, 1970, pp. 15 y ss.

<sup>13</sup> Cfr. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, 1970, p. 31, p. 75. Señala RABEL, «Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch», *FS-Bekker*, 1907, pp. 171 y ss., que fue precisamente MOMMSEN quien —en su opinión— erróneamente habría generalizado el principio del *impossibilium*, dando pie a que el legislador alemán lo positivizara de un modo notablemente más amplio de cómo lo habían configurado los *iusprivatistas* romanos. Al respecto, vid. también JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, 1969, pp. 68 y s.

concepto objetivo de imposibilidad, predicable respecto de cualquier ser humano y enfocado única y exclusivamente a determinar la invalidez de ciertos actos jurídicos.<sup>14</sup> El carácter abstracto-objetivo de la imposibilidad parecería hacer innecesaria cualquier aclaración ulterior sobre el fundamento del axioma, pues sería sencillamente absurdo pretender exigir a alguien cumplir aquello que ningún ser humano puede ejecutar.<sup>15</sup> En cierta medida, el Ordenamiento no hacía sino asumir una forzosa ley natural, que se plasmaba en el no nacimiento de un deber de resarcimiento tras el incumplimiento de la obligación principal.<sup>16</sup>

Será la teología moral escolástica y la canonística la que, a partir de los postulados básicos de la ética de la razón profana, prosiguen el desarrollo expansivo del principio voluntarista y le otorgan a su vez un fundamento puramente normativo.<sup>17</sup> El principio voluntarista se comienza a vincular por entonces a la noción de deber de acción personal, de modo que la incapacidad se predica también respecto de la posibilidad subjetiva de cumplir el deber por parte de su destinatario.<sup>18</sup> A partir del razonamiento aristotélico según el cual las reflexiones y decisiones racionales no se pueden dirigir a lo imposible, se desarrollará una doctrina propia de la imposibilidad teológico-moral.<sup>19</sup> Nadie puede quedar obligado a lo imposible porque el no cumplimiento de aquello que se acepta como imposible no podría generar en ningún caso responsabilidad, un apartamiento de lo imposible no puede ser, bajo ningún pretexto, imputado como libre.<sup>20</sup> Y este es precisamente el fundamento que subyace a la defensa del principio voluntarista llevada a cabo por el *iusnaturalismo* racionalista alemán. Así, para GROCIO, el dogma de la imposibilidad se instituiría igualmente en la falta de dominio de la voluntad, de modo que nadie puede ser obligado conforme al Derecho natural a aquello que resultaba imposible o no permitido, ya fuera para el concreto destinatario del deber o para todo ser humano.<sup>21</sup> Y a partir de aquí, afirma PUFENDORF que el límite a la eficacia del principio voluntarista es el carácter culpable de la situación de imposibilidad.<sup>22</sup> «Que no puede ser imputado aquello que excede nuestras fuerzas y que no puede ser ni evitado ni provocado,

---

<sup>14</sup> Cfr. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, 1970, pp. 23 y ss., p. 26; o EL MISMO, «Die willentheoretische Unmöglichkeitstheorie im aristotelisch-thomistischen Naturrecht», *FS-Wieacker*, 1970, p. 155.

<sup>15</sup> Cfr. DE LAS CASAS LEÓN, *De inutilibus stipulationibus*, p. 93 (tesis doctoral).

<sup>16</sup> Vid. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, 1970, pp. 23 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. WOLLSCHLÄGER, *FS-Wieacker*, 1970, pp. 155 y ss.

<sup>18</sup> Así, WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, 1970, p. 76

<sup>19</sup> Así, WOLLSCHLÄGER, *FS-Wieacker*, 1970, pp. 155 y ss., con un amplio análisis sobre la fundamentación aristotélica del axioma. Y sobre esto mismo, vid. LÜBBE, *Verantwortung*, 1998, pp. 50 y ss. Además, cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 2ª ed., 2011, 1110a y ss., pp. 85 y ss. «[p]arece entonces que son involuntarias las que se producen por violencia o por ignorancia: es forzoso aquello cuyo principio no puede más que ser externo a uno, siendo así porque no se dispone del obrar o del suceder, como cuando se es llevado por el viento a alguna parte o por hombres que nos retienen en su poder. En cuanto a lo que se hace por temor, ante un obrar muy malo o por auxilio de algo bueno, como cuando un tirano nos ordena una acción infame teniendo en su poder a nuestros padres o a nuestros hijos, estaríamos a salvo si ejecutamos lo mandado, pero es dudoso entender cuál de las dos es voluntaria o no voluntaria. Igualmente algo similar se da cuando la carga se arroja al mar en las tempestades: en modo alguno nadie lo arroja voluntariamente, pero en vista de su propia salvación y de la de los demás lo hacen los que piensan así. Semejantes acciones no son sino compuestas, aunque se parecen más a las voluntarias porque se prefieren a las otras en el momento en el que se ejecutan dado que la finalidad causal de las acciones es lo acorde a su oportunidad. [...] Estas son, entonces, voluntarias; aunque de algún modo equivalgan a las involuntarias porque nadie elegiría, por sí mismo, nada de eso».

<sup>20</sup> Cfr. HRUSCHKA, *FS-Reimers*, 1979, p. 460.

<sup>21</sup> Así, WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, 1970, p. 77, con citas y transcripciones literales al respecto de varias obras de GROCIO en las que aborda este problema.

<sup>22</sup> Las citas en WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, 1970, pp. 78 y s.

es evidente, a excepción del caso en el que esa incapacidad es reconducible a nuestra culpa. En este fundamento se apoyan todos los acostumbrados enunciados según los cuales no hay ninguna obligación a lo imposible». <sup>23</sup> Con diferencias de matiz entre los distintos autores, <sup>24</sup> el principio del *impossibilium* acabó por consolidarse como un axioma básico del sistema jurídico-racional de la ilustración, <sup>25</sup> como una concreta manifestación del principio del libre albedrío y de la indisociable conexión entre las nociones de acto libre e imputación. Además, la filosofía práctica de la ilustración contribuyó dando un paso más en el esclarecimiento del alcance real de vigencia del principio del *impossibilium nulla obligatio*. Pese a que éste tradicionalmente se concibe y analiza como un límite al nacimiento individual de los deberes contemplados aisladamente, como muestra HRUSCHKA, ya en el S. XVII se puso en evidencia que el principio podría desplegar igualmente sus efectos en un plano ulterior. <sup>26</sup> El principio voluntarista debería operar también como un límite a la imposición de deberes de posible cumplimiento aislado cuando la concurrencia de aquellos en un caso concreto torna imposible que el obligado satisfaga cumulativamente todos ellos. Es decir, también desde la óptica general del sistema, tomando en consideración la totalidad de deberes que se pretenden dirigir a un mismo sujeto, el principio voluntarista se opondría a la posibilidad de exigir a un agente el cumplimiento de varios deberes de imposible satisfacción cumulativa. <sup>27</sup>

### *3. El principio de capacidad en la discusión jurídico-penal contemporánea*

#### *3.1. Ultra posse multi homines obligantur*

A decir verdad, llama la atención la expedición con la que la doctrina mayoritaria recurre al axioma del *impossibilium nulla obligatio* para resolver las colisiones de deberes en el ámbito del injusto. <sup>28</sup> Como señala KÜPER, contemplando cómo procede habitualmente la doctrina penal, sería erróneo aseverar que dicho principio rige con carácter general en el marco de nuestro Ordenamiento. <sup>29</sup> Es más, tomando en consideración una concepción maximalista del principio voluntarista y examinando como procede asiduamente la doctrina penal contemporánea, debiera afirmarse la vigencia del principio opuesto: *ultra posse multi homines obligantur*. <sup>30</sup> Lo que parece asumir en realidad la doctrina penal es la imposibilidad de desterrar por completo el principio de capacidad a la hora de evaluar jurídico-penalmente determinadas

---

<sup>23</sup> Tomo la cita literal de WOLLSCHLÄGER, *FS-Wieacker*, 1970, p. 176.

<sup>24</sup> Al respecto, vid. solo WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, 1970, p. 81.

<sup>25</sup> Así también, HRUSCHKA, *FS-Reimers*, 1979, p. 467.

<sup>26</sup> Cfr. HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, 274, n. 36.

<sup>27</sup> Al respecto, vid. HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, pp. 276 y ss.; EL MISMO, *FS-Reimers*, 1979, pp. 470 y s., mostrando como ya Christian WOLFF advirtió en toda su extensión el problema de la colisión de deberes y esbozó reglas de solución para los supuestos de colisión de deberes, en lo esencial, idénticas a las que hoy en día utiliza la doctrina penal dominante.

<sup>28</sup> En especial, atendiendo a las consecuencias dogmáticas que se derivarían del mismo. Como hemos visto, por lo general se acepta el carácter justificante de la colisión de deberes. Así, por ejemplo, afirma MURMANN, *Grundkurs*, 2ª ed., 2013, que dado que el Derecho no puede exigir lo imposible, la infracción de un deber quedaría siempre justificada en situación de conflicto.

<sup>29</sup> Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 21.

<sup>30</sup> Así, STOCKHAMMER, «Ultra posse nemo obligatur», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, (36), 1959, pp. 25 y ss.



formas de comportamiento.<sup>31</sup> Nadie imagina un Derecho penal en el que la imposición de la pena no guardara relación alguna con la concreta capacidad del agente para comportarse conforme a lo prescrito por la norma de comportamiento.<sup>32</sup> Ahora bien, lo que sí concibe la doctrina y, en realidad, así se hace mayoritariamente, es un sistema de normas de comportamiento no condicionado enteramente por el principio de capacidad.<sup>33</sup> Aunque un análisis detallado de este problema excede con mucho a lo que aquí se pretende, sí es posible señalar que son básicamente dos los caminos transitados en la actualidad a fin de relativizar la vigencia del axioma voluntarista en nuestro Ordenamiento jurídico.

El primero de ellos, seguido por un grupo minoritario de autores que conciben la norma de comportamiento absolutamente al margen de la noción de capacidad, pasa por elevar el principio voluntarista a criterio rector de la imputación, una vez se ha constatado ya un apartamiento objetivo de la norma.<sup>34</sup> Quienes operan de este modo acaban por sustituir el principio del “deber implica poder” por el principio según el cual “la imputación al agente de su infracción implica poder”.<sup>35</sup> La distinción entre norma (*Norm*) y deber (*Pflicht*), y entre contrariedad a la norma (*Normwidrigkeit*) y contrariedad a deber (*Pflichtwidrigkeit*) permitiría a estos autores resolver igualmente las colisiones en el ámbito del injusto.<sup>36</sup> La segunda estrategia, la más transitada en la actualidad, consiste en reconocer vigencia al principio “deber implica poder” ya en el ámbito de determinación de las normas de comportamiento, si bien limitando su alcance a través de una comprensión débil de la noción de capacidad.<sup>37</sup>

---

<sup>31</sup> Cfr. KAHRs, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, 1968, pp. 36 y ss.

<sup>32</sup> Sin embargo, vid. KOHLRAUSCH, «Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung», *FS-Güterbock*, 1910, pp. 22 y s., p. 24, quien desde postulados deterministas aboga por recurrir a un baremo de posibilidad general, también a la hora de establecer el juicio de reproche individual, como la única manera de salvar la necesaria función que desempeña el Derecho: «Nicht deshalb wird gestraft, weil dieser Täter unter den konkret gegebenen inneren und äußeren Umständen recht handeln „konnte“, sondern weil ein solcher Täter unter solchen inneren und äußeren Umständen recht handeln „konnte“». (p. 25). «Ich nehme dein Können an, denn du gehörst zum Kreis der Verpflichteten; „du kannst, denn du sollst“. So ist das generelle Können tatsächliche Voraussetzung jedes Zurechnungsurteils, das individuelle Können aber wird zu einer staatsnotwendigen Fiktion» (p. 26).

<sup>33</sup> Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 21.

<sup>34</sup> Así, de forma paradigmática, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 50 y ss., p. 57; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 34 y ss.; TOEPEL, *Kausalität*, 1992, p. 17; o MAÑALICH, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *REJ*, (12), 2010, pp. 174 y s. En el derecho civil, de un modo parecido, JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, 1969, pp. 164 y ss., quien sostiene la independencia lógica de la imposibilidad de imputar la infracción respecto de la existencia del deber principal. Sobre todo ello, vid. *infra*, n. 132.

<sup>35</sup> Así KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 50 y ss. Para MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, p. 192, n. 380, en el fondo, se trataría sencillamente de lo mismo con otras palabras.

<sup>36</sup> Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 41 y ss., p. 43. Quienes en la actualidad asumen un concepción de la norma de comportamiento a la *Kindhäuser* acaban por ubicar sistemáticamente la solución al problema también en el plano del injusto, tal y como hace la doctrina mayoritaria. El obligado se apartaría objetivamente de la norma, actuaría de forma contraria a la norma, pero la incapacidad de cumplimiento enervaría la posibilidad de imputación personal de la infracción de la norma. El obligado tampoco actuaría, pues, de forma contraria a deber. Cfr. solo KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 18, nm. 3 y ss.; o VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 107 y ss.

<sup>37</sup> La aceptación atenuada del principio en el Derecho penal queda de manifiesto claramente en el planteamiento de KOHLRAUSCH, quien contrapone el principio del “deber implica poder” y el “poder implica deber” y afirma que el Derecho penal rechaza ambos, para, en última instancia, acabar abogando por un concepto de posibilidad general que determinaría los imperativos penales. Vid. KOHLRAUSCH, *FS-Güterbock*, 1910, pp. 22 y s., p. 24. Además, vid. ENGISCH, «Der rechtsfreie Raum», en EL MISMO, *Beiträge zur Rechtslehre*, 1984, p. 35: «Wir können und müssen dieses Prinzip von der rechtlichen Unbefehlbarkeit des Unmöglichen nicht nach allen Richtungen hin verfolgen». En la doctrina actual, la tesis de la aceptación parcial del principio del *impossibile nulla obligatio* queda claramente expuesta en KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 21 y ss.

Es decir, solo ante cierta clase de incapacidad o imposibilidad no cabría imponer legítimamente deberes. *Sensu contrario*, el Derecho podría en ocasiones efectivamente exigir a un sujeto lo que le resulta *in concreto* imposible. A continuación interesa analizar esta segunda vía de relativización del principio de capacidad, pues ello nos permitirá a su vez comprender mejor cuál es el papel que el axioma voluntarista desempeña en la concepción más habitual del problema a la hora de resolver conflictos de deberes.<sup>38</sup>

### 3.2. La relativización del principio voluntarista en la legitimación aislada de normas penales

En palabras de KÜPER, «sería un error sostener que el Ordenamiento jurídico respeta siempre los límites de lo “posible” en sus requerimientos a los individuos»;<sup>39</sup> más bien, el principio voluntarista rige de modo parcial, siempre y cuando no exista un motivo fundado que a ello se oponga. Hasta donde alcanzo, dos son básicamente los mecanismos a partir de los cuales procede la doctrina mayoritaria a excepcionar la vigencia del principio voluntarista. Por un lado, se procede a fraccionar el concepto de capacidad en distintas nociones parciales o clases de (in)capacidad, tomando en consideración únicamente alguna de ellas a la hora de legitimar las normas de comportamiento. Por el otro, la doctrina objetiviza ciertos elementos de esa noción desmembrada de capacidad, de modo que se esconde detrás de un parámetro abstracto u objetivo, por ejemplo, tras la figura del hombre medio, la incapacidad real del destinatario concreto de la norma. Veamos ambas cuestiones con algo más de detalle.

En primer lugar, es común el desmenuzar el concepto de capacidad de cumplimiento para distribuir acto seguido sus diferentes elementos parciales en las distintas categorías del delito. En este sentido, MÜNZBERG distingue cuatro niveles de capacidad.<sup>40</sup> En primer lugar, alude a la capacidad como (1) “posibilidad de prever el curso causal” (*Vorhersehbarkeit des Kausalablaufs*).<sup>41</sup> Este primer nivel comprendería, en esencia, la capacidad de reconocer la situación en el momento de actuar (u omitir), así como la capacidad de reconocer la aptitud de las distintas formas de comportamiento factibles para poder llevar a cabo la forma de comportamiento requerida.<sup>42</sup> Sería capaz en este sentido quien puede conocer la situación

---

<sup>38</sup> Es decir, a la que toma en consideración el principio de incapacidad como un factor justificante cuando coliden dos deberes de actuar de imposible satisfacción cumulativa. Cfr. Cap. 1, apdo. III, 4.

<sup>39</sup> Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 21.

<sup>40</sup> MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, pp. 192 y ss. Ni que decir tiene que ya antes es posible encontrar en la doctrina distinciones en el seno del concepto de capacidad. Así por ejemplo, vid. BINDING, *Die Normen*, v. IV, 1919, pp. 253 y ss., o con detalle, KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, p. 185. Procede a una distinción parecida a la que aquí se esboza KRAUSHAAR, «Die Rechtswidrigkeit in teleologischer Sicht», *GA*, 1965, pp. 21 y s., quien condiciona el nacimiento de la norma penal a la accesibilidad del sujeto a la llamada de la norma (*Ansprechbarkeit des Normsubjekts*), a su capacidad para dominar el hecho (*Fähigkeit zur Tatberrschaft*), al conocimiento de la situación (*Situationskenntnis*) y finalmente, a la conciencia de la norma (*Normbewußtsein*). KINDHÄUSER distingue asimismo entre tres nociones de incapacidad: *necessariorum nulla est obligatio* (casos de *vis absoluta*); *ignoratorum nulla est obligatio* (casos de error) e *impossibilium nulla est obligatio* (casos de incapacidad física). Cfr. KINDHÄUSER, «Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *JRE*, (2), 1994, p. 343, n. 18.

<sup>41</sup> Cfr. MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, pp. 193 y s.

<sup>42</sup> Al respecto, en un sentido muy parecido, vid. SEEBAB, «Handlungstheoretische Aspekte der Fahrlässigkeit», *JRE*, (2), 1994, p. 398.

típica, por ejemplo, el que una persona se encuentra en una situación de grave desamparo y, además, es capaz de advertir cuál es el modo en el que puede socorrer a esa persona. En segundo lugar, la noción de capacidad podría ser entendida como (2) la capacidad de reconocer el carácter prohibido o mandado de una concreta forma de comportamiento, esto es, como la “posibilidad de reconocer la valoración jurídica” (*Erkennbarkeit der rechtlichen Wertung*).<sup>43</sup> Solo es capaz en este sentido el que puede reconocer el carácter antijurídico del comportamiento que lleva a acabo u omite. Asimismo, en tercer lugar, cabría distinguir una (3) capacidad como posibilidad de querer el comportamiento conforme a Derecho, esto es, la capacidad de formarse una voluntad conforme a la norma (*Fähigkeit zur Willensbildung*).<sup>44</sup> Se alude aquí a la aptitud del destinatario de la norma para lograr superar en el juicio de formación de voluntad aquellos obstáculos o impedimentos que influyen en la determinación de la voluntad contraria a la norma. Finalmente, en cuarto y último lugar, cabría distinguir el nivel de la capacidad como la (4) posibilidad físico-intelectual de realizar la conducta debida, esto es, de materializar aquello a lo que la norma obliga (*Durchführbarkeit*).<sup>45</sup> En este último sentido, capaz de acción sería aquel sujeto que está en condición físico-corporal e intelectual de llevar a cabo la forma de comportamiento debida.<sup>46</sup>

Pues bien, con diferencias de matiz en la división, la doctrina parte de esta tetrapartición básica para otorgar relevancia específica a la capacidad en la determinación de los deberes jurídico-penales. Es decir, a la pregunta de qué relevancia tiene la capacidad en la determinación de la noción de deber, la doctrina dominante responde de forma diferenciada.<sup>47</sup> Así, afirma que los niveles de capacidad (2) y (3), esto es, la capacidad para reconocer el carácter prohibido o mandado de una concreta forma de comportamiento, así como la capacidad para poder motivarse conforme a Derecho, no tienen ningún efecto impeditivo del nacimiento del deber.<sup>48</sup> En el ámbito del injusto, la incapacidad para motivarse conforme a la norma o para conocerla no se toma en consideración.<sup>49</sup> Algo distinto sucede con los niveles de (in)capacidad (1) y (4), esto es, la posibilidad de prever el curso causal en cuestión, así como la

---

<sup>43</sup> Cfr. MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, pp. 194 y s.

<sup>44</sup> Cfr. MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, p. 195.

<sup>45</sup> Cfr. MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, p. 195.

<sup>46</sup> Aquí, a su vez, cabría distinguir entre una incapacidad absoluta de dominar un curso causal y una incapacidad relativa que impide realizar la específica conducta debida. Al respecto, vid. MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, pp. 197 y ss.

<sup>47</sup> A decir verdad, lo que aquí se presenta es el resultado de un deslavazado e inconcluso proceso histórico de subjetivización de la antijuridicidad. La segmentación de la noción de capacidad arriba descrita se explica por la importación progresiva y parcial de elementos subjetivos que condicionan la eficacia de la norma desde el plano de la culpabilidad al del injusto. Como pone de manifiesto MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 419 y ss., el estado actual de reconocimiento del principio de capacidad en el ámbito del injusto es el resultado de un progresivo enriquecimiento subjetivo a costa de la culpabilidad que habría colocado a la doctrina penal «en una situación inestable: no quiere renunciar a la distinción, por las supuestas ventajas que se le atribuyen, pero a la vez es incapaz de formular un sistema sólido que impida que haya graves discrepancias en torno a temas centrales del sistema [...]. El resultado es que la actual teoría penal mayoritaria resulta insatisfactoria por partida doble: ni es consecuente con el planteamiento de la norma que supuestamente defiende, ni consigue salvaguardar el carácter intersubjetivo de la antijuridicidad» (p. 485). Esta evolución asistemática subjetivizadora del injusto penal es precisamente la que explica la falta de principios generales que informen sobre dónde y por qué se tiene en cuenta el principio voluntarista y dónde, en cambio, se le niega validez.

<sup>48</sup> Cfr. por todos KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 21 y ss.

<sup>49</sup> Al respecto, vid. MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, pp. 209 y ss. Y con detalle, en la doctrina penal, vid. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 21 y ss.

posibilidad físico-intelectual de realizar la conducta debida, que sí constituyen con carácter general razón suficiente para ocluir el mismo nacimiento de la obligación.<sup>50</sup> Centrándonos ahora ya en la incapacidad físico-intelectual del obligado, lo cierto es que su toma en consideración a la hora de determinar normas de comportamiento es todavía hoy sumamente controvertida. La doctrina suele proceder aquí a subdividir este elemento de incapacidad en dos nociones particulares más, a saber, una imposibilidad absoluta, que determina la negación de toda acción penalmente relevante,<sup>51</sup> y una imposibilidad físico-intelectual en atención a la concreta conducta potencialmente debida que, en el mejor de los casos, se toma en consideración en el ámbito del tipo.<sup>52</sup>

Estas dificultades, a su vez, se multiplican en atención al segundo de los factores que permiten explicar la relativización del principio del *impossibilium nulla obligatio* en el proceder de la doctrina mayoritaria. La noción de incapacidad físico-intelectual relevante para determinar el nacimiento de la norma de comportamiento se vincula en unos casos a baremos subjetivo-individuales y en otros a baremos abstracto-generales.<sup>53</sup> A su vez, esta noción de incapacidad y, en concreto, los baremos adoptados para determinarla, varían en función de si se trata de la norma de comportamiento propia de un delito doloso o imprudente, activo u omisivo.<sup>54</sup> Con independencia de las disputas acerca de si la noción de posibilidad físico-real es condición necesaria para hablar ya de una omisión como forma de comportamiento socialmente relevante o condición necesaria para la legitimación de un mandato,<sup>55</sup> esto es, si el principio de capacidad se divide a su vez en el marco del delito omisivo entre las categorías de la acción y del tipo,<sup>56</sup> es posible afirmar que para la mayoría de la doctrina la capacidad individual, como capacidad físico-intelectual de cumplir con el mandato, constituye una condición necesaria para afirmar ya el tipo objetivo en el delito omisivo.<sup>57</sup> Tanto en el caso de los delitos

---

<sup>50</sup> Cfr. solo MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, pp. 197 y ss., 201 y s.

<sup>51</sup> En la doctrina actual es pacífico negar la antijuridicidad del resultado provocado por un curso causal no dominable por la voluntad humana. Sistemáticamente este nivel de “incapacidad” es tomado en consideración en el delito activo en la medida en que se excluye la “acción penalmente relevante”, mientras que en el delito omisivo, unas veces se excluye la “omisión” y otras veces se relega la cuestión al ámbito del tipo. Al respecto, vid. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 8 C, nm. 44 y ss.; y EL MISMO, *AT*, v. II, 2003, § 31 II, nm. 8 y ss. Y con detalle, sobre el concepto de conducta como expresión del “carácter de acción” en el delito omisivo, vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 158 y ss.

<sup>52</sup> Vid. MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, pp. 197 y ss.; y en el Derecho penal, por todos, ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 8 C, nm. 44 y ss.

<sup>53</sup> Al respecto, MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, pp. 205 y ss.

<sup>54</sup> Lo pone acertadamente de manifiesto MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, p. 195, n. 390.

<sup>55</sup> Sobre esto primero vid. por todos SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 31 y ss., pp. 64 y ss., 374 y s. Cfr. además, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 2006, § 59, pp. 616 y s., quienes distinguen entre capacidad de acción general, entendida como la del hombre medio y que determinaría el concepto de omisión, y una capacidad de acción individual, que sería tomada en consideración ya en el plano sistemático del tipo. Esta distinción sería sin embargo para ROXIN una “complicación innecesaria.” ROXIN, *AT*, v. II, 2003, II § 31, nm. 15, n. 18.

<sup>56</sup> Al respecto, en detalle, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 158 y ss., y WEIGEND, «§ 13», *LK*, 12ª ed., nm. 4, quien resta toda importancia a esta cuestión, pues, también aquellos que no consideran la capacidad individual elemento esencial del mismo concepto de omisión toman en cuenta aquella para la determinación de la omisión típica.

<sup>57</sup> Así, por ejemplo, HAAS, «§ 13», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 27; RENZIKOWSKI, «§ 323c», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 17; WOHLERS/GAEDE, «§ 13», *NK*, 4ª ed., nm. 12; WOHLERS/GAEDE, «§ 323c», *NK*, 4ª ed., nm. 3, 9; WEIGEND, «§ 13», *LK*, 12ª ed., nm. 4, 65; ROXIN, *AT*, v. II, 2003, II § 31, nm. 8 y ss.; STREE/BOSCH, «vor §§ 13 ff.», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 141 y ss.; o KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 55. En

omisivos propios como impropios, el deber de acción quedaría limitado desde un principio por las capacidades y posibilidades individuales de quien ha de cumplirlo, de modo que el sujeto incapaz no actuaría nunca de forma típica.<sup>58</sup> Asimismo, en el ámbito de la imprudencia, por lo general, la doctrina también procede a legitimar la norma de comportamiento de un modo especialmente respetuoso con el axioma voluntarista.<sup>59</sup> Aunque sin alcanzar posiblemente el grado de predominio que las tesis “subjetivistas” han alcanzado en la omisión, lo cierto es que una importante corriente doctrinal entiende que el cuidado normativamente exigible debe fijarse necesariamente en atención a las capacidades individuales del autor.<sup>60</sup>

Aunque aquí no pueden analizarse con detenimiento las razones que explicarían la vigencia limitada que la doctrina dominante le otorga al axioma voluntarista,<sup>61</sup> sí es posible aseverar que la principal razón que ha llevado históricamente a segmentar el principio de capacidad, a reconocerle relevancia de forma incompleta y fragmentada y a ir combinando de un modo algo tópico los baremos objetivo e individual en la determinación de los deberes reside en la voluntad de mantener la distinción entre injusto y culpabilidad, como distinción analíticamente relevante para determinar consecuencias jurídicas distintas a la imposición de la pena.<sup>62</sup> Esta división permitiría al Derecho ofrecer un baremo general de valoración y

---

cambio, recurriendo a un baremo abstracto general respecto de las capacidades inferiores del obligado, vid. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 325, nm. 29, en el tipo objetivo, «hay que tomar en consideración las [facultades inferiores] que son imaginables en una persona mentalmente normal, pero no las que no son compatibles con esta normalidad».

<sup>58</sup> Suele citarse en Alemania a BAUMANN como la excepción en este punto, pues en las primeras ediciones de su manual consideraba la imposibilidad del cumplimiento del mandato como una causa de justificación, especialmente relevante en el delito omisivo, vid. BAUMANN, *AT*, 5ª ed., 1968, p. 242. Lo interesante es cómo el propio BAUMANN fundamenta su apartamiento respecto a la doctrina mayoritaria: «un paso como este (exigido también por Roxin en la reseña a este libro en la ZStW) obligaría sin embargo a exigir correspondientemente con el concepto de acción también en el delito activo la posibilidad de omitir. A causa de la relevancia de la imposibilidad también en el ámbito de la antijuridicidad y las consecuentes dificultades de delimitación que con ello surgen no me he podido decidir en este sentido» (p. 223). Y esto mismo defendió BAUMANN años después, en la 5ª ed., de su *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, 5ª ed., 1979, p. 109, si bien señala entonces ya que carece de verdadera trascendencia práctica la distinción, pues en ambos casos se niega la existencia del deber. En BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, *AT*, 11ª ed., 2003, p. 267 se argumenta ya en el mismo sentido que la doctrina mayoritaria: la imposibilidad excluye la tipicidad y desaparece toda alusión a una causa de justificación por imposibilidad.

<sup>59</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 471 y ss.

<sup>60</sup> Así, por ejemplo, vid. los trabajos de STRATENWERTH, «Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt», *FS-Jescheck*, v. I, 1985, pp. 285 y ss.; JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 34 y ss., 64 y ss., y 84 y ss.; EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 1993, 9/1 y ss.; OTTO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 10, nm. 11 y ss.; MURMANN, «Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten beider Verhaltensnormkonturierung» *FS-Herzberg*, 2008, pp. 123 y ss. En sentido opuesto, por todos, ROXIN, *AT*, 4ª ed., v. I, A § 24, nm. 53 y ss.; SCHÜNEMANN, «Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?», *FS-Schaffstein*, 1975, pp. 160 y ss.; o MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 299, nm. 266: «[p]ara quien admita, como nosotros, que la sola realización del tipo no supone la infracción de una norma en el sentido de infracción de un imperativo concreto —para ello hace falta además la ausencia de causas de justificación y la imputación personal de la infracción—, la expresión “infracción de la norma de cuidado” deberá entenderse en un sentido abstracto de inobservancia del cuidado que es exigible en concreto —sólo— si no concurre una causa de justificación y es posible la imputación personal de la infracción».

<sup>61</sup> Las ha explicado con detalle MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 433 y ss., 483 y ss., 585 y ss.

<sup>62</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 493: «Si el análisis del delito se limitara la fijación de los presupuestos de la pena del autor individual, una vez afirmado en un ordenamiento el principio de culpabilidad, nada obligaría a distinguir una contrariedad a derecho al margen de la culpabilidad. [...] Pero sí, por distintas razones, necesitamos vincular ciertas consecuencias jurídicas, distintas de la pena, al hecho lesivo en sí,

orientación de los comportamientos permitidos y prohibidos, baremo indispensable para poder resolver satisfactoriamente las relaciones intersubjetivas entre los terceros y el agente obligado,<sup>63</sup> aunque sin renunciar por completo al axioma voluntarista como presupuesto de legitimación de una norma imperativa. Frente al principio del “deber implica poder” se erige la necesidad de configurar un sistema de normas de comportamiento abstracto y general, no dependiente hasta sus últimas consecuencias de la capacidad del destinatario de la norma. La distinción entre injusto y culpabilidad no solo obedece, pues, a razones lógicas o de Derecho positivo, sino que obedece también a un motivo de racionalidad práctica esencial en todo sistema de normas. El Ordenamiento jurídico ha de dirigir imperiosamente sus normas a una generalidad, al margen del concreto destinatario, pues solo entonces lograría cumplir un cometido esencial, a saber, el estandarizar de manera estable y fiable las formas de comportamiento permitidas y prohibidas en una misma sociedad.<sup>64</sup> Solo de este modo se logra garantizar un nivel suficiente de seguridad jurídica, de modo que el ciudadano pueda saber en todo momento qué está prohibido y qué no lo está. Además, esa determinación general es fundamental también desde la óptica del resto de sujetos que se relacionan con el destinatario de la norma en cuestión. Solo una determinación de lo prohibido al margen de la plena capacidad individual del sujeto permite el reconocimiento anticipado del carácter permitido o prohibido de la conducta.<sup>65</sup> La extrema subjetivización que requiere un respeto absoluto del principio voluntarista impide conocer en el momento necesario el carácter permitido o prohibido de una conducta e impide que terceros se orienten de acuerdo con ello, por ejemplo, a la hora de determinar si existen o no derechos de necesidad.<sup>66</sup>

---

parece lógico fijar un primer nivel de valoración independiente y previo a la imputación subjetiva». Sobre todo ello, recientemente, vid. además SILVA SÁNCHEZ, «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?», *InDret*, (3), 2014, pp. 3 y ss.

<sup>63</sup> Claramente en este sentido, por ejemplo, MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, pp. 201 y ss., p. 205, 207, o KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 21 y ss.; o MAIWALD, «Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte» *JuS*, (7), 1981, pp. 478 y s. Y por esta misma razón, cuando la distinción entre injusto y culpabilidad resultara ser irrelevante, p. ej., para la imposición de medidas de seguridad en el delito omisivo, sería absolutamente irrelevante donde se toma en consideración el principio de capacidad. Así lo cree, por ejemplo, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1970, pp. 23 y ss., quien entiende que en el caso del delito omisivo no se plantea la posibilidad de imponer medidas de seguridad, de modo que la pregunta acerca de dónde tomar en consideración la capacidad del agente sería superflua. Crítico con esta postura, señalando que también en el delito omisivo es necesario disponer de un injusto no culpable para la imposición de medidas de seguridad y el castigo de eventuales intervinientes, vid. MAIWALD, *JuS*, (7), 1981, p. 477.

<sup>64</sup> Sobre esto mismo, por todos, vid. GRECO, «Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld», *GA*, 2009, pp. 638 y ss., p. 645, con ulteriores referencias a la doctrina en este mismo sentido.

<sup>65</sup> Sobre el injusto configurado al margen de la concreta posibilidad, vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 261 y s., con numerosísimas referencias bibliográficas en ese sentido, n. 32.

<sup>66</sup> Cfr. MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, p. 235; POPPE, *Die Akzessorietät der Teilnahme*, 2011, p. 253; LOOS, «Zur Bedeutung des Unrechtsbegriffs im Strafrecht», *FS-Maiwald*, 2010, pp. 479 y s.; o ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania», *InDret*, (4), 2012, p. 18.

### 3.3. El principio del *impossibilium nulla obligatio est* ante las colisiones de deberes

Además de operar en el plano de legitimación individual de los deberes, es común la afirmación según la cual el principio voluntarista también despliega sus efectos en un segundo plano sistemático, esto es, en el de la evaluación conjunta de los deberes que se pretenden imponer a un agente concreto.<sup>67</sup> Dado que, como hemos visto, el axioma voluntarista no tiene según la doctrina dominante una vigencia absoluta, la defensa de la resolución de los conflictos en el ámbito del injusto se completa habitualmente afirmando que no hay ninguna razón práctico-funcional ni axiológica por la que en tales supuestos no debiera regir el principio voluntarista.<sup>68</sup> La rotundidad con la que la doctrina acepta la vigencia del *impossibilium nulla obligatio* en caso de colisiones de deberes parece guardar relación directa con la noción de incapacidad que define conceptualmente las situaciones de conflicto. Como ya se ha adelantado aquí, y pese a que la doctrina no suele pronunciarse de forma expresa al respecto, lo cierto es que, con carácter general, se alude a la incapacidad, entendida en un sentido físico-intelectual, de cumplir con lo prescrito.<sup>69</sup> Es decir, la imposibilidad que caracterizaría las colisiones de deberes es aquélla referida a la incapacidad objetiva de llevar a cabo aquel comportamiento que ha sido comprendido y querido. Más concretamente, se alude a la incapacidad físico-intelectual de cumplir con dos deberes, una vez se ha afirmado la posibilidad de cumplir ambos por separado.<sup>70</sup>

Dado que a la hora de legitimar individualmente los deberes parece efectivamente necesario tomar en consideración la capacidad físico-intelectual del obligado, en especial cuando se trata de la legitimación de deberes de actuar (mandatos), resulta comprensible que la doctrina mayoritaria, definiendo los conflictos como colisiones entre dos mandatos, abogue igualmente por tomar en cuenta la incapacidad físico-mecánica o intelectual del agente ya en el plano del injusto. La facilidad con la que la doctrina mayoritaria vincula el nacimiento cumulativo de los deberes en situaciones de conflicto a la concreta capacidad del agente se explica también por el baremo de incapacidad que aquélla acoge. Aunque no ha sido excesivamente tratado por los autores que abordan el problema de los conflictos de deberes, con alguna excepción,<sup>71</sup> los autores que sí se ha pronunciado al respecto de manera explícita abogan a la hora de definir las nociones de capacidad e incapacidad físico-intelectual por recurrir a la figura del hombre medio y, por lo tanto, por la toma en consideración de una imposibilidad objetiva. «Lo especial en la colisión de deberes es el hecho de que no solo el autor que tenemos delante de nuestros ojos, sino ningún ser humano del mundo podría cumplir todos los mandatos de acción. Concorre una imposibilidad general para todo autor

<sup>67</sup> Cfr. HRUSCHKA, *FS-Reimers*, 1979, pp. 470 y s. La alusión al axioma del *impossibilium nulla obligatio* es una constante a la hora de iniciar el análisis de la colisión de deberes. Tales conflictos esperan una solución, pues ningún Ordenamiento puede exigir o castigar aquello que se estima como imposible desde un principio. Cfr. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 177; o KÖHLER, *AT*, 1997, p. 297.

<sup>68</sup> Vid. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 23 y ss.

<sup>69</sup> Sobre la capacidad como posibilidad de llevar a cabo el comportamiento reconocido y deseado, vid. MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, p. 195.

<sup>70</sup> Cfr. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 117.

<sup>71</sup> Cfr. JOERDEN, *Dyadische*, 1986, p. 29: «debe ser remarcado que las modalidades “seguro”, “posible” e “imposible” guardan relación con *las correspondientes capacidades del individuo a obligar*. [...] Se trata más bien siempre de *las* posibilidades, que tiene o no tiene el potencial destinatario del deber». [cursiva en el original].

posible. La situación de colisión de deberes queda así caracterizada por el hecho de que el destinatario de la norma es por principio absolutamente fungible. Por consiguiente, se trata ésta de una imposibilidad general en una situación particular». <sup>72</sup> Así las cosas, la misma definición de la situación de imposibilidad, necesariamente objetivo-general, allana el camino para admitir la vigencia del principio voluntarista, que veda la posibilidad a auténticos conflictos de deberes irresolubles en el ámbito del injusto. <sup>73</sup>

Sin embargo, como también ya se ha mostrado en el primer capítulo de este trabajo, <sup>74</sup> no faltan quienes entienden que el axioma voluntarista puede desplegar efectos en el plano de la legitimación individual de los deberes, pero nunca una vez estos han sido considerados aisladamente como deberes de posible cumplimiento. Como señalaba ANDROULAKIS, en los conflictos de deberes ambas obligaciones son de posible cumplimiento, de modo que no cabe negar el nacimiento de ninguno de los dos deberes cobijándose bajo el paraguas del axioma voluntarista. Lo imposible sería únicamente resolver el conflicto, pero nunca dar cumplimiento a cada uno de los deberes que se presentan. <sup>75</sup> O en palabras de PAEFFGEN, «el no querer salvar pese a disponer del poder de evitación (y la posición de garantía) es, desde la perspectiva de la víctima, una injerencia antijurídica». <sup>76</sup> Adviértase, por último, que los argumentos acabados de esbozar en contra de la resolución de los conflictos de deberes (equivalentes) en el plano del injusto son precisamente los mismos que se arguyen a propósito del problema sobre la concreta ubicación sistemática del instituto entre los partidarios de la teoría de la tipicidad y los de la justificación. <sup>77</sup> En realidad, lo que los primeros achacan a los segundos es que éstos últimos conculcan el axioma voluntarista al aceptar que dos deberes (*prima facie*) entran en colisión y que el obligado lo está por uno que resulta de imposible cumplimiento. <sup>78</sup>

---

<sup>72</sup> Vid. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000. p. 119, y en p. 20, donde parece asumir la clásica distinción entre el deber abstracto absolutamente objetivo-general y el deber individualizado culpable, ello también en el delito omisivo. Así también, ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 121, n. 438. Y parece que para ROXIN también se trataría de un baremo general en la medida en que alude a la imposibilidad humana (*menschennmöglich*), a una imposibilidad objetiva («was objektiv überhaupt möglich ist»), sin alusión alguna a la individualidad del propio destinatario de las dos normas. Vid. ROXIN, «Die notstandsähnliche Lage — ein Strafunrechtsausschließungsgrund?», *FS-Oehler*, 1985, p. 186; y EL MISMO, *AT*, 4ª ed., v. I, 2006, § 16 D, nm. 119, señalando que «para que un comportamiento pueda ser, sin embargo, enjuiciado como contrario a Derecho debe como mínimo haber existido la alternativa teórica de un comportamiento conforme a Derecho», pues, «donde no haya un camino correcto y, por tanto, no se pueda constatar una falla de comportamiento, solo se podrá censurar al destino y no al ser humano sujeto al mismo; pero el destinatario de la norma es solamente el ser humano, y no el destino».

<sup>73</sup> Cfr. En este sentido ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 121, n. 438, quien vincula el ámbito sistemático en el que dar entrada al principio de imposibilidad en función de su carácter objetivo (tipo) o subjetivo (culpabilidad).

<sup>74</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), i).

<sup>75</sup> Cfr. ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik*, 1963, pp. 127 y s., quien defiende para estos casos la solución de los conflictos en el ámbito de la exculpación. Cfr. Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), i).

<sup>76</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 174.

<sup>77</sup> Sobre ello, con detalle, vid. Cap. 1, apdo. III, 4.1.

<sup>78</sup> Por todos, JOERDEN, *Dyadische*, 1986, p. 85; y RÖDIG, «Zur Problematik des Verbrechensaufbaus», *FS-Lange*, 1976, p. 59, n. 44, quien a propósito de la relación entre tipicidad y justificación afirma que: «como toda relación de regla-excepción, la relación acabada de referir [tipicidad-antijuridicidad] no representa en realidad nada más que una descripción disimuladora de una contradicción lógica» (p. 47). Aunque parece que toda la disonancia doctrinal en este punto pende sencillamente de cómo se comprenda la relación entre los niveles del tipo y la antijuridicidad y de cuándo se estime que nace un auténtico deber penal, no deja de sorprender que la objeción



### 3.4. Conclusiones provisionales

Tratando de sintetizar qué papel desempeña el principio voluntarista en el modo en el que habitualmente se trata de resolver las colisiones de deberes cabe concluir lo siguiente: en primer lugar, la doctrina parece operar mayoritariamente con un concepto de capacidad físico-intelectual, definido a partir de la figura del hombre medio, esto es, colisionan dos deberes cuando es imposible por razones físico-intelectuales dar cumplimiento a ambos deberes desde una perspectiva objetiva; en segundo lugar, cabe concluir que, si bien se alude insistentemente al principio voluntarista como factor decisivo a la hora de no castigar al obligado por el deber que se incumple, lo cierto es que la doctrina no ha prestado demasiada atención a la razón última por la que dicho principio explicaría la irrelevancia penal de la defraudación de las expectativas jurídicas de la víctima del conflicto. La plausibilidad del adagio parece hacer olvidar la necesidad de examinar por qué razón no cabe legítimamente imponer a un agente deberes cuyo cumplimiento se excluye mutuamente, más aun cuando se tiene en cuenta el reducido ámbito de validez de dicho principio en la concepción general del injusto penal de la doctrina mayoritaria.

Podría pensarse que esta crítica es exagerada y que, en definitiva, la doctrina no insiste en el fundamento último del principio porque en nada se distingue de la aplicación que se hace del principio de incapacidad a la hora de legitimar individualmente los deberes. Sin embargo, por un lado, el alcance y vigencia de dicho principio en la legitimación individual de deberes distan mucho de ser pacíficos y claros. Por otro lado, la doctrina no traslada en bloque el concepto que maneja de capacidad o incapacidad en el plano individual al de la colisión de deberes. Ello se manifiesta, por ejemplo, en el planteamiento de ROXIN, quien sostiene un baremo individualizado para la legitimidad del mandato, pero un concepto de imposibilidad general en la colisión de deberes.<sup>79</sup> Bien mirado, entre la legitimación individual de deberes y la colisión de deberes media una diferencia importante que parece impedir una traslación sin más del concepto de posibilidad y del axioma voluntarista. Como JAKOBS ha puesto de relieve, cuando coliden dos deberes, el obligado puede cumplir ambos de forma alternativa, lo único que no puede hacer, es cumplirlos de manera cumulativa.<sup>80</sup> La falta de un análisis más profundo de la noción de (in)capacidad ante colisiones de deberes, así como del fundamento y alcance del principio voluntarista ha llevado a la doctrina a otorgar a esta forma de imposibilidad efectos absolutamente dispares. Mientras que para unos autores dicho axioma opera en el tipo, para otros lo haría a modo de causa de justificación y para otros desplegaría sus efectos únicamente en el plano de la culpabilidad, obstaculizando la imputación personal de la infracción de deber que aparece como ineludible.

---

de JAKOBS contra la “teoría del tipo” sea exactamente la misma que ANDROULAKIS formula en contra de la teoría de la justificación. Vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6, n. 10.

<sup>79</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, 4ª ed., v. II, 2003, II § 31, nm. 8 y ss., quien niega ya la existencia de una omisión cuando el obligado es individualmente incapaz, pero adopta un criterio objetivo de capacidad sin alusión alguna a la individualidad del propio destinatario de las dos normas ante supuestos de conflictos de deberes. Vid. ROXIN, *FS-Oehler*, 1985, p. 186; y EL MISMO, *AT*, 4ª ed., v. I, 2006, § 16 D, nm. 119,

<sup>80</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6, n. 10.

#### *4. El principio de capacidad como criterio rector del sistema de legitimación de normas de comportamiento*

##### **4.1. Introducción**

Llegados a este punto conviene preguntarse qué papel le corresponde realmente al principio voluntarista en la resolución de los conflictos de deberes. Para ello, entiendo oportuno analizar, en primer lugar, el alcance del referido principio en el marco de la legitimación aislada de deberes penales. Se trata, en esencia, de discernir por qué razón se tiene en cuenta el axioma voluntarista en el proceso de determinación de los deberes penales. Solo entonces estaremos en condiciones de concretar qué papel desempeña el principio de capacidad cuando lo imposible es dar satisfacción cumulativa a una pluralidad de deberes de posible cumplimiento individual. Adelantando las conclusiones a las que aquí se llega, lo pretendido es poner en evidencia que una concepción imperativa de la norma exige vincular la legitimación de los deberes penales al principio de capacidad, también cuando lo imposible es dar satisfacción cumulativa a una pluralidad de deberes. Así las cosas, la colisión de obligaciones constituye, en última instancia, un problema particular del fenómeno complejo de la determinación de las posiciones jurídico-penales de garantía, a resolver siempre en el plano de determinación de las normas de comportamiento. No existen, pues, conflictos de deberes irresolubles.

##### **4.2. *Impossibilium nulla obligatio* y la legitimación aislada de los deberes penales**

Una comprensión real del significado y alcance del axioma del *impossibilium nulla obligatio* en el plano individual de legitimación de un deber pasa necesariamente por dar respuesta a tres cuestiones específicas. En primer lugar, resulta imprescindible concretar qué se entiende realmente por obligar, es decir, qué entendemos por deber jurídico-penal.<sup>81</sup> En segundo lugar, parece también inevitable examinar por qué razón nadie debería estar obligado a lo imposible. Adviértase que lo único realmente imposible sería que el obligado diera cumplimiento a lo debido, pero ello no parece obstaculizar el surgimiento de exigencias quiméricas. El axioma del *impossibilium nulla obligatio*, salvo que se entienda como una fórmula meramente descriptiva, y sin duda no es este el modo en el que se concibe en la doctrina penal, precisa de un fundamento. Finalmente, en tercer lugar, resulta también necesario concretar a qué se alude realmente cuando hablamos de lo imposible,<sup>82</sup> es decir qué entendemos por incapacidad de cumplimiento. Veamos estas tres cuestiones con detalle.

---

<sup>81</sup> Pese a que OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 15 y ss., sí se ocupó del problema en el marco de la discusión sobre los conflictos de deberes, lo cierto es que la discusión contemporánea no presta apenas atención a la cuestión de qué se entiende a estos efectos por deber. Más allá de la delimitación del instituto en función de su carácter deóntico, así como la exclusión de los deberes morales, apenas se aborda esta cuestión. Esto queda claramente patente, por ejemplo, en la monografía de CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 58 y ss.; o en la escasa media página que SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, p. 18, le dedica en su monografía al problema del “concepto de deber”.

<sup>82</sup> E igualmente sorprendente me parece el escaso interés que la doctrina presta al problema de la definición de incapacidad en la discusión sobre los conflictos de deberes. Ello, más si cabe cuando se tienen en cuenta los

## a) La norma penal como razón para la acción

Con independencia de cuál sea el paradigma último de legitimación de las normas penales y con independencia de cómo se formule el fin último del Derecho penal (maximización de bienes jurídicos, coonestación justa de esferas de libertad, garantía de derechos subjetivos...), parece plausible afirmar que la manera en que el Ordenamiento jurídico-penal trata de lograr sus fines últimos es, en esencia, el recuso a la norma.<sup>83</sup> En la actualidad no existen demasiadas discrepancias en cuanto a la definición del Derecho penal como un conjunto de normas (*Inbegriff von Normen*).<sup>84</sup> Las disonancias surgen más bien a la hora de definir de qué tipo de normas se compone el Derecho.<sup>85</sup> En todo caso, sí cabe afirmar en este lugar que, como mínimo en el ámbito del Derecho penal, es común entender aquéllas como representaciones de una modalidad del uso prescriptivo o directivo del lenguaje.<sup>86</sup> El orden jurídico-penal contiene, en esencia, imperativos, esto es, proposiciones jurídicas prescriptivas que pretenden determinar conforme al patrón preestablecido por el emisor el comportamiento de aquellos sujetos a los que se dirigen.<sup>87</sup> La norma, señala MIR PUIG, constituye un «mensaje prescriptivo (que puede llamarse imperativo) que procede de un emisor (legislador) y se dirige a determinados (ciudadanos) y cuyo contenido consiste en la prohibición o prescripción de una conducta determinada en determinadas circunstancias».<sup>88</sup> Así pues, las normas jurídico-penales no constituyen una descripción de un estado de cosas concreto, sino, con carácter general, una prescripción de cómo debería ser aquél, permiten,

---

múltiples sentidos de incapacidad que se manejan en la doctrina actual. Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 36.

<sup>83</sup> Sobre los distintos modos en los que se ha concebido la norma, cfr. KORIATH, *Grundlagen*, 1994, pp. 25 y ss. Para una análisis de las antiguas concepciones que negaban la existencia de verdaderos deberes jurídicos, vid. HOLD-FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, v. I, 1903, pp. 132 y s., con ulteriores referencias a la doctrina.

<sup>84</sup> Por ejemplo, MIR PUIG, *Introducción*, 2ª ed., 2002, p. 29; EL MISMO, *PG*, 10ª ed., 2015, pp. 66 y ss., nm. 2 y ss.; o SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, p. 311. Para un estudio resumido de las tesis que han cuestionado a lo largo de la historia la concepción del Ordenamiento jurídico como un conjunto de normas, vid. p. ej., SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 1917, pp. 56 y ss.

<sup>85</sup> Vid. ENGISCH, en EL MISMO, *Beiträge zur Rechtslehre*, 1984, p. 32.

<sup>86</sup> Entre otros muchos, BOBBIO, *Contribución*, 1990, p. 285, con ulteriores citas acerca de la distinción entre el lenguaje prescriptivo y descriptivo; para NINO, afirmar el carácter prescriptivo de las normas es casi una “perogrullada”, vid. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 10ª ed., 2001, p. 63, analizando la norma en atención a los rasgos esenciales del uso prescriptivo o directivo del lenguaje, pp. 64 y ss. En la doctrina penal, por todos, con ulteriores citas sobre el estado de la cuestión en la filosofía del lenguaje y en la dogmática penal, vid. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 497, pp. 536 y s., n. 59; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 33, especialmente, n. 39; o SEEBAB, *JRE*, (2), 1994, p. 382.

<sup>87</sup> Cfr. por todos, THON, *Rechtsnorm*, 1878, pp. 3 y ss., 71 y ss., 90 y ss.; HOLD-FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, v. I, 1903, p. 289; WELZEL, *Naturalismus*, 1935, p. 85; KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, pp. 119 y ss., 135 y ss., 139 y ss.; GALLAS, «Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», *FS-Bockelmann*, 1979, p. 156; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 121; MORITZ, *Theoria*, (19), 1953, p. 220; KRAUSHAAR, «Das Gewissen im Strafrecht und die Konsequenzen für die Begriffe der Rechtsnorm und der Rechtswidrigkeit sowie die Regelung des Verbotsirrtums», *GA*, 1959, pp. 329 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, pp. 512 y ss., 540 y ss., 584 y ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 33; ROBLES PLANAS, «Sobre la exclusión del injusto penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 185 y ss., p. 186, n. 7; o GRECO, *Lebendiges und Totes*, 2009, p. 16. Con esto no se pretende asumir aquí la tesis del dominio exclusivo de la norma imperativa (así en cambio, THON, *Rechtsnorm*, 1878, p. 8), sino simplemente se pretende señalar que la mayoría de normas jurídico-penales son órdenes que imponen una conducta con la pretensión de influir en su destinatario.

<sup>88</sup> Así, MIR PUIG, «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», *RECPC*, (06-02), 2004, pp. 7 y s. Y en este mismo sentido, vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1984, p. 33.

pues, armonizar una aspiración de deber ser con la realidad.<sup>89</sup> «El dador de la norma no dice: así es de hecho; sino que dice: así debe ser por Derecho».<sup>90</sup> Nos podemos entonces referir a ellas como una especie del género de las «proposiciones prescriptivas», compuestas básicamente por tres elementos constitutivos: el sujeto que emite la prescripción; la acción prescrita, esto es, el objeto de la norma; y finalmente, el sujeto al que va dirigida la prescripción, el destinatario de la norma.<sup>91</sup> «El que ordena da a conocer su voluntad; él dice: yo quiero. Y cuando el disconforme replica: yo no quiero, entonces apremia quien ordena: ¡tú debes! De manera más precisa, el ordenante dice: lo que tú quieres, me resulta indiferente, tú debes actuar como yo quiero, no como tú quieres; esto es, tú no debes cumplir con tu voluntad, sino con la mía».<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> Vid. LARENZ, *Metodología*, 1994, p. 243, n. 2. En la doctrina penal, constituyen sin embargo excepción en este punto los planteamientos de KORIATH, *Grundlagen*, 1994, pp. 57 a 59; 163 y ss., y HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997. Para HOYER, el Derecho penal pretendería igualmente influir sobre las conductas de los ciudadanos a fin de prevenir la lesión de bienes jurídicos, de modo que ofrece a quien está vinculado por el sistema jurídico (*Rechtsunterworfenen*) motivos para que adecúe su comportamiento a los deseos del Ordenamiento, privilegiando el comportamiento respetuoso de bienes jurídicos y discriminando el comportamiento que los lesiona. Ahora bien, esa influencia no se ejercería mediante el establecimiento de una norma de conducta, “prohibido X”, sino sencillamente mediante la puesta en relación inmediata del comportamiento en cuestión con la sanción prevista en el enunciado legal-normativo (*die gesetzte Norm*), “Si se quiere evitar la sanción S, es necesario no hacer X” (pp. 48 y ss.). Éstos, en contra de lo que sostiene la doctrina absolutamente dominante, no serían enunciados prescriptivos, sino enunciados puramente descriptivos, de modo que la ley penal se limitaría a especificar la consecuencia necesaria prevista para el comportamiento descrito. Es decir, «el enunciado legal-normativo — expresado de manera drástica— establece únicamente las condiciones generales del contrato bajo las cuales cabría únicamente llevar a cabo las formas de comportamiento reguladas» (p. 47). «Por lo tanto, con un comportamiento contrario a la norma el agresor no *lesiona* (validez del) Ordenamiento jurídico, sino que *contribuye* simplemente a su aplicación, la norma no es, pues, contradicha, sino practicada» (p. 206), pues «el destinatario de la norma tiene ante sí la posibilidad de escoger entre evitar el comportamiento amenazado con pena y con ello también el castigo, o asumir para sí como un paquete ambos» (p. 387). Y consecuentemente, «la penalidad con que se amenaza se comprende en el marco de una concepción como esta a modo de precio, con el fin de regular la demanda en atención a ciertas alternativas de decisión, de modo que cumple en esa medida exactamente la misma función que en el tráfico jurídico-privado desempeñaría el precio de compra» (p. 267). Así pues, no existirían normas imperativas configuradoras de un orden binario a partir del que distinguir entre lo justo y lo injusto, entre los comportamientos conforme a Derecho y los que no lo son. El delito se banaliza hasta el punto de convertir la pena del homicidio en el precio a pagar a cambio del poder acabar con la vida de otro sujeto. Esta asimilación entre la razón de la sanción (infracción de la norma de comportamiento) y la consecuencia (sanción) impide fundamentar la imposición de la sanción por la infracción de esa norma primaria, de modo que al fundamentar aquella afirmando que “era necesaria” en caso de que el autor se comportara de la forma descrita el argumento resulta circular. ¿Por qué era necesaria la imposición de la sanción? ¿Por qué cabe legítimamente imponer la sanción? El planteamiento de HOYER olvida que el Derecho penal no protege primariamente los intereses de los ciudadanos en la medida que asocia un mal a su lesión, sino a través de la determinación de normas de comportamiento y su refuerzo a través de la pena. Para una crítica en detalle de esta concepción de la norma penal, vid. NEUMANN, «Schrifttum: Andreas Hoyer, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann», *GA*, 1999, pp. 443 y ss., y 445 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, p. 20; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 109 y s.; y MIKUS, *Verhaltensnorm*, 2002, p. 22. En palabras de HAFKE, una comprensión de la norma como la arriba descrita «destruiría la norma de modo insalvable», pues «somete el homicidio al *ius cogens* del intercambio de homicidio y pena», restándole con ella la necesaria autonomía inherente a toda norma verdadera. Vid. HAFKE, «El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *LH-Roxin*, 1995, p. 132.

<sup>90</sup> Cfr. LARENZ, *Metodología*, 1994, p. 245; o ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 2011, p. 9.

<sup>91</sup> Así, BOBBIO, *Contribución*, 1990, p. 285.

<sup>92</sup> Cfr. HOLD-FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, v. I, 1903, p. 73. «Der Befehlende gibt nun seinen Willen kund; er sagt: Ich will. Und wenn der Widerstrebende erwidert: Ich will nicht, so gebietet der Befehlende: Du sollst!»

Se trata, pues, de una concepción voluntarista de la norma, (*sic volo, sic iubeo*), en la que ésta se concibe como una declaración de voluntad (*Willensäußerung*), dirigida y forjada para determinar conforme a aquélla el comportamiento del agente al que se dirige.<sup>93</sup>

A la concepción imperativa de la norma se la ha tachado en no pocas ocasiones de absolutista, además de incapaz de aprehender el carácter valorativo inherente a todo sistema de normas jurídicas. Sin embargo, lo cierto es que ésta no guarda relación necesaria alguna ni con concepciones absolutistas del sistema jurídico (*princeps legibus solutus*),<sup>94</sup> ni con concepciones utilitaristas-colectivistas de su objeto de protección.<sup>95</sup> El que la norma penal prescriba, de modo que un emisor, el Estado, ordene a un destinatario una forma concreta de comportarse no implica concebir la relación entre ambos como si de una relación de sometimiento entre soberano y súbdito se tratara, en la que el súbdito es reducido a la categoría de mero “representante” de la voluntad de la generalidad.<sup>96</sup> La concepción imperativa de la norma no obliga a relegar al ciudadano a la categoría de instrumento al servicio del bien común, subordinado al soberano, quien fija libremente qué es el bien común.<sup>97</sup> El hecho de que sea quien emite la norma el que determina —conforme a su inmediata voluntad— el comportamiento exigible al destinatario no la convierte de forma automática en una herramienta mediante la que el Estado impone su libre voluntad, instrumentalizando a todos aquellos sujetos sobre los que ejerce la coacción estatal. La legitimidad de una norma penal no depende de su carácter (imperativo o no), sino más bien de las razones últimas que permiten su nacimiento y la correspondiente imposición del deber. Por otro lado, no se desconoce aquí que en la teoría del Derecho se han sostenido igualmente concepciones de la norma no imperativas<sup>98</sup> y, en especial, que en el ámbito del Derecho penal

---

<sup>93</sup> Cfr. ENGISCH, *Die Imperativtheorie*, 1926, pp. 42 y ss.; MORITZ, *Theoria*, (19), 1953, p. 220; Kelsen, «Zum Begriff der Norm», *FS-Nipperdey*, v. I, 1965, p. 59; o SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, p. 623: «no puede olvidarse que el mecanismo decisivo de la protección de bienes jurídicos por el Derecho penal es la motivación, esto es, el establecimiento de directrices de conducta bajo la amenaza de penas». [Cursiva en el original].

<sup>94</sup> En este sentido, con ulteriores referencias, KRÜGER, *Der Adressat*, 1969, p. 48

<sup>95</sup> Así también, ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 2011, p. 10.

<sup>96</sup> Así no obstante, entre otros, THON, *Rechtsnorm*, 1878, pp. 114 y ss., quien ha sido históricamente considerado como el “padre” de la concepción imperativa de las normas penales, lo que explicaría en cierto modo la ligereza con la que en ocasiones se asimila imperativismo y absolutismo. En este sentido, igualmente, NAGLER, «Der heutige Stand der Rechtswidrigkeit», *FS-Binding*, v. II, 1911, p. 298.

<sup>97</sup> En este mismo sentido, fundamental, RENZIKOWSKI, «Pflichten und Recht — Rechtsverhältnis und Zurechnung», *GA*, 2007, pp. 564 y ss.

<sup>98</sup> Para un análisis de los planteamientos críticos con la concepción de las normas jurídicas como imperativos, vid. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 10ª ed., 2001, pp. 88 y ss.; en la literatura jurídico-penal, vid. KRÜGER, *Der Adressat*, 1969, pp. 41 y ss. E igualmente crítico con el planteamiento que absolutiza el carácter imperativo de la norma al reducir todo el fenómeno normativo a preceptos o prohibiciones, vid. LARENZ, *Metodología*, 1994, pp. 245 y ss.; o ENGISCH, *Einführung*, 9ª ed., 1997, p. 22. Tampoco se desconoce aquí la relevancia en la actual discusión sobre la teoría de las normas del planteamiento crítico con la teoría imperativa de JAKOBS. Para este autor, la norma se explica en tanto que expresión de una expectativa de conducta institucionalizada y estabilizada contrafacticamente. El delito, por lo tanto, constituye un fenómeno social en el que se ven afectados tanto la víctima como la colectividad. Consecuentemente, los presupuestos de la responsabilidad no estarían dados tanto por las condiciones psicológicas del acto comunicativo emisor-receptor, cuanto por el tenor de las normas de sanción determinadas por las exigencias de la comunicación social en orden a solventar el conflicto social que representa el delito. Cfr. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª ed., 2008, pp. 39 y ss., pp. 50 y ss. Sea como fuere, como el propio JAKOBS reconoce, lo cierto es que en su planteamiento no se prescinde por completo de la dimensión imperativa de la norma, ésta desarrollaría una función latente, un efecto psicológico secundario positivo, aunque ajeno a la lógica propia del Derecho penal. El que la función esencial de la norma penal sea motivar a su destinatario para que adecúe su comportamiento a la voluntad de quien emite la norma no implica

se ha defendido igualmente con tesón la tesis según la cual la norma penal se constituye como una norma de (des)valoración, de modo que el Ordenamiento jurídico penal, en lugar de imponer conductas debidas, está compuesto por una suma de juicios de valor, constituyendo así la norma el rasero para evaluar el comportamiento humano en cuestión.<sup>99</sup> La norma, así entendida, no prescribe nada, sino que expresa un deber ser impersonal, caracterizando como valiosos o disvaliosos ciertos estados de cosas o acontecimientos.<sup>100</sup> Sea como fuere, los mismos autores que históricamente han defendido la esencia valorativa de la norma, a su vez, han acabado en la mayoría de los casos, por reconocer igualmente su componente determinativo, de modo que la norma gozaría de una doble función (valorativa y determinadora de conductas) que, en esencia, se manifestarían en las estructuras dogmáticas de la antijuridicidad y de la culpabilidad respectivamente.<sup>101</sup> Solo a partir del reconocimiento de que la norma penal no solo instaura una valoración, sino que también procede a determinar, prohibiendo y mandando, cabría explicar por qué razón la norma penal no desaprueba hechos o estados de cosas, o por qué el sujeto que actúa en ausencia de acción no ha infringido la norma.<sup>102</sup> Hasta donde alcanzo, la discusión ya no parece versar sobre el carácter valorativo o imperativo de la norma, sino más bien sobre las cualidades que deben concurrir en el destinatario de la norma (imperativa) para que sea legítima la imposición de un deber penal.<sup>103</sup> Y ello con independencia de que se abogue por una concepción dual

---

que dicha norma no desencadene consecuencias adicionales. Me parece plausible afirmar que la norma imperativa, además de motivar al potencial autor, puede reafirmar las expectativas de conducta de quienes esperan un comportamiento adecuado a la norma. La visión de la norma como expresión de una expectativa de conducta institucionalizada defendida esencialmente por JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª ed., 2008, p. 39, pp. 50 y ss., no resulta, como pone claramente de manifiesto SILVA SÁNCHEZ (*Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, pp. 26 y ss.; EL MISMO, *Aproximación*, 2ª ed., 202, pp. 585 y ss.) incompatible con una concepción imperativa de la norma. De esto último da buena cuenta el acercamiento progresivo del mismo JAKOBS hacia las concepciones imperativistas más clásicas, de modo que, sin dejar de negar que la norma constituye fuente de expectativas y orientación social, ésta es a su vez directiva de conducta. Cfr. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 15 y ss., 22 a 24. El segundo planteamiento crítico con la concepción de la teoría de las normas mayoritaria que resulta de obligada mención aquí es el defendido en un primer momento por KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 16, 18, 53, 148, quien pretende, a partir de la distinción entre norma de conducta y regla de imputación, aislar por completo la dimensión de negación de la norma respecto de la imputación, ello, a partir de una objetivización absoluta de la norma de comportamiento que se determina completamente al margen de la figura de su destinatario. Sobre esto mismo, vid. *infra* n. 132.

<sup>99</sup> En este sentido, entre otros, NAGLER, *FS-Binding*, v. II, 1911, pp. 273 y ss.; EL MISMO, «Der Begriff der Rechtswidrigkeit», *FG-Frank*, v. I, 1930, pp. 339 y ss.; o NOWAKOWSKI, «Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit», *ZStW*, (63), 1951, pp. 288 y ss.

<sup>100</sup> Al respecto, fundamental, MEZGER, «Die subjektiven Unrechtselemente», *GS*, (89), 1924, pp. 241 y ss.; NAGLER, *FS-Binding*, v. II, 1911, p. 332; MAIHOFER, «Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre», *FS-Rittler*, 1957, p. 143; o NOWAKOWSKI, *ZStW*, (63), 1951, pp. 290 y s. En la actualidad, en este sentido, vid. por ejemplo RÖTTGER, *Unrechtsbegründung*, 1993, p. 228 o SCHROTH, *Vorsatz*, 1998, p. 19.

<sup>101</sup> Para un estudio detallado de las concepciones de la doble naturaleza de la norma, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 271 y ss., o SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, pp. 542 y ss.

<sup>102</sup> Una descripción paradigmática de esta doble naturaleza de la norma puede verse en WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, pp. 26 y ss. Poniendo en evidencia las concesiones al carácter imperativo de la norma a las que los autores valorativistas se vieron desde el principio abocados, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, 5ª ed., v. I, 2012, pp. 431 y ss.; o SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, p. 541, n. 107. De forma paradigmática, vinculando el juicio de antijuridicidad con la función valorativa de la norma y el juicio sobre la culpabilidad con la función imperativa de aquella, vid. GALLAS, *FS-Bockelmann*, 1979, p. 158.

<sup>103</sup> Señalando que es la concepción imperativa de la norma la ampliamente dominante en la doctrina actual, KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, p. 25, n. 35, quien entiende que, en todo caso, una concepción valorativa de la norma no está reñida con el reconocimiento del axioma voluntarista, pues no puede valorarse como “incorrecto” aquello que es inevitable.

(valorativa e imperativa) o unitaria de la norma.<sup>104</sup> En pocas palabras, la cuestión principal es ahora decidir qué grado de individualización del imperativo se requiere para admitir su nacimiento, en definitiva, el eterno problema del destinatario idóneo de la norma y de la posibilidad o conveniencia de una noción de injusto no plenamente culpable.<sup>105</sup>

### b) ¿Por qué no obligar a lo imposible?

Pues bien, si resulta que la norma nace con la pretensión de determinar el comportamiento de aquel a quien se dirige, resulta plausible afirmar que su idoneidad instrumental está supeditada a ciertos requisitos, no solo en lo que se refiere a su emisor, sino también en relación a la persona de la que se espera la realización de la conducta prescrita.<sup>106</sup> Es decir, la razón directiva última de la norma supedita necesariamente su legitimación a su eficacia en la determinación del comportamiento de su destinatario.<sup>107</sup> Quien emite una expresión directiva, una norma, pretende que su voluntad se haga realidad, por lo que está reconociendo como presupuesto elemental de operatividad del directivo que éste llegue a su destinatario, estableciéndose una relación comunicativa efectiva.<sup>108</sup> Como señala MOLINA FERNÁNDEZ, ese carácter marcadamente instrumental de la norma obliga a tener siempre muy presentes todas aquellas circunstancias que rodean al destinatario a la hora de determinar una norma jurídica.<sup>109</sup> Un emisor racional de normas debe atender primariamente a su potencial receptor antes de tratar de imponer su voluntad. Si efectivamente pretende emitir una norma que sirva como guía para la acción, ésta debe estar a la realidad de a quien pretende motivar, para, a partir de dicha norma, tratar, ahora sí, de imponer su voluntad.<sup>110</sup>

Adviértase que la vinculación de la legitimidad de la norma a su funcionalidad no obedece única y exclusivamente a un argumento de razonabilidad práctica. No se trata solo de no emitir normas funcionalmente inidóneas. Toda promulgación de una norma penal trae consigo, al margen de los efectos positivos que la justifican de forma inmediata, una cierta

---

<sup>104</sup> Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 99.

<sup>105</sup> Cfr. PAWLIK, «¿El paso más importante de la dogmática de la última generación?». Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en Derecho penal», en EL MISMO, *La libertad institucionalizada*, 2010, pp. 109 y ss.

<sup>106</sup> Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 502.

<sup>107</sup> Cfr. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 16 y s., p. 19; y en el mismo sentido, vinculando la legitimidad de la norma penal a su carácter funcional, vid. KRAUSHAAR, *GA*, 1965, p. 16 y ss., 20 y s.; o SILVA SÁNCHEZ, en LUZÓN PEÑA (ed.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, p. 167: «si se concibe la norma como imperativo dirigido a determinar a los ciudadanos, a motivarlos a la realización de conductas conformes a Derecho, está claro que no se puede prescribir lo que se quiera, sino que existen límites de poder inmanentes al propio concepto de norma y de antijuridicidad elegido».

<sup>108</sup> Cfr., MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 508.

<sup>109</sup> Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 502, quien advierte una «cierta tendencia a circunscribir el análisis de los elementos del discurso directivo, sobre todo cuando éste adopta la forma imperativa de órdenes o mandatos, a los relativos al hablante, dejando en un segundo plano los que afectan al receptor del discurso, que es además la persona de la que se espera la realización de la conducta prescrita».

<sup>110</sup> Señala MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 511 y s., que la razón por la que la doctrina penal vendría tradicionalmente dirigiendo su mirada en la relación normativa al emisor sería doble; por un lado, el origen histórico de las normas como expresión de la voluntad del soberano; y, por el otro, la necesidad de extraer consecuencias jurídicas de una norma puramente abstracta y general, con independencia de su destinatario.

restricción de la libertad del sujeto al que se dirige.<sup>111</sup> Las normas de comportamiento delimitan y ratifican las esferas de libertad en las relaciones intersubjetivas, otorgando así a cada sujeto un espacio libre de actuación conforme a Derecho. Pero la garantía de una esfera de libertad implica necesariamente la restricción de otra.<sup>112</sup> El hecho de que tradicionalmente la doctrina no siempre haya reparado en los “costes” que supone en términos de libertad para el potencial autor la imposición de normas de comportamiento o, como mínimo, que no lo haya hecho a la hora de legitimar prohibiciones (deberes de omitir),<sup>113</sup> no empece para afirmar ahora que toda norma penal, por definición, limita necesariamente la libertad del sujeto al que obliga.<sup>114</sup>

Aunque no puede ser este el lugar en el que analizar con detalle los criterios últimos que permiten afirmar la legitimidad de una norma penal, sí debe afirmarse en este lugar que, más allá de los juicios valorativos que hablan en favor de la promulgación de una norma penal, la decisión de legitimación última depende siempre del carácter instrumental de la concreta norma que se pretende imponer. La norma de comportamiento debe ser, como mínimo, capaz de introducir en el proceso individual del autor un motivo para la acción, de modo que, ponderado este último con el resto de motivos que puedan estar presentes en el autor antes de actuar, éste proceda a decidir cómo comportarse en la situación concreta.<sup>115</sup> Pues bien, si resulta que la norma consiste en un mensaje prescriptivo dirigido por parte de un agente, el emisor, a un destinatario para que éste actúe según lo prescrito, parece plausible afirmar que, en esencia, dos son los conjuntos de circunstancias que permiten determinar plenamente una relación normativa imperativa funcional. Esto es, si resulta que la norma de comportamiento penal es legítima en tanto que útil en la consecución de los fines últimos del Derecho penal y,

---

<sup>111</sup> Al respecto, fundamental, FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 1, nm. 13; o EL MISMO, «Vor §§ 13 ff.», *MK*, 2ª ed., nm. 152 y ss.

<sup>112</sup> Cfr. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 2011, pp. 147 y s.; y FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 2, nm. 10 y ss. Sin embargo, podría pensarse que la norma penal en sí misma se limita a reforzar la distribución dada de esferas de libertad, de modo que no limitaría *ex novo* la posibilidad de actuación del potencial autor, sino que simplemente reforzaría el derecho subjetivo preexistente de la potencial víctima. Este es el modo en el que RENZIKOWSKI, «Normentheorie und Strafrechtsdogmatik», *ARSP*, (104), 2005, pp. 115 y ss., p. 134., concibe la norma de comportamiento, de modo que la doctrina mayoritaria confundiría dos planos radicalmente distintos, a saber, el de la función distributiva del Derecho (que él asigna a la predeterminación de derechos subjetivos) y el de la función de protección de aquellos (que se corresponde con el plano de la norma de comportamiento). Sin embargo, aunque fuera cierto que «al Derecho penal no le corresponde la tarea de delimitar unas esferas jurídicas respecto de otras», sino que «éste, más bien, se acopla de forma accesoria a un orden presupuesto de asignación jurídica, que debería ser garantizado a través de la amenaza de sanciones», a nadie se le escapa que la imposición de la norma penal que garantiza un derecho subjetivo concreto previo implica en cualquier caso una segunda restricción básica de libertad, tan o más relevante que la inherente a la previa definición de derechos subjetivos.

<sup>113</sup> En relación con los mandatos la doctrina sí ha reparado históricamente en la necesidad de valorar los costes que su imposición le generan al potencial autor, erigiéndose así la noción de la “exigibilidad” en un elemento esencial del delito omisivo. La razón por la que la “exigibilidad” en la imposición de deberes de omisión ha sido históricamente —con algunas excepciones, vid. HENKEL, *Exigibilidad e inexigibilidad*, 2008, pp. 45 y ss.— olvidada se encuentra básicamente en la creencia extendida de que los deberes de actuar gravan intensamente a su destinatario, a diferencia de las prohibiciones, que todo agente podría sin el menor esfuerzo cumplir. Sobre esto, vid. *infra*, apdo. IV, 2.

<sup>114</sup> Cfr. ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*, 5ª ed., 1997, pp. 35 y s.

<sup>115</sup> Vid. HOLD-FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, v. I, 1903, p. 78; o ENGISCH, en EL MISMO, *Beiträge zur Rechtstheorie*, 1984, pp. 32 y s., quien, asumida la necesidad de que la norma pueda motivar a su destinatario, distingue entre grados de asequibilidad normativa, de modo que el legislador le dirigiría la norma a todos los “capaces de voluntad”, si bien diferenciando en función del grado de capacidad de motivación en el momento de la infracción de la orden (pp. 33 a 35).



por otro lado, si resulta que dicha norma penal se configura como un imperativo dirigido por parte del Estado al ciudadano, cabe concluir que la legitimidad de la norma de comportamiento penal depende tanto del proceso de promulgación de la norma por parte del legislador penal, como de la capacidad de dicha norma promulgada para influir en el destinatario concreto al que se dirige. Es decir, por un lado, desde la óptica del legislador en tanto que emisor de la norma, es ineludible que éste establezca con claridad el contenido y el carácter (deóntico) del directivo de conducta que promulga. Ello, huelga decirlo, de forma idónea para que el potencial destinatario pueda llegar a comprender el contenido y el carácter de dicha norma.<sup>116</sup> Pero, por otro lado, ahora desde la óptica del destinatario, es preciso asimismo que quien va a recibir la norma pueda, en primer lugar, comprender el contenido y el carácter del directivo, en segundo lugar, identificar las circunstancias para el cumplimiento de dicha norma y, finalmente, en tercer lugar, es necesario que aquél tenga además la capacidad —en sentido amplio— de cumplir con lo prescrito.<sup>117</sup> Pese a la «cierta tendencia a circunscribir el análisis de los elementos del discurso directivo, sobre todo cuando éste adopta la forma imperativa de órdenes o mandatos, a los relativos al hablante, dejando en un segundo plano a los que afectan al receptor del discurso, que es además la persona de la que se espera la realización de la conducta prescrita»,<sup>118</sup> la posición del emisor de la norma y del eventual destinatario se encuentran en un plano absolutamente simétrico. Si la norma pretende determinar formas de comportamiento, lo importante es que aquélla sea capaz de influir en su destinatario, y para ello, igual de relevante es que el emisor sea capaz de concretar qué está prohibido como que el pretendido receptor de la norma reconozca y pueda comportarse conforme a ella.

Dejando ahora a un lado los presupuestos de validez funcional de la norma desde la perspectiva de quien la emite, en esencia, el problema del contenido y el carácter de la norma,<sup>119</sup> lo que ahora nos interesa a efectos de comprender el sentido y alcance del axioma del *impossibilium nulla obligatio* es en qué medida las circunstancias que rodean al obligado afectan a la legitimidad de una norma de comportamiento. Desde esta óptica se pueden distinguir, básicamente, cuatro requisitos fundamentales para la legitimación de una norma de comportamiento.<sup>120</sup> En primer lugar, es necesario que el destinatario conozca el contenido y el carácter de la norma que se ha promulgado. Como señala MIR PUIG, «[s]in la recepción no se produce la comunicación» de modo que «no tiene sentido suponer que las normas penales primarias se dirijan a motivar a aquellos seres que no pueden tomar conocimiento de ellas».<sup>121</sup> En segundo lugar, el nacimiento de una norma exige que el destinatario de la prescripción pueda identificar correctamente la presencia de la situación en la que ha de cumplir el

---

<sup>116</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 519.

<sup>117</sup> Sobre todo ello, fundamental, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 513 y ss.

<sup>118</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 502, 511, quien señala que este “olvido” histórico del destinatario de la norma guarda relación con la comprensión clásica de la norma como expresión de la voluntad del soberano, así como con las consecuencias que se derivarían del carácter abstracto y general de la norma dirigida *erga omnes*. (p. 512). Una defensa de la concepción imperativa de la norma frente a esta clase de argumentos puede leerse en HOLD-FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, v. I, 1903, p. 107; y posteriormente, en MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, pp. 50 y ss.

<sup>119</sup> Al respecto, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 514 y ss., y 519 y ss.

<sup>120</sup> Al respecto, con detalle, vid. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 521 y ss.

<sup>121</sup> Cfr. MIR PUIG, *RECPC*, (06-02), 2004, p. 14.

mandato.<sup>122</sup> «El individuo tiene que captar en su conjunto la situación en que se halla, de tal manera que sea *consciente* de las circunstancias que determinan el objetivo de la norma». <sup>123</sup> En tercer lugar, a quien se pretende obligar debe estar en disposición de tomar la norma que recibe como una auténtica razón para su acción, es decir, «el sujeto de la norma debe estar en disposición de asimilar la exigencia de vinculación de su comportamiento y tomar en cuenta la norma de determinación en la correspondiente decisión». <sup>124</sup> Y finalmente, en cuarto lugar, y este es el presupuesto de validez que ahora nos interesa, el destinatario de la norma tiene que ser capaz de cumplir lo prescrito. «La eficacia de una norma jurídica en el sentido de su capacidad para desplegar sus efectos, presupone la capacidad del destinatario de la norma para escoger con respecto a su comportamiento futuro entre varias alternativas». <sup>125</sup> Es decir, para poder hablar de una auténtica norma penal, de una norma idónea para influir a su destinatario, es indispensable que aquel sujeto que conoce la norma y reconoce las circunstancias que obligan a su cumplimiento, además, esté en disposición de comportarse conforme a lo prescrito, es decir, que sea capaz de cumplir la norma. El destinatario ha de poder decidirse a favor o en contra de la norma, es decir, se le deben presentar una pluralidad de formas de comportamiento que, agrupadas todas ellas, constituyan un verdadero espacio de comportamiento (*Verhaltensspielraum*). Este tiene que estar, como mínimo, compuesto por un comportamiento objetivamente adecuado a la norma, así como por uno que se distancia de la prescripción de conducta. <sup>126</sup> «Solo puede ser llevado a cabo, aquello que también puede ser omitido, y *viceversa*». <sup>127</sup> He aquí el fundamento que explica y justifica la vigencia del axioma voluntarista. El Ordenamiento no impone lo imposible porque sus normas se legitiman funcionalmente. <sup>128</sup> Allí donde la norma no resulta idónea para determinar el comportamiento de su destinatario, nada compensa los costes de libertad ínsitos en su promulgación. <sup>129</sup>

---

<sup>122</sup> Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 523, pp. 579 y ss.

<sup>123</sup> Cfr. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, p. 186. [cursiva en el original].

<sup>124</sup> Vid. KRAUSHAAR, *GA*, 1965, p. 21.

<sup>125</sup> Cfr. RÖDIG, *Einführung in eine analytische Rechtslehre*, 1986, p. 35.

<sup>126</sup> Cfr. RÖDIG, *Einführung in eine analytische Rechtslehre*, 1986, p. 35; sobre la noción de espacio de actuación, fundamental, PHILLIPS, *Der Handlungsspielraum*, 1974, pp. 15 y ss. Adviértase además que, si se entiende el injusto como expresión de sentido, resulta evidente que solo el que actúa, es decir, solo el que escoge entre comportarse o no conforme a la norma expresar realmente concordancia o menosprecio para con aquella. Solo el que actúa apartándose de la norma la infringe y solo el que cuestiona efectivamente la norma, erosiona su validez. El que tan solo se aparta objetivamente de la “norma”, podrá lesionar físico-materialmente un bien jurídico, pero no comportarse antijurídicamente. En este sentido, vid., ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 185 y ss.; o recientemente, muy claro, FRISCH, «Pena, delito y sistema del delito en transformación», *InDret*, (3), 2014, pp. 5 y ss.

<sup>127</sup> Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 50, n. 4. [Cursiva en el original].

<sup>128</sup> Cfr. AST, *Normentheorie*, 2010, p. 58: «Schließlich hat das Prinzip des *ultra posse nemo obligatur* seinen rechtfertigenden Grund darin, dass eine Norm, die Unmögliches verlangt, nicht generell geeignet ist, ein Handeln und damit auch ein Verursachen zu motivieren oder zu verhindern».

<sup>129</sup> Vid. AST, *Normentheorie*, 2010, pp. 58 y s., 111 y s.; KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 25, n. 35, entiende que también desde una comprensión valorativa de la norma cabe fundamentar el axioma voluntarista. «También cuando se parta del carácter de la oración jurídica como mera “norma de valoración” el principio del “*ultra posse nemo tenetur*” exigirá reconocimiento. Pues el objeto de la valoración es siempre un comportamiento humano, se trata precisamente de su correspondiente “ser debido” (“*Gesolltsein*”). Sin embargo, el Derecho no puede, no con carácter general, valorar como “incorrecta” una forma de comportamiento cuando las alternativas que entran en consideración quedan extramuros de lo posible: la “posibilidad” es elemento límite de la “valoración”. Sin embargo, lo cierto es que KÜPER ni explica por qué la norma de comportamiento debería ser entendida como una norma de valoración, ni (lo que es más importante) por qué razón el Ordenamiento jurídico no podría valorar como “incorrecto” más allá de lo posible. ¿Por qué razón no considerar “incorrecto” jurídicamente el homicidio cometido en ausencia de acción? Si la norma de comportamiento valora, ya no hay

### c) La capacidad de cumplimiento como presupuesto esencial para la legitimación de las normas penales

Hasta aquí los intentos por clarificar qué entendemos por norma y por qué razón no debería obligarse a aquello que es imposible. Ahora queda simplemente por concretar a qué nos referimos cuando aludimos a lo “imposible”, es decir, cuándo la incapacidad del destinatario bloquearía la posibilidad de legitimar una norma de comportamiento. En el epígrafe anterior se han enumerado los requisitos de eficacia instrumental de la norma, distinguiendo entre aquellos presupuestos que rodean a la figura del emisor de la norma y aquellos que afectan primariamente a su destinatario. Entre estos últimos, se ha distinguido, a su vez, entre cuatro presupuestos fundamentales para la eficacia de una norma penal, a saber: la identificación de las circunstancias para el cumplimiento del deber, el conocimiento de la existencia del deber, la asequibilidad normativa del destinatario de la norma y, finalmente, la posibilidad o capacidad de cumplir lo prescrito. Pues bien, aunque será en el próximo epígrafe en el que se concretará la noción de imposibilidad relevante a los efectos de determinar las colisiones de deberes, ha de quedar claro aquí que estos cuatro requisitos o presupuestos de eficacia de una norma de comportamiento, englobables en un concepto general de capacidad, desempeñan un papel idéntico a la hora de legitimar las normas penales, es decir, el principio voluntarista opera en estos cuatro casos impidiendo la legitimación de una norma penal.

Aunque no puedo detenerme en este punto, cabe y debe afirmarse que una concepción coherente de la norma de comportamiento como imperativo exige tomar en consideración en el momento de su legitimación todos sus presupuestos de eficacia por igual.<sup>130</sup> Las mismas razones que llevan a la doctrina mayoritaria a negar el nacimiento del deber cuando lo debido le es físicamente imposible al potencial obligado son las que llevan a afirmar que tampoco cabe legitimar un deber penal frente a quien no puede identificar las circunstancias para el cumplimiento de la norma, ya sea porque no puede identificar la presencia de la situación en la que se exige una determinada conducta, ya sea porque desconoce de la existencia de esa norma.<sup>131</sup> Y por la misma razón, tampoco resulta de recibo la objetivización de los baremos de capacidad a la hora de establecer las condiciones para la legitimación de las normas

---

razón por la que seguir vinculando su nacimiento a un presupuesto de su eficacia directiva. Podría todavía afirmarse que el Derecho valora la lesión de un bien jurídico solo como “incorrecta” cuando quien es causa podía haber evitado esa lesión. Pero la pregunta sigue siendo entonces por qué razón solo es incorrecto el resultado reconducible a un comportamiento humano evitable y qué diferencia existe entre la lesión de un bien jurídico necesaria y una evitable. Con razón ha vinculado la solución de los conflictos de deberes en el ámbito del injusto a una concepción imperativa de la norma CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 240: «si la función del injusto es tan sólo desvalorar objetivamente una conducta, no puede tener cabida en ese injusto la perspectiva de deber; el deber derivado de la norma aparecerá entonces en la culpabilidad, que es precisamente donde la norma ejerce su tarea de determinación concretada en un sujeto. La colisión de deberes, conforme a esto, aparecería y debería resolverse en el marco de la culpabilidad. Sin embargo, si se concibe la antijuridicidad como comprensiva de la función de determinación de la norma —bien con exclusividad, bien acompañada de la función de valoración— entonces no hay obstáculo para resolver como aquí se hace, la colisión de deberes en la esfera de la antijuridicidad».

<sup>130</sup> Al respecto, fundamental, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 536 y ss., 564 y ss., a excepción, claro está, de la voluntad de cumplimiento, que sí sería presupuesto de eficacia de la norma pero no de su nacimiento. Como aquí también, vid. KRAUSHAAR, *GA*, 1965, pp. 21 y ss., 24 y ss.

<sup>131</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 553 y ss.

penales. Quien no es capaz de llevar a cabo una conducta determinada no se convierte en destinatario idóneo del deber que obliga a esa conducta por el hecho de que otro ciudadano sí hubiera podido satisfacer ese deber. Las mismas razones que se esgrimen en la doctrina en favor de la subjetivización de los deberes de cuidado o de los deberes de actuar en el delito omisivo merecen ser estimadas a la hora de legitimar las prohibiciones. Todo deber, entendido como norma de comportamiento es legítimo solo cuando se dirige a quien puede cumplirlo, siendo irrelevantes tanto las razones específicas que determinan la imposibilidad de cumplimiento, como las diferencias existentes entre el agente obligado y el resto de ciudadanos en lo que se refiere a la capacidad de cumplimiento del concreto deber.<sup>132</sup>

---

<sup>132</sup> Cfr. AST, *Normentheorie*, 2010, pp. 58 y s. Evidentemente, la vinculación del nacimiento de los deberes penales a un concepto de capacidad más amplio que el de la mera posibilidad físico-intelectual a partir de un baremo abstracto-general implica apartarnos del concepto de injusto que ha manejado en los últimos tiempos la doctrina mayoritaria. Aunque no se puede abordar aquí con detalle la discusión acerca de la posibilidad o no de constatar un “injusto penal no culpable”, es posible afirmar ahora que ninguna de las grandes razones esgrimidas en contra de la tesis que aquí se asume justifican la conculcación del axioma voluntarista en la legitimación de los deberes penales. Por un lado, frente a quienes sostienen que la legitimación de la norma de comportamiento no puede depender de sus presupuestos de efectividad, de modo que las normas de comportamiento se limitarían a prohibir con carácter abstracto la causación de resultados lesivos o a ordenar su evitación, (así por ejemplo, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 18 y *passim*; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 27 y ss.; TOEPEL, *Kausalität*, 1992, pp. 17 y ss.; o MAÑALICH, *REJ*, (12), 2010, pp. 174 y s.; y recientemente, EL MISMO, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 17 y ss.) cabe objetar lo siguiente: en primer lugar, la imposición de deberes al margen de su destinatario resulta *per se* ilegítima en la medida en que deja abierta la posibilidad de que se impongan a un agente deberes de imposible cumplimiento. Una norma de comportamiento que prohibiera toda producción de un resultado de muerte, es, por un lado, demasiado amplia, pues prohíbe conductas que merecen estar permitidas (riesgo permitido) o conductas que son inevitables (*impossibillum*), pero además, por otro lado, resulta demasiado estrecha, pues no abarca formas de comportamiento que, pese a no conducir al resultado lesivo en cuestión, aparecen como inaceptables desde una perspectiva *ex ante* (tentativa). Cfr. FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 2, nm. 25 a 27. Los costes en términos de libertad ínsitos en la promulgación de la norma, como ha puesto claramente de manifiesto FREUND, no pueden encontrar en ese caso justificación racional alguna. En segundo lugar, un sistema de normas como meras prohibiciones de causar resultados lesivos resultaría absolutamente inidóneo para orientar a sus destinatarios, pues éstos no podrían concebir con claridad que es lo que realmente está prohibido y qué no, de modo que el sistema de normas dejaría de ser visto como un código de conductas definitivo e informativo en lo que a las posibles formas de comportamiento se refiere, para pasar a ser, en el mejor de los casos, un mero indicio de cuál es el modo en el que el legislador espera que me comporte. En este sentido, entre otros, vid. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 124, 352, 358 y 425; FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 2, nm. 25 a 27; EL MISMO, «Vor 13», *MK*, 2ª ed., nm. 152 y ss.; RUDOLPHI, «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», *GS-Armin Kaufmann*, 1989, pp. 371, 377 y ss.; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, pp. 202 y s.; RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, p. 57; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 257; MIR PUIG, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», *ADPCP*, 1988, pp. 661 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, pp. 586 y ss.; p. 624; o ROBLES PLANAS, en ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 187, n. 7; y EL MISMO, «La «teoría de la imputación objetiva»: algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro», en FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, 2015, pp. 33 y ss. Y en tercer lugar, no me parece tampoco concluyente la crítica de carácter lógico-formal que los partidarios de una norma de comportamiento categórica formulan contra quienes pretenden sujetar la legitimación de la norma a sus condiciones de eficacia. Tomar en cuenta al destinatario a la hora de legitimar la norma no supone afirmar que la norma de comportamiento informa acerca de las condiciones bajo las cuales cabe entender que ha sido infringida. Lo que sucede es que las condiciones que generalmente se tienen en cuenta para determinar su infracción (criterios de imputación), son, en esencia, los elementos que se toman en consideración a la hora de promulgar la norma y decidir si se dirige o no la norma al destinatario en cuestión. Esto es, no se trata de que la norma de comportamiento contenga la regla que establece que no cabe entenderla infringida cuando el autor no podía actuar de otro modo, sino simplemente, que el contenido objetivo de la norma abstracta solo se transforma en prescriptivo, en auténtico deber, frente a quienes están en condiciones de cumplir lo que se manda. Esos criterios, básicamente, la capacidad de cumplir lo que se pretende ordenar en sentido amplio, son tenidos en cuenta antes de promulgar la norma, de modo que a quien que no es capaz no se le dirige norma alguna y, por lo tanto, no hay ya necesidad alguna de valorar si la norma ha sido o no infringida. La norma no informa sobre los presupuestos de su infracción, sino que solo nace frente al agente capaz de infringirla. El enriquecimiento del proceso de legitimación desplaza el centro de atención desde la infracción a la imposición de la norma, mostrando en última instancia que la “teoría del delito” no es en

«Partiendo de la premisa de que las normas de comportamiento deben dirigir el comportamiento humano, no se pueden prohibir meros cursos causales —socialmente inadecuados— a través de prohibiciones de causación. Objeto de las órdenes de comportamiento solo puede ser aquello sobre lo que un ser humano puede influir».<sup>133</sup>

#### **4.3. *Impossibilium nulla obligatio* como axioma elemental del sistema de determinación de las posiciones de competencia penal ante conflictos de deberes**

##### **a) La imposibilidad en la colisión de deberes: concepto y baremo subjetivo**

Como ya se ha indicado, la situación de colisión de deberes se caracteriza por la imposibilidad del agente obligado de dar cumplimiento de manera cumulativa a dos (o más) obligaciones que, aisladamente, sí serían susceptibles de ser cumplidas. Es decir, la noción de capacidad juega aquí un papel doble, en una doble dimensión: en un primer plano, condiciona el nacimiento aislado de cada uno de los deberes en liza. Así, si el padre no sabe nadar, por mucho que se ahoguen sus dos hijos, no hay colisión de deberes, pues no cabe aisladamente la legitimación de ninguno de aquellos. En un segundo plano, el que ahora nos interesa, la (in)capacidad o (im)posibilidad se predica respecto del cumplimiento agregado de dos o más deberes en liza.<sup>134</sup> Lo imposible es dar cumplimiento a dos deberes de forma cumulativa cuando es posible cumplir ambos de forma alternativa. Aquí radica la diferencia entre un supuesto estándar de concurrencia de deberes, en el que un sujeto es gravado con múltiples deberes de posible cumplimiento cumulativo, y las colisiones de deberes, en las que el obligado queda gravado con deberes que guardan entre sí una relación de exclusión mutua.<sup>135</sup>

---

realidad una teoría de la infracción de la norma, sino de su legitimación. De parecida opinión, vid. ROBLES PLANAS, «La construcción del sistema del delito en la "Aproximación al derecho penal contemporáneo"», en ROBLES PLANAS/SÁNCHEZ OSTIZ GUITÉRREZ (eds.), *La crisis del derecho penal contemporáneo*, 2011, pp. 43 y ss., pp. 46 y ss. Y así también, vid. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 482 y s., n. 168, quien alude a la necesidad de una “meta regla” que «expresamente limite la obligación jurídica a quienes conozcan el contenido de una norma». Por otro lado, frente a quienes sí otorgan cierta relevancia a las condiciones de eficacia de la norma para su legitimación, pero se niegan a prescindir de la noción de injusto no culpable por la función “práctica” que el injusto no culpable desplegaría a la hora de evaluar cuestiones distintas a la responsabilidad penal del propio obligado, (por ejemplo, vid. GRECO, *GA*, 2009, pp. 638 y ss.) cabría afirmar que no es necesario para ventilar adecuadamente estos problemas conculcar el principio voluntarista en la determinación de las normas penales. En realidad, lo que se precisa aquí es el desarrollo de reglas y criterios autónomos y propios para cada institución, que aclaren su fundamento y alcance. En este sentido, claramente, vid. PAWLIK, en EL MISMO, *La libertad institucionalizada*, 2010, pp. 120, 129 y ss.; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 259 y ss., p. 261, n. 32; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 659 y ss.; o RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, pp. 234 y ss., pp. 251 y ss. Además, recientemente, en este mismo sentido, vid. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 36, n. 59. En definitiva, como señala MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, p. 494: «una concepción prescriptiva (imperativa) de la norma consecuentemente desarrollada obliga a evaluar la culpabilidad del agente como elemento de la infracción de la norma. [...] Pero la imposibilidad de conciliar la teoría prescriptiva de la norma con la distinción de antijuridicidad y culpabilidad no obliga a encontrar un modelo de alternativo de explicación de la norma, sino a buscar las distinciones analíticas necesarias para el delito por otro camino».

<sup>133</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 247.

<sup>134</sup> Cfr. HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, p. 274.

<sup>135</sup> Sobre la distinción entre concurrencia de deberes y colisión de deberes, vid. HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, pp. 259 y ss., 263 y s.

Sentado lo anterior, es momento de concretar qué tipo de imposibilidad es la que realmente caracteriza las situaciones de colisión de deberes. Se alude a una “imposibilidad subjetiva” cuando la imposibilidad de la conducta o del acontecimiento *prima facie* esperado guarda relación con las creencias y pensamientos del sujeto epistemológico. Desde esta perspectiva, son posibles los estados de cosas o las formas de comportamiento que no contradicen aquello que el sujeto en cuestión cree o sabe.<sup>136</sup> «Con otras palabras, si una persona no puede decidir a la luz de la totalidad de sus convicciones si una determinada afirmación es falsa, el estado de cosas que dicha afirmación describe resulta ser para aquél sujeto (en sentido subjetivo) posible».<sup>137</sup> Frente a este concepto de imposibilidad subjetiva se erige la noción de imposibilidad objetiva. Ésta no tiene nada que ver con las creencias, convicciones o pensamientos de un sujeto, sino que está determinada por el modo en el que está configurado el mundo material y el ser humano. Dicha imposibilidad tiene un *fundamentum in re*. La diferencia esencial entre ambas nociones de imposibilidad es que el trasfondo comparativo desde el que se predica la imposibilidad no está definido subjetivamente, sino que proviene de fuera, lo imposible queda heteroconformado. Pues bien, el concepto de imposibilidad que caracteriza la colisión de deberes es sin duda un concepto objetivo de imposibilidad. Y es un concepto objetivo de imposibilidad contexto-dependiente, es decir, la imposibilidad objetiva se predica respecto de un concreto sujeto en una concreta situación. Lo imposible es que el sujeto (X) en la situación (S), a tenor de todas las circunstancias concurrentes, pueda llevar a cabo las dos (o más) formas de comportamiento *prima facie* obligatorias.<sup>138</sup>

Esta imposibilidad objetiva empírico-contextual puede advertirse tanto en aquellas colisiones de deberes en las que una misma forma de comportamiento está prohibida y ordenada a la vez, las así llamadas colisiones lógicas, como en aquellas colisiones en las que dos formas de comportamiento distintas son exigidas sin que a su destinatario le sea posible cumplir ambas por razones físico-naturales.<sup>139</sup> En realidad, ambas son reconducibles a una imposibilidad lógica, esto es, a una única forma de comportamiento que aparece como prohibida y permitida.<sup>140</sup> El médico de cabecera que descubre la grave enfermedad infecciosa de su paciente (A) no puede cumplir su deber de garante para con (B), cónyuge de (A) y también

---

<sup>136</sup> Sobre las distintas concepciones de la “posibilidad” en la filosofía, vid. BURRI, «Möglichkeit» en *Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, v. II, 2011, pp. 1541 y s.

<sup>137</sup> Cfr. BURRI, en *Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, v. II, 2011, pp. 1541 y s.

<sup>138</sup> Cfr. LÜBBE, *Verantwortung*, 1998, pp. 53 y s.: «[e]l mundo en el que el mal A se evita es un mundo en el que eo ipso, esto es, sin que medie ninguna otra decisión, el mal B se realiza, y viceversa».

<sup>139</sup> Sobre la distinción entre estas dos clases de colisiones de deberes y de nociones de la imposibilidad, cfr. Cap. 1, apdo. III, 2.1.

<sup>140</sup> Así, en el caso del médico garante de los cónyuges que ha de lesionar su deber de secreto para proteger a su otro paciente, cabe advertir una misma forma de comportamiento (comunicar la enfermedad infecciosa) como prohibida y obligada. Sin embargo, nada distinto ocurre en las colisiones de deberes en las que se trata de dos formas de comportamiento distintas que se excluyen. Así, quien está obligado a salvar a (X) y a salvar a (Y) está obligado a no salvar a (X) y a no salvar a (Y) cuando por razones físico-naturales ambas conductas se excluyen, pues, el deber de salvar a (X) implica el deber de omitir aquello que se oponga a la salvación de (X), por lo tanto, el deber de omitir salva a (Y), siendo que, al mismo tiempo, el deber de salvar a (Y) implica el deber de omitir salvar a (X). Así las cosas, la salvación de (X) es mandada y prohibida, al igual que la salvación de (Y). Es esto lo que parece llevar a RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 217, n. 243, a señalar que no se trataría de una imposibilidad fáctica, sino normativa, pues ambos deberes son —por separado— de posible cumplimiento. Lo imposible por razones lógicas sería la obediencia a formas de comportamiento que prohíben y ordenan al mismo tiempo un idéntico comportamiento.

paciente suyo, sin infringir su deber de reserva del secreto profesional. Pero también le es imposible a ese mismo médico salvar a (X) y a (Y) cuando dispone de un único antídoto y ambos pacientes lo precisan de manera inmediata.<sup>141</sup>

Como ya se ha señalado, la noción de imposibilidad que nos interesa a los efectos de resolver los conflictos de deberes es objetiva. Esto implica dejar de lado las colisiones de deberes reconducibles a una imposibilidad subjetiva, también denominadas colisiones epistemológicas o doxásticas.<sup>142</sup> Aunque el axioma voluntarista rige con independencia de la razón que explica la imposibilidad de dar cumplimiento a un deber,<sup>143</sup> en lo que sigue no nos ocuparemos de aquellos conflictos de carácter epistemológico que pueden surgir, en primer lugar, por la incapacidad del obligado de advertir la situación de colisión y de prever el curso de cumplimiento de ambos deberes (capacidad como previsibilidad del curso causal).<sup>144</sup> Tampoco nos ocuparemos aquí de aquellas colisiones de deberes en las que el obligado no es capaz de advertir la obligación de cumplir con ambos deberes concurrentes, es decir, cuando, siendo consciente de la necesidad de cumplir ambos deberes por separado, no percibe la obligación de cumplir ambos de manera cumulativa; ni de aquellos supuestos en los que la inimputabilidad de un sujeto, que es capaz de dar cumplimiento a ambos deberes por separado, afecta a su capacidad de dar cumplimiento a los dos de forma cumulativa. En lo que sigue, pues, nos interesan únicamente las colisiones de deberes que obedecen a una imposibilidad objetiva de cumplimiento, tenga ésta una naturaleza puramente físico-mecánica u obedezca a la incapacidad intelectualmente condicionada de cumplir con los dos deberes de forma cumulativa. Es decir, las situaciones de colisión de deberes de las que nos ocuparemos en este trabajo son aquéllas en las que el obligado no es físicamente capaz de realizar lo prescrito o no dispone de la habilidad y los conocimientos necesarios para ello en un supuesto concreto, una vez ha comprendido la situación de conflicto y la necesidad *prima facie* de dar satisfacción a todos los deberes concurrentes.<sup>145</sup>

---

<sup>141</sup>Afirmar como a veces se lee (LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 71/72) que las colisiones lógicas no integrarían el instituto penal de la colisión de deberes porque una obligación limitaría a la otra no resulta plausible. Por un lado, porque como veremos más adelante, también en los conflictos materiales los deberes se limitan entre sí. Y por el otro, porque afirmando que un deber limita al otro simplemente se desplaza el problema, que sigue siendo concretar qué deber, por qué razón y de qué modo desplazaría al concurrente. A estas tres preguntas responde la dogmática de la colisión de deberes, al margen del carácter lógico o material del conflicto. Así pues, a los efectos que ahora importan, carece de trascendencia la distinción entre colisiones lógicas y materiales. Las segundas pueden ser también reconducidas a una imposibilidad lógica. Lo relevante es, única y exclusivamente, que el destinatario de ambos deberes no puede en sentido objetivo absoluto llevar a cabo ambas formas de comportamiento de manera cumulativa

<sup>142</sup> Cfr. BURRI, en *Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, v. II, 2011, p. 1542.

<sup>143</sup> Cfr. MÜNzBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, pp. 192 y ss.; y MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 553 y ss., 564 y ss.

<sup>144</sup> Es decir, el sujeto debe además de prever cómo cumplir cada deber por separado, tener la capacidad de advertir la situación de concurrencia de deberes y de prever cómo cumplir con ambas formas obligaciones de manera cumulativa. Así, se encuentra en situación de colisión de deberes epistemológica aquel guardabosques que intenta rescatar a dos excursionistas envenenados por haber ingerido unas bayas venenosas y no sabe que, además de la dosis de antídoto que lleva consigo, una de las dos víctimas porta escondida en su maleta una segunda dosis. El guardabosques puede salvar a uno o a otro, pero no a los dos, porque no es capaz de advertir cómo proceder a salvar a ambos necesitados.

<sup>145</sup> Sobre ambas nociones particulares del concepto de capacidad, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 524 y ss., 530; y equiparando asimismo ambas nociones bajo el concepto más general de capacidad como “factibilidad” (*Durchführbarkeit*), vid. MÜNzBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, pp. 195 y s., pp. 217 y ss. En

Pese a que la doctrina suele centrarse exclusivamente en la capacidad físico-mecánica de dar cumplimiento a los dos deberes concurrentes, lo cierto es que no existe ninguna diferencia normativa relevante entre el supuesto en el que la madre no es capaz de encontrar a tiempo el teléfono que le permite llamar al médico y salvar a su hijo y el supuesto en el que la madre, que sabe donde está el teléfono no consigue llamar al médico porque desconoce el número de teléfono.<sup>146</sup> En ambos casos estamos ante una imposibilidad objetiva contextualmente determinada que da pie a una verdadera colisión de deberes.

Llegados a este punto, resta ya simplemente por aclarar cuál es el baremo de imposibilidad al que ha de recurrirse para determinar la existencia de una colisión de deberes jurídico-penalmente relevante. Como ya se ha señalado, los pocos autores que en el ámbito de la colisión de deberes se han pronunciado al respecto abogan generalmente por un baremo abstracto-general. Así, SCHEID recurre a la figura del hombre medio para concretar la imposibilidad en la situación de colisión de deberes. «Lo especial en la colisión de deberes es el hecho de que no solo el autor que tenemos delante de nuestros ojos, sino ningún ser humano del mundo podría cumplir todos los mandatos de acción. Se da una imposibilidad general para cada posible autor».<sup>147</sup> Sin embargo, no alcanzo a ver por qué razón debería regir aquí algo distinto a lo que, por ejemplo, defiende la doctrina (hoy en día ya mayoritaria) en la determinación del tipo objetivo en el delito omisivo.<sup>148</sup> La noción de imposibilidad debe necesariamente predicarse en atención al concreto destinatario de los dos deberes, en atención a sus capacidades individuales y a la situación que le rodea.<sup>149</sup> El padre que es algo menos rápido nadando que la media del resto de padres (¿de su edad? ¿de su estatura? ¿de su complejión física?) y que no puede satisfacer ambos deberes de manera cumulativa, se encuentra en una situación de colisión de deberes, también en caso de que la mayoría de los padres sí hubiera podido dar cumplimiento a ambas obligaciones. Y por la misma razón, no

---

realidad, en el ámbito del delito omisivo es sin duda doctrina mayoritaria la que reúne conceptualmente ambos tipos de incapacidad. En este sentido, entre otros muchos, vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 29/10 y ss.; ROXIN, *AT*, v. II, 2003, § 31 II, nm. 8 y ss., con multitud de citas a la doctrina en este mismo sentido (n. 17); o KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 18, nm. 30.

<sup>146</sup> Acertadamente, equiparando ambas nociones de la incapacidad de realizar la conducta debida, vid. MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, p. 217.

<sup>147</sup> Vid. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, p. 119, y en p. 20, donde pareciera asumir la clásica distinción entre el deber abstracto absolutamente objetivo-general y el deber individualizado culpable, ello también en el delito omisivo. Así también, ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 121, n. 438. Y parece que también para ROXIN se trataría de una imposibilidad físico-intelectual valorada conforme a un patrón general, aludiendo en este sentido a la “imposibilidad humana” (*menschenunmöglich*) y a una “imposibilidad objetiva” (*«was objektiv überhaupt möglich ist»*). Vid. ROXIN, *FS-Oehler*, 1985, p. 186; y EL MISMO, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 D, nm. 119, señalando que «para que un comportamiento pueda ser sin embargo enjuiciado como contrario a Derecho debe como mínimo haber existido la alternativa teórica de un comportamiento conforme a Derecho». Así también, SCHLEHOFER, «Vor §§ 32 ff.», *MK*, 2ª ed., nm. 217; o HIRSCH, «Vor § 32» *LK*, 10ª ed., nm. 73.

<sup>148</sup> Por ejemplo, vid. ROXIN, *AT*, v. II, 2003, § 31 II, nm. 9; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 13, nm. 57 y s.; o KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 18, nm. 30; o KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 36, nm. 9. Y en general, sobre la idea de posibilidad en el delito omisivo, vid. el profundo y clarificador análisis llevado a cabo por SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 31 y ss.

<sup>149</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, p. 626, n. 330, «de la propia estructura motivatoria de las normas primarias penales resulta (3) que sólo puede tratarse de incidir sobre conductas que el sujeto esté en condiciones de conducir (y evitar), esto es, dolosas o culposas. Sólo ellas, en efecto, entran dentro de lo que es factible condicionar por la motivación de la norma; no, en cambio, los procesos puramente fortuitos, inevitables para el sujeto y respecto a los cuales la conminación penal, como refuerzo de una directriz de conducta, es inútil, carece de sentido y, por tanto, no debe establecerse».



se encuentra en una situación de colisión de deberes el socorrista campeón nacional de natación que es capaz de cumplir dos deberes de socorro cumulativos que ningún otro socorrista hubiera logrado cumplir. ¿Por qué razón iban a mutar esos dos deberes en un único deber alternativo (salva a uno o a otro) cuando su destinatario podía sin ningún problema darles cumplimiento? El principio del *ultra posse*, también en este segundo escalón, queda necesariamente configurado a partir de un baremo de capacidad individual. Aquello que es “posible” o “imposible” guarda siempre relación única y exclusivamente con la capacidad de aquél a quien se pretende obligar, pues se trata siempre de valorar si es racional con arreglo a fines (*zweckrational*) imponer o no a un concreto sujeto en una determinada situación dos deberes de cumplimiento cumulativo.<sup>150</sup>

#### **b) El principio voluntarista ante la concurrencia de deberes de posible cumplimiento aislado pero de imposible cumplimiento cumulativo**

Llegados a este punto es momento de preguntarnos si y por qué razón el principio voluntarista habría de desplegar sus efectos también en caso de concurrencia de múltiples deberes de posible cumplimiento aislado, pero que resultan de imposible satisfacción cumulativa. El hecho de que en tales supuestos sea siempre posible el cumplimiento aislado de todos los deberes es la razón esencial por la que todavía hoy se sostiene que el axioma voluntarista no despliega sus efectos en el plano del injusto, como mínimo, no ante conflictos de deberes equivalentes o no ponderables.<sup>151</sup> La doctrina mayoritaria, al recurrir al axioma del *impossibilium nulla obligatio* para resolver en el injusto las colisiones de deberes, «no diferenciaría de manera suficiente entre el poder de llevar a cabo las acciones *particulares* mandadas, y el poder para resolver la misma colisión. El padre de nuestro ejemplo podía salvar *tanto* a uno *como al* otro niño. Lo único que no podía era salvar a uno y al otro, es decir, podía salvar *o bien* a uno *o bien* al otro. Imposible no es la salvación del niño A o del niño B, imposible es la salvación de ambos al mismo tiempo, *imposible es la solución de la colisión de deberes*».<sup>152</sup>

#### **i) El Ordenamiento jurídico-penal como sistema de normas**

En el polo opuesto a las tesis que admiten la existencia de colisiones de deberes irresolubles cabe ubicar la doctrina del Derecho kantiano y su negativa a reconocer la misma existencia de colisiones de deberes.<sup>153</sup> Paul GUYER concreta la noción kantiana de *sistema* a partir de tres ejes vertebradores fundamentales.<sup>154</sup> El primero de ellos, el más esencial y obvio, es la

<sup>150</sup> Como aquí, vid. JOERDEN, *Dyadische*, 1986, p. 29.

<sup>151</sup> Es significativo que estos autores nieguen relevancia al principio únicamente en el ámbito de las colisiones de deberes equivalentes y, generalmente, a propósito del conflicto entre vidas humanas. Ante deberes jerarquizables, en atención al principio de unidad del ordenamiento jurídico y de maximización de bienes jurídicos en peligro, el deber de mayor rango sería el único de obligado cumplimiento, quedando justificada la infracción del de menor rango. Así, por ejemplo, VON WEBER, «Die Pflichtenkollision im Strafrecht», *FS-Kieselbach*, 1947, pp. 234 y ss.; PAEFFGEN, «Vor 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 173 y s.; o GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, pp. 312 y s. Ahora bien, lo cierto es que aquí también son de posible cumplimiento ambos deberes, lo “imposible” es nuevamente solo la solución del conflicto de deberes (!).

<sup>152</sup> Cfr. ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik*, 1963, pp. 127 y s.

<sup>153</sup> *Infra* apdo. III, 2.

<sup>154</sup> Vid. GUYER, *Kant's System of Nature and Freedom*, 2005, pp. 246 y ss.

posibilidad de reconducir todos y cada uno de los deberes del sistema a un único, o una pluralidad determinada, de principios fundamentales.<sup>155</sup> El segundo requisito sería la completitud: todo sistema debe ser capaz de ofrecer principios concretos de deber para cada situación moralmente significativa o contexto de acción imaginable en el curso de una vida humana.<sup>156</sup> Finalmente, el tercer y último presupuesto kantiano de sistematicidad sería el de la interconexión (*Zusammenhang*): dado que los elementos que conforman un sistema de deberes tienen que estar completamente determinados conforme a un principio único y común, cada uno de los deberes que conforman el sistema puede y debe mantener una relación armónica con el resto de elementos que lo integran.<sup>157</sup>

En lo que sigue, nos interesa única y exclusivamente analizar brevemente el presupuesto de la interconexión entre los elementos de un sistema de normas y, en concreto, por qué razón un Ordenamiento jurídico habría de ser capaz de resolver todos y cada uno de los conflictos de deberes posibles. Pese a que históricamente la doctrina penal se ha concentrado en el análisis de los presupuestos de legitimación de las normas penales en abstracto y de forma aislada, planteándose qué papel desempeña el principio voluntarista en la legitimación de una norma de comportamiento,<sup>158</sup> se admite con carácter general que un Ordenamiento jurídico debe, además, constituirse en un sistema.<sup>159</sup> La diferencia entre un sistema y una mera amalgama de normas reside en que éstas mantienen en el primer caso una relación armónica, no entran en contradicción,<sup>160</sup> configurándose como una auténtica unidad,<sup>161</sup> como un todo libre de contradicciones. Por el contrario, un Ordenamiento jurídico que impusiera a un agente dos deberes de imposible cumplimiento cumulativo está reconociendo en su seno la existencia de dos normas o deberes incompatibles. Con ello se pone en cuestión el principio de unidad del Ordenamiento jurídico, materializado aquí en un subprincipio de coherencia o ausencia de contrariedad (*Widerspruchslosigkeit*).<sup>162</sup> «Por lo tanto, los sistemas de deberes que no respetan estos presupuestos, no estarían libres de contradicción y, consecuentemente, no serían *sistemas* de deberes». <sup>163</sup> Ahora bien, ¿por qué debería un Ordenamiento jurídico aspirar a su unidad y

---

<sup>155</sup> Cfr. GUYER, *Kant's System of Nature and Freedom*, 2005, pp. 246 y s.

<sup>156</sup> Cfr. GUYER, *Kant's System of Nature and Freedom*, 2005, p. 248. En cambio, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 4/38, expresamente desvincula la noción de sistema de la de completitud, al definir sistema como «un todo no necesariamente completo, pero sin contradicciones en la parte existente».

<sup>157</sup> Cfr. GUYER, *Kant's System of Nature and Freedom*, 2005, p. 248.

<sup>158</sup> Cfr. HRUSCHKA, *FS-Reimers*, 1979, p. 470.

<sup>159</sup> Al respecto, fundamental, HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, pp. 193 y s.; y asimismo, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 4/38. Y en general, sobre el pensamiento sistemático en el Derecho, vid. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 2011, pp. 203 y ss.

<sup>160</sup> Vid. HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, p. 194.

<sup>161</sup> En general, acerca del principio de la unidad del Ordenamiento jurídico (*Einheit der Rechtsordnung*) y sus diferentes concepciones o formas específicas de plasmación en la doctrina jurídica, vid. BALDUS, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1995, pp. 11 y ss., y sobre el principio de unidad entendido como ausencia de contradicción en la jurisprudencia de intereses, pp. 102 y ss. Sobre las consecuencias dogmáticas del principio, fundamental, ENGISCH, *Die Einheit*, 1987, *passim*.

<sup>162</sup> Sobre la noción de sistema a partir de las nociones de coherencia valorativa y unidad interna del Ordenamiento jurídico, vid. CANARIS, *El Sistema*, 1998, pp. 49 y ss.; sobre el axioma de la no contradicción como derivación del principio de unidad del Ordenamiento jurídico, vid. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 95. Y en particular, sobre la vulneración del dogma de la unidad del Ordenamiento jurídico en caso de que los conflictos de deberes no encontraran una adecuada solución en el ámbito de la antijuridicidad, vid. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, p. 18.

<sup>163</sup> Cfr. HRUSCHKA, *FS-Reimers*, 1979, p. 471.

no contradicción? ¿Por qué razón habría de conformarse como un sistema unitario y coherente? En definitiva, ¿por qué reconocer también eficacia al axioma del *impossibilium nulla obligatio* en el meta-plano de la concurrencia de los deberes?

HRUSCHKA afirma que la incompatibilidad entre reglas de un sistema acabaría por provocar su disolución.<sup>164</sup> La idea de la “unidad del ordenamiento jurídico” pertenece al patrimonio consolidado de la *iusfilosofía* y se remite en última instancia a un mandato de justicia general.<sup>165</sup> Un Ordenamiento jurídico que pretende dirigir efectivamente el comportamiento de los destinatarios de sus normas no puede imponer dos deberes contradictorios, «las normas jurídicas individuales deben guardar una relación interna. En caso de que se contradigan, aquéllas no fundan un orden, sino un desorden (*Unordnung*)».<sup>166</sup> Así pues, «sus enunciados deben, con independencia de a qué ámbito del Ordenamiento pertenezcan, estar determinados unos con otros. Por consiguiente, el legislador queda llamado a reunir en un bloque homogéneo y armónico todos los enunciados de Derecho en un Ordenamiento jurídico».<sup>167</sup> Ahora bien, hasta donde alcanzo, la imposibilidad de admitir en el seno del sistema de normas de comportamiento conflictos de deberes no obedece tan solo a una pretensión de garantizar la racionalidad lógica del sistema, ni se trata solo de una mera cuestión de corrección formal u ontológica.<sup>168</sup> En última instancia, la razón que legitima las aspiraciones de sistematicidad de un Ordenamiento jurídico es nuevamente el ineludible carácter funcional de los deberes.<sup>169</sup> El sistema de normas de comportamiento únicamente puede considerarse legítimo como tal cuando sea en su conjunto funcional, es decir, cuando ofrezca patrones de conducta claros y comprensibles que posibiliten efectivamente una coordinación justa de las distintas esferas de libertad en concurrencia.<sup>170</sup> Asumiendo que en el marco de un Ordenamiento jurídico complejo todo ciudadano está siempre gravado por una pluralidad de deberes, es lógico pensar que el patrón último de legitimación del sistema no puede basarse en la imagen irreal de un sujeto destinatario de un único deber. Tan disfuncional resulta obligar a un agente a llevar a cabo lo imposible, como exigirle dos conductas aisladamente posibles pero de imposible cumplimiento cumulativo.

Bien mirado, los mismos argumentos a los que se ha recurrido aquí para fundar la vigencia del principio voluntarista en el plano de la legitimación aislada de deberes son los que, tomando en cuenta la multiplicidad de normas que conforman cualquier sistema jurídico, llevan a sostener la vigencia del *impossibilium nulla obligatio* en el metaplano de la concurrencia de deberes. Un Ordenamiento jurídico no puede contentarse con emitir normas aisladamente

---

<sup>164</sup> Cfr. HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, p. 194.

<sup>165</sup> Así, CANARIS, *El Sistema*, 1998, pp. 24 y s.

<sup>166</sup> Cfr. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, p. 18.

<sup>167</sup> GÜNTHER, *Straf rechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 96.

<sup>168</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 4/38, n. 66a. Así parece entenderlo, en cambio, HRUSCHKA, *FS-Reimers*, 1979, p. 459, quien señala que el axioma del *impossibilium* no tendría un carácter jurídico o moral, sino lógico-semántico, se trataría de una simple vestimenta para una relación de implicación. Cfr. también, EL MISMO, *FS-Dreher*, 1977, p. 193. Desde una perspectiva ontológica, vid. ENGISCH, *Die Einheit*, 1987, p. 54; y EL MISMO, «Zur Natur der Sache im Strafrecht», *FS-Schmidt*, 1961, p. 94, aludiendo a la “naturaleza de las cosas” como fundamento último del principio voluntarista.

<sup>169</sup> En un sentido parecido, vid. GÜNTHER, *Straf rechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, pp. 94 y s.

<sup>170</sup> Cfr. GÜNTHER, *Straf rechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 95.

fundadas, sino que debe proceder siempre a evaluarlas en el contexto en el que se emiten y en el modo en el que se exigen, esto es, en conjunto.<sup>171</sup> Cabe, pues, concluir con OTTO que el axioma voluntarista rige también frente a relaciones de exclusión mutua de los deberes, de modo que no cabe admitir la existencia de conflictos irresolubles en el ámbito de la determinación de lo debido.<sup>172</sup> «La vinculatoriedad y justicia de este dogma se derivan del hecho de que un Ordenamiento jurídico es un orden de deberes, pero un deber solo puede ser dirigido en atención a lo que resulta ser humanamente posible».<sup>173</sup>

*ii) La colisión de deberes como un problema particular en la determinación final de posiciones de competencia jurídico-penales*

Sin embargo, los argumentos acabados de referir no les son en absoluto desconocidos a quienes niegan la posibilidad de resolver todos los conflictos en el ámbito del injusto. Para GALLAS, pretender resolver el conflicto entre dos vidas humanas en el plano del injusto constituiría una «armonización precipitada a costa del pensamiento de la inquebrantabilidad del orden de valores jurídicos».<sup>174</sup> En la actualidad es PAEFFGEN quien sostiene de manera más elaborada la negativa a reconocer vigencia al principio voluntarista en el plano de la determinación de los deberes penales. Para este autor, pretender fundamentar la solución justificante a partir de la *paremia* jurídica del *impossibilium nulla obligatio* es inaceptable pues, efectivamente, el obligado se encuentra en una situación dilemática en la que tiene que escoger qué deber cumple, sin embargo, la doctrina mayoritaria, centrada en exclusiva en la perspectiva de la acción del obligado pretiere erróneamente en su análisis del problema la dimensión de garantía del Derecho.<sup>175</sup> Desde la perspectiva de la víctima, la decisión del obligado en los conflictos entre deberes equivalentes constituye indefectiblemente un

---

<sup>171</sup> Aunque aquí nos interesa la valoración conjunta de las normas aisladamente racionales constatada la imposibilidad de dar cumplimiento cumulativo a todas ellas, lo cierto es que la perspectiva sistemática obliga igualmente a valorar también desde la perspectiva de la exigibilidad la legitimidad conjunta de una pluralidad de normas aisladamente exigibles. Repárese en el siguiente ejemplo, presentado por BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 220: «[U]na población de la costa, famosa por sus vientos, se vé invadida por un número de “windsurfistas” que crece día a día; llega un momento en que los pescadores lugareños hacen público que ya no saldrán más a buscarlos, en caso de que se encuentren en dificultades (de lo contrario, se pasaban el día dedicados a estos menesteres). Este ejemplo viene a poner de manifiesto la necesidad de contemplar asimismo el problema de la exigibilidad de los deberes por la pérdida propia de intereses más allá del plano de la mera legitimación individual del deber. Aisladamente contemplado, el deber de salvamento es exigible, pues la pérdida específica de intereses que ello exige no parece en absoluto desproporcionada. Ahora bien, este análisis resulta insuficiente, pues pretiere la necesaria dimensión plural de todo fenómeno normativo. Un deber no puede ser valorado de forma aislada si se pretende imponer a un sujeto junto con una pluralidad de deberes. La pregunta relevante es, pues, si cabe o no imponer un deber diario de salvamento al pescador, de modo tal que la agregación de mínimas pérdidas diarias de intereses propios acabe haciendo inviable el negocio pesquero en la referida playa. Al respecto, vid. Cap. 4, apdo. II, 3.3, b), i), n. 116.

<sup>172</sup> En el mismo sentido, vid. además JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 20/39: «no existe el conflicto de *deberes* sin salida justificada sino solo con una solución exculpatoria, ya que el Derecho no puede exigir un comportamiento y simultáneamente considerarlo antijurídico sin contradecirse a sí mismo». [cursiva en el original].

<sup>173</sup> Cfr. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, p. 18.

<sup>174</sup> Vid. GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, p. 313. Y en un sentido parecido, VON WEBER, *FS-Kiesselbach*, 1947, p. 245.

<sup>175</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 174. En este mismo sentido, vid. MOMSEN, «34», *BeckOK StGB*, 28ª ed., nm. 24, quien claramente señala que tales supuestos deben resolverse en el ámbito de la culpabilidad porque de lo contrario se negaría un derecho de defensa a quien sufre la decisión del obligado de forma injusta e inaceptable desde su óptica.

comportamiento antijurídico.<sup>176</sup> Del mismo modo que se admite un desvalor de acción sin un desvalor de resultado, debe admitirse, así PAEFFGEN, la posibilidad de un desvalor de resultado sin un desvalor de acción.<sup>177</sup> Esto es precisamente lo que acontecería en los conflictos equivalentes cuando el obligado cumple un deber.<sup>178</sup> En definitiva, el resolver todos los conflictos en el ámbito del injusto topa, por un lado, con la existencia de ciertos bienes jurídicos, en especial la vida, que merecen siempre la máxima protección jurídico-penal.<sup>179</sup> El precio que el Ordenamiento tiene que pagar para resolver los conflictos en el plano del injusto sería inasumible, pues «el Derecho tendría que permitir el sacrificio del resto (de vidas humanas en peligro), negando de este modo los fundamentos éticos de su misma pretensión de validez, al degradar de este modo a la persona a la condición de mero instrumento».<sup>180</sup> Y, por otro lado, exige negar un derecho de defensa que, por lo menos en el caso de los conflictos entre deberes equivalentes, le debería corresponder a quien ve defraudada su expectativa jurídica por la salvaguarda de un interés no superior.<sup>181</sup> ¿Por qué justificar la infracción de un deber que no se explica por la salvaguarda de un interés superior?

Para quien la legitimación de las normas penales obedece en primera y casi única instancia a la necesidad de garantizar la indemnidad de los bienes o intereses jurídicos en una concreta comunidad jurídica, asumiendo por lo tanto como injusto penal toda aquella lesión de un interés que no se justifica por la salvaguarda de uno superior,<sup>182</sup> la resolución de los conflictos de deberes en el plano del injusto se torna sin duda problemática. La vida, como bien jurídico, resultaría *per se* digna de la máxima protección jurídico-penal, frente a todo el mundo y en cualquier circunstancia. La lesión activa o la no evitación de la pérdida de una vida humana reconducible a un comportamiento humano serían siempre, por definición, antijurídicas. La única razón material que conocería un Ordenamiento jurídico-penal así orientado para retirar sus deberes sería la noción del interés preponderante y, en concreto, la posibilidad de maximizar desde una perspectiva colectivista el saldo general de los bienes jurídicos a costa de la pérdida de un interés particular.<sup>183</sup> Por lo tanto, al titular del bien amenazado, protagonista

---

<sup>176</sup> Es decir, aunque al obligado le corresponde elegir qué deber cumple, no existe ninguna razón por la que la víctima del conflicto no pueda exigir en un plano de igualdad ser ella la beneficiaria de la acción u omisión emprendida por dicho obligado. Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», NK, 4ª ed., nm. 174: «el no querer salvar pese al poder de evitación (y la posición de garantía) es desde la perspectiva de la víctima una injerencia antijurídica».

<sup>177</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», NK, 4ª ed., nm. 174.

<sup>178</sup> Esto explicaría, por un lado, que la víctima de la decisión del obligado pudiera defenderse frente a la injerencia antijurídica de aquél y, por el otro, que ante un obligado que permanece absolutamente inmóvil y no da cumplimiento a ninguno de los deberes concurrentes, solo proceda el castigo frente a la pluralidad de desvalores de resultado por una única infracción de deber, esto es, por un único desvalor de acción. Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», NK, 4ª ed., nm. 174, 177.

<sup>179</sup> Sobre ello, vid. MERKEL, *Frühethanasie*, 2001, pp. 578 y ss.

<sup>180</sup> Cfr. GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, p. 330.

<sup>181</sup> Así claramente PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», NK, 4ª ed., nm. 174, quien señala que la doctrina mayoritaria no repara en el análisis del conflicto en la situación de la víctima, pues, en caso de hacerlo, resultaría evidente que la infracción del deber equivalente es antijurídica. Y por eso mismo, la madre que ve como un padre opta por salvar al niño que no es su hijo, puede en legítima defensa en favor de aquél obligar al padre a cambiar sus planes para que acabe salvando a su hijo.

<sup>182</sup> Sobre el concepto objetivo-material de injusto, véase el breve pero clarificador análisis de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, pp. 621 y s.

<sup>183</sup> Sobre la relación entre la teoría del bien jurídico y la ponderación de intereses como principio general de la justificación, vid. HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 70 y s. Sobre el principio utilitarista de la comparación de intereses (*Interessenverrechnung*) como principio co-legitimador del Derecho penal junto con el de

esencial del programa de legitimación de las normas penales, le corresponde un derecho previo y general de defensa. Ante deberes equivalentes, ninguna razón explica el levantamiento del deber que protege al interés que el obligado se dispone a no salvar. Como reconoce el propio PAEFFGEN, la legitimación de la norma penal gira esencialmente en torno a la figura de la víctima y su interés jurídicamente reconocido.<sup>184</sup> Por consiguiente, la noción de injusto penal se asienta desde esta perspectiva, básicamente, sobre un desvalor de resultado basado en el menoscabo de un interés jurídicamente protegido.<sup>185</sup> Éste, a falta de un interés preponderante que justifique la lesión del interés en cuestión, es suficiente para tachar la conducta del obligado de antijurídica y para conceder a su titular un auténtico derecho de defensa.<sup>186</sup>

Considerado con detenimiento, la negativa a aceptar que todas las colisiones de deberes puedan quedar ya resueltas en el plano del injusto constituye la consecuencia necesaria de una implausible concepción del procedimiento de legitimación material de las normas penales y de la misma noción de injusto penal. Lo que estos autores en verdad asumen es que la misión última del Derecho reside en garantizar en la mayor medida posible la integridad de una serie de intereses físico-materiales dignos de protección. A partir de aquí, se admite que las normas penales deben servir a la protección de tales intereses y que el injusto penal reside, en esencia, en el menoscabo de un bien jurídico.<sup>187</sup> Aunque no es posible emprender aquí una crítica general a la teoría del bien jurídico en su función político-criminal,<sup>188</sup> ni a aquellas concepciones que siguen advirtiendo la esencia del injusto penal en una lesión físico-material de un interés o bien jurídico, sí cabe afirmar en este lugar que, por un lado, la pretensión de legitimar normas penales en atención única y exclusivamente a la posición de la víctima y sus intereses resulta desacertadamente unidimensional y,<sup>189</sup> por el otro, que tampoco resulta admisible la comprensión del injusto penal como una simple lesión material aprehensible por lo sentidos.<sup>190</sup> El modo en el que estos autores conciben el procedimiento de legitimación de las normas resulta insostenible porque sitúa en el centro de análisis la figura del bien jurídico, como realidad que se auto-revelaría digna de protección y, a su titular, la víctima, cuyo interés

---

seguridad (*Sicherungsprinzip*), vid., HRUSCHKA, *AT*, 2ª ed., 1988, pp. 112 y ss. Crítico igualmente con una contemplación netamente consecuencialista del sistema penal, vid. NEUMANN, «Die Moral des Rechts», *JRE*, (2), 1994, pp. 85 y ss.: «el derecho penal se muestra en su materia prohibitiva esencialmente como un sistema deontológico. Una acción concreta no está por lo tanto prohibida porque su realización conlleva consecuencias negativas, sino porque existe una norma que prohíbe el llevar a cabo acciones de este tipo». Sobre todo ello, con detalle, vid. Cap. 3, apdo. II, 3.

<sup>184</sup> Vid. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 174.

<sup>185</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 174.

<sup>186</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 174, 177.

<sup>187</sup> Cfr. FRISCH, *InDret*, (3), 2014, p. 5.

<sup>188</sup> Al respecto, con detalle, vid. FRISCH, «Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, pp. 309 y ss.; NAUCKE, *AT*, 10ª ed., 2002, § 6, nm. 60 y ss.; y pormenorizadamente PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 127 y ss.; o JAKOBS, *Rechtsgüterschutz?*, 2012, *passim*.

<sup>189</sup> Vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 137 y ss.

<sup>190</sup> Cfr. FRISCH, *InDret*, (3), 2014, pp. 5 y ss.: «más bien, en el foco de la comprensión adecuada del delito se abre sitio ahora una relación distinta y un punto de referencia también distinto: la norma o el ordenamiento de normas que el comportamiento del autor contradice». En este mismo sentido, vid. ROBLES PLANAS, en *EL MISMO*, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 185 y s.

se muestra como el único *leitmotiv* de legitimación de la norma penal.<sup>191</sup> Sin embargo, allí donde PAEFFGEN parece dar por concluido el proceso de legitimación de una norma penal, es decir, con la aprehensión normativa de la existencia de una vida humana, es precisamente donde se inicia dicho proceso.

A la hora de legitimar una norma penal de comportamiento es fundamental, en primer lugar, decidir por qué un bien merece efectiva protección jurídico-penal. «Bienes jurídicos lo son *tan solo y en la medida* en que su mantenimiento se corresponde con un valor jurídico».<sup>192</sup> Es decir, los bienes, como tales, cobran relevancia normativa únicamente en la medida en que se les (hetero)atribuye un valor;<sup>193</sup> el interés material, *per se*, nada nos dice acerca de su merecimiento de protección. Y, en segundo lugar, aun cuando hubiéramos atribuido a un concreto interés material un concreto valor, atribuyéndole la cualidad de merecedor de protección, queda todavía por responder una cuestión igualmente esencial en el proceso de legitimación de las normas penales, esto es, de qué modo y con qué medios cabe proteger *in concreto* el interés seleccionado.<sup>194</sup> Como señala FREUND, a la hora de establecer normas penales, «lo que se da en un sitio, se saca del otro»,<sup>195</sup> esto es, la salvaguarda de un concreto interés a través de una norma implica siempre y en todo caso la merma de un interés contrapuesto. Toda norma, por digno de merecimiento que nos parezca el bien que pretende proteger, supone necesariamente una limitación de la libertad del sujeto a quien se dirige que merece ser tomada en consideración en un plano de igualdad. «En la medida en que estas teorías convierten a un bien, pese a ser solo *un* bien, en el criterio para sus consideraciones de protección, eliminan desde un comienzo la posibilidad misma de un conflicto con otros bienes jurídicos».<sup>196</sup> O, como señala APPEL, a la teoría del bien jurídico le es ajeno todo el proceso necesario de diferenciación comparativa y ponderación entre intereses contrapuestos.<sup>197</sup>

Esta lógica unidimensional de la teoría del bien jurídico como teoría de legitimación de las normas penales, centrada en la figura del bien jurídico y de su titular, es la que determina por otro lado su carácter expansivo y la pretensión de legitimar normas penales de imposible cumplimiento cumulativo.<sup>198</sup> La víctima, titular de un interés que se auto-revela digno de

<sup>191</sup> Cfr. NAUCKE, *AT*, 10ª ed., 2002, § 6, nm. 78.

<sup>192</sup> Cfr. KRAUSHAAR, *GA*, 1965, p. 13.

<sup>193</sup> Cfr. KRAUSHAAR, *GA*, 1965, p. 13; o JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 22, n. 29.

<sup>194</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 138; y en el mismo sentido, KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, p. 69.

<sup>195</sup> Vid. FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 1, nm. 17.

<sup>196</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 139.

<sup>197</sup> Vid. APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998, p. 382.

<sup>198</sup> Así, KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, p. 3; y antes, en un sentido semejante, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 74. En contra del análisis que aquí se formula puede objetarse todavía que desde la teoría del bien jurídico y la teoría del interés preponderante hay quienes igualmente logran resolver los conflictos de deberes en el plano del injusto. De hecho, así es como procede la doctrina mayoritaria. Cfr. *pars pro toto*, ROXIN, *AT*, 4ª ed., v. I, 2006, A § 16, nm. 1 y ss.; § 16 D, nm. 115 y ss.; o KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 18 y ss. Sin embargo, el que al apartarse de la lógica estricta de sus premisas aquel sector doctrinal llegue a resultados convincentes no lo hace inmune frente a las críticas que aquí se formulan. Lo que estos autores no logran explicar es por qué razón el principio del interés preponderante (o, en su caso, el del mínimo interés), según ellos, principio general de la justificación, no rige también ante estos conflictos de deberes. Su instantánea remisión al axioma voluntarista resulta insuficiente,

protección, se erige en la instancia única y decisiva para legitimar la norma penal. La única pregunta es entonces si la norma ya presupuesta puede o no decaer. Este juicio posterior de decaimiento de la norma apresuradamente legitimada se asienta sobre la base de un hipotético interés superior concurrente. Sin embargo, allí donde coliden intereses equivalentes no hay razón por la que retirar la norma dada. Y una vez legitimada la norma, asumiendo que el injusto penal se define como la producción (o no evitación) de un menoscabo en un interés o sustrato material digno de protección, nada empece afirmar que constituye un hecho antijurídico la omisión del padre que en la situación de conflicto de deberes no puede salvar a uno de sus dos hijos. Lo antijurídico es la no evitación de la pérdida de una vida humana pese a no constatarse ningún desvalor de acción; estamos pues, así PAEFFGEN, ante un hecho necesariamente antijurídico.<sup>199</sup>

No obstante, tan pronto como se abandona esta visión unidimensional de la determinación de las normas de comportamiento y se deja de comprender el injusto como el menoscabo de un interés *per se* digno de protección, los obstáculos para disolver todos los conflictos de deberes en el ámbito del injusto desaparecen.<sup>200</sup> El abandono de esta visión unidimensional resulta obligado desde el instante en el que se advierte que las personas, entendidas como sujetos en Derecho, se encuentran enmarcadas siempre y en todo caso en una comunidad normativamente constituida junto con otras personas.<sup>201</sup> En el marco de un sistema jurídico, nadie es por definición persona por sí sola, sino siempre en virtud de relaciones prácticas con sus iguales.<sup>202</sup> La misión del Derecho no consiste, pues, en maximizar bienes en atención a la relación bilateral entre el titular de un interés y la potencial víctima, sino en la coherencia armónica de múltiples esferas jurídicas en constante interacción bajo la máxima de la libertad.<sup>203</sup> «La libertad del ciudadano guarda una relación conceptualmente necesaria con la libertad de sus conciudadanos y, por eso, no puede ser determinada sin dirigir la mirada a aquellos».<sup>204</sup> Así las cosas, parece plausible afirmar que los derechos y deberes de una persona, desde un comienzo, no deben ni pueden ser determinados al margen de la posición jurídica del resto de sujetos.<sup>205</sup> «Por consiguiente, una noción [del delito] concebida desde la teoría de la libertad debe desde un principio tomar en consideración las pretensiones de libertad de *todas* los afectados por una regulación jurídico penal de idéntica forma — esto es, no solo los intereses del potencial dañado, sino también las posiciones de aquellas personas cuyas opciones de acción se limitarán a través de la prohibición en cuestión».<sup>206</sup> La posición de competencia jurídico-penal constituye, pues, el resultado final de un proceso de normación a partir de la toma en consideración de las posiciones jurídicas de todo los agentes implicados

---

pues, como hemos visto, es escaso el margen de validez que le atribuyen a dicho axioma en la configuración del injusto penal.

<sup>199</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», NK, 4ª ed., nm. 174, 177.

<sup>200</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 140.

<sup>201</sup> Al respecto, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 141 y ss.

<sup>202</sup> Cfr. KRAUSHAAR, GA, 1965, p. 13; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 143; y anteriormente, OTTO, *Rechtswidrigkeitssurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 31 y s.

<sup>203</sup> Cfr. Cap. 3, apdo. III, 2 y 3.

<sup>204</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 298.

<sup>205</sup> Así, JAKOBS, «Zum Begriff des Delikts gegen die Person», en BERNSMANN (ed.), *Bochumer Beiträge*, 2003, p. 74.

<sup>206</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 145.



en una concreta situación.<sup>207</sup> No existen, pues, bienes jurídicos *per se* dignos de protección jurídica.<sup>208</sup> Más bien, «la medida que alcanza esta competencia en un Ordenamiento penal dado en un momento dado, no puede determinarse con auto-convicciones apriorísticas. Una concepción jurídico-penal de la competencia presenta de forma inexcusable rasgos contingentes».<sup>209</sup> Es decir, el procedimiento de legitimación de las normas penales no se limita a identificar intereses que merecen protección para, acto seguido, prohibir su lesión u ordenar su salvaguarda, sino que exige en todo caso identificar las razones por las que un sujeto puede ser hecho competente, esto es, responsable, por la integridad de los intereses ajenos, así como la medida en la que aquél está obligado a adaptar su comportamiento a fin de garantizar la indemnidad del referido interés.<sup>210</sup>

Esta generalización de la estructura de la posición de garante a cualquier forma delictiva supone, al menos aparentemente, un distanciamiento de la doctrina mayoritaria. Para aquélla, la posición de garante resultaría de utilidad únicamente en relación con los delitos omisivos impropios, en los que sí sería preciso concretar el agente competente por la evitación de un resultado lesivo de bienes jurídicos. Sin embargo, ello no sería preciso en el delito *ad commitendum*, en el que la determinación del sujeto competente, aunque expresado de distintas formas, suele vincularse con el sujeto que domina el curso lesivo del bien jurídico en cuestión.<sup>211</sup> El criterio de determinación básico en el delito activo es la causalidad, y el recurso a la noción de garante es sencillamente superfluo, pero no así en el delito omisivo impropio, en el que no es posible establecer vínculo alguno causal y es necesario determinar de forma puramente normativa quién debía evitar el resultado lesivo. Sin embargo, nuestro sistema jurídico-penal no funda la noción de injusto sobre la base de un mero dominio fáctico del suceder lesivo tampoco en el más clásico de los homicidios activos, pues, del ser no se deriva el deber ser.<sup>212</sup> Para ello, resulta necesario un segundo paso argumentativo consistente en afirmar que quien domina su cuerpo o que quien domina un curso lesivo de bienes jurídicos es responsable por su ejercicio.<sup>213</sup> Y lo cierto es que, pese a que parece operar con carácter general la máxima según la cual el que domina de facto el curso lesivo es el responsable por el resultado lesivo, no hay quien se resista a introducir ulteriores criterios correctores a ese juicio general de imputación. Ello se hace, fundamentalmente, a través del juicio de imputación objetiva que, desde un punto de vista funcional, es utilizado como instrumento para la corrección de los excesos propios de un juicio de imputación basado en el vínculo causal.<sup>214</sup>

---

<sup>207</sup> Cfr. PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten*, 1999, p. 47; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 158 y ss.; o EL MISMO, «Las competencias del ciudadano», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *El injusto del ciudadano*, 2016, en prensa.

<sup>208</sup> En este sentido, claramente, KRAUSHAAR, *GA*, 1965, p. 13.

<sup>209</sup> Vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 145.

<sup>210</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 158.

<sup>211</sup> Paradigmático en este punto, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 299 y ss.; EL MISMO, «Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen», *ZStW*, (96), 1984, pp. 293 y ss.

<sup>212</sup> Cfr. HERZBERG, *Die Unterlassung*, 1972, p. 195; o SEELMANN, «Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik», *GA*, 1989, p. 244.

<sup>213</sup> Esto es, resulta ineludible una «mediatización a través del pensamiento de la responsabilidad especial», HERZBERG, *Die Unterlassung*, 1972, p. 195.

<sup>214</sup> Cfr. JAKOBS, *Die Strafrechtliche Zurechnung*, pp. 26 y ss.

Ningún agente es competente por todas y cada una de las consecuencias que se puedan derivar de su comportamiento, pues pueden serlo terceros, o la misma víctima o incluso pueden no ser de la incumbencia de nadie, de modo que el resultado lesivo es imputado a la mala suerte. Sin embargo, dicho juicio de atribución de responsabilidad descansa en todo caso sobre la asignación de competencias por riesgos y, con ello, sobre la limitación de ámbitos de responsabilidad.<sup>215</sup> En realidad, lo que se hace es acotar el ámbito de lo típico del delito activo en virtud del carácter restringido del deber de garantía del autor. Y, como señala PAWLIK, precisamente la pregunta sobre el fundamento y los límites de esos deberes de garantía configura el objeto de análisis de la teoría general de la competencia (*Zuständigkeitslehre*); es en ella en donde todas esas consideraciones individuales modificadoras del inicial juicio de atribución encuentran apoyo y graduación.<sup>216</sup> De hecho, tanto el estudio de la tipicidad como de la justificación de hechos típicos acaba por convertirse en una valoración del fundamento y los límites de la responsabilidad de un sujeto por la integridad de los intereses de quien materialmente sufre la lesión.<sup>217</sup>

Así las cosas, surge inmediatamente la pregunta de bajo qué condiciones y hasta qué punto cabe hacer a un ciudadano competente por los intereses ajenos. Pues bien, aunque no puede ser este el lugar en el que analizar en detalle este problema,<sup>218</sup> sí puede apuntarse ahora que la tarea última del Derecho penal, consistente en garantizar las condiciones mínimas necesarias para que los ciudadanos de un concreto Estado puedan determinar sus planes de vida de manera autónoma,<sup>219</sup> es la que, a su vez, determina los fundamentos mediatos para la legitimación de todas y cada una de las posiciones de competencia jurídico-penales. El Derecho penal trata de garantizar la libertad personal de los ciudadanos, y lo hace a través de la pena, como reacción frente a las negaciones imputables del Derecho y, por lo tanto, como reacción frente al cuestionamiento imputable de esas condiciones mínimas de libertad. La consecución y el mantenimiento de esas condiciones se logran en el ámbito del Derecho penal, en esencia, a partir de la imposición a los ciudadanos de dos clases de deberes disímiles en su fundamento inmediato. Por un lado, cada ciudadano queda gravado con un deber de respeto frente al resto de sus co-ciudadanos, un deber negativo que obliga a gestionar la propia esfera de un modo compatible con la indemnidad del resto de esferas jurídicas de los

---

<sup>215</sup> En este sentido, entre otros muchos, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 7/72 y ss.; o PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 160.

<sup>216</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 160.

<sup>217</sup> Así, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 160 y s., quien sostiene que aunque de forma poco sistemática y umbría, también quienes ciñen nominalmente el problema de la posición de garante al delito omisivo impropio acaban por recurrir a la noción de competencia y posición de garantía a la hora de atribuir responsabilidad penal.

<sup>218</sup> Al respecto, vid. Cap. 3, apdo. II, 2 y 3.

<sup>219</sup> En este sentido, KRAUSHAAR, *GA*, 1959, p. 32: «Das Recht hat seinen Zweck im Organismus des menschlichen Zusammenlebens. Geht man davon aus, daß Zweck des Rechts die Ordnung des Zusammenlebens der Rechtssubjekte und damit die Ermöglichung der bestmöglichen Entfaltung der Einzelpersönlichkeit ist, so besteht das autonome Recht (Vernunftrecht) aus den Objekten, die nach der Wertung des Subjekts (nach der Stimme seines Gewissens) geeignetes Mittel zu diesem Zweck sind; also das positive Recht aus den Objekten, die nach der Wertung des Gesetzgebers diesen Zweck erfüllen»; y recientemente, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 174; o su discípulo, KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, pp. 175 y ss.

miembros de una comunidad.<sup>220</sup> Y, por otro lado, los ciudadanos están también obligados con carácter positivo a orientar la organización de su propia esfera en beneficio de terceros, de modo que un ciudadano es hecho competente por el sostenimiento de una estructura institucional que garantiza las condiciones reales de libertad en el marco de una comunidad jurídica.<sup>221</sup> Sobre esta distinción se volverá a la hora de valorar la relevancia del fundamento de los deberes para su jerarquización.<sup>222</sup> Baste ahora con tener en cuenta que el proceso de legitimación de las posiciones de garantía se lleva a cabo materialmente a partir de estos dos elementos particulares básicos de la compleja idea de libertad, la libertad negativa y la libertad positiva.<sup>223</sup>

Lo que realmente interesa en este momento es poner de relieve los dos rasgos esenciales que caracterizan la teoría de la posición de competencia como explicación del complejo proceso de legitimación de las normas penales. En primer lugar, dicha teoría se caracteriza por la óptica pluridimensional desde la que contempla en el proceso de legitimación de las normas penales. Como puso en su día claramente de manifiesto RÖDIG, la delimitación de los ámbitos de responsabilidad personal en el marco de una comunidad jurídica obliga a tomar en consideración desde un primer momento a los autores y víctimas potenciales en un plano de igualdad.<sup>224</sup> «Ambos componentes parciales del análisis de la competencia —la mirada al autor y al lesionado— constituyen una unidad axiológica».<sup>225</sup> Es decir, los principios de autonomía y solidaridad no solo sirven para atribuir la posición de competencia al autor potencial, sino que al mismo tiempo y en un plano de absoluta igualdad sirven para atribuir la posición de competencia a la víctima potencial.<sup>226</sup> «Solo tras una armonización como la referida, se

---

<sup>220</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 178 y ss.; JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 83 y ss.; o ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 103 y ss.

<sup>221</sup> Al respecto, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 7/70 y ss.; EL MISMO, «Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?», *FS-Seiji Saito*, 2003, pp. 17 y ss.; EL MISMO, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, 1996, pp. 19 y ss., 45 y ss., y EL MISMO, *Rechtsgüterschutz?*, 2012, pp. 17 a 21; en un sentido casi idéntico, SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2002, pp. 93 y ss.; KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, pp. 175 y ss.; ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 103 y ss.

<sup>222</sup> Vid. Cap. 3, apdo. II, 2.2.

<sup>223</sup> Sobre ambos principios generales y los subprincipios derivados como base sobre la que resolver los conflictos en situaciones de necesidad, vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 43 y ss.

<sup>224</sup> Vid. RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, pp. 52 y s., p. 53, n. 35. Posteriormente, en idéntico sentido, entre otros, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 215 y ss.

<sup>225</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 218. Además, con anterioridad, en un sentido parecido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, p. 639, n. 363.

<sup>226</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 218. Así, el autor material no será nunca competente por la indemnidad del interés que lesiona cuando su titular, en este caso, víctima, haya dispuesto del mismo libremente, esto es, lo haya puesto en peligro o lesionado mediante su propia decisión autorresponsable, ello, con total independencia de la ejecución material del concreto acto lesivo (principio de autonomía). No será competente por la salvaguarda del bien lesionado quien materialmente lo lesiona a instancias de su titular (consentimiento), como tampoco lo será quien instrumentalizado por el propio titular del interés en cuestión, lo acaba lesionando (auto-lesión). Lo mismo cabe señalar cuando la víctima, de forma autónoma, cuestiona de manera plenamente imputable (legítima defensa), o, al menos, objetivamente imputable (estado de necesidad defensivo) una esfera jurídica ajena, de modo que constriñe con su acto defensivo a un sujeto a que cumpla con el deber que a él le atañe, restableciendo con ello el *status quo* inicial. Por otro lado, como hemos dicho, el principio de solidaridad juega igualmente un papel fundamental en la determinación de las posiciones de garantía. Y no lo hace únicamente como factor incriminador, esto es, no es que por razones de vinculación positiva pueda hacerse competente a un sujeto por la salvaguarda o mejora de bienes ajenos, sino que además, el principio de solidaridad, puesto en relación con el de responsabilidad, permite concretar posiciones de competencia. Así, por

formaliza una norma que puede servir como pauta adecuada para el comportamiento humano y, en esta medida, puede servir como fundamento sobre el que asentar la antijuridicidad de un comportamiento».<sup>227</sup> Y en segundo lugar, aunque claramente vinculado con lo acabado de reseñar, la teoría de la competencia como criterio de legitimación de la norma penal permite además poner en evidencia la imprescindible perspectiva específica y situacional desde la que establecer posiciones de competencia. Si resulta que la posición jurídica de cada sujeto en Derecho queda necesariamente condicionada por su relación con el resto de sujetos que conforman la comunidad jurídica,<sup>228</sup> parece obligado concluir que tampoco es posible regular las múltiples y variadas relaciones entre agentes de un modo estático y general.<sup>229</sup> La determinación de la posición de competencia se lleva a cabo tomando en consideración la posición jurídica de todos los agentes implicados en la concreta situación que se pretende regular. «Es decir, el deber jurídico guarda siempre relación con una situación».<sup>230</sup> Este carácter necesariamente contextual de la figura del deber, que como OTTO señala es ampliamente reconocido por la doctrina mayoritaria en el ámbito del delito omisivo e imprudente,<sup>231</sup> es elevado a rasgo general de la determinación del deber penal por la teoría de la posición de competencia. «Todo el Derecho es solo Derecho situacional».<sup>232</sup> El deber que sostiene la posición de competencia tan solo puede guardar relación con aquél comportamiento humano «que en la concreta *situación* constituye un medio idóneo para la consecución del fin último del Derecho, esto es, asegurar la vida en comunidad jurídicamente ordenada de los súbditos de Derecho».<sup>233</sup>

La toma en consideración en un primer momento de autor y víctima en un plano de absoluta igualdad y a tenor de la concreta situación que los rodea tiene a su vez una importante consecuencia sistemática:<sup>234</sup> la distinción entre tipicidad y antijuridicidad carece de auténtica trascendencia sistemática. En el siguiente apartado volveremos sobre este punto a la hora de ubicar sistemáticamente el problema de la colisión de deberes.<sup>235</sup> Lo que ahora nos interesa, en realidad, es poner de relieve cómo una teoría de la posición de competencia jurídico-penal respetuosa con todos y cada uno de los agentes implicados a la hora de regular una específica situación de conflicto tampoco puede conformarse con dirigir su mirada tan solo a las posiciones jurídicas de los potenciales autor y víctima. La solución al conflicto de deberes, entendida como la colisión entre dos posiciones provisorias de competencia, pasa también

---

ejemplo, parece plausible afirmar que el deber de solidaridad mínimo intersubjetivo restringe la facultad de defensa de quien responde en estado de necesidad agresivo, o incluso, en caso de grave desproporción, podría incluso limitar el derecho de legítima defensa. El juego conjunto de los principios de autonomía y solidaridad permite además explicar el fundamento del estado de necesidad defensivo.

<sup>227</sup> Cfr. RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, p. 53, n. 35.

<sup>228</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 145.

<sup>229</sup> Vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 145.

<sup>230</sup> Vid. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, p. 17; y en un sentido similar, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1984, pp. 35 y s., n. 12: «sólo las normas que imponen deberes jurídicos concretos constituyen normas de comportamiento en sentido propio».

<sup>231</sup> Cfr. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, p. 17; y en un sentido prácticamente idéntico, RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, p. 59, n. 44.

<sup>232</sup> Vid. HOLD-FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, v. I, 1903, p. 205.

<sup>233</sup> Cfr. KRAUSHAAR, *GA*, 1965, p. 16.

<sup>234</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht Bürgers*, 2012, p. 219.

<sup>235</sup> Cfr. *infra* apdo. III, 4.

inexcusablemente por la toma en consideración de la posición del obligado, que aparece provisoriamente como competente por dos posiciones de garantía incompatibles. El Ordenamiento, tomando en consideración el carácter tridimensional que caracteriza esta clase de conflictos, ha de ser capaz de establecer siempre una posición de garantía definitiva a modo de solución legítima frente a los tres afectados. Bien mirado, esto significa que como afirmara OTTO, la relación jurídica entre el obligado y un primer sujeto queda también determinada por la posición jurídica del segundo sujeto respecto del obligado.<sup>236</sup> La relación jurídica que media entre un ciudadano (A) que debería conforme al art. 195 CP salvar a un extraño (B), queda condicionada —en cierta medida, ya veremos cuál— por la situación de necesidad del hijo del obligado (C).<sup>237</sup> Es decir, la posición de competencia de (A) respecto a los intereses de (B), no se determina solo en atención al análisis bajo el parámetro del binomio autonomía y solidaridad de las posiciones jurídicas de (A) y (B), sino que depende también de cómo se interprete nuevamente conforme a este doble patrón la posición de (C).<sup>238</sup>

Y ya para concluir, adviértase que con lo dicho hasta el momento se habría rebatido tan solo la posibilidad de que existan colisiones de deberes irresolubles. Quedaría todavía por aclarar de qué modo cabría legitimar en las situaciones de conflicto de obligaciones la imposición de un deber de tolerancia a la víctima.<sup>239</sup> Aunque nos ocuparemos de esta cuestión con detalle en el capítulo quinto de este trabajo, debe quedar aquí simplemente apuntado lo siguiente:<sup>240</sup> en una situación en la que coliden dos deberes absolutamente equivalentes, imponer al obligado un deber disyuntivo y garantizar jurídicamente la opción de salvaguarda que este emprende es la única solución legítima frente a los tres (o más) agentes implicados. También ésta es la única solución legítima frente a quien acaba sufriendo los costes del conflicto.<sup>241</sup> Es precisamente la toma en consideración en un plano de igualdad de los dos potenciales afectados por la situación de conflicto la que determina la necesidad de garantizar jurídicamente el cumplimiento de un deber.

## 5. Conclusiones provisionales

Con lo anterior debería haberse ofrecido una respuesta a la pregunta que nos planteábamos al iniciar este apartado. El principio del *impossibilium nulla obligatio* remite a la necesidad de vincular el nacimiento de los deberes penales a sus condiciones de eficacia, en concreto, a la

---

<sup>236</sup> Cfr. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 21 y ss., p. 76, pp. 99 y ss.

<sup>237</sup> Cfr. Cap. 4, apdo. IV, 2.

<sup>238</sup> Obviamente, la aceptación de la relevancia de la posición de todos los agentes implicados a la hora de normar es solo el primer paso para concretar la posición de garantía en una situación de conflicto de deberes. Lo que se hará en el capítulo cuarto de este trabajo es precisamente concretar cómo llevar a cabo este juicio de valoración conjunta de las tres posiciones jurídicas implicadas. Cfr. Cap. 4, apdo. IV, 2.

<sup>239</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. II, 4.2, b), ii).

<sup>240</sup> Cfr. Cap. 5, apdo. II, 3.

<sup>241</sup> Queda entonces todavía por ver si aun cuando se resuelva el conflicto en el plano del injusto imponiendo al obligado un único deber se niega a la vez la posibilidad normativa de defensa a la víctima del conflicto. Las teorías del espacio libre de Derecho o de la “justificación débil”, precisamente proponen negar el carácter antijurídico del comportamiento del obligado pero sin imponer a la víctima el correspondiente deber de tolerar la pérdida de sus intereses. Ello será analizado en el capítulo quinto con detalle. Cfr. Cap. 5, apdo. II, 3.3, b).

posibilidad del destinatario de dar satisfacción al deber. Dicho axioma no solo rige a la hora de legitimar individualmente los deberes penales, sino que también ha de ser tenido en cuenta al analizar el conjunto de deberes que se pretenden dirigir a un mismo agente. En el marco de la colisión de deberes, el axioma voluntarista determina la necesidad de vincular el nacimiento de obligaciones a la imposibilidad objetiva físico-intelectual de carácter situacional de dar satisfacción a los dos (o más) deberes concurrentes.<sup>242</sup> Un Ordenamiento jurídico que pretende conformarse como un sistema de normas ha de reconocer, pues, plena vigencia al principio voluntarista también en el metaplano en el que concurren los deberes aisladamente legítimos. Desde un punto de vista material, todo ello encuentra un encaje armónico en la teoría de la competencia, como teoría general de la legitimación de las normas penales. La colisión de deberes se presenta entonces como un problema particular del complejo fenómeno de la determinación definitiva de posiciones jurídico-penales de competencia. Todo conflicto encuentra su solución en la determinación armónica de las normas de comportamiento, desde un juicio pluridimensional en el que se toman en consideración desde la óptica de los principios de autonomía y solidaridad a todos los agentes afectados en la concreta situación de conflicto. Ni existen conflictos de deberes irresolubles, ni existen por lo tanto en nuestro Ordenamiento situaciones en las que un agente queda obligado por dos deberes de imposible cumplimiento cumulativo. *Impossibilium nulla obligatio*.

### **III. LA COLISIÓN DE DEBERES COMO UN CONFLICTO ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN**

#### ***1. Introducción***

El objetivo de este tercer apartado consiste en presentar cómo la concepción de deber que aquí se ha sostenido, el sentido normativo atribuido al principio voluntarista y el modo pluridimensional de legitimación de las normas arriba apuntado afectan a la hora de determinar el concepto de colisión de deberes y ubicar sistemáticamente el problema en el marco de la concepción clásica tripartita del delito. Adelantando las conclusiones a las que aquí se llega, se trata en primer lugar de evidenciar como, en clara consonancia con la comprensión kantiana del problema, no existen en nuestro Ordenamiento jurídico colisiones de deberes, pues lo único que realmente pueden entrar en conflicto son “razones de obligación”, como formas obligacionales imperfectas que esperan a una valoración conjunta final para instituirse en auténticos deberes jurídico-penales. En segundo lugar, se pretende mostrar cómo encuadrar analíticamente el fenómeno de las colisiones entre razones de obligación en el complejo proceso de determinación definitiva de las posiciones de garantía jurídico-penales. Finalmente, en tercer y último lugar, se defiende aquí que es en el ámbito del tipo donde ubicar el instituto jurídico-penal de la colisión de deberes, aunque ello obedezca tan solo a razones analítico-didácticas.

---

<sup>242</sup> Remarca acertadamente el carácter situacional del conflicto VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 108.

## 2. La colisión de deberes en la doctrina kantiana: una breve aproximación

### 2.1. *Obligationes non colliduntur*

Como se ha puesto de relieve en este trabajo, la negación de la existencia de auténticas colisiones de deberes no resulta en absoluto una conclusión novedosa u original, ni en el ámbito del Derecho penal,<sup>243</sup> ni por supuesto en el de la filosofía (moral).<sup>244</sup> Ya KANT negó con rotundidad la existencia de conflictos de deberes, pues:

«Un *conflicto de deberes* (*collisio officiorum s. obligationum*) consistiría en una relación entre ellos, en virtud de la cual uno de ellos anularía al otro (total o parcialmente).— Pero, dado que deber y obligación en general son conceptos que expresan la *necesidad* objetiva práctica de determinadas acciones, y puesto que dos reglas opuestas entre sí no pueden ser a la vez necesarias, sino que cuando es deber obrar atendiendo a una, obrar siguiendo a la otra no sólo no es deber alguno, sino incluso contrario al deber: es totalmente impensable una *colisión de deberes* y obligaciones (*obligationes non colliduntur*)».<sup>245</sup>

Aunque un análisis de la tesis kantiana sobre los conflictos de deberes escapa con mucho al objeto de estas líneas,<sup>246</sup> sí resulta relevante ahora destacar la razón por la que parece rechazar KANT la existencia de verdaderos conflictos de deberes. Como señala TIMMERMANN, la ética kantiana se conforma a partir de deberes que expresan una “necesidad objetiva práctica”,<sup>247</sup> es decir, por deberes que, a diferencia de lo que acontece con otras obligaciones no morales como las de la prudencia, implican siempre y en todo caso obligatoriedad o necesidad.<sup>248</sup> Es decir, «[t]odos los imperativos mandan hipotética o categóricamente. Los primeros representan la necesidad práctica de una acción posible como medio para conseguir alguna cosa que se quiere (o es posible que se quiera). El imperativo categórico sería el que representaría una acción como objetivamente necesaria por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria».<sup>249</sup> El imperativo moral, es, pues, ante todo un concepto que expresa la necesidad práctico-objetiva de determinadas acciones, por lo que dos reglas opuestas no pueden ser al mismo tiempo necesarias, de tal forma que si actuar de acuerdo con una de ellas es un auténtico deber, actuar en forma contraria no solo no es un

<sup>243</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 4.1, b).

<sup>244</sup> Cfr. Introducción, pp. 13 y ss., n. 17 y 19.

<sup>245</sup> Cfr. KANT, *La metafísica de las Costumbres*, 2012, Primera Parte, Introducción a la Metafísica de las Costumbres, IV, nm. 224, pp. 30 y s.

<sup>246</sup> Al respecto, por ejemplo, vid. HERMAN, *Moral Judgment*, 1993, pp. 159 y ss.; HÖFFE, «*Königliche Völker*», 2001, pp. 82 y ss.; TIMMERMANN, «Kantian Dilemmas? Moral Conflict in Kant's Ethical Theory», *AGPh*, (1), 2013, pp. 36; EL MISMO, «The Dutiful Lie: Kantian Approaches to Moral Dilemmas», en GERHARDT et al. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung*, v. III, 2001, pp. 245 y ss.; BETZLER, «Moralische Konflikte: Versuch einer kantischen Deutung», en GERHARDT et al. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung*, v. III, 2001, pp. 141 y ss.; ESSER, «Kant und moralische Konflikte», en GERHARDT et al. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung*, v. III, 2001, pp. 194 y ss.

<sup>247</sup> Cfr. TIMMERMANN, *AGPh*, (1), 2013, p. 41; EL MISMO, en GERHARDT et al. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung*, v. III, 2001, p. 345.

<sup>248</sup> Vid. KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, 2009, Capítulo II, pp. 100 y s.; y TIMMERMANN, *AGPh*, (1), 2013, p. 41: «el acto obligatorio es objetivamente necesario; toda otra acción es racionalmente imposible»; o KÜHL, «Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidung von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das strafrecht – ein Problemaufriss», en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Recht und Moral*, 1991, pp. 139 y ss., 170 y ss.

<sup>249</sup> Vid. KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, 2009, Capítulo II, p. 98.

deber, sino que representa una violación del deber.<sup>250</sup> El principio del “deber implica poder”, sin embargo, no solo determina aisladamente la noción de ley práctica, sino que, como el mismo KANT muestra en el pasaje arriba recogido, su concepción del deber y del sistema de deberes le lleva asimismo a afirmar la inexistencia de auténticas colisiones de deberes y, por extensión, a mantener que la razón práctica no determina exigencias inconsistentes tampoco desde la óptica del metaplano donde concurren los deberes.<sup>251</sup> «El deber es para él [Kant] la necesidad práctico objetiva de una acción conforme a la ley de la razón, y dado que dos reglas opuestas entre sí no pueden ser a la vez necesarias (la razón se caracteriza por su unidad sistemática), “una colisión entre deberes y obligaciones no es imaginable”».<sup>252</sup>

Así las cosas, la supresión de todo eventual conflicto en el seno de un sistema de normas plural solo sería posible a partir del reconocimiento de que las obligaciones adquieren sentido en referencia a una situación real o posible y que, en esa medida, los deberes tienen siempre y en todo caso una materia tomada de la experiencia.<sup>253</sup> «Para tener sentido moral pleno, la universalidad de las reglas debe referirse a lo particular del *ethos*, al campo concreto de la acción moral, a la situación que reclama una decisión, una evaluación o una acción éticamente relevante. En tal medida, la universalidad (o universalizabilidad de la máxima) representa una condición necesaria pero no suficiente de todo deber moral concreto».<sup>254</sup> De este modo lograría compatibilizar KANT el pretendido carácter general de toda ley con su carácter necesario. La ley es general y obligatoria en la medida en que se determina atendiendo a lo específico.<sup>255</sup>

Bien mirado, lo cierto es que las razones que llevaron a KANT a negar de manera rotunda toda colisión de deberes y las que se han presentado aquí para sostener la necesidad de resolver todos y cada uno de los posibles conflictos de deberes en el ámbito del injusto guardan importantes similitudes. El concepto de deber penal que aquí se ha esbozado puede igualmente definirse como una necesidad objetiva práctica, como una auténtica razón para la acción obligatoria. Todo deber jurídico-penal es necesario, porque es el resultado de un proceso de legitimación que, además de tomar en consideración las razones axiológicas universales que dan pie a su nacimiento, toma en cuenta sus criterios de eficacia. Como también se ha señalado, el principio voluntarista rige igualmente en el plano sistemático en el que concurren deberes aisladamente legítimos. Dado que ningún Ordenamiento puede desconocer el carácter plural con el que ejerce su fuerza obligante, sería absurdo no respetar en este plano el axioma voluntarista. Solo tomando también en cuenta aquí el axioma del *impossibilium nulla obligatio* cabe imaginar un sistema de normas consistente, en definitiva, un

---

<sup>250</sup> Cfr. LEMME, *Christliche Ethik*, v. II, 1905, p. 849; RESCHER, *Ethical Idealism*, 1987, p. 45.

<sup>251</sup> Vid. TIMMERMANN, *AGPh*, (1), 2013, p. 42; y con detalle, sobre los presupuestos básicos del sistema en la ética kantiana, vid. GUYER, *Kant's System of Nature and Freedom*, 2005, pp. 244 y ss., pp. 247 y ss., 267 y ss.

<sup>252</sup> Cfr. FORSCHNER, «Pflichtenkollision», en HÖFFE (ed.), *Lexikon der Ethik*, 7ª ed., 2008, p. 242.

<sup>253</sup> Sobre la especificación empírica de las normas en KANT, vid. CRELIER, «La reflexión moral kantiana y el problema del conflicto de deberes», *Praxis Filosófica*, (33), 2011, p. 17. Además, vid. BETZLER, en GERHARDT et al. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung*, v. III, 2001, p. 144.

<sup>254</sup> Así CRELIER, *Praxis Filosófica*, (33), 2011, p. 17.

<sup>255</sup> Haciendo igualmente hincapié en el indispensable carácter contextual-situacional de los deberes, lo que a su vez permite negar la existencia de auténticos conflictos, vid. NELSON, *Kritik der praktischen Vernunft*, v. I, 1917, § 124 y ss., pp. 209 y s.



sistema normativo. Quien toma en consideración siempre la finitud del ser humano en el supuesto que se pretende regular antes de imponer un deber es capaz de imponer deberes en todo caso de posible cumplimiento. Cabe, pues, afirmar con KANT y sus seguidores que las obligaciones o los deberes jurídicos no coliden en ningún caso,<sup>256</sup> en definitiva, que los conflictos de deberes no existen.<sup>257</sup> Ahora bien, evidentemente, negando la existencia de los conflictos no se entierra un problema que ha ocupado a filósofos y juristas, como mínimo, desde los tiempos de la antigua Grecia.<sup>258</sup> Las colisiones de deberes, aunque se niegue su existencia parecen ser un fenómeno ordinario de nuestra experiencia moral,<sup>259</sup> así como un problema jurídico real y de primera magnitud. Los conflictos de deberes tal vez no existan, pero la pregunta acerca de cuál es la conducta que un Ordenamiento jurídico le exige a un agente que no puede salvar a sus dos hijos al mismo tiempo no puede ser despejada negando simplemente que dos deberes jurídico-penales puedan colidir.

## 2.2. *Rationes obligandi non obligantes colliduntur*

El propio KANT, tras negar la existencia de auténticos conflictos, ofrece sin embargo una interesante respuesta encaminada a logra armonizar nuestra experiencia con la teoría del deber y de la legitimación de las obligaciones.<sup>260</sup> En el mismo pasaje citado de la *Metafísica de las Costumbres*, después de rechazar la tesis que acepta la existencia de verdaderas colisiones de deberes (*obligationes non colliduntur*), el filósofo de Königsberg continúa como sigue:

«No obstante, en un sujeto y en la regla que él se prescribe pueden muy bien encontrarse dos razones de la obligación (*rationes obligandi*), de las que una u otra es, sin embargo, insuficiente para obligar (*rationes obligandi non obligantes*), porque entonces una no es deber. — Si dos razones semejantes se oponen entre sí, la filosofía práctica nos dice entonces que la obligación más fuerte conserva la supremacía (*fortior obligatio vincit*), sino que la razón más fuerte para obligar conserva el puesto (*fortior obligandi ratio vincit*)».<sup>261</sup>

---

<sup>256</sup> Cfr. NELSON, *Kritik der praktischen Vernunft*, v. I, 1917, pp. 206 y s.: «si realmente existe una colisión de deberes, entonces no puede haber ningún deber, y el concepto de deber mismo se mostraría como una fantasmagoría vacía», y todavía más «o bien no existe colisión alguna de deberes o bien no existe ninguna ética» (p. 207).

<sup>257</sup> Cfr. por todos TIMMERMANN, en GERHARDT et al. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung*, v. III, 2011, p. 346, quien tacha los conflictos meramente de “pseudo-dilemas”. La doctrina kantiana de la colisión de razones de obligación no es en absoluto desconocida para la ciencia del Derecho penal. Ya JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, pp. 43 y ss., niega la existencia de los conflictos de deberes y afirma como aquí que solo las razones de obligación podrían colidir. Cfr. EL MISMO, *Logik im Recht*, 1ª ed., 2005, p. 72, señalando que la expresión “colisión de deberes” sería por lo tanto inadecuada. Adopta igualmente la terminología kantiana KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 294 y ss. Y sin el etiquetaje kantiano, distinguiendo entre “deberes” que coliden «mientras no se aplican las reglas de preferencia apropiadas» y el “deber preferente o real”, que surge de la aplicación al conflicto de tales reglas, vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 221. Aunque por razones distintas, niega igualmente la existencia de verdaderos conflictos de deberes GROPP, «Die „Pflichtenkollision“: weder eine Kollision von Pflichten noch Pflichten in Kollision», *FS-Hirsch*, pp. 207 y ss., reconduciendo el fenómeno o bien a un conflicto entre intereses jurídicamente garantizados o bien a una concurrencia entre deberes que no coliden.

<sup>258</sup> Cfr. FRANK, *System der christlichen Sittlichkeit*, v. I, 1884, § 22, 7.

<sup>259</sup> Cfr. HERMAN, *Moral Judgment*, 1993, p. 162.

<sup>260</sup> Cfr. HERMAN, *Moral Judgment*, 1993, p. 164.

<sup>261</sup> Cfr. KANT, *La metafísica de las Costumbres*, 2012, Primera Parte, Introducción a la Metafísica de las Costumbres, IV, nm. 224, p. 31.

Es decir, para KANT lo que realmente podrían colidir en aquellas situaciones en las que parecen confrontarse los deberes, en verdad, serían únicamente las “razones de la obligación” (*rationes obligandi*).<sup>262</sup> Al entrar en conflicto, únicamente la “razón” obligante más fuerte se convierte en deber, esto es, en necesidad objetivo-práctica de una determinada acción, mientras que la “razón” obligante más débil (*rationes obligandi non obligantes*) queda desplazada sin que llegue siquiera a desplegar efectos obligantes.<sup>263</sup> Ahora bien, aun cuando se acepte lo anterior, no hay duda de que el pasaje acabado de referir abre a su vez dos interrogantes fundamentales para comprender en toda su extensión el planteamiento kantiano sobre la colisión de deberes. Resulta obligado dilucidar, por un lado, a qué se refiere KANT cuando alude a una “razón de la obligación” y, por el otro, concretar y definir el baremo de medición de la “fuerza” de las “razones de obligación” en colisión. Sin embargo, lo cierto es que KANT no ofreció una respuesta concreta a ninguna de ambas cuestiones.<sup>264</sup> Hasta donde alcanzo, nunca concretó de forma bastante la noción de “razón de la obligación”, ni formuló de manera sistemática el espectro imaginable de situaciones conflictivas.<sup>265</sup> Por otro lado, la formulación que hace del criterio de resolución de tales conflictos en el pasaje referido carece de cualquier utilidad práctica a la hora de resolver las colisiones. Que la razón más fuerte vence parece casi tautológico, la cuestión es saber precisamente cómo establecer grados de fortaleza entre razones de obligación. Sea como fuere, la falta de un tratamiento sistemático y expreso de ambas cuestiones no ha impedido a la doctrina filosófica tratar de ofrecer respuestas en el marco del planteamiento kantiano a estas dos cuestiones. Hasta donde alcanzo dos han sido básicamente las interpretaciones formuladas del pasaje en el que KANT aborda el problema de las colisiones de deberes.

Tomando como referencia la distinción kantiana entre deberes perfectos (*vollkommene Pflicht*) y deberes imperfectos (*unvollkommene Pflicht*),<sup>266</sup> una primera forma de interpretar el referido

<sup>262</sup> Al respecto, con detalle, vid. TIMMERMANN, *AGPh*, (1), 2013, p. 41.

<sup>263</sup> Cfr. HÜGLI, «Pflichtenkollision», en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, v. VII, 1989, p. 442.

<sup>264</sup> Se lamentan por ello LOUDEN, *Morality and moral theory*, 1953, p. 109; o TIMMERMANN, en GERHARDT et al. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung*, v. III, 2001, p. 346, y haciéndose eco de varias críticas doctrinales en este mismo sentido, vid. BETZLER, en GERHARDT et al. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung*, v. III, 2001, p. 141. TIMMERMANN, *AGPh*, (1), 2013, p. 54 sostiene que el escaso interés que KANT le presta a la cuestión se explica por la imposibilidad de abordar el problema en toda su dimensión en un plano abstracto-general.

<sup>265</sup> Lo que no significa que no sea posible a lo largo y ancho de su obra encontrar referencias a supuestos específicos de conflicto. Al respecto, con detalle, vid., TIMMERMANN, en GERHARDT et al. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung*, v. III, 2001, pp. 346 y ss. Así, por ejemplo, en *En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica»*, [KANT, *Teoría y Práctica*, 2006, p. 41] señala KANT que «[n]o existe *casus necessitatis* salvo en el caso de que entren en conflicto mutuo ciertos deberes, a saber, un *deber incondicionado* y otro, quizá importante, pero a pesar de eso *condicionado*; por ejemplo, si se trata de evitar un desastre del Estado cuya causa sea la traición de un hombre que se halla, con respecto a otro, en una relación semejante a la del padre con el hijo. Por parte del primero, evitar ese mal es un deber incondicionado; pero, por parte del segundo, evitar su propio infortunio es sólo un deber condicionado (por cuanto que él no se ha hecho culpable de ningún delito contra el Estado). Tal vez el hijo denunciará ante la autoridad los propósitos de su padre muy a disgusto, pero lo haría instado por la necesidad (a saber: por la necesidad moral)». Y de sobras conocidas son las referencias de KANT a la situación de conflicto en la que se ve inmerso quien se plantea la posibilidad de mentir por filantropía. Cfr. KANT, «Sobre un presunto derecho de mentir por filantropía», en *Teoría y Práctica*, 2006, pp. 61 y ss.

<sup>266</sup> Para un análisis de la distinción en KANT, vid. por todos, KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1984, pp. 75 y ss.; GREGOR, *Laws of freedom*, 1963, pp. 95 y ss.; haciendo asimismo referencia a las distintas definiciones de una y otra clase de deberes en la obra de KANT, no siempre plenamente coincidentes (pp. 95 y s.) Vid. asimismo las «Reflexiones sobre el imperativo categórico» de GARRIDO en KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2009, pp. 192 y ss. Un interesante estudio histórico de la distinción entre deberes perfectos e imperfectos puede

pasaje consiste en equiparar la noción de “razones de obligación” a los deberes imperfectos, de tal manera que los deberes perfectos (jurídicos) nunca entrarían en colisión, ni como deberes en sentido estricto, ni siquiera como razones de obligación.<sup>267</sup> Solo las razones positivas que anteceden al nacimiento de concretos deberes éticos podrían entrar en colisión, retrocediendo en cada caso una razón frente a la otra y estableciéndose en última instancia un único deber positivo. Esta, si no me equivoco, es la interpretación sostenida por Wolfgang KERSTING cuando señala que «la fuerza obligante, el carácter obligante del deber jurídico es absoluto, no limitado por ninguna condición y por lo tanto perfecto (*vollkommen*); la fuerza obligante del deber ético por el contrario es hipotética, porque está vinculada a la condición de su conformidad a Derecho».<sup>268</sup> Dado que todos los deberes de virtud nacen bajo la estricta condición de respeto a los deberes de justicia, no tendría sentido plantear ninguna clase de conflicto entre ambas clases de deberes. «La exigencia ética ocupa por lo tanto frente a la exigencia del Derecho un rango secundario; la ley de la virtud encuentra en el principio del derecho un presupuesto de validez. La prioridad expresa del Derecho evita una colisión de deberes [...]».<sup>269</sup> Toda colisión entre un deber positivo y negativo sería sencillamente imposible, pues el deber negativo es por definición perfecto, y los positivos se determinan siempre y en todo caso conforme a Derecho. «La prioridad del Derecho se mostraría en el hecho de que toda acción virtuosa, toda realización de un deber a fin (*Pflichtzweck*) como acción está precisamente subordinada a la condición de su conformidad a Derecho. En las determinaciones del Derecho debe la bondad visualizar sus límites».<sup>270</sup> Por lo tanto, considerar una acción antijurídica como virtuosa implicaría desde este punto de vista una autocontradicción ética inasumible.<sup>271</sup> La conformidad a Derecho de toda acción es la condición mínima necesaria para hablar de una acción virtuosa, «aunque la ley expresa un deber jurídico; porque es la *doctrina de la virtud* la que ordena considerar sagrado el derecho de los hombres».<sup>272</sup>

De este modo, pues, se reduciría conceptualmente el problema únicamente a aquellos conflictos dables entre deberes imperfectos.<sup>273</sup> Aquí, el fin que es deber nos obligaría a convertir en deber la máxima correspondiente, sin embargo, quedaría siempre un amplio espacio en manos del obligado, porque es él quien debería decidir «cómo y cuánto se debe obrar con la acción con vistas al fin que es a la vez un deber».<sup>274</sup> Las “razones de la

---

leerse en el trabajo de KERSTING, «Das starke Gesetz der Schuldigkeit und das schwächere der Gütigkeit. Kant und die Pflichtenlehre des 18. Jahrhunderts», *studia leibnitiana*, (14), 1982, pp. 184 y ss.

<sup>267</sup> Cfr. SCHMALZ, *Das Recht der Natur*, v. I, 1795, § 37: «Vollkommene ... Pflichten sind diejenigen, welche nie eine Ausnahme Leiden, und durch keine Collision gehoben werden. Sie führen deshalb den Namen der vollkommenen mit Recht». Así, KERSTING, *studia leibnitiana*, (14), 1982, p. 211; EL MISMO, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1984, pp. 87 y s.; TUGENDHAT, «Zur Entwicklung von moralischen Begründungs-strukturen im modernen Recht», *ARSP*, (14), 1980, p. 13, n. 4; HÖFFE, «Königliche Völker», 2001, pp. 82 y ss.; TIMMERMANN, *AGPh*, (1), 2013, pp. 43 y ss., n. 23.

<sup>268</sup> Cfr. KERSTING, *studia leibnitiana*, (14), 1982, p. 211.

<sup>269</sup> Cfr. KERSTING, *studia leibnitiana*, (14), 1982, p. 211.

<sup>270</sup> Cfr. KERSTING, *studia leibnitiana*, (14), 1982, p. 215

<sup>271</sup> Vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 22.

<sup>272</sup> KANT, *La metafísica de las Costumbres*, 2012, Segunda Parte, Introducción a la Doctrina de la Virtud, IX, nm. 394.

<sup>273</sup> Cfr. TUGENDHAT, *ARSP*, (14), 1980, p. 13, n. 4.

<sup>274</sup> KANT, *La metafísica de las Costumbres*, 2012, Primera Parte, Introducción a la Doctrina del Derecho, VII, nm. 390.

obligación” se presentarían como fines que no son deber, debiendo entonces el obligado decidir por cuál opta y cuál es relegada.<sup>275</sup> Las máximas de deber que obligarían *prima facie* al amor universal al prójimo y al amor paternal podrían entonces colidir como razones de la obligación, debiendo ceder en el caso concreto una frente a la otra, para acabar surgiendo un único deber efectivamente obligante.

Sin embargo, cabría asimismo interpretar el pasaje antes citado de una manera algo distinta. Resulta igualmente imaginable la posibilidad de negar la equivalencia conceptual entre los deberes imperfectos y las razones de obligación, de manera que el concepto de razón de deber pueda predicarse con carácter transversal tanto de los deberes imperfectos como de los perfectos.<sup>276</sup> Como señala HÜGLI, fueron los discípulos y seguidores de KANT quienes posteriormente se ocuparon de concretar algo más cuáles eran las posibles razones de deber a las que se refería KANT, del mismo modo que procedieron a concretar con algo más de detalle las reglas generales de jerarquización entre “razones de la obligación”.<sup>277</sup> En este sentido, es especialmente remarcable e interesante el planteamiento clasificatorio de las colisiones de razones de deber llevado a cabo por C. CH. E. SCHMID a finales del S. XVIII en su *Grundriss der Moralphilosophie für Vorlesungen*,<sup>278</sup> quien, partiendo de la distinción kantiana básica entre los deberes jurídicos (*Rechtspflichten*) y los deberes de virtud (*Tugendpflichten*),<sup>279</sup> y asumiendo en principio la imposibilidad de que deberes perfectos entren en colisión,<sup>280</sup> procedió a distinguir de manera expresa entre tres clases de conflictos de razones de obligación y ofrecer a continuación criterios generales de solución.

En todo caso, antes de analizar en detalle esta clasificación y la propuesta de solución ofrecida, es conveniente mostrar con algo más de detalle dos distinciones básicas para entender el planteamiento de SCHMID. En primer lugar, resulta fundamental la distinción asumida por dicho autor entre deberes jurídicos y deberes éticos o de virtud. «A fin de poder hacer aplicable el general y supremo imperativo moral, lo desmembramos en lo que sigue en los mandatos especiales que de él se derivan a priori»: <sup>281</sup> en primer lugar, (1) alude SCHMID a la existencia de un mandato negativo (*Negatives Gebot*), que impondría la siguiente obligación: «no actúes conforme a ninguna máxima que, *se contradiga a sí misma en tanto que ley general*, esto es, que destruya su propio fin, o: sé justo». <sup>282</sup> A su vez, este mandato negativo se podría presentar en dos subformas de deber, esto es como un (1.1), «deber para con uno mismo»

---

<sup>275</sup> En este sentido, vid. CORTINA ORTS, «Estudio Preliminar», en KANT, *La metafísica de las Costumbres*, 2012, p. LXXXIII: «[p]orque así como la contradicción muestra sencillamente la imposibilidad, y los mandatos por ella acuñados son prohibiciones, los bienes objetivos inspiran una legislación positiva, pero sin poder determinar *a priori* cuántas energías debe invertir el sujeto en perseguirlos ni cuáles debe elegir en el caso de que entren en conflicto».

<sup>276</sup> Parecen entenderlo así TIMMERMANN, *AGPh*, (1), 2013, p. 49, p. 52, p. 53; y BETZLER, en GERHARDT et al. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung*, v. III, 2001, p. 146.

<sup>277</sup> Lo afirma así HÜGLI, en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, v. VII, 1989, p. 444.

<sup>278</sup> Carl Christian Erhard SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 101 y ss., pp. 141 y ss.

<sup>279</sup> Al respecto, con detalle, vid. solo KÜHL, en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Recht und Moral*, 1991, pp. 139 y ss., 170 y ss.

<sup>280</sup> Carl Christian Erhard SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 1793, § 111 y s.

<sup>281</sup> Cfr. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 101, p. 141.

<sup>282</sup> Cfr. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 102, p. 141.

(*schuldige Selbstpflicht*), que impondría un deber de «ser justo para con uno mismo»,<sup>283</sup> y en forma de un (1.2) deber «para con la sociedad» (*schuldige Gesellschaftpflicht*), definido literalmente como sigue: «no actúes conforme a ninguna máxima que, concebida como *ley general de toda esencia racional*, sea en sí misma contradictoria, esto es, que hiciera imposibles sus propios fines, o sé justo frente a otros seres racionales».<sup>284</sup> Frente a este mandato negativo, el imperativo general se plasmaría a su vez en un (2) mandato positivo: «Actúa conforme a aquellas máximas que, *como leyes generales no contradigan tu propia voluntad* (fines generales restantes), sino que son conforme a éstos, o sé bondadoso (*gütig*)».<sup>285</sup> A su vez, distingue SCHMID entre (2.1) un deber positivo para con uno mismo (*positive Selbstpflicht*), entendido como el deber de ser bondadoso para con uno mismo, así por ejemplo, existiría un deber de desarrollar las propias fuerzas para alcanzar aquellos fines morales deseables; y un segundo deber (2.2), el «deber social positivo» (*positive Gesellschaftpflicht*), y que define del siguiente modo: «sigue todas aquellas máximas que, *en tanto que leyes generales de la naturaleza y vinculación de todos los seres racionales son conformes a tu voluntad*, [...] o sé bondadoso para con el resto de seres racionales».<sup>286</sup> En resumidas cuentas, dejando ahora a un lado los deberes para con uno mismo, cabría distinguir entre dos formas básicas de representación del deber: los mandatos negativos y positivos. Éstos están, «como partes del todo» subordinados al imperativo moral general, y «aparecen a vez coordinados entre sí y absolutamente *idénticos*».<sup>287</sup> «Como puros mandatos, los cuales solo se dirigen a la máxima y convicción de quien actúa, *no* pueden entre sí *colidir*, puesto que la moral (*Tugend*) es una y la razón no puede contradecirse a sí misma».<sup>288</sup> «La justicia frente a mí mismo y frente a los otros, la bondad frente a mí y frente a los otros están vinculadas entre sí de manera idéntica e inseparable. La esencia de la bondad presupone la esencia (forma, máxima, mentalidad) de la justicia, encerrándola en sí misma. [...] Son por lo tanto esencialmente idénticas y no es posible ninguna colisión y por lo tanto ninguna decisión al respecto».<sup>289</sup>

La segunda distinción a la que me he referido anteriormente es la que efectúa SCHMID entre los mandatos estrictamente obligatorios o perfectos (*vollkommenes, strengverpflichtendes Gebot*) y los mandatos imperfectos (*unvollkommenes Gebot*).<sup>290</sup> Los primeros, (*leges obligantes*), son aquellos mandatos que «coinciden con el (mandato) puramente formal con carácter general y de forma necesaria, complemente determinados y que contienen por lo tanto una razón suficiente para una acción moral».<sup>291</sup> Por ejemplo, el deber de devolver la cosa en el marco de un contrato de depósito. Por el contrario, sería imperfecto (*leges obligandi*) aquel mandato que «no coincide con el puramente formal de manera completamente necesaria y general, que no está completamente determinado y que solo expresa una razón para una acción moral».<sup>292</sup> Es

<sup>283</sup> Cfr. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 102, p. 141.

<sup>284</sup> Cfr. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 102, p. 142.

<sup>285</sup> Cfr. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 103, p. 142.

<sup>286</sup> Cfr. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 103, p. 143.

<sup>287</sup> Cfr. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 106, p. 145.

<sup>288</sup> Cfr. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 106, p. 145.

<sup>289</sup> Cfr. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 106, pp. 145 y s.

<sup>290</sup> Cfr. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 109, p. 147; EL MISMO, *Versuch einer Moralphilosophie*, 1792, § 270.

<sup>291</sup> Cfr. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 109, p. 147.

<sup>292</sup> Cfr. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 109, p. 148.

decir, que SCHMID distingue entre deberes imperfectos, esto es, razones para obligar y auténticos deberes perfectos. «Una ley perfecta contiene una *razón suficiente* para una acción, esto es, una ley perfecta que determina la acción de manera completa y necesaria. Una ley imperfecta contiene solo *una razón* para ello, y deja tanto los supuestos de aplicación como la cantidad en cada supuesto dado en cierta medida indeterminado».<sup>293</sup>

Pues bien, de modo idéntico a como lo hiciera KANT, define SCHMID la colisión o conflicto de deberes como aquella relación entre razones de obligación en la que una de ellas anula a la concurrente. «Los deberes instituyen reglas necesarias absolutas, las cuales no pueden colidir entre sí, y en consecuencia tampoco pueden producir ninguna colisión de deberes (*obligationes non colliduntur*). En cambio, lo que sí pueden colidir son las razones para la obligación (*Gründe der Verbindlichkeit*), esto es, las *rations obligandi, non obligantes*».<sup>294</sup> Hasta donde alcanzo, parece operar a partir de aquí SCHMID con un concepto de “razón de la obligación” transversal a los deberes de la virtud y a los deberes jurídicos, al que denomina mandato imperfecto (*vollkommenes Gebot*). A partir de la doble distinción entre deberes de justicia y deberes de bondad, y entre deberes imperfectos y perfectos, entiende SCHMID que tres son los tipos de colisiones imaginables:

«La colisión es por lo tanto en verdad solo (111, 112) posible: 1. Entre un mandato aplicado (*angewandte Gebot*) de justicia y uno de bondad, p. ej., entre el deber, de no utilizar ninguna violencia contra el Estado y el deber de cultivar mi espíritu, de ilustrarme; entre un deber estatal (*Amtspflicht*) asumido y un servicio voluntario para la humanidad. 2. Entre dos mandatos de bondad, p. ej., el deber de perfeccionarme a mí mismo y el deber de servir a otros hombres. En la medida en que también es posible que mandatos aplicados de la justicia sean indeterminados (aunque no deberían), cabe también pensar en colisiones en atención a estos mandatos indeterminados. 3. Entre dos mandatos de justicia, p. ej., mantener dos promesas entre sí contrapuestas, o realizar dos tareas estatales contrapuestas entre sí».<sup>295</sup>

En el siguiente párrafo (§ 114) procede el referido autor a establecer las premisas esenciales que deben inspirar los criterios rectores de solución de las colisiones entre razones de deber para, acto seguido, en el § 115,<sup>296</sup> establecer definitivamente las reglas de solución de los conflictos. Las reglas de solución serían, en esencia, las siguientes: (1) un mandato de justicia tiene prioridad en todo caso frente al mandato de bondad. Así pues, (1.1) la razón obligante de justicia en favor de uno mismo anula la razón de deber de bondad frente a otro o frente a otros. P. ej., nadie debe sacrificar su libertad en pro del bienestar de otros, o suicidarse por filantropía. Del mismo modo, (1.2) la justicia frente a los otros tiene prioridad frente a la bondad para con uno mismo, así, p. ej., nadie puede hurtar un libro para cultivar su propio espíritu. (1.3) El mandato de justicia frente a los otros precede también al mandato de bondad frente a aquellos, y esto es igualmente válido tanto respecto de un mismo hombre, es decir, no cabe forzar (infracción del deber de justicia) a alguien para que sea feliz (deber de bondad), ni respecto de hombres distintos, esto es, no cabe utilizar la propiedad ajena para ayudar a un

<sup>293</sup> Cfr. SCHMID, *Versuch einer Moralphilosophie*, 1792, § 271.

<sup>294</sup> Vid. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 108, p. 146.

<sup>295</sup> Vid. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 113, p. 151.

<sup>296</sup> Cfr. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 115, p. 151.

tercero en situación de necesidad. Finalmente, (1.4), la justicia frente a uno mismo prima también frente a la bondad para con uno mismo, es decir, no puedo suicidarme para evitar mi propia esclavitud o para sentirme sensorialmente realizado.<sup>297</sup>

A partir de aquí, pese a las reticencias de SCHMID a aceptar que mandatos de justicia puedan colidir, y tras señalar que como mandatos perfectos nunca lo hacen, sí acepta que puedan colidir con carácter meramente aparente.<sup>298</sup> Cuatro son nuevamente las colisiones aquí imaginables. (2.1) Un deber de justicia para con uno mismo parecería colidir otro deber de justicia para con uno mismo, así por ejemplo, el deber de respeto de la integridad física entraría en conflicto con el deber de amputarse un órgano en mal estado. (2.2) Un deber de justicia frente a uno mismo con un deber de justicia frente a otros, p. ej., cuando defendiendo mi vida frente al ataque de quien intenta agredirme. (2.3) Un deber de justicia frente a otros con un deber de justicia para con uno mismo, por ejemplo, cuando para cumplir mi palabra me someto a un riesgo vital; y finalmente (2.4), dos deberes de justicia a favor de los otros pueden colidir, por ejemplo, el deber de llevar a cabo una función estatal asumida con el deber de llevar a cabo un servicio prometido a otro, de modo que sería imposible cumplir con la tarea estatal.

Finalmente, (3) en tercer lugar, señala SCHMID que, entre mandatos de bondad, vence el orientado a un mayor fin, esto es, que se debe cumplir aquél que sirve en mayor medida al bienestar general, siendo preferentes aquellos deberes que sirven a la totalidad de los fines de promoción frente a los que lo hacen de modo parcial, así como los deberes en favor de la promoción de los fines de muchos en detrimento de los que sirven a los fines de un único individuo.<sup>299</sup>

### 2.3. Conclusiones provisionales

Aunque no es posible ofrecer aquí respuestas concluyentes sobre el modo en el que entendía KANT los conceptos de “razón de la obligación” y de “fuerza” de las razones de obligación en conflicto, lo cierto es que en el tratamiento kantiano de las colisiones de deberes cabe advertir ya los tres pilares básicos sobre los que se asienta el abordaje de las colisiones de deberes que se ensaya en este trabajo. En primer lugar, como ha quedado arriba demostrado, las colisiones de deberes entendidas como el conflicto entre dos deberes obligantes no existen (*obligationes non colliduntur*), a ello se opone el principio voluntarista. En segundo lugar, con la introducción de una forma normativa intermedia como es la “razón de la obligación” consigue KANT armonizar de forma plausible la imposibilidad de reconocer auténticas colisiones de deberes con el fenómeno de incertidumbre normativa que caracteriza los supuestos que ahora nos ocupan.<sup>300</sup> A la espera de una definición más detallada de qué debe entenderse por “razón de

<sup>297</sup> Vid. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 116, pp. 153 y s.

<sup>298</sup> Cfr. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 116, p. 155.

<sup>299</sup> Cfr. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 117, p. 157.

<sup>300</sup> Cfr. BETZLER, en GERHARDT et al. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung*, v. III, 2001, p. 148, quien comprende las razones de la obligación como máximas de actuación: «Kants Überlegungen lassen deutlich werden, dass Konflikte allein zwischen unseren Handlungsmaximen bestehen. Der Konflikt wird aufgelöst

la obligación”, cabe afirmar por el momento que las así llamadas colisiones de deberes constituyen, en realidad, un conflicto entre razones de obligación no obligatorias (*rationes obligandi non obligantes*).<sup>301</sup> Finalmente, en tercer lugar, y aunque ello se abordará en el próximo capítulo de este trabajo, resulta igualmente clarificador el modo en el que la doctrina kantiana enfrenta el problema de la resolución de los conflictos entre “razones de obligación”. Con las matizaciones que allí se harán, la pretensión de resolver los conflictos desde una óptica formal, que trasciende a la mera diferencia de intereses y que toma en consideración esencialmente el grado y tipo de competencia de un agente por un interés ajeno (deberes de justicia y deberes de virtud) resulta un punto de partida esencial en la construcción del sistema de jerarquización de los deberes que se presenta en este trabajo.<sup>302</sup>

### ***3. La colisión de deberes como un conflicto entre razones de obligación***

#### **3.1. Introducción**

Llegados a este punto es momento de concretar qué supone afirmar a los efectos jurídico-penales que no coliden nunca deberes, sino que se trata siempre del conflicto entre dos o más razones de obligación. Lo pretendido en este punto es aclarar el concepto de razón de obligación en tanto que estadio analítico intermedio en el proceso de legitimación de las normas penales, así como la noción misma de conflicto entre razones de obligación. Como veremos, la razón de obligación puede ser definida, en esencia, como una norma aisladamente legítima, pero que espera a ser analizada junto con el resto de normas concurrentes en el caso concreto para poder alcanzar el estatus final de deber penal (altamente personal). La colisión de deberes, consecuentemente, puede ser definida como el conflicto entre una pluralidad de razones de obligación de imposible satisfacción cumulativa.

#### **3.2. «Norma» abstracta y deber penal (altamente personal)**

La pretensión de descomponer analíticamente el proceso de legitimación de las normas penales en diversos estadios no resulta en absoluto novedosa. Lo cierto es que, al margen de toda la discusión sobre la colisión de deberes, es una constante en la dogmática de corte germánico la pretensión de distinguir entre varias clases de normas o, más concretamente, entre diversos estadios de concreción o determinación de las normas de comportamiento. En este sentido son especialmente interesantes las reflexiones de Armin KAUFMANN quien, en

---

mithilfe praktischer Überlegung, in der die handelnde Person in Anbetracht der gegebenen Umstände ihre Maximen in Bezug auf ihre gemeinsame Verallgemeinerungsfähigkeit erneut testet und mithilfe ihrer Urteilskraft eine Maxime als handlungsbestimmend auswählt» (p. 147).

<sup>301</sup> Advértase igualmente el importante paralelismo que existe entre la concepción de la “razón de obligación” como un deber imperfecto y la voluntad de la doctrina mayoritaria de reducir conceptualmente el instituto a los conflictos entre mandatos. Los deberes negativos, entendidos como meras prohibiciones serían siempre de posible cumplimiento, cuando entran en colisión con los positivos, vencen siempre los primeros, de modo que, en realidad, una auténtica colisión solo parece darse cuando coliden dos mandatos, dos deberes positivos, que son indeterminados y que, por su naturaleza, no siempre son de posible cumplimiento cumulativo. Cfr. TIMMERMANN, *AGPh*, (1), 2013, pp. 45 y s.

<sup>302</sup> Cap. 3, apdo. III, 2 y 3.



atención a las figuras de un destinatario ideal y concreto, distinguía entre norma abstracta, como forma ideal de la obligación, y el deber penal, como forma obligacional individualizada, real.<sup>303</sup> Aunque no puede ser este el lugar en el que valorar las distintas propuestas formuladas en la doctrina al respecto, sí cabe concluir en este lugar lo siguiente: salvo que se esté dispuesto a renunciar a las dos premisas básicas sobre las que asienta la doctrina mayoritaria su teoría de las normas, esto es, por un lado, que la norma de comportamiento es una norma prescriptiva que trata de influir en su destinatario; y, por el otro, que las normas penales están funcionalmente condicionadas, resulta obligado concluir que solo es posible hablar de un auténtico deber penal en referencia al resultado del último estadio de individualización de la norma de comportamiento, esto es, en referencia a aquella norma promulgada que atiende a su concreto destinatario en una situación de hecho también concreta.<sup>304</sup> La unidad celular básica del Ordenamiento jurídico penal es, pues, únicamente aquello que se ha venido a denominar el deber altamente personal. Solo a través de éste es capaz el Ordenamiento jurídico de establecer una auténtica relación comunicacional, ofreciendo al destinatario un patrón específico de conducta en una situación dada y apelando a su libre capacidad decisoria para que se comporte conforme a lo prescrito.<sup>305</sup>

Ahora bien, siendo esto así, nada empuja a aceptar distinciones analíticas entre estadios intermedios obligacionales en el marco del proceso global de determinación de un deber. El que la legitimación final de éstos dependa esencialmente del sujeto al que se dirigen, no significa que el legislador no deba, antes de tomar en consideración al destinatario de la norma, haber sido capaz de decidir cuál es el estatus de coordinación de esferas de libertad que pretende garantizar.<sup>306</sup> Este juicio valorativo previo, si bien no establece definitivamente el contenido de la norma de comportamiento que se dirige al ciudadano, sí opera como razón para el surgimiento de la norma,<sup>307</sup> y nada obsta, pues, en reconocer por razones analíticas un escalón intermedio entre este primer nivel puramente valorativo y la única norma que cabe finalmente reconocer, el deber altamente personal. Esta primera forma obligacional se corresponde, en esencia, con la determinación de una posición de garantía provisoria, conforme a los dos principios últimos que legitiman la imposición de normas —desde una perspectiva material— en el Derecho penal: los principios de autonomía y de solidaridad. En consonancia con LESCH cabe denominar “«deber» abstracto” (*abstraktes «Sollen»*) a la plasmación directa e inmediata de ese juicio eminentemente valorativo en una forma

---

<sup>303</sup> Cfr. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, pp. 165 y ss.; EL MISMO, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, pp. 29 y ss.

<sup>304</sup> Así, por ejemplo, vid. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 124, 352, 358 y 425; LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 245 y ss.; 564 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuricidad penal*, 2001, pp. 564 y ss.; FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 2, nm. 23 y ss.; EL MISMO, «Vor § 13», *MK*, 2ª ed., nm. 162 y ss.; o ROBLES PLANAS, en ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 187, n. 7; y EL MISMO, en FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, 2015, pp. 33 y ss., p. 34, n. 32.

<sup>305</sup> Solo frente a este ciudadano, en definitiva, el que puede decidir si cumple o no lo prescrito en concreto, cabe legitimar la imposición de un deber penal y, por lo tanto, solo éste está en disposición de cumplir la norma (cuando se comporte conforme a aquélla) o infringirla (cuando su comportamiento difiera del prescrito en la norma). Cfr. LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 245 y ss.

<sup>306</sup> Cfr. MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, pp. 61 y ss., p. 62.

<sup>307</sup> Cfr. MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, p. 62.

prescriptiva impropia.<sup>308</sup> Prescriptiva porque, a diferencia de la mera valoración, ésta guarda ya relación con un comportamiento humano, pretendiendo determinar así el legislador de manera provisional cómo puede —a través de la determinación de comportamientos— contribuir a la consecución de ese *status quo* de distribución de posición de competencias deseable; impropia porque no constituye una forma prescriptiva de determinación auténtica, sino más bien su precursora, un mero “debe ser” ideal, abstracto, surgido al margen de la concreta situación de su futuro destinatario. Este «deber» abstracto, así comprendido, no pretende motivar a ningún sujeto, más bien, se trata del resultado transitorio y necesario tras un primer paso en el proceso general de determinación de un auténtico deber personal, operando aquél no como un mandato o una orden sino como antecesor lógico-analítico del deber altamente personal.<sup>309</sup> Este desiderátum provisional para la cohesión de esferas de libertad está en su constitución despojada de toda relación con las condiciones de eficacia del posterior deber y constituye una mera construcción dogmático-analítica para aclarar el proceso de determinación de la norma penal, una mera expresión provisional de deseo, que no de voluntad, y precisada de una posterior concreción en atención a su destinatario y todas las circunstancias relevantes que lo rodean en la específica situación.

### 3.3. De la «norma» abstracta al deber altamente personal

Sentado lo anterior, es momento ya de analizar en qué consiste a grandes rasgos el proceso de concreción de los deberes jurídico-penales. Como ya se ha señalado anteriormente, conforme al planteamiento que aquí se adopta, dos son los principios últimos sobre los que se configuran todas las normas penales, los principios de autonomía y de solidaridad.<sup>310</sup> A partir de estos dos axiomas últimos de legitimación de las normas penales, de donde se derivan «normas» abstractas negativas y positivas, cabe en consonancia con ROBLES PLANAS aislar

---

<sup>308</sup> Siempre y cuando con ello no se pierda de vista que no estamos todavía ante una verdadera norma, sino ante un mero constructo analítico que puede ser útil en la explicación del complejo fenómeno de la determinación de una norma penal. En este sentido, LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 220 y s. De un modo muy similar, distingue RUDOLPH entre norma y deber. La norma se compondría de dos elementos: por un lado, contendría una decisión valorativa del legislador relativa a la protección de determinados bienes jurídicos. Para este fin, se prohibirán u ordenarán determinados comportamientos. Esta decisión valorativa presupondría a su vez una ponderación entre la libertad de actuación general y los bienes que a través del deber penal se conseguirán proteger y se plasmaría en una declaración general de comportamiento, en atención a una valoración de capacidad también general. Se obliga a aquello que es —con carácter general— posible. Sin embargo, dicha “norma” no obliga. De la misma cabría no obstante derivar un deber obligante a partir del análisis de si el comportamiento en cuestión forma parte de aquellas formas de comportamiento que resultan debidas o prohibidas para la protección de los bienes jurídicos. Junto a este juicio de valor, la determinación del deber queda empíricamente condicionada. Así, a diferencia de lo que acontece con la norma, no cabe aquí ya juicios generales, pues, debe estarse siempre y en todo caso a las capacidades concretas de quien se pretende obligar. Cfr. RUDOLPH, *Das Korrespondenzprinzip*, 2006, pp. 47 y s. La diferencia entre la norma abstracta y el deber es que la primera obliga con carácter general, de modo que es posible que el sujeto individual no pueda comportarse conforme a la misma. En la doctrina española, en un sentido parecido vid. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 649 y s.; y antes, en una línea muy parecida, GRAF ZU DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit*, 1905, p. 70.

<sup>309</sup> En este sentido, VON WRIGHT distingue entre el acto de intentar dar una prescripción, en el que entran en juego la actividad del emisor, y el acto de dar efectivamente una prescripción, en donde se consideran las circunstancias relativas a la capacidad del destinatario y a la recepción del mensaje imperativo. Vid. VON WRIGHT, *Norma y acción*, 1970, pp. 129 y ss.

<sup>310</sup> Sobre todo ello, con detalle, vid. Cap. 3, apdo. III, 2 y 3.

básicamente tres niveles relevantes en el proceso de concreción de los deberes penales.<sup>311</sup> La primera fase en el proceso de concreción pasa por la toma en consideración de todas aquellas restricciones propias derivadas de las necesidades del interactuar social a fin de poder llevar a cabo una determinación social general de lo penalmente desaprobado.<sup>312</sup> Esta primera determinación abstracto-general, llevada a cabo esencialmente en atención a las figuras del potencial autor y la sociedad como un todo, es lo que determina clásicamente el ámbito del tipo a partir de la figura del riesgo permitido. La forma obligacional provisional resultado de este primer análisis ha sido denominada por algunos autores, adoptando la terminología de W. D. ROSS,<sup>313</sup> como deber *prima facie*.<sup>314</sup> Este deber *prima facie* queda inmediatamente y sin solución de continuidad configurado en atención al contexto interpersonal de actuación, determinando a partir del grado de competencia de todos los agentes titulares de esferas jurídicas inmediatamente implicadas en la situación en concreto. Se trata, en definitiva, de completar el juicio provisional propio de la tipicidad dando entrada en el análisis a la perspectiva de la víctima, en definitiva, a completar el deber *prima facie* en atención a la dogmática propia de las causas de justificación.<sup>315</sup> La forma obligacional provisional que en atención al riesgo permitido pretende exigir o prohibir una determinada conducta al obligado puede desvanecerse en virtud de la competencia preferente de la potencial víctima, ya sea por razones de solidaridad (estado de necesidad agresivo), basadas en el principio de autonomía (legítima defensa) o en una combinación de ambos (estado de necesidad defensivo).<sup>316</sup> Solo entonces, en tercer y último lugar, atendiendo a la concreta figura del sujeto provisionalmente declarado competente por unos intereses ajenos se incorpora en el análisis el papel mismo del Estado, para valorar si existen motivos específicos por los que el emisor de la norma no pudiera legítimamente exigir al concreto obligado la forma de comportamiento pretendida. A grandes trazos, se trata aquí de valorar si el Estado ha cumplido con su parte en su relación bilateral con el agente al que pretende obligar, para poder así dirigirle de forma legítima una

---

<sup>311</sup> Aunque con algunos matices, en lo esencial se sigue aquí la clasificación en tres niveles desarrollada por ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 188 y ss.

<sup>312</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 188 y s. Sobre el fundamento del riesgo permitido, operando éste como un requisito positivo del injusto, vid. solo JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 7/35 y ss.

<sup>313</sup> Cfr. W. D. ROSS, *Lo correcto y lo bueno*, 1994, p. 57. Para ROSS, es básica la distinción entre un «deber *prima facie*» y un deber «en sentido propio». (*ob. cit.*, pp. 34 y s.) Por deber *prima facie* se refiere a «la característica (completamente distinta de la de ser un deber en sentido propio) que tiene un acto, en virtud de ser de una cierta clase (por ejemplo, el mantener una promesa), de ser un acto que sería un deber en sentido propio si no fuera al mismo tiempo de otra clase que es moralmente relevante» (p. 35). Existen deberes *prima facie* de no mentir, de cumplir las promesas, de beneficencia etc., y solo éstos, nunca los deberes en sentido propio, podrían colidir (pp. 36 y s.). Llegado el momento, el agente *prima facie* obligado debería «estudiar la situación tan completamente como pueda hasta que me [por él] forme la opinión meditada (nunca pasa de ser eso) de que en las circunstancias dadas uno de ellos es más de mi incumbencia que cualquier otro; pues estoy obligado a pensar que cumplir este deber *prima facie* es mi deber *sans phrases* en esa situación». El deber *prima facie* que cede frente al deber real o absoluto no desaparece, pues al no cumplirlo sentiríamos «compunción por comportarnos como lo hacemos; reconocemos asimismo que es deber nuestro compensar al que recibió la promesa por el incumplimiento de la misma. Hemos de distinguir entre la característica de ser nuestro deber y la de tender a serlo» (p. 43).

<sup>314</sup> Así, por ejemplo, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 218.

<sup>315</sup> Cfr. RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, pp. 47 y ss.; ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 188 y s., pp. 190 y ss.; o PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 195 y ss., 215 y ss.

<sup>316</sup> Cfr. solo WILENMANN, «El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal», *InDret*, (3), 2014, pp. 22 y ss.

norma de comportamiento.<sup>317</sup> En la doctrina penal suele aludirse a este juicio como una valoración de la concreta exigibilidad de la obligación que se pretende imponer. Superadas estas tres fases, la «norma abstracta» deviene en un deber penal que, visto aisladamente, resulta legítimo y de posible imposición al sujeto en cuya atención se ha determinado.

Sea como fuere, y esto es aquí fundamental, estas tres fases que conforman un proceso axiológico unitario están inescindiblemente vinculadas a la posición del destinatario de la norma, esto es, a su capacidad específica (en sentido amplio) de comportarse conforme a la norma y a un juicio de exigibilidad personal también específico, en el que se valoran los costes que la imposición de un deber le supondrían al concreto destinatario de la norma.<sup>318</sup> No se trata, pues, de dos procesos distintos de determinación de la norma, uno puramente axiológico e ideal que culmina con la determinación de un deber abstracto impersonal y uno posterior que toma ese deber abstracto y en atención al sujeto en concreto permite decidir si el deber puede o no puede nacer. De forma transversal a este proceso axiológico de asignación de la posición de competencia analíticamente dividido en tres fases (competencia de la sociedad, competencia de la víctima y competencia del Estado) se toma en consideración a la persona del potencial autor y sus circunstancias concretas. Consecuentemente, desde un comienzo, solo pueden legitimarse deberes penales que no conculcan el axioma voluntarista, es decir, deberes de posible cumplimiento para el concreto destinatario que, además, resultan exigibles en atención al grado de sacrificio propio que su cumplimiento requiere.<sup>319</sup>

### **3.4. El deber altamente personal como “razón de obligación” en el marco de un sistema jurídico**

Ahora bien, como ya se ha mostrado en este capítulo, el necesario carácter social del fenómeno obligatorio requiere que la imposición de un deber no se haga de espaldas a la imposición de ulteriores obligaciones. Así las cosas, desde una perspectiva pluridimensional que abarque en toda su extensión la realidad de a quien pretende obligar el Derecho, las formas obligacionales que surgen en este primer momento del proceso de legitimación de los deberes penales mantienen su carácter provisorio en la medida en que no han sido enjuiciadas junto con el resto de formas obligacionales que simultáneamente se le pretenden dirigir al obligado. Es decir, el axioma voluntarista rige tanto en el plano de legitimación aislada de los deberes, como en el plano en el que se toman en consideración todos y cada uno de los

---

<sup>317</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 189; EL MISMO, «Caso del Leinenfänger», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (ed.), *Casos que hicieron doctrina*, 2011, pp. 111 y ss.; 123 y ss., p. 126, quien ve en la noción regulativa de la inexigibilidad la base para construir una «causa de exclusión del injusto penal por la imposibilidad de que el Estado pueda ofrecer posibilidades de solución justas a la situación de conflicto en la que se halla involucrado el autor». Sobre la responsabilidad social en el delito y cómo debería ser tomada en consideración a la hora de valorar la conducta del individuo en casos de “corresponsabilidad”, recientemente, vid. SILVA SÁNCHEZ, «¿Responsabilidad individual o responsabilidad social en el delito?», en EL MISMO, *En busca del Derecho penal*, 2015, pp. 125 y ss., 128 y ss.

<sup>318</sup> Sobre los requisitos y presupuestos de la individualización del Derecho, fundamental el trabajo de ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, 2ª ed., 1968, p. 94.

<sup>319</sup> Al respecto, fundamental, vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 211 y ss.; y FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit*, 1980, pp. 156 y ss., y *passim*.

deberes que se pretenden dirigir a un mismo ciudadano. Los deberes aisladamente perfectos se presentan, pues, como meras razones de obligación en concurrencia.<sup>320</sup>

Así las cosas, el proceso de legitimación de una norma penal ha de ser analíticamente dividido entre dos planos radicalmente distintos. Hasta ahora, se han esbozado las líneas esenciales de dicho proceso en atención a una única y específica forma de comportamiento. El resultado de dicho proceso es una razón de obligación como núcleo normativo de una posición de competencia provisional. Sin embargo, esta razón de obligación mantiene su carácter interino hasta que no es puesta en relación con el resto de razones que el legislador pretende en un momento dado dirigir a un mismo destinatario. Es decir, la razón de obligación en cuestión ha de ser puesta en relación con todas y cada una del resto de razones de obligación que aisladamente han sido configuradas y que concurren en una misma situación. A partir de aquí, la pregunta que formula el Ordenamiento antes de concretar definitivamente la pretendida posición de competencia jurídico-penal en forma de deber altamente personal reza así: ¿es posible dirigir a un concreto sujeto en una situación determinada todas aquellas “razones de obligación” que aisladamente resultan susceptibles de legitimación?

En el marco de un sistema jurídico en el que la determinación de la norma no es un fenómeno aislado, sino que son múltiples las normas que simultáneamente se dirigen a un mismo ciudadano, el Ordenamiento se ve obligado a tomar en consideración en el proceso de determinación última de cualquier norma penal la existencia de otras normas concurrentes. Tan irracional y disfuncional es obligar a quien no sabe nadar a que nade, como obligar a quien sabe nadar a que salve a sus dos hijos cuando aquél no es capaz de nadar tan rápido como para rescatar a tiempo a ambos. Aunque aisladamente ambos deberes pudieran cumplirse, las mismas razones que impiden la emisión de una norma de imposible cumplimiento determinan la imposibilidad de emitir dos normas de imposible cumplimiento cumulativo. El deber altamente personal, como norma perfecta, es solo aquél que emana del juicio de pluridimensionalización final de todos aquellos deberes llamados a desplegar sus efectos de manera simultánea.<sup>321</sup>

---

<sup>320</sup> Cfr. TIMMERMANN, en GERHARDT et al. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung*, v. III, 2001, p. 346: «Reading on in the introduction to the *Metaphysics of Morals* shows that Kant does after all allow of a kind of conflict in moral philosophy and practice: there are conflicts of “grounds” which are generally sufficient to establish a duty, except when they clash».

<sup>321</sup> Estas razones de obligación son valoradas conjuntamente en el marco de un proceso de jerarquización, en el que tales razones son pesadas y comparadas, en esencia, a partir de los dos patrones materiales esenciales que legitiman en el Derecho penal el nacimiento de deberes penales, los principios de autonomía y solidaridad. Bajo este prisma se contemplan los dos niveles esenciales que caracterizan a todo conflicto entre razones de deber. Por un lado, es fundamental la toma en consideración de la relación normativa que media entre los dos o más agentes involucrados en la concreta situación de conflicto. Por otro lado, como se examinará con detalle en el próximo capítulo, es igualmente relevante a la hora de pesar las razones de obligación en liza tomar en consideración su concreta especie. Es decir, el vínculo normativo entre el obligado y el garantizado también juega un papel en el momento de jerarquizar las razones de obligación. La entidad normativa de la razón de la obligación, pues, no queda determinada ni a partir de su carácter deóntico ni a partir de los intereses materiales que garantiza, sino a partir de la compatibilización entre la concreta intersubjetiva entre los potenciales beneficiarios de las razones de obligación y la especie de las razones de obligación concurrentes. Sobre todo ello, con detalle, vid. Cap. 4, apdo. IV.

Sea como fuere, adviértase que la distinción entre ambos planos, el primario y el secundario es también puramente analítica. Lo cierto es que, como afirma MIR PUIG, se trata en última instancia de un único juicio de determinación de la norma penal, que incorpora necesariamente el resto de deberes que simultáneamente se determinan a fin de conseguir la promulgación de una norma o normas exigible/s y de posible cumplimiento.<sup>322</sup> La inexigibilidad o incapacidad agregada de dos o más razones de obligación en realidad, condiciona y determina la configuración de deberes distintos.

A grandes trazos, el resultado de ese proceso de adaptación al fenómeno pluridimensional puede adoptar tres posibles manifestaciones.<sup>323</sup> Una primera opción es que una de las razones de obligación decaiga, de modo que la que subsiste se eleva a la categoría de deber altamente personal.<sup>324</sup> Así, por ejemplo, el abogado no tiene nunca el deber de denunciar a su cliente por posibles operaciones de blanqueo de capitales cuando aquél recurre a sus servicios para que le defienda en un posible proceso penal por dicha causa. La razón de superior rango se eleva a la categoría de deber, anulándose la razón inferior. En segundo lugar, puede ser que las dos razones de obligación decaigan, aunque reconfigurándose ambas a la baja y adoptando así una nueva disposición que permite su cumplimiento cumulativo.<sup>325</sup> El médico que llega al lugar del accidente y observa la presencia de dos heridos graves, aisladamente podría salvar la vida de (V1) y de (V2), ello, además, evitando cualquier daño en la integridad física biográficamente relevante. Ahora bien, el tiempo necesario para evitar la muerte y toda lesión física de (V1) hace imposible salvar la vida de (V2), y viceversa. Es, pues, imposible garantizar plenamente la indemnidad de ambas víctimas de forma cumulativa. Aquí, en vez de ceder una razón de obligación frente a otra, excepcionalmente, ambas podrían reconfigurarse a la baja, adoptando un contenido distinto, a saber, practicar las medidas salvadoras necesarias sobre (V1) que eviten su muerte, pero nada más, y practicar acto seguido las medidas necesarias para evitar que (V2) muera. Finalmente, es posible que las distintas razones de obligación en colisión se reconfiguren en un único deber penal disyuntivo o alternativo consistente en cumplir cualquiera de los dos deberes de imposible cumplimiento conjunto.<sup>326</sup> Las dos razones de obligación dan pie a un deber altamente personal disyuntivo, que obliga a un agente a satisfacer alguna de las dos razones de obligación concurrentes. El bombero que llega al lugar del accidente y advirtiéndolo que la estructura del edificio saturará antes de que pueda salvar a las dos víctimas en peligro de muerte, queda entonces gravado únicamente con el deber que le obliga a salvar a una de las dos. El deber le obliga en ese caso a cumplir tan solo una de las dos razones de obligación en liza.

---

<sup>322</sup> Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 466, nm. 15: «[l]a expresión «colisión de deberes» se admite aquí por su arraigo doctrinal y utilidad conceptual, pero en puridad resulta discutible. Si se admite que el Derecho no puede imponer «deberes que no hay deber de cumplir», habrá que considerar inexacto afirmar que existe una propia colisión de dos deberes cuando sólo debe cumplirse el más importante o, siendo de igual valor, cualquiera de ambos. El problema debe resolverse del modo siguiente: en la llamada colisión de deberes concurren dos normas que en general imponen deberes contrapuestos, pero en concreto, cuando coliden, sólo subsiste un deber». A lo que llama el Prof. MIR PUIG “norma”, lo hemos denominado en este trabajo “razón de la obligación”.

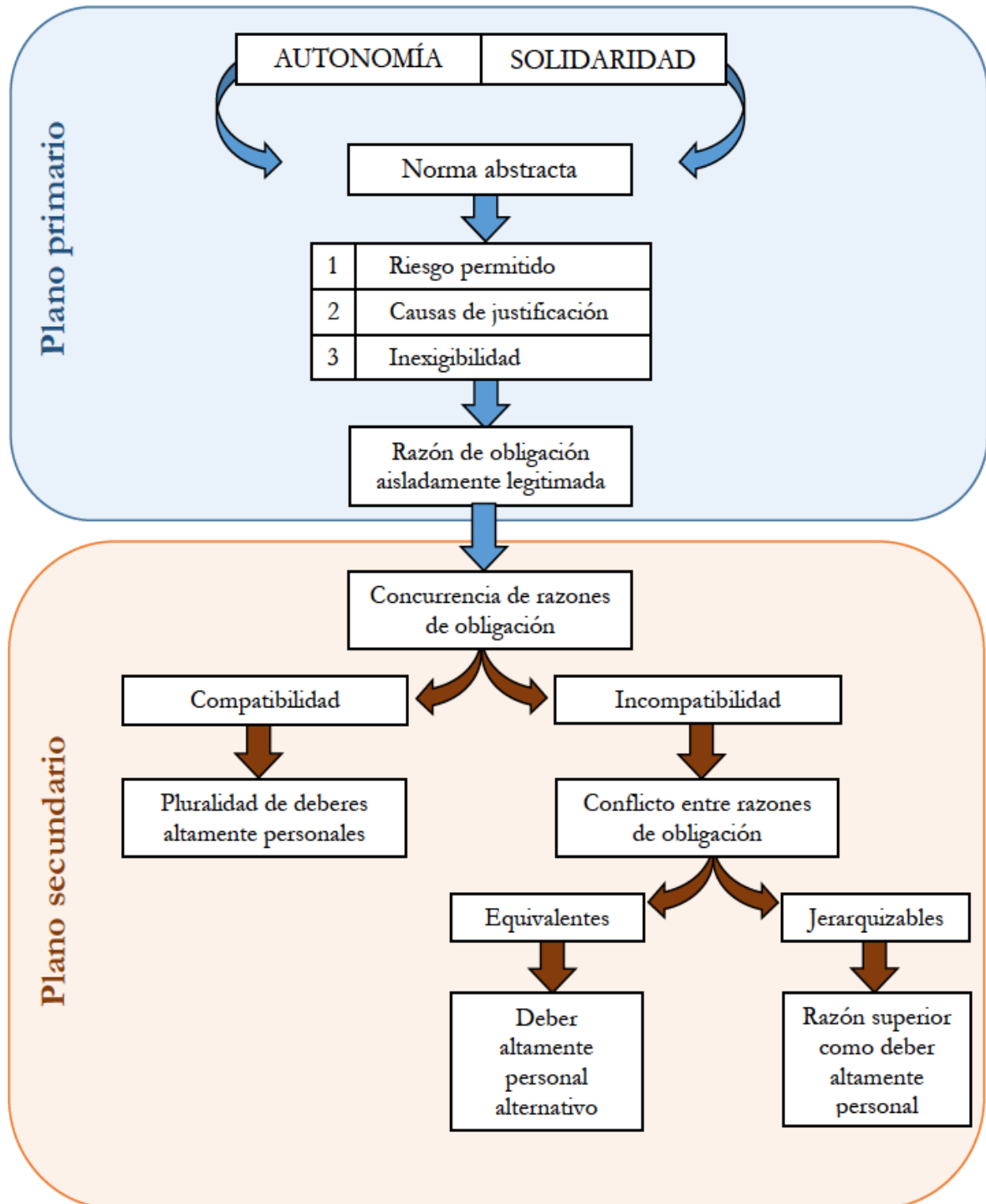
<sup>323</sup> Al respecto, con detalle, vid. Cap. 5, apdo. II.

<sup>324</sup> Cfr. Cap. 5, apdo. II, 2.

<sup>325</sup> Cfr. Cap. 5, apdo. II, 4. 2.

<sup>326</sup> Cfr. Cap. 5, apdo. II, 3.

3.5. Representación gráfica de la legitimación de deberes altamente personales en situación de conflicto de razones de obligación



#### 4. La colisión entre razones de obligación: ¿Atipicidad o justificación?

##### 4.1. ¿La colisión de deberes como causa de atipicidad?

Llegados a este punto, queda ya solo por responder a la pregunta de qué manera afecta la definición de la colisión de deberes como un conflicto entre razones de obligación a la hora de ubicar sistemáticamente el problema en la teoría del delito. Como se ha puesto de manifiesto en el primer capítulo de este trabajo, con carácter general, la doctrina dominante concibe la colisión de deberes —de actuar— como una causa de justificación.<sup>327</sup> Ahora bien, como allí también se ha señalado, son más bien pocos los argumentos desplegados en la doctrina en favor de esta tesis. JAKOBS ha sido uno de los pocos autores que se ha ocupado de explicar por qué razón la colisión de deberes operaría siempre como una causa de justificación.<sup>328</sup> «Aun cuando el autor no pueda cumplir cumulativamente todos los deberes, no se trata de un problema del tipo (del concepto de acción o de omisión), sino de justificación o de exculpación. Y es que el tipo atiende sólo al bien singular, y ello lo puede preservar el autor en cada caso —descuidando los otros bienes—. El saldo de todos los bienes, que el autor (¡como en el propio estado de necesidad!) no puede maximizar hasta contener la suma de todos los bienes, sólo viene en consideración ya en el plano de la justificación».<sup>329</sup> Por su parte, CUERDA RIEZU, en una línea muy similar, ha señalado además que reconducir el problema al ámbito del tipo supone dejar «una puerta abierta a la posibilidad de elegir el deber de menor relevancia, lo que supondría un quebranto para el principio del interés preponderante».<sup>330</sup> Y en contra de «la teoría de la atipicidad» ha sostenido además RENZIKOWSKI que pretender resolver los conflictos en el plano primario de la legitimación de normas de comportamiento resulta inaceptable, pues si se configura el deber acompañado de una cláusula de reserva como esta: «salva a A, salvo que con ello se torne imposible cumplir otro deber de salvamento», ambos deberes se neutralizan entre sí, de modo que el obligado quedaría liberado de los dos deberes en conflicto.<sup>331</sup> Un deber disyuntivo que

<sup>327</sup> Cfr. Cap 1, apdo. II, 4.

<sup>328</sup> También CUERDA RIEZU se ocupa del problema en su tesis doctoral: «cabría imaginar que en estos casos no existe la capacidad individual de acción, como presupone la situación típica de los delitos omisivos. [...] por mi parte, creo que en este aspecto no se puede ser apriorístico y que no cabe negar en general la capacidad individual de acción en los casos de colisión de deberes de acción: el que está obligado a salvar simultáneamente a dos personas, tiene en realidad la aptitud física necesaria para realizar —alternativamente— las acciones prescritas; puede salvar tanto a una como a otra. Por otro lado, la posibilidad de resolver los conflictos de deberes impuestos por normas preceptivas en el campo de la situación típica nos dejaría sin responder la pregunta de qué deber tiene preferencia: si se considera que el obligado por dos deberes de desigual valor no tiene capacidad de acción, cualquiera que sea el deber incumplido, entonces, se dejaría una puerta abierta a la posibilidad de elegir el deber de menor relevancia, lo que supondría un quebranto para el principio del interés preponderante. Una cuestión valorativa como ésta ha de ser resuelta en la antijuridicidad y no en un momento anterior». CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 239 y s.

<sup>329</sup> JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6, n. 10. En un sentido similar, EL MISMO, en ESER/NISHIHARA (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, v. IV, 1995, pp. 169 y s., señalando que la inclusión de la institución junto al resto de causas de justificación se explica por el hecho de que los intereses protegidos a través de los deberes pueden fácticamente ser protegidos, el problema es que no pueden ser en el caso concreto protegidos todos los intereses de manera conjunta, tal y como sucede en los supuestos de estado de necesidad. Así pues, «la situación *ultra posse* surgiría solo en el plano de la concurrencia de deberes, es decir, en el plano de la justificación» (p. 170). Y en idéntico sentido, vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 239 y s.

<sup>330</sup> Vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 240.

<sup>331</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 216.



obligara a salvar a uno o a otro no sería en ningún caso susceptible de ser fundamentado en el plano primario de legitimación de las normas.<sup>332</sup> La única manera de canalizar dogmáticamente los conflictos de deberes sería, pues, a través del recurso a una causa de justificación extrasistemática, a una metanorma, que resolviera el conflicto de deberes que tiene lugar en el plano primario.<sup>333</sup>

Frente a este modo de ver las cosas y en favor de “la tesis de la atipicidad” se han enunciado básicamente dos clases de argumentos. En primer lugar, se ha señalado que relegar la resolución de los conflictos al ámbito de la justificación supone admitir en el seno de un Ordenamiento una contradicción entre dos normas de comportamiento.<sup>334</sup> Para quien asocia la tipicidad con la norma de comportamiento el Ordenamiento dirigiría en estos casos a un ciudadano dos normas de imposible cumplimiento cumulativo, para acto seguido justificar una infracción que resultaba inevitable. Ahora bien, un sistema de normas consistente no podría imponer dos deberes de imposible cumplimiento, ni considera típica una omisión que es ineludible para satisfacer un deber de igual o superior rango.<sup>335</sup> Y en segundo lugar, se ha objetado asimismo desde un punto de vista eminentemente práctico que la “teoría de la justificación” no logra explicar de forma convincente por qué razón el obligado que no satisface ninguno de los dos deberes en colisión solo habría de responder penalmente por la infracción de uno de los deberes en liza.<sup>336</sup> El ubicar sistemáticamente el problema de la colisión de deberes en el ámbito de la justificación presupondría admitir la existencia de dos deberes que, en el caso concreto, resultan ser de imposible cumplimiento cumulativo, pero que con carácter general, tendrían que ser cumplidos.<sup>337</sup> El obligado actuaría por lo tanto siempre de forma típica. Este hecho típico quedaría sin embargo justificado en la medida en que la infracción del deber se muestra como el único medio posible para dar satisfacción a un deber de rango equivalente o superior.<sup>338</sup> Ahora bien, ¿cómo tratar el supuesto en el que un padre que se ve ante la disyuntiva de salvar a su hijo (A) o a su hijo (B) acaba optando por la absoluta inactividad, por ejemplo, porque no quiere decidir ante tal situación dilemática,

---

<sup>332</sup> Vid. RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 216; EL MISMO, «Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe», *FS-Hruschka*, 2005, p. 658. RENZIOWSKI asume aquí la distinción entre causas de justificación intra- y extrasistemáticas propuesta en su día por HRUSCHKA. Así también, vid. VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 108 y s. Sobre la distinción entre una y otra clase de causas de justificación, vid. Cap. 1, apdo. 4.1, b), n. 391.

<sup>333</sup> Cfr. RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 217 y s.; EL MISMO, *FS-Hruschka*, 2005, p. 658.

<sup>334</sup> Cfr. RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, p. 59, n. 44; JOERDEN, *Dyadische*, 1986, p. 86; EL MISMO, *JRE*, (5), p. 46; FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 3, nm. 43; § 6, nm. 96; EL MISMO, *Erfolgdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 281; SCHLEHOFER, «Vor §§ 32 ff.», *MK*, 2ª ed., nm. 208; o BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 221.

<sup>335</sup> Cfr. FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 6, nm. 98, quien entiende además altamente perturbador relegar las soluciones de los conflictos al ámbito de la justificación pues con ello se violentaría la dogmática de las causas de justificación al tener que admitir una justificación ya ante la mera equivalencia de los intereses en juego. Cfr. FREUND, *Erfolgdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 281 y s.; EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 2009, § 6, nm. 97.

<sup>336</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 223, quien además señala que los partidarios de la solución justificante «[t]ambién deberán contestar por qué el que cumple con el deber preferente ha de «justificar» su conducta de omisión del deber no preferente. Y, en cambio, un sujeto que no «pudiera» cumplir con ninguno de los dos no habría de «justificar» el no cumplimiento de ninguno de ellos. Por lo demás, si el auxiliante cumple con el deber axiomáticamente menos valioso, los que entiendan que este actuar no está justificado deberán explicar por qué es materialmente igual omitir «para nada» que «omitir para salvaguardar».

<sup>337</sup> En este sentido, cfr. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, p. 150.

<sup>338</sup> Cfr. LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 73.

dejando morir a ambos?<sup>339</sup> Los partidarios de la solución “justificante” tendrían que afirmar aquí la existencia de dos deberes y, por lo tanto, la infracción de ambos. Dado que ningún deber se infringe para dar cumplimiento al opuesto, no queda más remedio que atestiguar la existencia de dos comportamientos típicos no justificados (antijurídicos).<sup>340</sup> Por consiguiente, el padre de nuestro ejemplo debería responder por un doble homicidio en comisión por omisión cuando,<sup>341</sup> en realidad, desde un comienzo, el Ordenamiento sabía que solo podía salvar a uno de los dos hijos.<sup>342</sup>

Sin embargo, los partidarios de la solución “justificante” no están dispuestos a aceptar esta conclusión.<sup>343</sup> El padre que no salva a ninguno de sus dos hijos no debería responder penalmente por un doble homicidio, sino, a lo sumo, por la infracción del deber que en el caso concreto sí le era exigible y de posible cumplimiento, esto es, en el caso de colisiones jerarquizables, el de mayor rango, en las equivalentes, cualquiera de los deberes en liza.<sup>344</sup> En este sentido, señala JAKOBS que «si el autor no cumple ninguno de sus deberes, responde tan solo por no haber cumplido aquél que habría debido cumplir; si hubiera podido elegir, responderá por el injusto inferior, dado que éste al menos podría haber sido evitado de haber actuado conforme a Derecho».<sup>345</sup> HIRSCH ha admitido, apartándose del resto de defensores de la “solución justificante”, que en los supuestos en los que el obligado no cumple ninguno de los deberes en colisión actúa aquél de manera antijurídica por partida doble, admitiendo entonces la legítima defensa de cada una de las víctimas no salvadas en los supuestos de colisiones entre deberes equivalentes. «Cuando ninguno de los deberes de acción en colisión es cumplido, el autor actúa en relación con todos ellos de forma contraria a deber y, con ello, de forma antijurídica».<sup>346</sup> Sin embargo, lo cierto es que este autor tampoco está dispuesto a llevar hasta sus últimas consecuencias la concepción justificante, pues, como el mismo señala, «una cuestión distinta es si el autor, aun cuando el no cumplimiento de todos los mandatos en conflicto sea aquí antijurídico (y culpable), puede ser castigado por más de aquello que había sido susceptible de ser cumplido. En este sentido es adecuada (*sachentsprechend*) una limitación

---

<sup>339</sup> Cfr. STRUENSEE, *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, 1971, pp. 41 y ss., niega la posibilidad de que ante colisiones entre un deber de actuar y uno de omitir el obligado incumpla ambos deberes: «Bei der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht besteht schon gar nicht die Möglichkeit der Nichterfüllung beider Pflichten, gleichgültig, wie der Pflichtige sich verhält».

<sup>340</sup> Así JOERDEN, *Logik im Recht*, 1ª ed., 2005, p. 71; STRUENSEE, *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, 1971, p. 41.

<sup>341</sup> Cfr. JOERDEN, *Logik im Recht*, 1ª ed., 2005, p. 71.

<sup>342</sup> Obviamente a esta misma conclusión deberían llegar aquellos autores que afirman que ante colisiones equivalentes solo cabría la exculpación. ¿Por qué razón se iba a exculpar al padre que comete dos omisiones antijurídicas y culpables? Si permanece absolutamente inactivo, la exculpación no puede obedecer a que con la infracción antijurídica de uno de sus deberes, al menos, ha logrado dar cumplimiento a un segundo deber equivalente. Sea como fuere, lo cierto es que los partidarios de ubicar sistemáticamente el problema de las colisiones equivalentes en el ámbito de la culpabilidad se niegan a aceptar que el autor deba ser castigado por todas sus omisiones antijurídicas y culpables. Vid. p. ej., PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 177, quien se anticipa a posibles objeciones y asegura que su postura no es autocontradictoria, pues pese a concurrir una multiplicidad de resultados desvalorados, solo cabe apreciar un único desvalor de acción.

<sup>343</sup> Vid. p. ej., JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/7a; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 223; ENGLÄNDER, «Vor 32 ff.», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 32; RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 126; KINDHÄUSER, «§ 34», *LPK-StGB*, 6ª ed., nm. 62.

<sup>344</sup> Cfr. STRUENSEE, *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, 1971, p. 42.

<sup>345</sup> JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/7a.

<sup>346</sup> HIRSCH, «Vor 32», *LK*, 11ª ed., nm. 81.

de la pena a la dimensión del actuar de facto realizable, esto es, al no cumplimiento del de mayor rango o a uno de los varios deberes equivalentes».<sup>347</sup>

Ahora bien, ¿por qué razón ante infracciones típicas, no justificadas y culpables no habría de castigarse al autor? Si, efectivamente, la justificación de la infracción de un deber depende del cumplimiento del contrapuesto, se hace difícil explicar el motivo por el que el autor solo debe ser castigado por aquello que le resultaba en el caso concreto de exigible cumplimiento.<sup>348</sup> El socorrista que, pudiendo salvar a un único bañista de los diez que peligran ahogarse, decide permanecer de brazos cruzados y contemplar cómo se ahogan los diez, no puede ver justificada la infracción de su deber de garante para con nueve bañistas en atención al cumplimiento efectivo de su deber con el décimo. Así las cosas, pareciera imposible negar la presencia de diez omisiones típicas, no justificadas y culpables. Sin embargo, todavía podría tratar de salvarse la anterior objeción señalando que la justificación en las situaciones de colisión de deberes no se deriva del cumplimiento de un deber equivalente o de rango superior, sino de la misma situación de colisión.<sup>349</sup> El factor justificante no es el cumplimiento de un deber contrapuesto, sino que la misma situación de imposibilidad justificaría el que se dejara de cumplir uno de los deberes en liza. La situación de conflicto justifica como tal una infracción de deber.

Ahora bien, lo primero que hay que señalar aquí es que, en contra de lo que parece sostener JAKOBS, no es cierto que los deberes penales queden aisladamente perfeccionados al margen de todo aquello que va más allá de la mera relación autor-víctima.<sup>350</sup> Es decir, no es cierto que «el saldo de todos los bienes, que el autor (¡como en el propio estado de necesidad!) no puede maximizar hasta contener la suma de todos los bienes, solo viene en consideración ya en el plano de la justificación»,<sup>351</sup> pues, como el propio JAKOBS reconoce, la misma noción de riesgo permitido —como limitación del tipo— queda también determinada en atención a un juicio de valoración general de los intereses en liza afectados.<sup>352</sup> Ahora bien, la diferencia estaría según este autor en el hecho de que «en el estado de necesidad justificante se trata

---

<sup>347</sup> HIRSCH, «Vor 32», *LK*, 11ª ed., nm. 81. Hasta donde alcanzo, aunque ya no defendiendo el carácter justificante de la institución, el único que efectivamente ha llevado su concepción hasta sus últimas consecuencias y admitido el castigo por todas las infracciones de mandatos cometidas ha sido HAFT, quien entienda que ante colisiones equivalentes el deber infringido de manera dolosa solo quedaría impune en aplicación de una causa de exculpación supralegal análoga a la del estado de necesidad exculpante del § 35 StGB, mientras que en los delitos imprudentes sería de aplicación una causa de exclusión de la culpabilidad por inexigibilidad del comportamiento conforme a Derecho. Vid. HAFT, *AT*, 9ª ed., 2004, p. 108.

<sup>348</sup> Así, con razón, LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 73.

<sup>349</sup> En este sentido, claramente, ENGLÄNDER, «Vor 32 ff.», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 32; RÖNNAU, «Vor 32», *LK*, 12ª ed., nm. 126; KÜPER, *Grund-und Grenzfragen*, 1979, p. 25; o STRUENSEE, *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, 1971, p. 42.

<sup>350</sup> Como aquí, vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 381 y s., n. 109; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 22 y s.; y PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 339 y s., quien con razón señala que la única diferencia en el tratamiento del riesgo permitido y la imputación al autor de la posición de competencia en los casos de legítima defensa es que en este segundo caso el juicio de imputación objetiva del comportamiento «se lleva a cabo sobre la base de una situación de riesgo que no ha sido estandarizada o que lo ha sido en un grado de menor concreción respecto a otros ámbitos de la vida cotidiana». El contexto es relevante tanto a la hora de definir el riesgo permitido como a la hora de definir una posición de competencia por legítima defensa, la diferencia reside en el grado de estandarización.

<sup>351</sup> JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6, n. 10.

<sup>352</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 7/41.

siempre de la especial relación de finalidad en que se encuentra la acción: el contexto de la acción justifica. En el riesgo permitido, por el contrario, puede que el contexto de la acción esperado típicamente haya proporcionado el motivo de la autorización del riesgo, sin que en la acción concreta importe si ésta tiene lugar en un contexto determinado. [...] Lo que, sin tener en cuenta el contexto, no defrauda expectativas, ya no realiza un tipo».<sup>353</sup> Sin embargo, lo cierto es que el propio JAKOBS acaba reconociendo que es imposible determinar ya el tipo al margen del contexto y la totalidad de intereses afectados en un supuesto concreto.<sup>354</sup> También el riesgo permitido se determina contextualmente. En segundo lugar, tampoco es cierto que con la ubicación del instituto penal en el ámbito del tipo se deje «una puerta abierta a la posibilidad de elegir el deber de menor relevancia».<sup>355</sup> El resolver el problema en el ámbito del tipo no implica dejar de responder qué deber es el preferente, sino prescindir de una primera y provisional respuesta al tomar en consideración desde un primer momento todos los factores relevantes para imponer un deber.<sup>356</sup> Y en tercer y último lugar, tampoco tiene razón RENZIKOWSKI cuando asegura que la solución de la tipicidad implicaría que ambos deberes se auto-imitarían entre sí, quedando finalmente el obligado libre de cualquier deber.<sup>357</sup> Precisamente lo que permite ubicar el problema en el ámbito del tipo es condicionar el nacimiento del deber a un análisis de todos los factores relevantes en juego. No es que nazcan dos deberes con cláusula de reserva que entre ellos se limiten, sino que desde el comienzo solo nace un deber, de posible cumplimiento en la situación de conflicto. Y lo cierto es que los principios de resolución de estos conflictos son exactamente idénticos a los que rigen todo el proceso de legitimación de las normas penales. La resolución de los conflictos de deberes se presenta como un problema específico de la determinación definitiva de los límites entre las esferas jurídicas de los agentes implicados, una vez tomadas en consideración varias posiciones de competencia provisionales. Así es precisamente como define la justificación intrasistemática RENZIKOWSKI.<sup>358</sup>

#### 4.2. La colisión entre razones de obligación como causa de atipicidad

A decir verdad, la discusión acabada de presentar resulta dogmáticamente poco fructífera, pues está fuertemente condicionada por una distinta comprensión de la noción de deber penal y de la relación entre el tipo y la antijuridicidad. Para quien el tipo no cumpla *per se*

---

<sup>353</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 7/41.

<sup>354</sup> Vid. JAKOBS, «Beteiligung», *FS-Lampe*, 2003, p. 566: «la venta o préstamo de un cuchillo de cocina no constituye, en circunstancias normales, complicidad en un homicidio aunque el que lo entrega sepa excepcionalmente del mal uso que pretende hacer del instrumento quien lo recibe. Sin embargo esto puede cambiar —como cualquier sentido comunicativo— si el receptor no sólo desempeña el rol de un comprador de cuchillos, sino a la vez, el de un homicida. Más allá de la valoración que merezca la solución que ofrece aquí JAKOBS al problema de las conductas neutras o neutrales de complicidad, parece evidente que también para este autor el contexto importa en la determinación del riesgo permitido.

<sup>355</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 240.

<sup>356</sup> Acertadamente, HOYER, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Strukturelement der Rechtfertigungsgründe», *ARSP-Beihft.*, (104), 1995, p. 111.

<sup>357</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 215 y ss.

<sup>358</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *FS-Hruschka*, 2005, p. 652. Y tampoco parece obligada la distinción para dar un tratamiento diferenciado a la provocación de la situación de “justificación” en los casos de colisión de deberes respecto a una situación clásica de estado de necesidad. Así, en cambio, vid. RENZIKOWSKI, *FS-Hruschka*, 2005, p. 667.

función material alguna y solo advierta la existencia de un deber penal una vez negada la concurrencia de causas de justificación, lo cierto es que relegar el problema al ámbito de la antijuridicidad no supone necesariamente admitir una contradicción interna en el sistema de normas de comportamiento. Para quien el tipo determina una auténtica norma de comportamiento y su infracción constituye un “injusto penal” sujeto a revisión, la solución de la justificación sí parece en cambio llegar demasiado tarde. La fundamentación de la solución justificante *à la Jakobs* tampoco resultará aceptable para todo aquél que se niegue a aceptar una determinación del tipo al margen del contexto en el que surge la norma.<sup>359</sup> Y las consecuencias prácticas, en esencia, qué sucede con el obligado que incumple ambos deberes, tampoco parecen determinar la solución en favor de una y otra tesis, pues como se ha visto, para quien admita la justificación por la mera situación de conflicto, el obligado tampoco respondería por la infracción de dos deberes penales.<sup>360</sup>

Hasta donde alcanzo, esta discusión, fuertemente condicionada por el distinto etiquetaje dogmático, carece sin embargo de verdadera trascendencia, pues la distinción misma entre el tipo y la antijuridicidad carece igualmente de auténtica relevancia sistemático-material a la hora de afrontar la resolución de los conflictos de deberes. Una de las consecuencias lógicas ínsitas en la determinación de los deberes penales a través de un juicio pluridimensional de concreción de posiciones de garantía es la negación de toda diferencia estructural o valorativa entre las categorías de la tipicidad y antijuridicidad.<sup>361</sup> Aunque no es este el lugar en el que analizar en profundidad la ya histórica discusión acerca de la relevancia sistemática de la distinción entre ambos niveles,<sup>362</sup> lo cierto es que en el marco de un Ordenamiento jurídico en el que la determinación de las posiciones de competencia se hace desde un principio tomando en consideración las pretensiones tanto del potencial autor al que se dirige la norma como de la potencial víctima, ya no parece haber sitio para estructuras intermedias en el ámbito del injusto con relevancia material propia.<sup>363</sup> Es decir, una vez que se asume que la legitimación de toda posición de competencia jurídico-penal pasa inexcusablemente, así lo exige el principio de igualdad, por tomar en consideración de idéntica forma las pretensiones de todos los agentes implicados en la situación que se regula, así como la necesidad de enjuiciar tanto la posición del potencial autor como de la potencial víctima desde una óptica axiológica única y común, la determinación de la posición de garantía jurídico-penal es también única y categórica.<sup>364</sup>

---

<sup>359</sup> Vid. PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, p. 339, n. 1374.

<sup>360</sup> Lo que no quita que sea cuanto menos extraño que una mera situación, un mero estado de cosas conduzca como tal a la justificación de la infracción de un deber. Si resulta que cuando recaen sobre un mismo agente dos deberes la infracción de uno estará automáticamente justificada, también cuando el obligado no cumple el opuesto, ¿no parece más plausible afirmar que solo recae sobre aquél desde un comienzo un único deber?

<sup>361</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 215 y ss.; o SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, pp. 637 y ss.

<sup>362</sup> Al respecto, con detalle, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, pp. 631 y ss.; y PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 195 y ss.

<sup>363</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, p. 639.

<sup>364</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, pp. 638 y s.

Como mostró tempranamente RÖDIG, quien antes de tomar una decisión valora todos los factores relevantes en juego puede decidir con carácter definitivo.<sup>365</sup> Quien toma decisiones parciales sin tomar en consideración factores igualmente relevantes, únicamente puede alcanzar decisiones provisionales, sujetas a ulterior revisión incorporando el resto de factores relevantes. Ahora bien, desde la perspectiva de la infracción de la norma, como señala FRISCH, «el que satisface [en su actuar] las condiciones de una causa de justificación, lesiona tan poco la norma de comportamiento fundida en el tipo, como aquél que permanece ya detrás del umbral del riesgo generalmente no tolerado por la norma de comportamiento».<sup>366</sup> Y esto mismo rige cuando la determinación de una posición de competencia se efectúa a partir de dos o más razones de obligación en situación de conflicto. Dado que la determinación definitiva de aquélla pasa siempre por una toma en consideración de las pretensiones de libertad negativas y positivas de todos y cada uno de los agentes implicados, esto es, del obligado, pero también de los sujetos necesitados, tampoco aquí posee un sentido material propio la distinción entre tipo y justificación.<sup>367</sup> A decir verdad, el momento parcial de la determinación de una posición de competencia que atiende a la relación individual entre los potenciales autor y víctima y el segundo momento también parcial en el que se ponen en relación las posiciones de competencia provisionales, atendiendo aquí a las posiciones de los tres agentes implicados constituyen una unidad axiológica indivisible.<sup>368</sup> Y en favor de esta tesis habla sin duda el principio de economía conceptual que, como señala PEÑARANDA RAMOS, debe regir la elaboración de todo sistema científico.<sup>369</sup> El sistema ha de tener la complejidad necesaria, pero solo la necesaria, para poder abarcar sin contradicciones las

---

<sup>365</sup> Cfr. RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, pp. 47 y s., pp. 50 y ss.

<sup>366</sup> Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 205; y ya antes, en este mismo sentido, vid. VON WEBER, *Grundriss*, 2ª ed., 1948, p. 87.

<sup>367</sup> En este sentido, señalaba PETROCELLI, «Riesame degli elementi del reato», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1963, pp. 337 y ss., pp. 383 y ss., que: «a veces, nos encontramos ante una norma obligatoria, en sentido opuesto, es decir, ante dos imperativos contrarios: por ejemplo, el objetor de conciencia que abandona, en pleno combate la lucha, comete un delito, según la legislación italiana. Pues bien, el sujeto se encuentra entre dos imperativos opuestos: el genérico «no matarás» de los delitos de homicidio y el específico «matarás al enemigo cuando te encuentres combatiendo en guerra». ¿Es posible, realmente, hablar de dos imperativos contrarios en un mismo ordenamiento? Pero, aun cuando, efectivamente, nos encontremos ante una «Erlaubnissatz», tampoco es correcto pensar en un conflicto de normas; y ni siquiera en un concurso. Lo que ocurre es que el Ordenamiento jurídico es un sistema, y la «norma» surge de la confrontación de todas sus disposiciones. En un mismo Ordenamiento no hay una norma que prohíba, permita y obligue a hacer una misma cosa; lo que ocurre es que no surge la prohibición, no existe prohibición de hacer algo que está permitido u obligado y, por tanto, la conducta, desde el primer momento, es conforme a Derecho». (La cita y la traducción la tomo de CARBONELL MATEU, *La justificación penal*, 1982, pp. 77 y s.)

<sup>368</sup> Como aquí, aunque solo a propósito del conflicto entre mandatos, ya BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 222 y s.

<sup>369</sup> Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, pp. 53 y s., aunque a propósito del concurso de leyes. Frente a quienes admiten la concurrencia real de normas, para proceder acto seguido a la solución del conflicto señala el referido autor que: «se podría ver en este modo de proceder una complicación innecesaria que atentaría contra el principio de economía conceptual que debe presidir la elaboración de todo sistema científico, puesto que no parece, en principio, razonable admitir la realización conjunta de los tipos de varios delitos, para rechazar a continuación la conjunta aplicación de todas sus consecuencias. Más adecuado podría ser, por tanto, excluir ya de antemano que se hayan verificado todos los requisitos típicos de los preceptos penales en conflicto y admitir la sola realización de los de uno de ellos. Se debe tener presente, sin embargo, que el principio de economía conceptual no vive aislado en la construcción del sistema, sino en dialéctica tensión con el de adecuación al substrato que se trata de sistematizar: el sistema ha de tener la complejidad necesaria —aunque sólo la necesaria— para poder abarcar sin contradicciones todas las soluciones que materialmente resulten justificadas».

soluciones que materialmente resulten justificadas. ¿Existen realmente razones materiales que obliguen a ubicar el problema de los conflictos de deberes más allá del ámbito del tipo?

En favor de la tesis que otorga relevancia sistemático-material a la distinción se han esbozado, básicamente, cuatro tipos de argumentos. En primer lugar, en favor de la atribución de un contenido material propio a la categoría del tipo se ha argüido que éste resulta esencial a la hora de informar a los ciudadanos acerca del alcance de sus deberes jurídico-penales.<sup>370</sup> Los tipos, «a modo de tablas prohibitivas abstractas y formuladas para general conocimiento, dibujan las figuras de conductas penadas de modo general y tienen una función preventivogeneral al influir en la conciencia jurídica general y actuar en su caso intimidando».<sup>371</sup> Sin embargo, como señala SILVA SÁNCHEZ, la función orientadora que se le atribuye al tipo, en realidad, le es también propia a las causas de justificación, pues aquello que un ciudadano puede o deber hacer únicamente queda determinado a partir del juego conjunto del tipo y la causa de justificación.<sup>372</sup> La irrelevancia normativa de esta distinción contemplada desde la función motivadora u orientadora de la norma penal se muestra todavía más clara cuando se advierte como el legislador puede reformular toda relación de regla y excepción en una única regla de alcance más limitado.<sup>373</sup> Como señala RÖDIG, toda relación de regla excepción puede presentarse como una regla condicionada,<sup>374</sup> ello depende esencialmente de cuestiones de técnica legislativa y en nada afecta al alcance de la norma en cuestión ni a su función motivadora.<sup>375</sup> En definitiva, «lo que ocurre es que la motivación de la norma no se dirige a evitar hechos típicos, sino hechos antijurídicos o, en otras palabras, se dirige a evitar hechos típicos, salvo en los casos en que la realización de esos hechos tiene lugar en una situación de justificación».<sup>376</sup>

En segundo lugar, se ha afirmado en favor de la distinción entre tipo y antijuridicidad que, mientras que un hecho atípico puede ser jurídicamente neutral, no valorado, por caer, por ejemplo, en un espacio libre de Derecho, o incluso, puede ser ilícito (aunque no penalmente), los hechos justificados estarían expresamente permitidos, de modo que el sujeto sobre el que recae la acción justificada estaría siempre obligado a soportar la lesión de sus intereses (deber de tolerancia). Si fuera cierto que las causas de justificación no son más que ulteriores razones de concreción de la norma penal o criterios de restricción de normas generales, de modo que el comportamiento justificado sería directamente irrelevante a ojos del Derecho penal, no habría forma alguna de fundamentar el deber de tolerancia como correlato a la actuación justificada. Más bien, el deber de tolerancia se explicaría como la consecuencia lógica de un

---

<sup>370</sup> Cfr. SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, 1921, pp. 294 y ss.

<sup>371</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 10, nm. 20.

<sup>372</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, pp. 534 y s.; en idéntico sentido, vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 197.

<sup>373</sup> Ello queda de manifiesto, por ejemplo, en el art. 167 CP, sancionador de la detención ilegal: “La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere [...]”. La mayoría de las detenciones practicadas son conforme a Derecho, y solo excepcionalmente, “fuera de los casos permitidos por la Ley” son típicas. Sin incorporar las reglas de “justificación” de una detención, lo cierto es que el tipo informa más bien poco sobre el límite entre lo permitido y lo prohibido.

<sup>374</sup> Cfr. RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, pp. 47 y s.

<sup>375</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, pp. 637 y ss., p. 640.

<sup>376</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, p. 535.

derecho subjetivo, el que ostenta el autor del hecho justificado en atención a la norma permisiva, necesariamente independiente respecto de la prohibitiva.<sup>377</sup> La relación entre la tipicidad y la antijuridicidad se reconduce así a la colisión entre una prohibición o un mandato (hecho típico) con una norma permisiva (causa de justificación).<sup>378</sup> La solución a este conflicto normativo vendría entonces de la mano de una metarregla que, desde un plano superior, permitiría solucionar el conflicto entre ambas, generalmente, otorgándole prioridad a la permisiva.<sup>379</sup> Ahora bien, hasta donde alcanzo, una cosa es que la causa de justificación actúe restringiendo el ámbito de la conducta típica, esto es, determinando que un sujeto pese a lesionar materialmente un interés lo hace respetando su haz de deberes y otra muy distinta asegurar que en una relación interpersonal entre dos sujetos, uno de ellos está obligado a tolerar una injerencia en su propia esfera de organización (deber de tolerancia).<sup>380</sup> En realidad, las condiciones axiológicas para la determinación del carácter típico de un comportamiento no coinciden necesariamente con las necesarias para la imposición de un deber de tolerancia, o como señala RINCK, “la categoría de la justificación” no resulta necesariamente coincidente con la del comportamiento generador del deber de tolerancia.<sup>381</sup>

En tercer lugar, merece aquí nuestra atención igualmente una de las objeciones básicas que Armin KAUFMANN formuló en contra de la teoría de los elementos negativos del tipo sostenida, entre otros, por Arthur KAUFMANN.<sup>382</sup> Señala Armin KAUFMANN que a todas las causas de justificación subyacería un mismo principio: solo resultan operativas cuando el medio utilizado es necesario para alcanzar el fin aprobado por el Ordenamiento jurídico.<sup>383</sup> Esto es, en caso de que para conseguir el fin tolerado por el Derecho el autor disponga de una pluralidad de medios a su alcance, aquél ha de escoger necesariamente el medio que no lesiona o lo hace en menor medida los bienes jurídicos ajenos. Para comprobar si efectivamente el autor ha recurrido al medio necesario sería siempre inexcusable una valoración comparativa entre las distintas posibilidades de actuación. Es ineludible, pues, que a esas distintas posibilidades de actuación subyazca también una valoración (*Wert*) distinta, con independencia de si están o no justificadas. Para Armin KAUFMANN, el criterio para esa valoración no puede obtenerse del juicio general de antijuridicidad que propone la teoría de los elementos negativos del tipo, pues aquél presupone ya precisamente que no concurre causa de justificación alguna.<sup>384</sup> Esto es, dado que únicamente puede quedar justificada aquella conducta que es necesaria, entendida como el medio de salvaguarda menos lesivo, y dado que dicho juicio de necesidad se efectúa únicamente sobre la conducta típica, la distinción se hace

<sup>377</sup> Al respecto, fundamental, HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, pp. 238 y ss., 276.

<sup>378</sup> Entre otros muchos, vid. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 25 III 2a, p. 250; § 31 I 2, p. 323; Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, pp. 333 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 37 y ss.; o MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, p. 207.

<sup>379</sup> Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 107 y ss.; o EL MISMO, «Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht», *GA*, 2010, p. 494.

<sup>380</sup> En este sentido, vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 206; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 424 y ss.; o RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, p. 457.

<sup>381</sup> Cfr. RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, p. 189.

<sup>382</sup> Defendiendo la teoría de los elementos negativos del tipo, Arth. KAUFMANN, «Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen», *JZ*, 1954, pp. 653 y ss., y en contra, Armin KAUFMANN, «Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung», *JZ*, 1955, pp. 37 y ss.

<sup>383</sup> Cfr. Armin KAUFMANN, *JZ*, 1955, p. 40.

<sup>384</sup> Cfr. Armin KAUFMANN, *JZ*, 1955, p. 40.



imprescindible, es preciso contar con una categoría con sentido valorativo previo al juicio sobre la idoneidad de la acción a justificar.

Ahora bien, sentado lo anterior, creo posible sin embargo afirmar que la distinción entre el objeto de valoración y el criterio de valoración acabada de referir no ofrece prueba alguna en favor de la autonomía sistemática de la categoría de la tipicidad.<sup>385</sup> En primer lugar, la relación de carácter lógico (*sachlogisch*) que pregona KAUFMANN entre la acción típica y el criterio de la necesidad se da igualmente en el seno del tipo, por ejemplo, el concepto de cosa opera como objeto de referencia en el juicio de ajenidad,<sup>386</sup> y no parece motivo suficiente como para disgregar a su vez el tipo en dos categorías. En segundo lugar, lo cierto es que tampoco a propósito del juicio de necesidad en la justificación se toma el tipo en su totalidad como objeto de valoración. En realidad, lo que se hace es tomar algunos elementos aislados del tipo, y acto seguido, se ponen en relación con algunos requisitos de las causas de justificación. Ello es lo que sucede entre los elementos objetivos del tipo (desvalor del resultado) y los elementos correspondientes objetivos de la causa de justificación (valor del resultado), así como con la representación del autor (desvalor de acción) y los así llamados elementos subjetivos de las causas de justificación (valor de la acción).<sup>387</sup> Se trata entonces únicamente de la concreción de juicios valorativos provisionales e individuales que ya habían sido efectuados en el examen de la tipicidad. No supone excederse de ese marco original de valoración, sino simplemente proceder a concretarlo y elevarlo a la categoría de definitivo. Por último, completa Armin KAUFMANN su punto de vista afirmando que, más allá del ámbito de las prohibiciones típicas, toda actuación defensiva estaría permitida, con independencia de su necesidad. Es decir, quien se defiende de manera atípica, no tendría que sujetarse al criterio de la necesidad, a diferencia de quien realiza un comportamiento típico, que debería en todo caso optar por el medio menos lesivo de los disponibles.<sup>388</sup> Sin embargo, como señala también RINCK, lo anterior no constituye un rasgo específico propio de la distinción entre tipo y antijuridicidad, sino que se trata de un elemento definitorio de la misma categoría de la tipicidad.<sup>389</sup> Y en todo caso, lo cierto es que la idoneidad de la acción defensiva no se mide en último término conforme al patrón típico/atípico, sino más bien en virtud de un juicio de ponderación (de intereses) independiente del tipo. Por eso, cuando el sujeto que es agredido puede defenderse en legítima defensa mediante un hecho típico pero materialmente poco lesivo, o con un hecho atípico pero notablemente lesivo, el criterio de la necesidad toma como referencia los intereses en juego y determina la obligatoriedad de emprender la acción típica pero escasamente lesiva.<sup>390</sup>

Finalmente, en cuarto y último lugar, se ha afirmando que existe una indudable distinción valorativo-social entre hechos atípicos y hechos justificados que el Ordenamiento jurídico no podría desconocer. Mientras que los comportamientos atípicos serían socialmente adecuados

---

<sup>385</sup> Lo pone de manifiesto PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 208.

<sup>386</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 208.

<sup>387</sup> Cfr. PUPPE, «§ 13», NK, 4ª ed., nm. 13.

<sup>388</sup> Cfr. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, pp. 338 y ss.

<sup>389</sup> Cfr. RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, p. 319: «no existen rasgos constitutivos del tipo “afirmativos” o “negadores”, sino solo “limitadores”».

<sup>390</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 6/58, nm. 125.

e intrascendentes, los hechos justificados serían siempre hechos socialmente relevantes y reprochables que, excepcionalmente, podrían en situaciones extremas quedar justificados.<sup>391</sup> ¿Cómo no iba a distinguir el Derecho entre aquello que desde un punto de vista social es palmariamente distinto? Desde un punto de vista «jurídico-penal dogmático es sin duda distinto el que un campesino sacrifique a un gallo o que mate a un hombre en legítima defensa».<sup>392</sup> Sin embargo, frente a este modo de ver las cosas cabe afirmar, en primer lugar, que la distinción entre un comportamiento típico o uno atípico en muchas ocasiones es puramente gradual. Ello explica además gran parte de los problemas acerca del carácter típico o atípico de ciertos comportamientos. Y en segundo lugar, resulta erróneo pretender afirmar con carácter general que los comportamientos justificados son socialmente llamativos y en principio reprochables, mientras que los atípicos son socialmente adecuados y pasan desapercibidos.<sup>393</sup> No parece socialmente adecuado defraudar a Hacienda una cantidad igual o inferior a los 120.000 euros, conducta atípica conforme al art. 305 CP, ni parece en absoluto merecedor de reproche, ni siquiera *prima facie*, el hecho de hurtar una pequeña embarcación para salvar la vida de quien amenaza con morir ahogado. Loable es, desde el primer momento, hurtar la barca, y socialmente reprochable el defraudar a la Hacienda pública atípicamente.<sup>394</sup> La diferencia valorativa entre la atipicidad y la ausencia de antijuridicidad por la concurrencia de una causa de justificación no puede expresarse en términos generales, al menos, no desde la óptica jurídico-penal.

Todo lo anterior no significa que no deba o pueda mantenerse la distinción entre tipicidad y antijuridicidad. Ésta puede cumplir sin duda un rol analítico o didáctico de gran importancia.<sup>395</sup> La determinación del tipo se centra en primer lugar en analizar la eventual posición de competencia del autor, mientras que en la justificación se examina la posibilidad de que sea la “víctima” la competente por la injerencia lesiva a justificar. Ello resulta conveniente desde un punto de vista pragmático, pues el análisis dogmático tiende por lo general a dar respuesta a la pregunta de si el autor merece o no ser penado.<sup>396</sup> Sin embargo, qué punto de vista es tomado en primer o segundo orden no deja de ser una cuestión de convención o utilidad. Así las cosas, también la pregunta de dónde ubicar sistemáticamente la institución de la colisión de deberes se muestra como una cuestión de pura comodidad sistemático-didáctica. Aquí se propone ubicar sistemáticamente el problema en lo que generalmente conocemos como el ámbito del tipo.<sup>397</sup> Dado que con carácter general se

---

<sup>391</sup> Cfr. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, 1964, pp. 47 y ss.

<sup>392</sup> Vid. WELZEL, «Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem», *ZStW*, (67), 1955, pp. 210 y ss.

<sup>393</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, pp. 640 y s.

<sup>394</sup> Como aquí, con detalle, HOYER, *ARSP-Beihft.*, (104), 1995, p. 102; RENZIKOWSKI, *FS-Hruschka*, 2005, p. 664; RÖNNAU, «Vor 32», *LK*, 12ª ed., nm. 13; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, pp. 535 y ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 36; PALERMO, *La Legítima defensa*, 2006, pp. 340 y s.; u ORTIZ DE URBINA, «De moscas y agresores muertos», *InDret*, (3), 2008, p. 28.

<sup>395</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, p. 637, quien alude a una diferencia puramente analítica o pragmática, formal en todo caso; PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 339 y s., n. 1374: «[e]l tratamiento por separado no responde a la existencia de una diferencia valorativa o axiológica entre la legítima defensa y los demás casos de exclusión de la imputación, sino simplemente a una cuestión didáctica o expositiva de la teoría de la imputación». En idéntico sentido, vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 205, pp. 218 y s.

<sup>396</sup> Vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 218, con ulteriores referencias a la doctrina.

<sup>397</sup> Sobre el encaje legal de la colisión entre razones de obligación en el art. 20.7.º CP, vid. Cap.5, apdo. IV.

recurre a la justificación para atribuir a la propia víctima la competencia por un resultado lesivo, siendo que en las colisiones entre razones de obligación la resolución dogmática del problema no obedece necesariamente a la necesidad de atribuir la competencia por el resultado a ninguno de los dos necesitados, parece preferible ubicar —en consonancia con un creciente sector doctrinal— el problema dogmático ya en el ámbito del tipo.<sup>398</sup> De este modo se integra el conflicto entre razones de obligación en un tipo total de injusto, en el que se distinguen dos momentos esenciales, el de la legitimación aislada de las razones de obligación y el de la concreción de los deberes altamente personales a partir de las razones aisladamente legítimas. En ese primer momento se trata de la concreción de una razón de obligación perfecta a partir de las categorías dogmáticas del riesgo permitido, la justificación y la exigibilidad. Esa obligación aislada, a la que llamamos razón de obligación, no constituye un verdadero deber penal en la medida en que no se ha valorado su imposición junto con el resto de razones de obligación que se pretenden dirigir a un mismo ciudadano. El conflicto entre razones de obligación, como eximente de la responsabilidad penal, opera precisamente en este segundo momento de la legitimación de los deberes penales. Se trata, pues, de examinar simplemente qué razones de obligación y cómo consiguen alcanzar el estatus de deber penal altamente personal cuando se advierte la concurrencia de varias razones. Téngase presente que el instituto opera una vez se han legitimado plenamente las razones, esto es, una vez han sido ya tomadas en cuenta las consideraciones propias de la justificación en cada una de aquéllas, por lo que la secuencia lógico-temporal tipo-justificación en el planteamiento que aquí se esboza queda en cierta medida superada. Esto, sin embargo, no significa tampoco que haya que comprender la colisión de deberes como una causa de atipicidad extrasistemática, situada en un plano distinto y regida por principios diferentes a los que rigen la legitimación individual de normas. Al contrario. La colisión entre razones de obligación se presenta como un fenómeno problemático particular del complejo proceso de determinación definitiva de una posición de competencia, regido en última instancia por los mismos principios que rigen todo ese proceso, esto es, por los principios de autonomía y solidaridad.

---

<sup>398</sup> Así, FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 3, nm. 43, 71; § 6, nm. 96 y ss.; EL MISMO, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 281 y s.; FRISCH, «Wesentliche Strafbarkeitsvoraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung», en ESER/KAISER/WEIGEND (eds.), *Von totalitärem*, 1993, pp. 232 y ss., 234; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 220 y ss., n. 495; JOERDEN, *Dyadische*, 1983, pp. 85 y ss.; EL MISMO, *JRE*, (5), 1997, pp. 43 y ss.; EL MISMO, *Logik im Recht*, 1ª ed., 2005, pp. 70 y ss.; HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, pp. 144 y s.; EL MISMO, «Vor §§ 32 ff.», *SK-StGB*, 8ª ed., nm. 43 y s.; EL MISMO, *ARSP-Beibef.*, (104), 1995, p. 111; SCHLEHOFER, «Vor §§ 32 ff.», *MK*, 2ª ed., nm. 208; BEULKE, «“Pflichtenkollisionen“ bei § 323c StGB?», *FS-Küper*, 2007, p. 3 y ss.; o SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, pp. 152 y ss. Mostrando su simpatía con la teoría de la atipicidad, vid. además MURMANN, *Grundkurs*, 2ª ed., 2013, § 25, nm. 65, n. 93; y LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 73. Y salvando la distancias conceptuales y terminológicas, en un sentido parecido, vid. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 2000, p. 855, quien habla de “inconsistent Duties” y señala que la colisión no tiene nada que ver con las excusas, y deben ser tratados como una categoría especial de exención. Como supuesto que bloquea la imputación, véase JÄGER, *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*, 2006, p. 30.

## IV. LA DEFINICIÓN DE LA COLISIÓN DE DEBERES AL MARGEN DE LA DISTINCIÓN ENTRE MANDATOS Y PROHIBICIONES

### *1. Introducción*

Hasta el momento se ha concluido que, en realidad, todos los conflictos pueden y han de ser resueltos a la hora de determinar la posición de competencia definitiva del agente obligado, pues el principio voluntarista despliega sus efectos también en el plano en el que concurren las razones de obligación. Nuestro Ordenamiento jurídico no impone en ningún caso dos obligaciones de imposible cumplimiento cumulativo. Consecuentemente, se ha definido aquí la situación de conflicto como la colisión entre dos o más razones de obligación, entendidas éstas como formas obligacionales provisionales a la espera de una valoración conjunta en la concreta situación de concurrencia. Llegados a este punto, a fin de culminar la redefinición conceptual del problema que se ensaya en este capítulo nos queda simplemente por examinar si, como entiende la doctrina mayoritaria, el carácter deóntico de los deberes o la naturaleza activa u omisiva de la prestación condiciona o no de manera estable la resolución de los conflictos. Es decir, se trata en lo que sigue de examinar si hay buenas razones para reducir conceptualmente el instituto al conflicto entre razones de obligación de actuar o si, como sostiene un sector doctrinal minoritario, también los conflictos entre razones de obligación de actuar y de omitir merecen ser integrados en la definición jurídico-penal de la colisión de deberes.

### *2. La irrelevancia de la distinción entre mandatos y prohibiciones para la definición de la colisión de deberes*

#### **2.1. Introducción**

«La pregunta por el fundamento y los límites de este deber constituye el objeto de la teoría general de la competencia».<sup>399</sup> En el núcleo de ésta se encuentra la distribución de posiciones de responsabilidad entre los distintos miembros de una comunidad en Derecho y, con ello, la delimitación de los ámbitos de competencia jurídico-penal. Como viene desde antaño sosteniendo JAKOBS, la ampliación del radio de acción de la teoría de la posición de garante a cualquier forma delictiva supone a su vez negar verdadera relevancia normativa a la distinción entre actuar y omitir, pues el específico modo en el que el obligado ha de cumplir su deber constituye en este escenario una pregunta de segundo orden.<sup>400</sup> Aunque será en el próximo capítulo donde nos ocuparemos con detalle de esta cuestión,<sup>401</sup> lo cierto es que la teoría de la competencia asume como primera distinción normativa esencial la que media entre los deberes a partir de su fundamento, esto es, la distinción entre el carácter negativo o positivo

---

<sup>399</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 160.

<sup>400</sup> Cfr. JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, pp. 34 y ss.; o EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 34 y ss.

<sup>401</sup> Cfr. Cap. 3, apdo. III, 2.

del deber y, a los efectos de resolver los conflictos de deberes, la que media entre los deberes en atención a su especie, es decir, la que permite distinguir entre deberes en atención a su específica intensidad normativa.<sup>402</sup>

Como se ha mostrado en el capítulo anterior,<sup>403</sup> la doctrina mayoritaria opta por reducir el instituto penal al conflicto entre dos o más mandatos (o entre dos o más prohibiciones), pues solo tales conflictos se regirían por una regla de justificación especial, la de la mera equivalencia entre los intereses en juego. Los conflictos entre mandatos y prohibiciones serían supuestos a resolver conforme la regla de preferencia establecida en el § 34 StGB, de modo que la prohibición debería ser respetada salvo que el interés protegido por el mandato preponderara de forma esencial. Esta distinta regla de resolución del conflicto es la que fundamenta en última instancia la reducción conceptual de la colisión de deberes habitualmente sostenida. Sin embargo, si como a continuación se debería poner de relieve, la distinción entre mandatos y prohibiciones no justifica con carácter general la previsión de reglas de solución distintas para una y otra clase de colisiones, carece de sentido definir conceptualmente el instituto a partir de aquella distinción. En lo que sigue, pues, se pretende poner en evidencia que la reducción conceptual del instituto al conflicto entre mandatos resulta inasumible por dos razones íntimamente vinculadas entre sí: en primer lugar, porque dada la absoluta intercambiabilidad entre los operadores deónticos “obligatorio” y “prohibido”, resulta arbitrario extraer consecuencias jurídicas del modo en el que se configura deónticamente el deber; y, en segundo lugar, porque tampoco es cierto que exista una distinción normativa invariable entre el actuar y el omitir que justifique un tratamiento diverso de los conflictos entre razones de obligación. Veamos ambas cuestiones en detalle.

## 2.2. La intercambiabilidad del operador deóntico

Tratar de resolver de distinta forma los conflictos de deberes a partir del carácter directivo de aquellos resulta arbitrario y, por lo tanto, inasumible. A día de hoy, constituye un lugar común en la discusión de teoría del Derecho la naturaleza interdefinible de los deberes en atención a su carácter deóntico.<sup>404</sup> «Es obvio que los dos caracteres en cuestión son interdefinibles [...] Lo que debe hacerse es lo que no tiene que dejar de hacerse, y viceversa. Lo que debe dejarse de hacer es lo que tiene que no hacerse, y viceversa. Toda norma positiva con carácter de “debe” es idéntica a una norma negativa con carácter de “tiene que no”, y al contrario. Toda norma negativa con carácter de “debe” es idéntica a una norma positiva con carácter de “tiene que no”, y a la inversa. Hablando de las prescripciones: un mandato de hacer (mandato

---

<sup>402</sup> Cfr. Cap. 3, apdo. IV.

<sup>403</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 2.2, b).

<sup>404</sup> Así lo muestra SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 188 y ss., con ulteriores referencias a multitud de teóricos del Derecho que desde la perspectiva propia de la lógica deóntica comparten esta conclusión. En el mismo sentido, señalando que no solo los operadores deónticos prohibido y debido, sino también el de permitido son plenamente intercambiables, vid. RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, p. 54, n. 38; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 94 y ss.; y recientemente, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, 2014, p. 20, n. 10. Esto mismo constituía ya entre los teóricos del S. XVIII un lugar común. Al respecto, vid. HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, p. 272; o SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2002, p. 108, n. 3, con las correspondientes referencias doctrinales.

positivo) es una prohibición de abstenerse (prohibición negativa), y viceversa, y un mandato de abstenerse (mandato negativo) es una prohibición de hacer (prohibición positiva), y viceversa». <sup>405</sup> Es decir, todo mandato puede ser definido como una prohibición y a la inversa, sin que la conducta debida sufra modificación alguna. <sup>406</sup> Consecuentemente, como señala VON WRIGHT, dado que mandato y prohibición son plenamente interdefinibles, no habría «razón para tener símbolos diferentes para los dos caracteres de las normas en nuestro formalismo». <sup>407</sup>

No es de extrañar, pues, que la ciencia del Derecho penal se haya hecho eco igualmente de la plena intercambiabilidad de los deberes en atención a su operador deóntico. <sup>408</sup> Pese a ser cierto que la doctrina penal suele operar —como mínimo, terminológicamente— a partir de la distinción entre mandatos y prohibiciones, ya LUDEN afirmaba de manera rotunda a mediados del S. XIX que entre los delitos omisivos propios y los delitos de comisión no existe ninguna diferencia material, sino meramente formal, pues todo mandato contiene necesariamente una prohibición y viceversa. <sup>409</sup> Esto mismo es reconocido a día de hoy por un importante sector de la doctrina jurídico-penal. <sup>410</sup> Ordenar una conducta equivale siempre a prohibir todas las que son inconciliables con ella en una concreta situación. Así pues, como señala RÖDIG, «la prohibición de una lesión corporal puede ser expresada tanto a través de un mandato de omitir la lesión corporal como a través de la negación de una autorización para cometer una lesión corporal. Al concreto uso de esta u otra modalidad deóntica no subyace un sentido jurídico profundo». <sup>411</sup> Esta intercambiabilidad absoluta es también reconocida «en relación a los conceptos —paralelos a los de prohibición y mandato— de acción y omisión: toda acción puede ser reformulada en omisión y viceversa». <sup>412</sup> Esto, claro está, vale también cuando se toma en consideración la figura del delito, «lógicamente es posible que todos los

---

<sup>405</sup> Cfr. VON WRIGHT, *Norma y acción*, 1970, p. 99.

<sup>406</sup> Entre otros muchos, vid. por ejemplo, BERKEMANN, «Zum Prinzip der Widerspruchsfreiheit in der deontischen Logik», en LENK, (ed.), *Normenlogik*, 1974, pp. 166 y ss., p. 184; VON WRIGHT, *Norma y acción*, 1970, p. 99; KEUTH, «Deontische Logik und Logik der Normen», en LENK (ed.), *Normenlogik*, 1974, p. 65; o WEINBERGER, *Norm und Institution*, 1988, p. 61.

<sup>407</sup> Cfr. VON WRIGHT, *Norma y acción*, 1970, p. 100. En el mismo sentido, SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2002, p. 109.

<sup>408</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 188, con ulteriores citas.

<sup>409</sup> Cfr. LUDEN, *Abhandlungen*, v. II, 1840, p. 221; críticamente ya GLASER, *Abhandlungen*, v. I, 1858, p. 384.

<sup>410</sup> En este sentido, entre otros muchos, vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 181 y ss., 194 y ss.; HARDWIG, *Die Zurechnung*, 1957, p. 139, n. 338; PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, 1974, p. 140; WELP, *Vorangegangenes Tun*, 1968, pp. 114 y ss.; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 217; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 94; VOLK, «Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen», *FS-Tröndle*, 1989, p. 225; SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2003, pp. 108 y ss.; SEEBAB, «Handlungstheoretische Aspekte der Fahrlässigkeit», *JRE*, (2), 1994, pp. 384 y ss.; KORIATH, *Grundlagen*, 1994, pp. 55, 325; HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, pp. 271 y ss.; BEHRENDT, *Die Unterlassung*, 1979, p. 80, n. 45; RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, p. 54, n. 38; EL MISMO, *Einführung in eine analytische Rechtslehre*, 1986, p. 40; o MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, 2014, p. 20. Una crítica no convincente a esta tesis mayoritaria puede leerse en KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, pp. 26 y ss. Aunque la doctrina ha mostrado históricamente algún reparo de carácter lógico contra la posibilidad de transformar las prohibiciones en mandatos: esto sería inadmisibles por la amplitud que la norma enunciada prohibítivamente cobra en su enunciado preceptivo que, incuestionablemente, excede su alcance prohibitivo; lo cierto es que a día de hoy se comparte ampliamente la idea de la recíproca convertibilidad de las expresiones de mandato y prohibición. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 192; o SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2002, pp. 108 y ss.

<sup>411</sup> Cfr. RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, p. 54, n. 38.

<sup>412</sup> Cfr. SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2002, p. 109.

delitos de comisión se expresen en la forma de delitos de omisión, así como también que estos últimos sean expresados en forma de prohibiciones de acciones».<sup>413</sup>

Esta categórica intercambiabilidad de los operadores deónticos que acompañan a los deberes priva a la distinción de verdadera relevancia dogmática. «Al no darse una contraposición esencial, nada se opone a la afirmación de que un contenido normativo se puede formular como mandato o como prohibición. El que se haga de un modo o de otro dependerá de consideraciones prácticas o de técnica legislativa que, no obstante, en nada modifican el contenido de lo normado».<sup>414</sup> En realidad, como señala SÁNCHEZ VERA, sería perfectamente posible operar con un único operador deóntico,<sup>415</sup> ya fuera el de “prohibido” u “obligatorio”. Si nuestro legislador no opera así, es simplemente porque le resulta técnicamente más sencillo expresar ciertos deberes a través de prohibiciones y ciertos deberes a través de mandatos.<sup>416</sup> En los casos de comisión (prohibiciones) se expresa qué es lo que no se desea; en los de omisión (mandatos) se señalaría qué se desea, pero en ambos casos, y esto es lo fundamental desde la óptica jurídico-penal, la infracción se produciría por la realización de algo distinto a lo deseado por la norma.<sup>417</sup> En resumen, «puede señalarse como común a las formas *preceptiva* y *prohibitiva* que, en ambos supuestos, se debe/n realizar una/s conducta/s y no debe/n realizar otra/s. Una forma expresa qué se debe realizar y la otra qué no se debe realizar. Pero de todo ello —aspectos formales— no cabe extraer conclusión alguna relativa a cuestiones esenciales».<sup>418</sup>

Así las cosas, del carácter de la norma, de su operador deóntico, tampoco puede derivarse ninguna regla de jerarquía entre los deberes en colisión. Desde un principio, pretender establecer relaciones jerárquicas a partir del carácter de mandato o prohibición de los deberes en liza está condenado al fracaso, pues implicaría sustentar tales reglas sobre una mera perspectiva arbitraria de contemplación de la razón de obligación.<sup>419</sup> Los riesgos de proceder

---

<sup>413</sup> Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2002, p. 110.

<sup>414</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 188.

<sup>415</sup> Cfr. SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2002, p. 109.

<sup>416</sup> «Lo normal, por razones de técnica legislativa, es la vinculación entre *contenido de mandato y forma de mandato*; y entre *contenido de prohibición y forma de prohibición*. Pero de esta realidad estadísticamente contrastable, no cabe extraer consecuencias de contenido». SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 197.

<sup>417</sup> Expresa lo anterior de modo especialmente claro la distinción propuesta por LERMAN entre “texto redactado de modo prohibitivo” y “texto redactado con el modo propio de un mandato”. Cfr. LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, p. 133. Y en este mismo sentido, además, vid. RÖDIG, *Einführung in eine analytische Rechtslehre*, 1986, p. 40.

<sup>418</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 191; o SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2003, p. 111: «si la formulación de una norma, a modo de prohibición o a modo de mandato, es intercambiable de una forma absolutamente discrecional —por ser los conceptos de mandato y prohibición *opuestos contradictorios*—, es obvio que no se puede vincular consecuencia jurídica alguna ni al concepto de prohibición, por un lado, ni al de mandato, por otro». [cursiva en el original].

<sup>419</sup> La inseguridad en la que se sume a la colisión de deberes cuando se intenta aprehender desde una perspectiva cambiante como es la del carácter deóntico del deber queda patente cuando RENZIKOWSKI demuestra como todas las colisiones entre dos mandatos pueden ser explicadas a su vez como la colisión entre operadores deónticos que catalogan una única forma de comportamiento como prohibida y obligatoria. En el supuesto clásico de colisión en el que un padre debe salvar a su hijo (A) y a su hijo (B), pero no tiene tiempo suficiente, señala RENZIKOWSKI que, dado que cada uno de los mandatos implica a su vez la prohibición de llevar a cabo todas las conductas alternativas incompatibles, si resulta que para el padre es obligatorio salvar a (A), está también prohibido salvar a (B); y como resulta obligatorio salvar a (B), está también prohibido salvar a (A), las

de este modo quedan patentes en la discusión doctrinal ya analizada en el capítulo anterior sobre la existencia o no de auténticos conflictos entre prohibiciones y, en concreto, en la pretensión por parte de algunos autores de negar su existencia a partir de la transformación de aparentes prohibiciones en mandatos.<sup>420</sup> Todo este infructuoso debate se torna superfluo desde el momento en el que se pone en evidencia la posibilidad de formular toda obligación como un mandato y una prohibición. Cómo resolver la situación de conflicto en la que se ve sumido el piloto que no sabe si desviar su aeronave para no impactar sobre un centro comercial y dirigirla contra una vivienda unifamiliar no puede depender de cómo se comprenda el carácter deóntico del deber, pues la variabilidad de éste impediría encontrar cualquier solución categórica. En definitiva, si como SILVA SÁNCHEZ señala, resulta que el carácter deóntico del deber resulta una cuestión puramente formal y que, por lo tanto, no cabe vincular a aquél ninguna consecuencia normativa relevante, es posible afirmar que no hay motivo alguno por el que reducir conceptualmente el instituto a los conflictos que surgen entre dos mandatos o entre dos prohibiciones.<sup>421</sup>

### 2.3. La defensa de la preeminencia normativa de la prohibición frente al mandato

Sin embargo, podría objetarse frente a lo anterior que, aun siendo posible efectivamente modificar en términos lógico-formales toda prohibición en un mandato (y viceversa), la imposibilidad de distinguir entre ambos tipos de deberes en un plano meramente lingüístico-formal no empecería afirmar que el mandato y la prohibición son distinguibles en un plano material superior. «Si el mandato *exige* realizar una acción (final), la prohibición *veda* ejecutar una acción (final). Allí se ordena un actuar final, aquí se exige omitir una acción».<sup>422</sup> Así, prosigue Armin KAUFMANN, la objeción lingüística de que toda prohibición puede transformarse en mandato y todo mandato en prohibición carecería de auténtica relevancia en el plano normativo, pues «tales formulaciones lingüísticas, en su mayor parte rebuscadas, en nada cambian el hecho de que en un caso ha de realizarse determinada acción y en otro debe no efectuarse determinada acción».<sup>423</sup> La distinción entre mandato y prohibición no sería arbitraria, pues en el caso concreto un sujeto estaría en unas ocasiones obligado a actuar y en otras a omitir una determinada acción.<sup>424</sup> A partir de aquí, si resulta que la acción y la omisión como formas de incumplimiento de un deber no son equivalentes, la clasificación de la colisión de deberes a partir de la distinción entre mandatos y prohibiciones cobra de nuevo

---

dos formas de comportamiento en cuestión, salvar a (A) y salvar a (B) estarían catalogadas deónticamente de forma incompatible, como obligatorias y prohibidas. Cfr. RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 217.

<sup>420</sup> Vid. Cap. 1, apdo. III, 2.2, a).

<sup>421</sup> Como aquí, VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 108.

<sup>422</sup> KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 25. Véase además el análisis del planteamiento distintivo propuesto por KAUFMANN en LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, pp. 131 y ss.

<sup>423</sup> Cfr. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 26.

<sup>424</sup> Cfr. LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, pp. 133 y ss., quien distingue entre el “plano efectivo” de los deberes, en donde la prohibición exige una omisión y el mandato una acción, y el “plano lingüístico”, en donde se trata únicamente de la adopción de un redactado mandativo o prohibitivo. En todo caso, como el propio autor reconoce, tampoco la distinción “efectiva” «implica que exista una diferencia valorativa o material en las distintas normas entre las que distingue (sólo es sustancial en el sentido de no ser lingüística, no en el sentido de ser relevante)».



sentido, así como las reglas de jerarquización desarrolladas en el ámbito de la justificación a partir de aquélla distinción.

Hasta donde alcanzo, cabría reunir los esfuerzos de la doctrina penal por fundamentar la relevancia de la distinción entre actuar y omitir y, en concreto, por fundamentar una primacía general del deber de omitir sobre el de actuar en dos grandes grupos de argumentos: por un lado, cabe advertir intentos de fundar la relevancia de la distinción y el sentido jerárquico referido a partir de razonamientos prepositivos o axiológicos acerca de la distinta naturaleza normativa del actuar y del omitir; y, por el otro lado, hay quienes tratan de encontrar en el actual Ordenamiento jurídico reglas específicas que consagrarían la relevancia normativa de la distinción, así como la preeminencia de los deberes de omitir frente a los de actuar. Veamos con detalle ambas clases de argumentos.

### a) *Maius delictum est in faciendo quam in omittendo*

Pese a que la discusión sobre la mayor trascendencia de la acción frente a la omisión constituye un problema fundamental en el ámbito de la discusión ética y filosófico-moral,<sup>425</sup> siendo muchos los argumentos vertidos allí en favor y en contra de ambas tesis, algunos de los cuales han sido ya importados a la discusión estrictamente jurídico-penal,<sup>426</sup> a los efectos que ahora interesan, son básicamente dos las razones esbozadas por la doctrina penal contemporánea en favor de reconocer una supremacía general prepositiva de los deberes de omitir frente a los de actuar.<sup>427</sup>

En primer lugar, es común tratar de fundamentar esa diferencia axiológica amparándose en el supuesto carácter más liberal de los deberes de omitir. Es decir, las prohibiciones, entendidas como deberes de omitir, gozarían de una mayor entidad liberal y, por lo tanto, de una mayor importancia y jerarquía en un Ordenamiento jurídico que pretende ser respetuoso con el individuo. En este primer sentido, creo posible distinguir a su vez dos subclases de argumentos. Por un lado, se advierte claramente en la doctrina la tendencia a establecer una relación estática entre el fundamento del deber y su forma fenomenológica.<sup>428</sup> Es decir, asumiendo que nuestro actual Ordenamiento jurídico conoce dos clases axiológicas de obligación, a saber, el deber negativo o de abstención, tendente a garantizar una separación de esferas de libertad dada; y el positivo o de favorecimiento, que obligaría a la beneficencia o a la solidaridad, un sector importante de la doctrina vincula automáticamente y de forma invariable los primeros con las prohibiciones, entendidas como deberes de omitir, y los segundos, con los mandatos, como deberes de actuar.<sup>429</sup> No se daña omitiendo y se ayuda actuando. A decir verdad, esta asociación entre el fundamento axiológico del deber y su

<sup>425</sup> Especialmente ilustrativas en este punto son las monografías de BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 24 y ss., especialmente, 117 y ss.; y HÖBFELD, *Tun und Unterlassen*, 2007, pp. 36 y ss., pp. 60 y ss.

<sup>426</sup> Ello lo pone claramente de manifiesto BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 129 y ss.

<sup>427</sup> Sobre el origen y desarrollo del principio “*Delictum maius est in committendo quam in omittendo*”, con detalle, HONIG, *Die Entwicklung des Unterlassungsdelikts*, 1932, pp. 25 y ss.

<sup>428</sup> Lo pone claramente de manifiesto, ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 105 y ss.

<sup>429</sup> Cfr. HOYER, *ARSP-Beibehft*, (104), 1995, p. 110.

forma fenomenológica, además de mostrarse intuitivamente plausible,<sup>430</sup> ha sido una constante histórica tanto en la discusión filosófica como jurídica.<sup>431</sup> «Con las normas prohibitivas sirve el Estado a los intereses de aquellos que poseen bienes y que no quieren ser incomodados por terceros en el disfrute de tales bienes. Por el contrario, con los mandatos, pero también con las normas permisivas, el Estado fomenta los intereses de aquellos que dependen de una redistribución de bienes y de la prestación de terceros, pues de lo contrario no los poseerían. Las normas prohibitivas protegen de este modo lo establecido, en la medida en que conservan el orden de bienes preestablecido, los mandatos, y las normas permisivas, protegen al necesitado de ayuda, en la medida en que contribuyen a una distribución de bienes modificada».<sup>432</sup> O como señala SAMSON, «el homicidio mediante una acción es la causación de un acortamiento de la vida, el homicidio por omisión es la no causación de un alargamiento de la vida. Hablando en general, el autor por acción empeora la situación del bien jurídico, mientras que el autor por omisión no mejora la situación del bien jurídico».<sup>433</sup> E incluso todavía más claro si cabe se pronuncia en este sentido KÜHL, al afirmar que «en los delitos comisivos se infringe una prohibición, en los delitos omisivos por el contrario un mandato. Sin embargo, los mandatos no representan el prototipo de delitos. Esto es, los delitos están contruidos generalmente a partir del principio de no lesión de otras personas (“neminem laede”), y prohíben —formulado en abstracto— la intrusión en las esferas de libertad de terceros. Los mandatos, a intervenir activamente en la evitación de resultados, pueden, no obstante, ser derivados de tales prohibiciones: el mandato “evita el resultado de muerte” se deriva de la prohibición de matar, establecida en el § 212 StGB. El mandato exige excepcionalmente —formulado en abstracto—, salir del propio círculo jurídico e intervenir activamente en favor de un tercero (evitando el resultado)».<sup>434</sup> A partir de aquí, dado que en un Ordenamiento jurídico-liberal el deber primario y básico sería siempre el negativo,<sup>435</sup> este es el deber estrictamente jurídico, siendo la beneficencia obligada un fenómeno secundario y

---

<sup>430</sup> Que goza de gran aceptación en el modo de razonar del lego lo pone de relieve Dieter BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, p. 172; mientras que LÜBBE, *Verantwortung*, 1998, p. 70 afirma que en la reflexión jurídica y filosófica es dominante aquella opinión que vincula los deberes positivos con los mandatos y los negativos con las prohibiciones.

<sup>431</sup> Un excepcional análisis de las nociones de deber perfecto e imperfecto en la filosofía kantiana y en la teoría del deber del siglo XVIII, poniendo de manifiesto la vinculación histórica entre los deberes imperfectos con el mandato y los perfectos con la prohibición, puede leerse en KERSTING, *studia leibnitiana*, (14), 1982, pp. 184 y ss., pp. 190 y s. En la discusión filosófica actual, en este mismo sentido, vid. entre otros, KERSTING, *Der liberale Liberalismus*, 2006, p. 26; KNOLL, *Minimalstaat*, 2008, p. 23; o SEEBAB, *JRE*, (2), 1994, pp. 375 y ss. Un examen detallado de esta asociación entre el carácter axiológico del deber y su forma fenomenológica en BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 172 y ss. En la ciencia penal actual, entre otros muchos, vid. RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 2001, p. 36, quien señala que las prohibiciones tienden a evitar la degradación de la libertad de quien sufre la lesión y los mandatos la ampliación de la libertad de quien se ve por ellos favorecido. En el mismo sentido, SAMSON, «Begehung und Unterlassung», *FS-Welzel*, 1974, pp. 592 y s.; KÜHL, «Die Unterlassungsdelikte als Problemfall für Rechtsphilosophie, Strafrechtsdogmatik und Verfassungsrecht», *FS-Herzberg*, 2008, pp. 179 y ss.; HOYER, *ARSP-Beibef.*, (104), 1995, pp. 99 y ss., p. 109; y SEELMANN, «Nichtstun als Straftat: Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte», *SchmZstr.*, (125), 2007, pp. 262 y ss., p. 278; NEUMANN, *JRE*, (2), 1994, pp. 81 y ss., pp. 102 y s.; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, p. 426; o ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, 2013, p. 25.

<sup>432</sup> Vid., HOYER, *ARSP-Beibef.*, (104), 1995, p. 109.

<sup>433</sup> Vid., SAMSON, *FS-Welzel*, 1974, pp. 592 y s.

<sup>434</sup> Cfr., KÜHL, «Die strafrechtliche Garantenstellung», *JuS*, 2007, p. 498.

<sup>435</sup> Sobre el escaso papel que le queda a la solidaridad en el marco de un sistema moral en el que el fundamento básico de toda obligación es el acto libre de asunción por parte del obligado del deber, vid. SANDEL, «Solidarität», *Transit*, (44), 2013, pp. 103 y ss. pp. 112 y ss.

residual,<sup>436</sup> más propio del ámbito de la moral que del Derecho,<sup>437</sup> la doctrina concluye que en caso de conflicto, *ceteris paribus*, la prohibición debería primar siempre frente al mandato.<sup>438</sup>

Por otro lado, al igual que acontece en el ámbito de la filosofía moral,<sup>439</sup> hay quien directamente trata de fundamentar el supuesto carácter más liberal de los deberes de omitir y, por lo tanto, su preferencia frente a los de actuar, a partir de la distinción ontológica que mediaría entre ambas formas de comportamiento. En este sentido, es especialmente conocido el intento de ENGISCH por apoyar la mayor dignidad de los deberes de omitir en atención al grado de aplicación de energía necesario para cumplir el deber.<sup>440</sup> «Donde se exige un actuar, cuya omisión (sea esta “propia” o “impropia”) deba hacer responsable, se exige un especial esfuerzo (aunque sea quizá solo mínimo y con frecuencia también no “exigible” sin más) y eventualmente también una especial habilidad, mientras que la prohibición de un actuar jurídicamente desaprobado no exige en sentido estricto ninguna “habilidad” ni ninguna otra “prestación” que la renuncia a los pensamientos criminales».<sup>441</sup> Así las cosas, resulta que «todo mandato de acción, que es desacatado a través de una omisión, trae consigo una carga especial, a saber, la determinación del actuar por un corto o largo periodo de tiempo en un hacer absolutamente determinado, lo que significa renunciar a la libertad de actuación ínsita en otras actividades (quizá no menos importante, o quizá no más importantes para el obligado), mientras que una prohibición de acción, que es infringida a través de un actuar

---

<sup>436</sup> Sobre todo ello, con detalle, vid. Cap. 3, apdo. IV, 2.2.

<sup>437</sup> Cfr. JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, 1996, pp. 16 y s.

<sup>438</sup> Cfr. p. ej., JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, p. 48.

<sup>439</sup> Al respecto, entre otros muchos, VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 135 y ss., y, en especial, sobre la relevancia ética de la distinción, pp. 147 y ss.; o BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 133 y ss., abordando los “parámetros ocultos” que determinarían la prevalencia moral de la omisión sobre la acción. Entre éstos, además del distinto grado de exigencia sobre el obligado de unos deberes frente a otros, aborda BIRNBACHER la posibilidad de establecer una distinción moral entre el actuar y el omitir a partir de: las nociones de intencionalidad (acción) y no intencionalidad (omisión) en la infracción, las repercusiones psíquicas del actuar (más graves) y el omitir sobre el autor, la posibilidad (en el omitir) o imposibilidad (en el actuar) de dividir la responsabilidad, la vinculación de la acción con la infracción de deberes negativos y la omisión con la infracción de deberes positivos, la probabilidad de producción del resultado (en la acción sería más alta), la producción directa (acción) o indirecta (en la omisión) del resultado, la posibilidad (acción) o imposibilidad (omisión) de identificar al afectado, o los efectos que desencadenan las acciones u omisiones frente a terceros. BIRNBACHER, quien niega una prevalencia moral general de la omisión frente a la acción, señala que precisamente es este último factor, los efectos que el actuar de un sujeto provoca en la generalidad lo que permitiría explicar nuestra intuición moral según la cual es preferible dejar morir a un sujeto antes que matar a otro para salvar a aquél. La distinción entre acción y omisión obedecería exclusivamente a razones psicológicas, a cómo los seres humanos conciben los cursos lesivos por acción y por omisión. Para BIRNBACHER, las acciones que afectan a la integridad corporal de un tercero en contra de su voluntad son vistas con carácter general como especialmente amenazadoras y generan una sensación de inseguridad que la omisión que provoca un resultado idéntico no logra desencadenar. Sobre esto último, con detalle, BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1993, pp. 203 y ss.

<sup>440</sup> Cfr. ENGISCH, «Der Arzt im Strafrecht», *Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform*, 1939, pp. 422 y s.; EL MISMO, «Tun und Unterlassen», *FS-Gallas*, 1973, p. 173, n. 24; KAHLO, *Handlungsform der Unterlassung*, 2001, p. 292; KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, pp. 25 y ss., p. 26; VARONA GÓMEZ, *Derecho penal y solidaridad*, 2005, pp. 128 y s., n. 26; y CUELLO CONTRERAS, «La justificación del comportamiento omisivo», *ADPCP*, (43), 1990, p. 503, n. 15: «[n]o obstante, la diferencia con el comportamiento activo estriba en que el cumplimiento de los mandatos de actuar, recogidos en los tipos de omisión, exige más de los destinatarios: *Hacer algo* (con exclusión, pues, de todo lo demás que el autor puede hacer en ese momento) que el cumplimiento de las normas de no actuar, recogidas en prohibiciones *que no exigen hacer nada*, pudiendo hacer el autor lo que quiera, menos lo prohibido». Sobre el “esfuerzo” como criterio para distinguir la dignidad moral de la acción y la omisión, con detalle, BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 133 a 145, descartando la relevancia moral del criterio.

<sup>441</sup> Vid. ENGISCH, *FS-Gallas*, 1973, p. 173, n. 24.

antijurídico, solo me prohíbe a mí esta o aquella forma de acción individual, pero me deja por lo demás la libertad de configurar y desarrollar mi actividad en distintas direcciones». <sup>442</sup> Las prohibiciones, pues, pueden ser cumplidas con apenas esfuerzo, <sup>443</sup> es notablemente más simple respetarlas <sup>444</sup> y, por lo tanto, es siempre su cumplimiento más exigible que el de los deberes de actuar, que requieren por el contrario una mayor implicación del obligado. <sup>445</sup> Dado que exigir omitir coarta menos la libertad que exigir actuar, si se contempla el peso de los deberes desde la perspectiva del agente al que gravan, <sup>446</sup> los deberes de omitir priman *ceteris paribus* sobre los de actuar. Ante colisión de intereses equivalentes, el injusto menor se correspondería necesariamente con la infracción del mandato, y por ende, resultaría siempre preferible el respeto de la prohibición. <sup>447</sup>

En segundo lugar, en favor de la tesis de la mayor entidad prepositiva de la omisión frente a la acción cabe advertir un segundo argumento de corte prácticamente metafísico especialmente relevante a los efectos de resolver las colisiones de deberes. La omisión primaria sobre la acción o, si se quiere, el resultado provocado por una acción sería más grave que el no evitado a través de una omisión porque para el Derecho penal, «la protección del *status quo* frente a una modificación de este —siempre y cuando no fuera aplicable el precepto del estado de necesidad— constituiría la razón más fuerte de obligación». <sup>448</sup> Es decir, «ante la duda, la provocación de un resultado a través de un actuar pesa más que la provocación del mismo resultado a través de un omitir». <sup>449</sup> Se trata aquí, en definitiva, de la subordinación de la acción frente a la omisión bajo el paraguas del argumento ya clásico en la discusión filosófica y

---

<sup>442</sup> Vid. ENGISCH, *FS-Gallas*, 1973, p. 173, n. 24.

<sup>443</sup> Es más, en el ámbito de la discusión sobre la existencia o no de conflictos entre prohibiciones, recuérdese que es común aludir a su imposibilidad lógica con el argumento de que siempre es posible respetar todas las prohibiciones, pues siempre es posible la absoluta inactividad. Vid. Cap. 1, apdo. III, 2.2, a). Que esto no es así lo demuestran todos aquellos ejemplos referidos en los que un agente ya en movimiento y sin capacidad de detenerse amenaza con lesionar a una persona si no modifica el curso causal previsible.

<sup>444</sup> El diferente grado de esfuerzo exigible para el cumplimiento de unos y otros deberes puede además vincularse al significado que su cumplimiento o incumplimiento trae consigo. Dado que el actuar implica un mayor esfuerzo energético y una importante decisión voluntativa, significaría éste una prueba muy clara de la adecuada motivación del sujeto obligado, de sus “buenos motivos”, o, en caso de actuar contrario a Derecho, de lo contrario, sería una prueba muy importante de la deficiente motivación del obligado. Cfr. WEIGEND, «§ 13 StGB», *LK*, 12ª ed., nm. 98.

<sup>445</sup> Cfr. MOORE, *Placing Blame*, 1997, p. 278.

<sup>446</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, (43), 1990, p. 503, n. 15.

<sup>447</sup> Cfr. CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, p. 294, quien afirma que «las conductas omisivas son generalmente menos graves que las activas correspondientes». Además, vid. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 483, n. 55, quien entiende que el deber de omitir es más importante que el de actuar, también cuando estén en juego bienes equivalentes: «[e]n la colisión entre un deber de actuar y otro de omitir lo que sucede es que, aunque ambos amparen un mismo bien jurídico, como la vida, el deber de omitir se considera más importante que el de actuar». A esta misma conclusión, aunque por razones algo distintas llega SEELMANN, *ZStrR*, (3), 2007, p. 268, quien sostiene que el acto de atribución en el delito omisivo es más complejo, por lo que la infracción del deber menoscabaría en menor medida la vigencia de la norma. En un sentido parecido, vid. GROPP, *FS-Hirsch*, 199, p. 209; o como lo expresa KÜNSCHNER, *Behandlungsverzicht und Patientenwahl*, 1992, pp. 317 y s.: «la prohibición del homicidio rige de manera “más absoluta” que el deber de conservar la vida; aunque ello no valga para todos y cada uno de los supuestos individuales, con carácter general comete un injusto superior quien mata a un hombre que quien como garante deja morir a su garantizado. Esta diferencia ha de tener relevancia igualmente en caso de colidir esta clase de deberes». Críticamente, vid. CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, p. 185.

<sup>448</sup> Vid. JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, p. 48.

<sup>449</sup> Vid. JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, p. 48.

jurídica de la prohibición de jugar al destino (*Schicksalspielen*) o a ser Dios (*Gottspielen*).<sup>450</sup> En la relación del hombre con su entorno natural, por principio, sería preferible omitir, dejar que las cosas sigan su curso normal antes que injerirse artificialmente en el curso del acontecimiento natural previsible. «El actuar se toma la libertad de jugar al “destino” o a “ser Dios”, mientras que el omitir se muestra como el devoto apego al destino».<sup>451</sup> Allí donde coliden dos intereses de forma irreconciliable, a falta de una razón específica en favor de alguno de los intereses concurrentes, el Derecho otorgaría primacía general a la omisión, que simplemente no alteraría el *status quo* dado, de modo que el interés garantizado por un mandato *ceteris paribus* sería menos importante que el que salvaguarda una prohibición.<sup>452</sup> Dado que el *status quo* se mantiene simplemente omitiendo, mientras que su alteración exige actuar,<sup>453</sup> y el Derecho exige siempre la fundamentación de una alteración del *status quo*, el Ordenamiento jurídico tendría motivos fundados para asumir con carácter general la primacía de la omisión frente a la acción. Por consiguiente, ante conflictos de deberes entre mandatos y prohibiciones, como mínimo siendo los intereses equivalentes, primaría siempre el deber de omitir.<sup>454</sup>

## b) La preferencia del Derecho positivo por la omisión

En segundo lugar, es igualmente común en la doctrina tratar de sostener la diferencia valorativa entre unos y otros deberes, así como la primacía del deber de omisión frente al de acción, a partir de consideraciones *iuspositivistas*. Mientras que unos autores advierten en la

---

<sup>450</sup> Al respecto, en la literatura penal, entre otros: SCHMIDT, «Anmerkung OGH f. d. Brit. Zone, Urteil v. 5.3.49 – StS», *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, (4), 1949, p. 565; WELZEL, *StrafR*, 11ª ed., 1969, § 23, p. 185; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 27, . 81; MANGAKIS, «Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts», *ZStW*, (84), 1972, p. 476; PEÑA-WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, p. 163; NEUMANN, *JRE*, (2), 1994, p. 90; GROPP, *FS-Hirsch*, 199, p. 213; JOERDEN, *Menschenleben*, 2003, pp. 130 y s.; EL MISMO, *JRE*, (5), 1997, p. 48; EL MISMO, *Logik im Recht*, 1ª ed., 2005, p. 75; JÄGER, «Die Abwägbarkeit im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie», *ZStW*, (115), 2003, p. 779; MITSCH, «Flugzeugabschüsse und Weichenstellungen», *GA*, 2006, p. 22; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 159 y ss., 175 y ss., 407 y ss.; MERKEL, *Frühbeuthanasie*, 2001, pp. 582 y ss.; o CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, (43), 1990, p. 506. Y en la discusión filosófico-moral, además, vid. BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 123 y ss.; y con detalle, sobre la naturaleza como criterio de valoración moral, EL MISMO, «Natur als Maßstab menschlichen Handelns», *Zeitschrift für philosophische Forschung*, (45), 1991, pp. 60 y ss., 68 y ss. En un sentido prácticamente idéntico, resolviendo los conflictos entre deberes positivos y negativos en favor de estos últimos, «en caso contrario, el Derecho no sería ya posible», vid. SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, 5ª ed., 2010, § 3, nm. 42. Un análisis exhaustivo del problema puede leerse en CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 183 y ss.

<sup>451</sup> Cfr. BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, p. 124. Sobre la naturalidad (*Natürlichkeit*) como principio que explicaría la plausibilidad psicológica de esta tesis y la prevalencia del suceder natural frente a la alteración humana que no mejora la situación final, *ob. cit.*, pp. 123 y ss. En la psicología social se habla del “sesgo del *status quo*”, según el cual los humanos tendemos a exagerar el valor del *status quo* vigente, negándonos a mínimos riesgos susceptibles de ser desencadenados activamente, asumiendo así (omisivamente) otros mayores. Al respecto, JUNGERMANN/SLOVIC, «Charakteristika individueller Risikowahrnehmung» en KROHN/KRÜCKEN (eds.), *Risikante Technologien: Reflexion und Regulation*, 1993, pp. 79 y ss.

<sup>452</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 159, pp. 175 y ss., 407 y ss.; y en el mismo sentido, vid. MITSCH, *GA*, 2006, p. 22, quien llega a afirmar incluso que «el criterio decisivo para el castigo o la impunidad es por lo tanto la intromisión en el curso del acontecer, que el hombre no puede desviar si no está en disposición de lograr con ello un resultado que merezca una valoración jurídica más positiva que la que merece el resultado alternativo determinado por el destino». Así también, muy rotundamente, MURMANN, *Grundkurs*, 2ª ed., 2010, § 25, nm. 66.

<sup>453</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 176: «solo a través de un hacer activo —actuar—, nunca sin embargo a través de la sola pasividad —omitir— puede “desviarse” un peligro».

<sup>454</sup> Vid. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 159, n. 579.

cláusula potestativa de rebaja de la pena en el delito en comisión por omisión el reconocimiento expreso del Derecho positivo alemán de la relevancia de la distinción y la menor entidad normativa de los deberes de actuar; otros ven en la regulación del estado de necesidad justificante una regla de primacía general del deber de omitir frente al de actuar. Veamos con algo más de detalle ambas cuestiones.

A diferencia de lo que acontece en España, el precepto equivalente al art. 11 CP en el Derecho penal alemán, el § 13.2 StGB,<sup>455</sup> otorga al juez la facultad de sancionar el delito en comisión por omisión con la pena del delito activo aminorada.<sup>456</sup> Esta posibilidad de rebaja penológica es interpretada por un importante sector doctrinal como la consagración *iuspositiva* de una diferencia normativa importante entre el actuar y el omitir, pues esa facultad de aminorar la pena solo se podría explicar asumiendo que «el contenido de injusto de la mera pasividad, considerando también el especial deber jurídico que obliga al garante, es, generalmente (aunque no necesariamente en cada caso) más pequeño que el inherente a la producción activa del resultado».<sup>457</sup> De ahí que, «quien actúa sobre el objeto protegido activamente, muestra un claro menosprecio por las exigencias ético-sociales y debe superar unas barreras internas superiores que quien permanece inactivo a la vista de un peligro».<sup>458</sup> En definitiva, el injusto propio del delito activo sería —por regla general— superior al del delito impropio de omisión, de modo que la infracción de deberes de omitir sería siempre más grave que la de los deberes de actuar.<sup>459</sup> «A través de la atenuación facultativa de la pena del § 13.2 StGB, el legislador da a entender que la lesión de un deber de actuar (en la medida en que éste se derive del § 13 StGB) no le parece tan grave como la lesión del correspondiente deber de omitir».<sup>460</sup> Consecuentemente, cuando deberes de actuar y de omitir coliden entre sí, dado que el Ordenamiento jurídico preferiría siempre el menor injusto, representado conforme al § 13.2 StGB por el deber de omitir, debería ser obligatorio con carácter general dar cumplimiento a la prohibición.<sup>461</sup>

---

<sup>455</sup> El § 13.1 StGB prevé la posibilidad de castigar por la no evitación del resultado lesivo a aquel sujeto que estando obligado a evitar la producción del resultado no lo impide, siempre y cuando la omisión se corresponda con la realización activa del tipo legal. § 13 StGB [Comisión por omisión]: “(1) Quien omite evitar un resultado que se corresponde con el del tipo de una ley penal, solo incurre en un hecho punible conforme a esta ley cuando tiene el deber jurídico de evitar que acaezca el resultado y la omisión se corresponde a la realización del tipo legal a través de una acción. (2) La pena puede atenuarse conforme al § 49, inciso 1.”

<sup>456</sup> Al respecto, con detalle, LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, pp. 169 y ss.; y monográficamente, BECKSCHÄFER, *Die Strafrahmenmilderung beim Begehen durch Unterlassen*, 2012, pp. 27 y ss. Y ya antes, crítico con la previsión de una cláusula de rebaja de la pena una vez afirmada la correspondencia de la omisión con la comisión activa, vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 474 y s., n. 13 y s.

<sup>457</sup> Así, entre otros, WEIGEND, «§ 13 StGB», *LK*, 12ª ed., nm. 98; LINNENBRINK, *Der Wegfall der strafrechtlichen Verantwortlichkeit*, 1992, p. 157, quien literalmente afirma lo siguiente: «Unbestritten (und vom Gesetzgeber durch die fakultative Strafmilderung in § 13 II StGB anerkannt) ist, dass ein Unterlassen regelmässig einen geringeren Unrechts- und Schuldgehalt aufweist als eine von der tatbestandlichen Situation her vergleichbare Begehungstat».

<sup>458</sup> Cfr. WEIGEND, «§ 13 StGB», *LK*, 12ª ed., nm. 98.

<sup>459</sup> En este sentido, con rotundidad, HOYER, *ARSP-Beihft.*, (104), 1995, p. 107, quien alude además a la diferencia de pena entre el homicidio activo y la mera omisión del deber de socorro.

<sup>460</sup> Así, JOERDEN, *Dyadische*, 1986, pp. 89 y s.

<sup>461</sup> En este sentido, extrayendo de la regulación positiva de la comisión por omisión en el Derecho alemán la primacía de los deberes de omitir sobre los de actuar, entre otros, JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, p. 48; o ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 126, n. 459.

Por otro lado, el segundo argumento de Derecho positivo al que se ha aludido en favor de esta supuesta prevalencia del deber de omitir sobre el de actuar consiste en recurrir a la regulación positiva del estado de necesidad justificante (§ 34 StGB)<sup>462</sup> como si de una plasmación de dicha regla de preferencia se tratara.<sup>463</sup> En resumidas cuentas, lo que se sostiene es que el § 34 StGB contiene una regla según la cual únicamente está justificado en estado de necesidad agresivo la infracción activa de una prohibición cuando el interés salvaguardado prepondere esencialmente sobre el interés que se lesiona a través de la infracción activa de una prohibición.<sup>464</sup> Es decir, la regulación del estado de necesidad agresivo constituye una causa de justificación exclusiva para las infracciones activas de prohibiciones, supeditando la legitimidad de tales acciones típicas a la salvaguarda de intereses esencialmente preponderantes. Así lo evidenciaría la cláusula legal del § 34 StGB que alude expresamente a la comisión (activa) de un hecho (*eine Tat begeht*).<sup>465</sup> En definitiva, el legislador alemán habría condicionado el nacimiento de un derecho o deber de actuar cuando ello requiere la infracción de una prohibición a la salvaguarda de intereses contrapuestos esencialmente preponderantes. En caso contrario, el mandato o derecho de actuar no nace.

ZIMMERMANN ha planteado expresamente la posibilidad de interpretar el § 34 StGB de un modo distinto, entendiendo que comete un hecho típico a los efectos de dicho párrafo también el que lo hace por omisión. Con ello, el § 34 StGB devendría en las colisiones entre mandatos y prohibiciones en una norma “de doble cara”, pues sería aplicable para la justificación en los dos sentidos, sin que pudiera ya distinguirse entre el interés salvaguardado y el lesionado. Así por ejemplo, en la colisión entre una prohibición de lesionar a un tercero y el mandato de garante del padre que ha de evitar la lesión de su hijo, podría afirmarse que el padre puede lesionar su deber de garante solo cuando el interés del tercero preponderara esencialmente sobre el de su hijo. Como estamos ante un caso de igualdad de bienes en juego, el padre ha de salvar a su hijo e infringir con ello la prohibición. Sin embargo, el baremo podría aplicarse en el sentido opuesto, esto es, en el habitual. Así, el padre no puede lesionar a un tercero salvo que el interés que salvaguarda con el cumplimiento del mandato prepondere esencialmente sobre el que lesiona. Con todo ello, entiende ZIMMERMANN que el § 34 StGB devendría en una norma inoperativa para solventar las situaciones de equivalencia entre deberes de actuar y prohibiciones, pues los dos intereses en juego serían a la vez objeto a

---

<sup>462</sup> § 34 StGB [Estado de necesidad justificante]: “El que, ante un peligro actual, e inevitable de otro modo, para la vida, integridad, libertad, honor, propiedad u otro bien jurídico, comete un hecho para apartar el peligro de sí o de otro, no obra antijurídicamente si, al ponderar los intereses contrapuestos, y en particular los bienes jurídicos afectados y el grado de los peligros que les amenazan, el interés salvaguardado prepondera esencialmente sobre el lesionado. No obstante, lo anterior solo rige en caso de que el hecho constituya un medio adecuado de evitación del peligro”.

<sup>463</sup> Cfr. JOERDEN, *Dyadische*, 1986, p. 90.

<sup>464</sup> Vid. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 92 y ss.; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 125; o NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, pp. 421 y ss., p. 426; o CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, (43), 1990, pp. 500 y ss., n. 7 y ss.: «[e]n coherencia con el principio de justificación del estado de necesidad, deben contraponerse, en primer lugar, los bienes jurídicos en conflicto. Si éstos son de igual valor y los deberes de distinta naturaleza, el cumplimiento del deber de omitir debe tener preferencia sobre el cumplimiento del deber de actuar; ya que, de otra forma, se autorizaría la lesión de un bien jurídico igual al salvado, producida activamente, lo que es incompatible con la norma del estado de necesidad justificante».

<sup>465</sup> Vid., ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 126, n. 459.

proteger y a lesionar.<sup>466</sup> Y en un sentido muy parecido, trata de defender NEUMANN una prevalencia normativa de la prohibición frente a la acción, que quedaría plasmada en el § 34 StGB, en la medida en que se interprete éste como un precepto destinado exclusivamente a la justificación de injerencias activas en esferas ajenas (infracción de prohibiciones). «La lesión de deberes de omisión implica la afectación de posiciones jurídicas garantizadas, mientras que la lesión de un deber de actuar únicamente afectaría a un interés determinado, cuya salvaguarda quedaría únicamente vinculada a una posición normativa concreta, la del obligado a actuar».<sup>467</sup> Esto es, solo mediante una injerencia activa se lesiona una posición jurídica, pues esa acción no solo menoscaba bienes jurídicos, sino que supone además la lesión de un deber negativo.<sup>468</sup> El estado de necesidad, en realidad, vendría a suspender excepcionalmente —por razones de solidaridad— la vigencia de una prohibición ampliando el espacio libre de actuación del afectado, a diferencia de lo que acontece en los casos de colisión de deberes, en los que se trataría precisamente de conseguir determinar un espacio posible de actuación conforme a Derecho.<sup>469</sup> La preponderancia esencial, como requisito derivado de la idea de solidaridad que permite fundamentar un deber de tolerancia en estado de necesidad agresivo mantiene su vigencia en relación con toda afectación de una esfera jurídicamente garantizada, puesto que «a través de una competencia específica de un tercero por la salvación de los intereses de una persona concreta no se fundamenta un peso superior de tal interés en comparación con el que le corresponde a otro sujeto».<sup>470</sup> Así pues, solo la lesión de deberes de omisión implica la afectación de posiciones jurídicas garantizadas con carácter general, mientras que la lesión de un deber de actuar únicamente afectaría a un interés determinado, cuya salvaguarda queda únicamente vinculada a una posición normativa concreta, la del obligado a actuar.<sup>471</sup> «La diferencia normativa decisiva entre los casos de colisión de deberes por un lado, y los del § 34 por el otro, se corresponde con la que existe entre la omisión de la salvación de un interés en peligro por un lado, y la lesión activa de intereses jurídicamente garantizados por el otro».<sup>472</sup>

#### 2.4. La equivalencia normativa entre mandatos y prohibiciones

Sentado lo anterior, es momento de examinar aquí por qué razón los argumentos arriba referidos no son idóneos para fundamentar la pretendida distinción normativa entre el actuar y el omitir, así como la primacía de las prohibiciones frente a los mandatos. Como ya se ha

---

<sup>466</sup> Cfr., ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 126, n. 459. Concluye el referido autor que esta forma de interpretar el § 34 StGB es además «extremadamente rebatible», pues implica asumir una equivalencia entre acción y omisión contraria a la posibilidad de aminorar la pena en los delitos omisivos impropios conforme al § 13 StGB, y priva a la causa de justificación de su sólido ámbito de aplicación.

<sup>467</sup> Así, NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 426; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 125. En un sentido parecido, trata GROPP de fundamentar la diferencia de tratamiento de las colisiones entre mandatos y las colisiones entre mandatos y prohibiciones con base en el argumento siguiente: mientras que la injerencia activa en los intereses ajenos supone una lesión de la autonomía del afectado, el derecho de autodeterminación del lesionado por omisión (*unbehandelten Verletzten*) no se ve afectado en modo alguno. Cfr. GROPP, *Der straflose Schwangerschaftsabbruch*, 1981, p. 109.

<sup>468</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 426.

<sup>469</sup> Vid. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 424.

<sup>470</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 427.

<sup>471</sup> Así, NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 426.

<sup>472</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 125.



adelantado en este trabajo, no cabe extraer consecuencias generales para la resolución de los conflictos de la distinción entre mandatos y prohibiciones, de modo que tampoco cabe definir conceptualmente el instituto a partir del binomio mandato/prohibición. Veamos todo ello con algo más de detalle.

### **a) La intrascendencia normativa de la distinción entre formas fenomenológicas de cumplir o infringir un deber penal**

Comenzando con los argumentos de carácter prepositivo, cabe en primer lugar afirmar que no resulta asumible la tesis que otorga preferencia a los deberes de omitir frente a los de actuar por su supuesto mayor carácter liberal. En realidad, la plausibilidad de dicha tesis se desvanece tan pronto como se pone en evidencia la imposibilidad de asociar el fundamento positivo o negativo del deber con la forma fenomenológica de comportamiento obligada. Es decir, aunque al analizar en profundidad el fundamento de los deberes volveremos sobre este punto,<sup>473</sup> debe aquí quedar sentado ya que, como Adolf MERKEL afirmara con meridiana claridad a mediados del S. XIX, los deberes negativos o de abstención pueden ser infringidos tanto por acción como por omisión,<sup>474</sup> del mismo modo que cualquier deber positivo puede ser infringido tanto por acción como por omisión. La común asociación entre deberes negativos y prohibiciones y deberes positivos y mandatos resulta equivocada. En la actualidad, son multitud los autores que reconocen que efectivamente la distinción de los deberes a partir de su fundamento de legitimación nada tiene que ver con la forma fenomenológica de la conducta exigida o con la técnica legislativa (mandato o prohibición) escogida por el legislador para expresar la norma de comportamiento en cuestión.<sup>475</sup> Es decir, los deberes negativos o de abstención pueden concretarse tanto en prohibiciones como en mandatos, de modo que una misma obligación negativa puede condensarse en un deber de actuar o en uno de omitir, y ello en nada afecta al peso normativo del deber.<sup>476</sup> O en palabras de HRUSCHKA,

---

<sup>473</sup> Vid. Cap. 3, apdo. III, 2.2.

<sup>474</sup> Cfr. Adolf MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, pp. 76 y ss. y 79 y ss. Al respecto, vid. además, SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2003, pp. 93 y ss., 96 y ss.; y PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 162 y ss., 165 y ss. En la filosofía moral, asimismo, BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 186 y ss.; o HOFELD, *Tun und Unterlassen*, 2007, pp. 69 y s., n. 112; y con matices, LÜBBE, *Verantwortung*, 1998, pp. 81 y s.

<sup>475</sup> En este sentido, fundamental, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 28/13; EL MISMO, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, 1996, pp. 16 y s.; EL MISMO, *Das System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 34 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 184 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)», *LH-González-Cuellar García*, 2006, pp. 420 y s.; SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2002, pp. 107 y ss., 134 y ss.; HRUSCHKA, *AT*, 2ª ed., 1988, pp. 128 y s.; PERDOMO-TORRES, «Das Begehen durch Unterlassen im positiven Recht», *FS-Jakobs*, 2007, p. 497; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 162 y ss.; KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, p. 173; ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 103 y ss. En cambio, erróneamente, RAMÓN RIBAS, «La inexigibilidad y los conflictos de intereses como causas de exclusión de la tipicidad», en CARBONELL MATEU (dir.), *La justificación penal*, 2008, p. 179, quien afirma todavía que «mientras los delitos de acción tienen como fin impedir o evitar que realice conductas malas o negativas, los delitos de omisión me obligan a realizar conductas buenas o positivas».

<sup>476</sup> Cfr. *pars pro toto*, JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, 1996, pp. 27 y ss.; y a propósito de la posición de garantía del titular de la empresa, claramente, PEÑARANDA RAMOS, *LH-González-Cuellar García*, 2006, pp. 420 y s.: «todos tenemos esa misma fundamental libertad para configurar nuestra propia esfera de actividad del modo que prefiramos; pero esa libertad tiene como reverso la responsabilidad por que la propia esfera de actividad quede organizada de tal forma que de ella no se desprendan riesgos irrazonables de daño para terceras personas. El contenido más elemental de ese deber consiste en la prohibición de hacer algo que resulte

«cuando yo estoy obligado a omitir la causación de un determinado suceso indeseado —por ejemplo la causación de la muerte de otra persona— (esta es la prohibición prevista), entonces debo estar también obligado a evitar la producción de todo suceso indeseado o en todo caso, a permitir su evitación, en caso de que yo haya sido el que infringiendo mi deber de omisión haya creado el peligro de producción de aquel suceso».<sup>477</sup> Es decir, «a la prohibición de arrojar objetos sobre los viandantes desde la venta de una casa corresponde exactamente el mandato de asegurar las macetas situadas en el balcón si su sujeción se ha deteriorado y existe, por tanto, el riesgo de que caigan a la calle».<sup>478</sup> Y exactamente lo mismo sucede en el caso de los deberes positivos. Éstos pueden cristalizar tanto en deberes de actuar (mandatos), como en deberes de omitir (prohibiciones).<sup>479</sup> Quien impide a un tercero que entre en su casa para llamar por teléfono a los servicios médicos infringe activamente su deber positivo de socorro (art. 195 CP) respecto a quien amenaza con morir desangrado.

Así pues, si resulta que no es posible establecer una asociación general entre el mandato y el deber positivo y entre la prohibición y el deber negativo, parece evidente que tampoco puede fundamentarse una prevalencia general del deber de omitir frente al de actuar amparándose en el mayor carácter liberal del primero. Dejando ahora a un lado el problema de si los deberes positivos gozan o no de una menor entidad liberal en contraposición con los deberes negativos,<sup>480</sup> de lo que no parece haber duda es de que no es posible asociar un Ordenamiento liberal con aquél que no castiga la omisión, y el totalitario o antiliberal con aquél que lo hace asiduamente.<sup>481</sup> A los efectos que ahora nos ocupan, lo anterior significa, pues, que no cabe establecer una diferencia de rango normativo inalterable a partir del carácter activo u omisivo de la conducta debida. La distinción normativa relevante, como se verá, no es la que media entre mandato y prohibición, sino la que existe entre el fundamento material del deber por un lado, y la especie en el que se concreta específicamente el deber por el otro.<sup>482</sup> Son a su vez estas distinciones las que permiten valorar el mayor o menor carácter liberal de los deberes, pero no la que media entre la forma fenomenológica de comportamiento exigida.

---

injustificadamente perjudicial para los demás (*neminem laedere*). Pero igualmente elemental es el deber que consiste en el mandato de hacer algo para evitar las consecuencias nocivas que amenazan a terceros desde nuestro propio ámbito de organización».

<sup>477</sup> Vid. HRUSCHKA, *AT*, 2ª ed., 1988, pp. 128 y s. [cursiva en el original].

<sup>478</sup> Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *LH-González-Cuellar García*, 2006, p. 421.

<sup>479</sup> En este sentido, p. ej., vid. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, pp. 105 y s.; o PERDOMO-TORRES, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 497 y ss., *passim*, analizando este último concretos delitos de la parte especial cuya infracción ha sido tradicionalmente vinculada exclusivamente con la acción (estafa, coacción, delitos de propia mano, robo, asesinato) y mostrando acertadamente la posibilidad de infringir cualquier delito por omisión, así como la irrelevancia normativa del cómo ónticamente se infrinja el deber que explica el delito.

<sup>480</sup> Al respecto, con detalle, vid. Cap. 3, apdo. IV, 2.2.

<sup>481</sup> Se equivoca por lo tanto SCHÜNEMANN cuando vincula el ámbito de la punibilidad de la omisión con el carácter liberal o totalitario de un Estado. Cfr. SCHÜNEMANN, *ZStW*, (96), 1984, pp. 287 y ss., pp. 299 y ss., y en el mismo sentido que el citado autor, CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, (43), 1990, p. 506; o RAMÓN RIBAS, en CARBONELL MATEU (dir.), *La justificación penal*, 2008, pp. 179 y s. El imponer un deber de actuar tras haber asumido contener un determinado peligro, en contra de lo que sostiene RAMÓN RIBAS, no tiene nada que ver con la función social del Estado, ni con «realizar conductas buenas o positivas», sino con el principio negativo fundamental propio de todo Ordenamiento jurídico-liberal: *neminem laedere*. [cursiva en el original]

<sup>482</sup> Cfr. Cap. 3, apdo. IV, 2.

En segundo lugar, tampoco parece de recibo la fundamentación de una prevalencia normativa del deber de omitir frente al de actuar por la supuesta menor energía que el cumplimiento del primero requiere. En primer lugar, porque como ya ha sido puesto de relieve en la literatura científica, no faltan supuestos en los que el cumplimiento de un mandato exige al obligado tanto o menos que una prohibición.<sup>483</sup> Para el fumador empedernido resulta sin duda mucho más complicado no encender un cigarrillo y respetar la prohibición de no fumar en un aeropuerto que llamar a la ambulancia con su teléfono móvil cuando un viajero sufre un repentino desmayo.<sup>484</sup> En segundo lugar, y este es el argumento decisivo, lo cierto es que en nuestro actual Ordenamiento jurídico el esfuerzo no es *ratio* determinante ni de la legitimación de los deberes penales, ni de su pesaje.<sup>485</sup> La posibilidad o no de imponer un deber no obedece esencialmente a la energía que su cumplimiento exige, sino al grado de competencia por la integridad de intereses ajenos que pueda fundamentarse a partir de los principios de autonomía y solidaridad.<sup>486</sup> El que al empresario de éxito le sea muy dificultoso no evadir al fisco y muy sencillo llamar a ambulancias cuando advierte a personas en peligro en nada afecta a la legitimación de ambos deberes, ni al mayor peso normativo del primero respecto del segundo. Por eso, quien se compromete como socorrista a evitar muertes por ahogamiento en una playa responde de la manera más intensa cuando defrauda esa expectativa de comportamiento, aun cuando la concreta acción salvadora le exigía un notable esfuerzo y, en cambio, amerita un castigo mucho menos severo cuando infringe su deber de socorro derivado del art. 195 CP, aun cuando ello solo le exigía marcar en su teléfono móvil el número de urgencias. Por lo tanto, tampoco son decisivos los argumentos ontológicos que advierten en el injusto omisivo un menor desvalor que en el desencadenado activamente. Como señala acertadamente MERKEL, el mayor o menor injusto nada tiene que ver con el carácter activo u omisivo del comportamiento del autor. No hay razón que explique por qué el injusto inherente a dejar morir lentamente a un hijo de inanición debería ser menor que el aprehensible en una inyección letal que acaba con la vida del propio hijo.<sup>487</sup> Y en tercer lugar, resulta que tampoco tienen razón aquellos autores que afirman que mediante las prohibiciones se limita el espacio de actuación de un modo menos intenso que a través de los mandatos. Lo que determina el espacio de libre actuación no es el operador deóntico del deber, ni cómo se formule éste, ni cuál es el modo fenomenológico de la conducta debida. A través de prohibiciones puede limitarse siempre el espacio de actuación de un agente de

---

<sup>483</sup> Cfr. RÖDIG, *Einführung in eine analytische Rechtslehre*, 1986, p. 81; SAMSON, *FS-Welzel*, 1974, p. 590; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 306; o CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 186 y ss.

<sup>484</sup> BIRNBACHER señala que el grado de exigencia vinculado a un deber no depende tanto de la distinción entre actuar y omitir, como de la intensidad de los incentivos de comportamiento, la intensidad de los intereses opuestos a la acción u omisión debida, así como el grado de internalización de las normas y máximas. Cfr. BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 140 y s., p. 145. Como en el texto, con razón, CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, p. 186.

<sup>485</sup> En este sentido, vid. SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2002, pp. 136 y s.

<sup>486</sup> Lo que no significa que el nivel de sacrificios propios exigibles no sea tenido en cuenta a la hora de legitimar un deber penal. Cfr. FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit*, 1980, pp. 24 y ss. Evidentemente, el sacrificio de intereses propios juega un papel relevante y de cómo se configure aquél cabe extraer sin duda consecuencias sobre el mayor o menor carácter liberal de un Ordenamiento. Lo que aquí se afirma es que la mayor o menor energía o lo fácil o difícil que resulte cumplir un deber no determina ni la legitimación de un deber ni su concreta dignidad normativa.

<sup>487</sup> Cfr. MERKEL, *Frühbeutbanasie*, 2001, p. 579, 581. Y en la discusión ética, en este mismo sentido, VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 148 y s.

idéntica forma a cómo podría hacerse a través de la imposición de mandatos.<sup>488</sup> El espacio de libre actuación del enfermo al que el médico ha obligado a comer arroz es el mismo que el del enfermo que tiene prohibido probar todos los menús disponibles en la clínica excepto el basado en arroz. Ninguno de estos argumentos resulta concluyente a la hora de fundamentar una primacía general de los deberes de omitir frente a los de actuar.

Especialmente interesante a los efectos de este trabajo resulta el último de los tres argumentos de carácter prepositivo esbozados en favor de la supremacía del deber de omitir. Un Ordenamiento jurídico otorgaría primacía general a los deberes de omitir porque *ceteris paribus* el mantenimiento del *status quo* vigente gozaría como tal de un valor realizable del que carecería la consecución activa de un *status quo* equivalente. Dado que el *status quo* se mantiene siempre omitiendo y se altera en todo caso actuando, el Ordenamiento jurídico preferiría *ceteris paribus* los deberes de omitir frente a los de actuar.<sup>489</sup> Aunque esta cuestión será abordada con detalle en el cuarto capítulo de este trabajo,<sup>490</sup> cabe por ahora negar ya que la preferencia por el mantenimiento de un *status quo* conduzca sin más a establecer una regla de preferencia general de los deberes de omitir frente a los de actuar.<sup>491</sup> En primer lugar, resulta como mínimo cuestionable que el *status quo* dado, el suceder natural de las cosas, tenga que ser siempre y en todo caso valorado como algo positivo. Aun cuando lo “natural” se adopte simplemente como un parámetro para valorar la corrección moral o jurídica de una conducta, evitando así incurrir en una falacia naturalística,<sup>492</sup> el criterio natural del acontecer de las cosas no siempre parece el mejor parámetro para valorar los comportamientos humanos.<sup>493</sup> De ello dan buena cuenta los esfuerzos del ser humano por lograr interferir en el curso natural de los acontecimientos, en especial a través del desarrollo de la ciencia y, en particular, de la medicina.<sup>494</sup> En segundo lugar, adviértase que si concebimos lo “natural” o el *status quo* dado de una manera omnicomprendensiva, como un todo que encierra a los hombres y sus obras, el actuar forma parte de la naturaleza al igual que la omisión. «Un actuar que interviene en la naturaleza externa no está ni en mayor ni en menor medida en aquiescencia con la naturaleza que aquel omitir que deja a su suerte a la naturaleza».<sup>495</sup> Si por el contrario, por “natural”, se entiende solo el ser al margen del humano, lo cierto es que resulta prácticamente imposible advertir cursos naturales no condicionados en mayor o menor medida por el hombre. El médico que no atiende a un paciente enfermo posiblemente no esté con ello respetando el reino de la naturaleza, sino no evitando la realización en el resultado de un riesgo

---

<sup>488</sup> En este sentido, vid. GÓMEZ TOMILLO, *El deber de socorro*, 2003, pp. 139 y ss., con ulteriores referencias a la doctrina anglosajona.

<sup>489</sup> Paradigmático en este sentido, ZIMMERMANN, *Rettingstötungen*, 2009, p. 176, quien señala además que esta diferencia óptica queda normativamente plasmada en el § 34 StGB.

<sup>490</sup> Cfr. Cap. 4, apdo. II, 4.

<sup>491</sup> Cfr. MERKEL, *Frühentbanasie*, 2001, pp. 579 y ss.

<sup>492</sup> Cfr. BIRNBACHER, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, (45), 1991, pp. 64 y s., 68 y ss.

<sup>493</sup> La naturaleza destruye, provoca muerte y sufrimiento y ello no convierte *per se* en digno de alabanza los comportamientos humanos equiparables. Cfr. BIRNBACHER, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, (45), 1991, pp. 73 y ss.

<sup>494</sup> Cfr. BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 124 y ss.

<sup>495</sup> Cfr. BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, p. 126.

humanamente condicionado.<sup>496</sup> Incluso los daños que no imputamos jurídicamente, o que imputamos a la desgracia, están condicionados en la mayoría de las ocasiones por comportamientos humanos previos.

Sea como fuere, lo que no parece posible es establecer con carácter general una vinculación estable entre los binomios actuar-alterar el *status quo* dado y omitir-respetar ese *status quo*. Como señala JAKOBS, «lo que es manipulación de la fatalidad no se decide en función de si el autor actúa o omite».<sup>497</sup> Es decir, a la espera de examinar si y cómo el mantener o alterar un *status quo* es normativamente relevante a la hora de resolver conflictos entre razones de obligación,<sup>498</sup> cabe afirmar en este momento que no es posible asociar sin más el mantenimiento del *status quo* con una omisión y su alteración con una acción. Esto puede ser puesto en evidencia de la mano de dos conocidos ejemplos académicos. En primer lugar, ello se muestra con meridiana claridad en el famoso ejemplo de OTTO en el que un conductor se ve ante el dilema de frenar su automóvil (acción) para no atropellar al peatón que cruza la calle, o no frenar (omisión), de modo que el motorista que circula inmediatamente tras él no se empotre mortalmente contra su luna trasera.<sup>499</sup> Afirmar aquí que la omisión supone respetar el *status quo* vigente, mientras que el actuar supondría alterarlo no parece del todo acertado o, como mínimo, no parece tener aquí un valor intrínseco especial el acatamiento del *status quo* a través del respeto de la prohibición.<sup>500</sup> Más bien parece arbitrario preferir normativamente la pretensión jurídica de uno de los dos agentes implicados.<sup>501</sup> En segundo

---

<sup>496</sup> Cfr. BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, p. 127. Y en un sentido parecido, negando que el médico que omite ocupando una posición de garante no esté también “disponiendo” de una vida humana como lo hace quien activamente lleva a cabo un procedimiento eutanásico, vid. MERKEL, *Frühethanasie*, 2001, p. 582.

<sup>497</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 20/42, n. 66.

<sup>498</sup> Vid. Cap. 4, apdo. II, 4.

<sup>499</sup> Vid. OTTO, «Nachtrag», *Rechtswidrigkeiturteil*, 3ª ed., 1978, p. 121, EL MISMO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 8, nm. 198, p. 148; y EL MISMO, *JURA*, (7), 2005, p. 473.

<sup>500</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/8, n. 15: «si un conductor se aproxima con su vehículo hacia un relajado grupo de peatones, pudiendo aún determinar a grandes rasgos la dirección de su vehículo, pero ya no frenarlo, resulta difícil de fundamentar el favorecimiento de aquellos peatones que casualmente, de omitir, se verán beneficiados, con respecto a aquellos que, de morir, se verían afectados. No solo la primacía del deber de omitir, sino también la aplicación de las reglas que rigen en el conflicto de deberes de omitir, es decir, la libertad del autor para decidir, será tolerable en esta situación». En todo caso, añade JAKOBS que «en favor de la solución de la doctrina dominante [primacía del deber de omitir sobre el de actuar] habla que ésta permite excluir manipulaciones, es decir, garantiza que el reparto de riesgos que existe en la configuración de la organización que se da sin intervenciones modificadores del titular de la organización, no se modificará sin un motivo bien fundado».

<sup>501</sup> Reinhard MERKEL, *Frühethanasie*, 2001, pp. 578 y ss., ha negado la prevalencia de los deberes de omitir frente a los de actuar pero ha afirmado que el significado social de la validez de la norma que prohíbe un homicidio activo sería mayor a la del mandato de salvar una vida humana. La razón la encuentra en el mayor sentimiento de amenaza que supone la infracción de una prohibición. Ello no sería solo un *factum social*, sino que tendría un fundamento racional. El sujeto que intuyo no va a salvarme en caso de necesidad no me amenaza más que el resto de ciudadanos, tampoco cuando está obligado a salvarme. La sensación de amenaza surge cuando confío en la acción de salvaguarda ajena y reduzco las medidas de autoprotección. Pero incluso aquí, así MERKEL, sigue siendo la amenaza menor que la que constituye un agente que me quiere matar activamente. La razón es simple, quien ha asumido una posición de garantía no tiene interés en crear la situación de necesidad, que surgirá de forma más o menos natural, en cambio, quien quiere acabar activamente con mi vida «controla las condiciones de mi peligro mortal, se arroga por lo tanto un poder de definición sobre mi destino notablemente más amplio, lo que lo hace para mí mucho más peligroso» (p. 584). Ello haría plausible el mayor interés social en la vigencia de la prohibición del homicidio, aunque como el propio MERKEL reconoce, no siempre tendría por qué ser así, y debería ser en su caso tenido en cuenta a la hora de valorar la legitimidad de acciones salvadoras que suponen lesiones activas.

lugar, la imposibilidad de vincular toda acción con una alteración del *status quo* dado queda claramente de manifiesto en aquellos supuestos en los que una maniobra evasiva activa de un agente determina que sea un segundo agente el que acabe soportando la realización del peligro. Un ejemplo muy ilustrativo de este tipo de supuestos lo ofrece ROXIN.<sup>502</sup> En un pueblo de montaña, el conductor (L) de un camión ha quedado inconsciente y peligra impactar a alta velocidad contra el automóvil en el que se encuentra (F), lo que le provocará a este último con total seguridad importantes lesiones o incluso la muerte. (F), sin embargo, puede ponerse a salvo mediante una rápida maniobra evasiva, pero al retirar su vehículo, condena a (L) a una muerte segura, pues la posición original del automóvil impediría a modo de tope que (L) acabara precipitándose al vacío.<sup>503</sup> Aquí parece inasumible afirmar que (F) está cometiendo un homicidio activo, en definitiva, que está alterando el *status quo* dado a través de una acción.<sup>504</sup> Y por eso, hay quien como JÄGER, trata de salvar la referida asociación (omisión-respeto del *status quo*) intentando convertir precisamente la acción de (F) en una omisión. Dado que ningún mandato es exigible cuando demanda el sacrificio de la propia vida, (F) no debería actuar, sino omitir, garantizando así el *status quo* dado, de modo que su conducta es precisamente la que el Ordenamiento jurídico prefiere ante conflictos entre intereses equivalentes.<sup>505</sup>

Sin embargo, operando de este modo, además de no dar respuesta a la cuestión fundamental, esto es, por qué razón alguien puede salvar su vida a costa de la de otro,<sup>506</sup> se abandona en realidad la asociación entre omitir y mantener el *status quo* dado y actuar con alteración reprobable del *status quo*.<sup>507</sup> «Por lo demás, la valoración del comportamiento como una omisión no puede negarse a partir del argumento de que F ha frustrado a través de su aceleración una posibilidad de salvación ya objetivizada y real. Pues, la posibilidad de salvación en el caso que nos ocupa no está todavía objetivizada en tanto en cuanto F tiene todavía la posibilidad fáctica de protegerse frente al riesgo de muerte».<sup>508</sup> Bien mirado, la argumentación de JÄGER pone de relieve que una acción puede no ser interpretada normativamente como una alteración o intromisión en el curso natural de las cosas, o como

---

<sup>502</sup> Otros ejemplos parecidos pueden leerse en ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 182 y ss.; o en KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 78 y ss.

<sup>503</sup> Cfr. ROXIN, «Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand», *FS-Jescheck*, v. I, 1985, pp. 457 y ss., 470 y s.

<sup>504</sup> Cfr. ROXIN, *FS-Jescheck*, v. I, 1985, p. 471, quien afirma que (F) actuaría en estado de necesidad defensivo justificante y que, por lo tanto, podría llevar a cabo la maniobra evasiva de forma justificada. Explícitamente en contra de la tesis de su maestro en este punto, vid. JÄGER, *ZStW*, (115), 2003, p. 767. Que contra las agresiones en ausencia de acción no cabe defenderse en estado de necesidad defensivo, sino solo en estado de necesidad agresivo, es a día de hoy ampliamente compartido. Al respecto, vid. COCA VILA, *InDret*, (1), 2011, pp. 4 y ss., pp. 8 y ss.; o WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 216 y ss., con más referencias a la doctrina en este sentido.

<sup>505</sup> En este sentido, paradigmático, vid. JÄGER, *ZStW*, (115), 2003, p. 768.

<sup>506</sup> El proceder convirtiendo acciones en omisiones, aun cuando puedan compartirse las conclusiones en lo que a la resolución de los conflictos se refiere, resulta inasumible, pues se elude el problema sin dar respuesta precisamente a la cuestión principal, es decir, por qué razón en el caso propuesto alguien puede conforme a Derecho salvar su vida a costa de la de otro ser humano. Ante estos supuestos conflictivos no se trata de ir convirtiendo acciones en omisiones allí donde parece preferible la regla de la justificación propia de los mandatos, sino aclarar y justificar por qué determinadas acciones, incluso homicidas, pueden no ser antijurídicas siendo actuante y víctima irresponsables por la situación de peligro. Sobre esto mismo, con detalle, vid. Cap. 4, apdo. II, 4, y Cap. 5, apdo. II, 3.3.

<sup>507</sup> Cfr. JÄGER, *ZStW*, (115), 2003, p. 768.

<sup>508</sup> Cfr. JÄGER, *ZStW*, (115), 2003, p. 768.

mínimo, que existen acciones preferibles a omisiones, también cuando están en juego intereses equivalentes. A falta de un análisis más detallado del problema, cabe aquí simplemente afirmar que el *status quo* dado se puede alterar activa u omisivamente, pues en última instancia, ello depende de una decisión puramente normativa acerca de a quién y de qué modo le corresponde asumir riesgos no reconducibles a terceros de manera imputable.<sup>509</sup> Con independencia de si efectivamente el mantenimiento de dicho estatus es un valor normativamente relevante *per se*, no resulta posible fundamentar una mayor dignidad de los deberes de omitir frente a los de actuar a partir de la referida asociación.<sup>510</sup>

## **b) La equivalencia normativa entre los deberes de actuar y omitir en el Derecho positivo**

Con esto habríamos rebatido los tres argumentos de carácter suprapositivo antes referidos. Llegado a este punto nos queda por último valorar simplemente si, como sostienen algunos autores, el Derecho positivo español y alemán consagraría la distinción normativa entre actuar y omitir, reconociendo a los deberes de omitir un estatus superior. Pese a que son sin duda los argumentos acabados de rebatir los decisivos a la hora de abordar los conflictos de deberes, lo cierto es que tampoco el Derecho positivo de ambos países permite extraer una diferencia de rango como la que la doctrina mayoritaria cree advertir. Bien mirado, el primero de los dos argumentos *iuspositivistas* señalados, esto es, la interpretación de la cláusula de rebaja potestativa de la pena del § 13 StGB como la plasmación del menor rango de los deberes de omitir carece de toda trascendencia en el marco de nuestro Ordenamiento, en donde el art. 11 CP no prevé ni siquiera con carácter potestativo una rebaja de pena en el delito en comisión por omisión.<sup>511</sup> El art. 11 del CP constituye más bien un sólido indicio en favor de la tesis que

---

<sup>509</sup> Quien es lo suficientemente rápido para apartarse de la trayectoria de un caballo desbocado de modo que éste acaba por arrollar a otra persona ha actuado, pero no parece que haya alterado de forma normativamente relevante el *status quo* dado. Vid. además ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 184 y s., quien entiende que el criterio decisorio en tales supuestos reside en si el actuante lo hace en el marco de su propia esfera jurídica o no. Sobre esto mismo, con detalle, vid. Cap. 4, apdo. II, 4.

<sup>510</sup> ¿O acaso alguien estaría dispuesto a afirmar que el más rápido de los dos nadadores que inician una carrera hacia la única tabla que puede evitar su muerte está alterando el *status quo* y, por lo tanto, matando activamente a su contrincante? Cfr. HÖFFE, «*Königliche Völker*», 2001, p. 145: «dado que aquí no se envía a la muerte a nadie que ya se hubiera salvado, no se produce ningún delito de homicidio, en todo caso, se asume la muerte de otro. Esta acción es egoísta, indudablemente, pero sin duda no supone la infracción de ningún mandato jurídico moral». Dirigirse hacia la tabla no desplaza sobre un tercero de forma normativamente relevante el peligro, supone simplemente la infracción de un deber *prima facie* —inexigible penalmente— de solidaridad. Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 78 y ss., 81 y s.

<sup>511</sup> Con esto no se sostiene que la cláusula de rebaja potestativa de la pena haya de ser entendida como la consagración *iuspositiva* de la primacía del deber de omitir frente al de actuar en el Derecho penal alemán. Sobre los fallidos intentos en aquel país por fundamentar dogmáticamente la atenuación facultativa, por todos, LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, pp. 174 y ss., concluyendo que no habría motivo de fondo para llevar a cabo la referida atenuación en los delitos en comisión por omisión. En todo caso, como se expondrá en el Cap. 3, apdo. IV, no creo tampoco que dicha cláusula de rebaja potestativa sea dogmáticamente inútil. Un tratamiento distintivo de los deberes en atención a su especie podría explicar su ámbito de aplicación. Ésta carece de todo sentido en el marco de deberes de garante de la máxima intensidad jurídica, pero podría desplegar sus efectos allí donde el obligado infringe un deber de especie inferior, por ejemplo, un deber de salvamento tras injerencia no plenamente responsable (deber de competencia preferente). Sobre todo esto, vid. Cap. 3, apdo. IV, 2.3. Vid. además MERKEL, *Frühentbanasie*, 2001, p. 579, 581, quien señala que precisamente el mero carácter potestativo de la rebaja del § 13.2 StGB anularía la tesis de la preferencia normativa del omitir frente al actuar.

niega la posibilidad de establecer distinciones normativas a partir del carácter omisivo o comisivo de la infracción de deber.

Mayor atención merece el segundo de los argumentos *iuspositivistas* arriba recogido. La regulación general del estado de necesidad agresivo constituiría para algunos una regla de preferencia general de la omisión frente a la acción, pues solo es posible infringir —de manera justificada— una prohibición cuando el interés que activamente se salvaguarda es esencialmente preponderante frente al que se menoscaba. Sin embargo, lo cierto es que tampoco este argumento parece decisivo en favor de establecer una preeminencia general de los deberes de omitir frente a los de actuar.<sup>512</sup> En realidad, tanto las razones esbozadas por NEUMANN en favor de esta tesis, como las presentadas por ZIMMERMANN se asientan sobre una deficiente comprensión del fundamento último del estado de necesidad agresivo y de la relación entre las nociones de deber negativo y positivo y la correspondiente forma comisiva específica de la infracción que se pretende justificar. Aunque ello será analizado con detalle en el próximo capítulo,<sup>513</sup> cabe ahora afirmar que, en contra de lo que afirma NEUMANN, no es cierto que solo a través de la infracción de prohibiciones un agente pueda injerirse en la esfera jurídica ajena, ni que toda no salvaguarda de intereses en peligro deba verse simplemente como la pérdida de intereses, pero en ningún caso como la negación de una expectativa jurídicamente garantizada.<sup>514</sup> Tanto los deberes negativos como positivos se pueden infringir por acción y por omisión. Siendo así las cosas, la diferencia esencial que la regulación del estado de necesidad agresivo exige entre los intereses salvaguardados y los lesionados no puede vincularse al carácter activo u omisivo del deber que se infringe, sino al fundamento excepcional que subyace al instituto en cuestión. El estado de necesidad opera legitimando la injerencia en una esfera jurídica ajena, por razones de solidaridad,<sup>515</sup> y esa diferencia esencial es exigible para justificar la infracción de una prohibición, pero también cuando un agente que ha asumido una posición de garantía no cumple su deber de actuar en salvaguarda de sus propios intereses. Lo excepcional no es justificar prohibiciones, sino imponer deberes de tolerancia por vínculos de solidaridad universales.

A decir verdad, el propio NEUMANN advierte el punto crítico de su tesis al señalar, por un lado, que «con el establecimiento de una posición de garantía se equipara la omisión de la prestación de auxilio a la injerencia activa de la posición jurídica del garantizado»,<sup>516</sup> sin embargo, «donde, como sucede en el § 34, se trata desde el principio de una injerencia activa en esa posición jurídica, carece el deber de garante por consiguiente de toda relevancia».<sup>517</sup> Y por el otro, la imposibilidad de llevar hasta sus últimas consecuencias su tesis le lleva, como a

---

<sup>512</sup> En este sentido, vid. asimismo, VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 110.

<sup>513</sup> Cap. 3, apdo. III, 2.2.

<sup>514</sup> Escéptico con la idea de una injerencia omisiva de garante como presupuesto para el nacimiento de un derecho de legítima defensa, y negando tal posibilidad ante omisiones solidarísticas puras, vid. además JOERDEN, «Solidaritätspflichten und Strafrecht», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 49 y ss., pp. 53 y s.

<sup>515</sup> Que la solidaridad es el fundamento excepcional del estado de necesidad agresivo es aceptado y sostenido con rotundidad por NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 7 y ss.

<sup>516</sup> NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 102.

<sup>517</sup> NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 102.



otros muchos autores, a abogar por reinterpretar acciones como si de omisiones se tratara. En el supuesto presentado por OTTO en el que un conductor debe escoger entre frenar para no matar al peatón que cruza la calle o no frenar y evitar así que el motorista que le sigue se estrelle contra la luna trasera, entiende NEUMANN que se trataría de una colisión entre dos deberes de actuar (!). Solo así logra este autor explicar por qué razón el obligado no ha de respetar la prohibición, sino elegir qué razón de obligación cumple.<sup>518</sup> Todo ello demuestra que pretender abordar la resolución de los conflictos a partir de la distinción mandato y prohibición no resulta plausible. Ni resulta cierto que solo mediante una acción se injiere uno en la esfera jurídica ajena, ni resulta adecuado tratar de soslayar las consecuencias inasumibles de esta tesis a partir de arbitrarias reformulaciones de acciones en omisiones.<sup>519</sup>

Y sentado lo anterior, parece ya evidente que tampoco son admisibles los argumentos legalistas y de carácter práctico-funcional esbozados por ZIMMERMANN. El que el § 34 StGB aluda a quien “cometa un hecho” no parece razón suficiente para excluir de su ámbito de justificación las infracciones de mandatos, como tampoco es decisivo el hecho de que aceptar la justificación de mandatos conforme al § 34 StGB pudiera restar eficacia resolutoria a esta norma. El que el § 34 StGB no resuelva en ese caso todos los conflictos entre mandatos y prohibiciones no significa que tales conflictos deban siempre resolverse en favor del deber de omitir. Pero es que, por otro lado, en el marco de nuestro Ordenamiento jurídico el argumento de ZIMMERMANN se desvanece por completo, pues lo cierto es que nuestro art. 20.5.º CP alude directamente, además de al que “lesione de un bien jurídico”, al que en estado de necesidad “infrinja un deber”. La regulación del estado de necesidad agresivo, pues, no constituye la plasmación legal de una regla de preferencia general de los deberes de omitir frente a los de actuar. Como señala VOGEL, la regla del estado de necesidad agresivo no nos dice nada acerca de cómo solucionar el conflicto en el que se ve sumido quien está obligado a actuar a costa de injerirse en una esfera jurídica ajena,<sup>520</sup> y pretender leer de manera sesgada el § 34 StGB para extraer del mismo una regla de preferencia constituye, nuevamente con VOGEL, una petición de principio inasumible.<sup>521</sup> En definitiva, tampoco nuestro Derecho positivo atribuye con carácter general una mayor entidad normativa a las prohibiciones frente a los mandatos.

## 2.5. Conclusiones provisionales

Pues bien, sentado todo lo anterior cabe concluir que no resulta posible definir el instituto jurídico-penal de la colisión de deberes a partir de la distinción entre mandatos y

---

<sup>518</sup> NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, pp. 427 y s. Parece sustentar la revaloración de la prohibición en un mandato por el comportamiento antijurídico de las potenciales víctimas y la conformidad a Derecho de la actuación del obligado. Ahora bien, por qué razón la conducta imprudente del peatón y del motorista y conforme a Derecho del obligado habrían de transformar el deber de omitir frenar en un deber de actuar no encuentra respuesta en el planteamiento de NEUMANN.

<sup>519</sup> En este sentido, con razón, OTTO, *JURA*, (7), 2005, p. 474.

<sup>520</sup> Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 110.

<sup>521</sup> Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 110. Para VOGEL, el deber de actuar primaria ya sobre el de omitir en caso de constatar una diferencia mínima entre los intereses en juego, *ob. cit.*, p. 111, n. 101.

prohibiciones.<sup>522</sup> Si resulta que no es posible establecer una distinción estable y normativamente relevante entre los deberes de actuar y de omitir, y tampoco cabe afirmar una prevalencia general de la omisión frente a la acción, extraer consecuencias dogmáticas del carácter activo u omisivo de los deberes para resolver luego los conflictos no resulta plausible. Y consecuentemente, si la resolución de los conflictos no depende del carácter (activo u omisivo) de los deberes en liza, tampoco tiene ya sentido pretender delimitar la eximente penal a partir de la distinción que media entre los deberes de omitir y de actuar.<sup>523</sup> En lo que sigue, pues, se define en este trabajo la eximente como el conflicto entre dos o más razones de obligación, con total independencia del carácter deóntico o la forma fenomenológica de la conducta que satisface o quebranta las razones en liza.<sup>524</sup>

En todo caso, en contra de lo que pudiera parecer, lo que aquí se propone no es prescindir de la noción de razón de obligación a la hora de abordar los conflictos. A diferencia de lo sostenido por un importante sector doctrinal, las colisiones no pueden ser interpretadas como meros conflictos entre intereses.<sup>525</sup> Muy al contrario, como debería quedar de manifiesto en el próximo capítulo, la razón de obligación como tal tiene un papel relevante a la hora de resolver los conflictos, aunque no en virtud de su carácter deóntico, sino en atención a su peso normativo específico. La distinción básica entre los deberes en el plano de su legitimación es, como ya se ha indicado aquí, la que media entre su naturaleza negativa y positiva. Como pusiera ya de relieve hace casi treinta años SILVA SÁNCHEZ, «[l]o decisivo es el contenido del “deber” *concreto individual* del sujeto», la naturaleza de la pretensión exigida.<sup>526</sup> En unos casos, «la pretensión incumplida es una pretensión de prestación activa de salvaguarda de un bien jurídico»; en otros, «una pretensión de respeto de (no injerencia en) las esferas de libertad ajenas». <sup>527</sup> Esto es, a la hora de gravar a un ciudadano con una posición de competencia por la indemnidad de los intereses ajenos, lo verdaderamente relevante es, en primer lugar, el concreto fundamento que legitima tal posición de competencia.<sup>528</sup> «Si el *propium* del injusto punible reside en que el autor ha contravenido su obligación de cooperar en el mantenimiento del estado de libertad existente, y el alcance de esta obligación se determina conforme a la dimensión de su competencia por la integridad de una esfera jurídica

---

<sup>522</sup> Cfr. JAKOBS, «La interrupción del tratamiento a solicitud del paciente y el § 216 StGB (homicidio a solicitud de la víctima)», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 415 y s.

<sup>523</sup> Como aquí, ya antes, OTTO, «Nachtrag», *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 120 y s.; EL MISMO, *JUR4*, (7), 2005, p. 474; EL MISMO, *AT*, 7ª ed., 2004, p. 149; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 366 y s.; PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., nm. 170 y ss.; CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 263 y s.; EL MISMO, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, 1994, pp. 107 y 113; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1986, pp. 333 y s.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 109 y s.; ROSSENAU, «Vor §§ 32 ff.», *SSW-StGB*, 2ª ed., nm. 57 y ss.; ULSSENHEIMER, «Der Arzt im Konflikt zwischen Heilauftrag und Selbstbestimmungsrecht des Patienten — in dubio pro vita?», *FS-Eser*, 2005, pp. 1225 y ss., pp. 1235 y ss.

<sup>524</sup> Así, vid. solo VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 107 a 109.

<sup>525</sup> NEUMANN, «34», *NK*, 4ª ed., nm. 125 y ss.; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, p. 423; o FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit*, 1980, p. 180.

<sup>526</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 185.

<sup>527</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 185.

<sup>528</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 161: «la diferencia entre actuar y omitir pierde en esta perspectiva notablemente su peso; guarda aquella relación únicamente con «la técnica [...] mediante la cual el obligado debe cumplir sus deberes, por lo tanto, a cuestiones de una importancia secundaria». Los criterios normativos para la realización típica son por el contrario idénticos para el actuar y el omitir».

ajena, la distinción sistemáticamente relevante no es aquélla que media entre el actuar y el omitir, sino la que existe entre los distintos tipos de competencia». <sup>529</sup> A su vez, en el plano de la resolución de los conflictos se abre paso una segunda distinción fundamental entre razones de obligación basada en su intensidad de protección específica. Es decir, a partir del doble fundamento de legitimación de los deberes cabe advertir en nuestro Ordenamiento jurídico-penal básicamente tres tipos de razón de obligación en atención a su especie (deberes de competencia plena, de competencia preferente y de competencia mínima). Estas tres clases de razones de obligación se distinguen entre sí por su especie, esto es, por la distinta intensidad normativa con la que la relación de deber, tenga un origen positivo o negativo, queda garantizada. Como veremos, es esta segunda distinción la que permite etiquetar normativamente a las razones de obligación de un modo revelador, pues de ella sí se derivan consecuencias normativas a la hora de resolver los conflictos.

## V. CONCLUSIONES GENERALES

Este capítulo debería haber servido para mostrar que, en primer lugar, la así llamada colisión de deberes constituye un problema parcial del complejo fenómeno de determinación definitiva de las posiciones de garantía jurídico-penal. Dicho proceso está necesariamente regido por el principio voluntarista (*impossibilium nulla obligatio*), que gobierna tanto la legitimación aislada de los deberes penales, como el proceso de valoración conjunta una vez advertida la concurrencia de múltiples deberes de imposible cumplimiento cumulativo. Nada distinto puede valer en el seno de un Ordenamiento jurídico en el que la legitimación de las normas está condicionada a su idoneidad para constituir auténticas razones para la acción de su destinatario. Obligar a lo imposible es irracional, además de inútil y, por lo tanto, ilegítimo.

En segundo lugar, y una vez aceptado que no existen en nuestro Ordenamiento situaciones en las que un agente queda obligado por dos deberes de imposible cumplimiento cumulativo, se ha definido aquí nuestro problema como un conflicto entre dos razones de obligación. Por razón de obligación se alude a aquel deber penal aisladamente legítimo, pero con carácter provisorio, en la medida en que no ha sido valorada su compatibilidad con el resto de obligaciones que pretenden dirigirse a un mismo sujeto en un caso concreto. Solo una vez disuelto el conflicto cabe estimar legitimado un auténtico deber jurídico-penal (altamente personal). Sistemáticamente, ello acontece en el ámbito del tipo. A grandes rasgos, tres son los posibles escenarios de disolución del conflicto: o bien una razón de obligación, la de rango superior, alcanza finalmente el estatus de deber penal, desplazando así a las razones inferiores; o bien el Ordenamiento impone al obligado un deber altamente personal disyuntivo, que le obliga a cumplir con alguna de las dos razones equivalentes; o bien el Ordenamiento procede a reconfigurar a la baja las dos razones concurrentes, imponiendo finalmente dos deberes altamente personales de posible satisfacción cumulativa.

---

<sup>529</sup> Vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 161 y s.

Finalmente, en tercer y último lugar se ha mostrado aquí por qué razón no cabe determinar conceptualmente el instituto de la colisión entre razones de obligación a partir del carácter activo u omisivo de aquéllas. No cabe extraer consecuencias dogmáticas estables ni a partir del carácter déontico de las razones, ni de la naturaleza activa u omisiva de aquéllas, por lo que no hay motivo por el que deba restringirse conceptualmente el instituto al conflicto entre dos razones de obligación *ad faciendum*. En lo que sigue es, pues, objeto de nuestro estudio todo aquel conflicto entre dos o más razones de obligación que guarden una relación de exclusión mutua. Cómo proceder a disolver el conflicto es el objetivo de la última parte de nuestro trabajo. Antes, sin embargo, es necesario sentar las bases del sistema de jerarquización de las razones en conflicto. A ello se destina el próximo capítulo.

# CAPÍTULO III

## PRESUPUESTOS NORMATIVOS PARA UN SISTEMA DE JERARQUIZACIÓN DE LAS RAZONES DE OBLIGACIÓN EN CONFLICTO

*«Die von der h.L. genannten Vorrangregeln krankten freilich daran, daß eine Theorie des “Gewichts“ einer Norm (noch) nicht besteht»\**

### I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo precedente se ha defendido que la —así llamada— colisión de deberes constituye un problema de determinación definitiva de una posición de competencia jurídico-penal, una vez se ha planteado un conflicto entre dos o más razones de obligación. Se ha señalado que todos los conflictos han de ser resueltos en el ámbito del injusto y que, por lo tanto, en puridad, nuestro Ordenamiento jurídico no conoce de auténticos conflictos entre deberes. Ahora bien, con ello no se entierra de forma definitiva el problema fundamental que ocupa y preocupa al Derecho penal en este ámbito, a saber: la necesidad de ofrecer a los agentes involucrados en la situación de conflicto una pauta clara y definitiva de comportamiento.

Lo pretendido a continuación es, en esencia, examinar cuáles son los presupuestos normativos esenciales sobre los que edificar un sistema adecuado de jerarquización de las razones de obligación en conflicto. Para ello, en primer lugar, tomando como referencia el análisis presentado en el primer capítulo de este trabajo sobre el modo en el que la doctrina mayoritaria jerarquiza los deberes en conflicto, se efectúa un examen crítico, tanto del método que aquélla sigue, como del fundamento que sugiere su proceder. En segundo lugar, se ensaya una revisión general del modo en el que abordar la jerarquización de las razones de obligación. Como debería quedar aquí patente, un entendimiento formal y principialista del conflicto exige distinguir nítidamente entre los dos planos sistemáticos en los que se materializa la colisión: el plano de la relación intersubjetiva entre los dos agentes beneficiarios de las razones en liza y el plano caracterizado por la relación entre el obligado y cada uno de los dos beneficiarios. En tercer lugar, y dado el escaso interés doctrinal que en el marco de la discusión sobre la colisión de deberes se le ha prestado al problema de la relación entre el obligado y el beneficiario del deber, se presentan aquí las bases conceptuales sobre las que aprehender dicha relación. Ya por último, en cuarto lugar, se examina en este capítulo la relevancia de la existencia de soluciones legales y canales institucionalizados de resolución del conflicto a la hora de afrontar la jerarquización de las razones de obligación en situaciones de colisión.

---

\* VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 109.

## II. ESTUDIO CRÍTICO DEL MÉTODO Y FUNDAMENTO DE JERARQUIZACIÓN DE LOS DEBERES EN LA DOCTRINA PENAL CONTEMPORÁNEA

### 1. Introducción

Como se ha mostrado en el primer capítulo de este trabajo,<sup>1</sup> es unánime en la doctrina actual la afirmación según la cual, ante dos deberes de imposible cumplimiento, el obligado debe siempre satisfacer la obligación de mayor rango. Una afirmación de este tipo es tan irrefutable como inexpresiva. En realidad, lo relevante aquí es convenir el modo en el que proceder a establecer relaciones de jerarquía o de rango entre los distintos deberes en conflicto. Dos son las premisas básicas que sustentan el modo en el que la doctrina dominante actual trata de dar respuesta a esta cuestión.<sup>2</sup>

Desde un punto de vista material, se concibe el conflicto de deberes como un conflicto entre intereses, para asumir acto seguido como criterio último rector de todo el proceso de jerarquización el principio del interés preponderante. Es decir, por un lado, se define el conflicto como si de una mera colisión entre bienes o intereses se tratara.<sup>3</sup> Nada distinto podría admitirse en el seno de un Ordenamiento jurídico liberal, en el que los deberes no constituyen un fin en sí mismos, sino instrumentos para la protección de intereses. Y por el otro lado, de forma consecuente con lo anterior, se erige como principio rector fundamental del sistema de jerarquización de deberes el principio de maximización de los bienes jurídicos (o intereses) en peligro.<sup>4</sup>

Desde un punto de vista metodológico, en consonancia con el referido principio, la *communis opinio* aboga por recurrir a la teoría de la ponderación de intereses como técnica o instrumento

---

<sup>1</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 3.

<sup>2</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 3.

<sup>3</sup> Ya así, JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1930, p. 23; o muy claramente, TRAEGER, *Das Notstandsproblem*, 1932, p. 30. Recientemente, entre otros, NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 125, quien afirma que «los ejemplos mostrarían de manera clara que también en la así llamada “colisión de deberes” se trata de ponderar intereses y no deberes»; EL MISMO, «Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen», *FS-Roxin*, 2001, p. 423; o EL MISMO, «Die Moral des Rechts», *JRE*, (2), 1994, pp. 92 y s.; PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff», NK, 4ª ed., nm. 170; OTTO, «Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlich gleichrangiger Interessen», *JUR-A*, (7), 2005, p. 470; MANGAKIS, «Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts», *ZStW*, (84), 1972, p. 456; RÖNNAU, «Grundwissen — Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision», *JuS*, (2), 2013, p. 114; o EL MISMO, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 115.

<sup>4</sup> Cfr. JOERDEN, *Dyadische*, 1986, p. 87 y 106; o RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 218, «el camino de solución más plausible es aquél que toma partido por un máximo de protección de bienes jurídicos». En un sentido parecido, ya antes, CARBONELL MATEU, *La justificación penal*, 1982, pp. 47 y s., p. 63: «[p]uede afirmarse que si el Derecho es, fundamentalmente, resolución de conflictos de intereses, y la antijuridicidad, en sentido material, lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos (es decir, quebranto de intereses), no podrá ésta surgir ni cuando no exista interés alguno que quebrar ni, por tanto, conflicto que resolver; ni cuando al interés en favor del que se resuelva sea mayor que el que se quebrante, pues precisamente ésa es la función del Derecho». En un sentido prácticamente idéntico, a propósito del estado de necesidad, vid. además, MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general», *RDPC*, (2), 2000, pp. 210 y ss.; 217 y s.; y EL MISMO, «Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal», *LH-González-Cuéllar García*, 2006, pp. 387 y s.

teórico para el pesaje de los bienes o intereses involucrados.<sup>5</sup> Si los conflictos de deberes constituyen simplemente colisiones entre bienes o intereses, y se asume que el Derecho pretende siempre su maximización, la solución a cualquier conflicto viene de la mano de un análisis comparativo de los intereses en cuestión, para determinar cuál es el predominante y resolver entonces el conflicto en favor del deber que protege ese interés superior. Jerarquizar deberes significa, pues, determinar el bien o interés preponderante entre los subyacentes a las obligaciones en conflicto.

Sin embargo, hasta donde alcanzo, estas dos compartidas premisas no constituyen un punto de partida idóneo para resolver de forma convincente los conflictos entre razones de obligación.<sup>6</sup> Dos son los argumentos que deberían amparar esta aseveración.<sup>7</sup> En primer lugar, entiendo que la teoría de la ponderación de intereses no constituye un método o instrumento idóneo para proceder a una jerarquización de los deberes segura y susceptible de ser racionalmente fiscalizada. Más bien, su generalidad y el riesgo que entraña para la certeza resultan inasumibles. En segundo lugar, tampoco se comparte aquí el fundamento último que inspira el proceder de la doctrina mayoritaria en lo que se refiere a la jerarquización de los deberes en conflicto. Ni el Ordenamiento jurídico-penal se rige por un principio de maximización de bienes jurídicos, ni cabe comprender la situación de conflicto como la mera relación de incompatibilidad entre intereses materiales dignos de protección jurídica. El Derecho no es un mecanismo de maximización de bienes jurídicos o intereses, tampoco cuando estos entran en conflicto. Veamos en lo que sigue ambas cuestiones con más detalle.

## ***2. Crítica a la ponderación de intereses como técnica para la jerarquización de los deberes***

### **2.1. Introducción**

El que las colisiones de deberes se tienen que resolver a partir de un juicio de ponderación de los intereses subyacentes a los deberes en liza resulta a día de hoy una “verdad” casi indiscutible.<sup>8</sup> La ponderación de intereses, como método, constituiría una herramienta axiológicamente neutral, la cual permitiría descubrir el interés en liza que merece en un caso concreto mayor protección jurídico-penal.<sup>9</sup> Pese a que los bienes jurídicos serían siempre el factor decisivo a la hora de jerarquizar los deberes, no solo se deberían ponderar éstos,<sup>10</sup> sino que todas y cada una de las circunstancias que pudieran de algún modo hacer decantar la

<sup>5</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 3.1.

<sup>6</sup> A propósito del estado de necesidad agresivo, en este sentido, fundamental, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 49; EL MISMO, «Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes», *JRE*, (22), 2014, pp. 145 y ss.

<sup>7</sup> En este sentido, vid. VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 109 y s.

<sup>8</sup> Cfr. solo NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 124; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, pp 421 y ss., 423 y s.; EL MISMO, *JRE*, (2), 1994, p. 92.

<sup>9</sup> Cfr. LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 123; LENCKNER/STEINBERG-LIEBELN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 7; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 31, p. 326; o MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (2), 2000, pp. 210 y s. Para un estudio general del método de la ponderación en el ámbito del Derecho y la moral, vid. además ENDERLEIN, *Abwägung in Recht und Moral*, 1992, pp. 45 y ss., 67 y ss.

<sup>10</sup> Cap. 1, apdo. III, 3.1.

balanza en uno u otro sentido han de ser a su vez tomadas en consideración para la resolución del conflicto.<sup>11</sup> Precisamente esta notable flexibilidad es la que permite garantizar una resolución justa a cada uno de los conflictos imaginables.<sup>12</sup>

Ahora bien, a decir verdad, tras la aparente sencillez e intuitiva plausibilidad de la teoría de la ponderación de intereses se esconde una técnica de jerarquización de los deberes altamente censurable. Y ello, en esencia, por tres razones. Hasta donde alcanzo, la teoría de la ponderación de intereses, en primer lugar, no logra definir de manera bastante el objeto de ponderación, es decir, no logra explicar qué elementos y por qué razón deben ser tomados en cuenta en el macrojuicio de ponderación que pregona. En segundo lugar, la concepción de la teoría de la ponderación de intereses de la doctrina dominante confunde tres planos analíticos que han de permanecer convenientemente separados, esto es, el del objeto de valoración, el de los criterios que permiten atribuir un valor al referido objeto y, por último, el plano de determinación de la diferencia de intereses jurídicamente exigible para decantar el conflicto en favor de uno u otro lado de la balanza.<sup>13</sup> Finalmente, en tercer y último lugar, dicha teoría tampoco logra abordar de forma convincente la doble dimensión sistemática en la que se materializan los conflictos de deberes, es decir, fracasa a la hora de explicar qué relación media entre la dimensión de la razón de obligación que une al obligado con los necesitados y la dimensión representada por la relación de intereses entre los necesitados. Veamos estas tres cuestiones de manera pormenorizada.

## 2.2. La indeterminación del objeto de ponderación

El primer gran déficit de la teoría de la ponderación de intereses reside en su ineptitud para ofrecer una respuesta clara a la pregunta de qué es lo que debe ser ponderado o comparado. Tan pronto como se admite que una mera ponderación de bienes jurídicos no es suficiente,<sup>14</sup> y se afirma con HUBMANN que deben ser tomadas en consideración todas las “tendencias de preferencia” positivas y negativas concurrentes en la específica situación de conflicto,<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Cfr. PAWLIK, *JRE*, (22), 2014, pp. 137 y ss., p. 144.

<sup>12</sup> Sobre la teoría de la ponderación de intereses, fundamental, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 89 y ss., p. 126; EL MISMO, «Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung», *GA*, 1985, pp. 295 y ss.; EL MISMO, «Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, ein „übersetzlicher“ Rechtfertigungsgrund?», *GS-Noll*, 1984, pp. 250 y s.; MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, pp. 22 y ss.; DELONGE, *Die Interessenabwägung nach § 34 StGB*, 1988, pp. 77 y ss. Además, muy ilustrativo el análisis de ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, A § 16, nm. 26 y ss. En la doctrina española, vid. ROLDÁN BARBERO, «Estado de necesidad y colisión de intereses», *CPC*, (20), 1983, pp. 469 y ss., pp. 514 y ss.; y posteriormente, con detalle, MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 176 y ss., 185 y ss.

<sup>13</sup> Es decir, tomando como ejemplo un supuesto en el que el conductor (C) de un automóvil provoca imprudentemente un accidente, quedando él y el copiloto (V) gravemente lesionados, y siendo que el médico no puede atender a los dos accidentados cumulativamente, debemos distinguir, en primer lugar, qué ponderamos (aquí vidas humanas), en segundo lugar, cuáles son los criterios para atribuir valor a aquello que ponderamos, (p. ej., una eventual distinta probabilidad de realización del riesgo) y, finalmente, cuál es la diferencia de intereses que debe mediar para que (C) pueda exigir ser preferentemente salvado o cuál es la diferencia que debe mediar para que (V) pueda hacer lo propio (preponderancia esencial, preponderancia mínima...).

<sup>14</sup> Al respecto, por todos, vid. LENCKNER, *GA*, 1985, pp. 295 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. HUBMANN, «Grundsätze der Interessenabwägung», *AcP*, (155), 1956, p. 92, p. 123. Y ya antes, en un sentido parecido, vid. MERKEL, *Die Kollision rechtmäßiger Interessen*, 1895, pp. 72 y s., 78 y ss. Además, sobre la sustitución de la antigua teoría de la ponderación de bienes por la ponderación de intereses, vid. MARTÍNEZ



deviene obligado aclarar qué es una “tendencia de preferencia” y cuáles y por qué motivo han de ser tomadas en consideración en el juicio de ponderación.<sup>16</sup> Sin embargo, como los propios partidarios de la teoría de la ponderación de intereses reconocen, no existe un catálogo cerrado de factores relevantes para la ponderación,<sup>17</sup> ni siquiera un criterio o parámetro que justifique con carácter general su toma en consideración o su preterición en el referido juicio.<sup>18</sup> Más bien, se conforma la doctrina con enumerar letánicamente una serie de intereses, factores o elementos que habrían de ser tomados en cuenta por regla general.<sup>19</sup> Como hemos visto, se alude en este punto a los bienes jurídicos en juego, al grado de probabilidad e intensidad de la lesión esperable, así como a una serie de factores de carácter “jurídico-normativo”, entre los que destacan la prioridad temporal, la provocación de la situación de necesidad por parte de uno de los necesitados o la concreta especie de los deberes en conflicto.<sup>20</sup>

Sea como fuere, lo cierto es que la mera enunciación de un catálogo abierto de circunstancias relevantes en la ponderación no parece suficiente para sentar las bases de un procedimiento óptimo para la jerarquización de razones de obligación en conflicto. Tras las constantes odas al carácter abierto y flexible de dicho catálogo se esconde, en realidad, la imposibilidad de ofrecer un criterio claro capaz de informar sobre qué factores, por qué razón, y en qué medida son relevantes en la ponderación de los intereses.<sup>21</sup> A decir verdad, no existe siquiera una definición exacta de aquello que puede considerarse interés a los efectos de ser ponderado.<sup>22</sup> La respuesta al uso, esto es, objeto de ponderación es todo aquel interés que pueda inclinar la balanza en uno u otro sentido resulta simplemente tautológica.<sup>23</sup> Por otro

---

CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 205 y ss., y sobre la ponderación de males en la discusión española, pp. 242 y ss.

<sup>16</sup> Lo advierte con razón MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, pp. 46 y ss.

<sup>17</sup> Así lo admite, ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., § 16 A, nm. 22; MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (2), 2000, p. 214, alude a una ponderación «compleja» de intereses, en la que se atiende «a todo lo que está en juego, sean intereses directos o indirectos».

<sup>18</sup> No se trata éste de un mal propio de la comprensión jurídico-penal de la teoría de la ponderación de intereses. A la misma teoría de la jurisprudencia de intereses, fuertemente vinculada con la idea de la ponderación de intereses, se le ha atribuido desde siempre este mismo déficit. Cfr. HENKEL, *Introducción a la filosofía del Derecho*, 1968, pp. 373 y ss.; y GARCÍA SALGADO, *La jurisprudencia de intereses de Philipp Heck*, 2011, pp. 125 y ss.

<sup>19</sup> En este sentido, por ejemplo, vid. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 22 y ss., quien procede a una enumeración y detallado análisis de estos criterios sin explicar en ningún momento el porqué de su toma en consideración; o MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 335 y ss. Sobre esto mismo, además, vid. MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (2), 2000, pp. 213 y s., quien afirma que es precisamente la indefinición con la que se concibe el juicio de ponderación la que permite convertir el estado de necesidad en la regla general de justificación.

<sup>20</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 3.

<sup>21</sup> Enalzando el carácter abierto de la teoría de la ponderación de intereses, paradigmático, ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 22. En cambio, como en el texto, vid. MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, p. 71; EUE, «Anmerkung zu BGH», *JZ*, (15-16), 1990, p. 767; o PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 135; o WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 197 y s.

<sup>22</sup> Lo pone claramente de relieve el análisis de MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 252 y ss., y p. 263, donde señala expresamente «la falta de acuerdo para encontrar una definición comúnmente aceptada» de interés. Aunque en la discusión española es común —en consonancia con lo establecido en el art. 20.5.º CP— aludir al concepto de mal, el problema es exactamente el mismo. Sobre el “problema del concepto de mal”, vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 290 y ss., con ulteriores referencias doctrinales, y ya antes, sobre esto mismo, con detalle, SILVA SÁNCHEZ, «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», *ADPCP*, 1982, pp. 666 y ss.

<sup>23</sup> En este sentido, vid. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 34 y s.

lado, la amplitud con la que se define en otras ocasiones la noción de interés priva al concepto de toda capacidad de rendimiento dogmático.<sup>24</sup> Como señala RENZIKOWSKI con razón, si resulta que todo puede constituir un interés relevante en el juicio de ponderación, la misma noción de interés deviene inidónea para determinar el contenido de los platos de la balanza.<sup>25</sup> Y son precisamente estas dudas a la hora de determinar la noción de interés como objeto de la ponderación las que explican, por ejemplo, la importante discusión doctrinal acerca de la relevancia o irrelevancia de la prioridad temporal, de la provocación, de las posiciones especiales de deber y de la especie del deber a la hora de jerarquizar los deberes.<sup>26</sup> Si la noción de interés queda conformada por todo aquello que la intuición jurídica sugiere tener en cuenta, se desvanece la posibilidad de una discusión verdaderamente feraz en torno al objeto de ponderación y, con ello, la posibilidad de alcanzar un consenso general en la definición de los límites de este elemento principal en la dogmática de los conflictos de intereses y deberes.

## **2.2. La confusión entre el objeto, la atribución de valor al objeto y el baremo de primacía normativa de los intereses en conflicto**

En segundo lugar, la teoría de la ponderación de intereses tampoco resulta admisible como método en la medida en que supone una confusión insostenible entre tres planos distintos y distinguibles.<sup>27</sup> Como ha puesto de manifiesto PAWLIK, en el proceder de la doctrina mayoritaria no se separa de forma apropiada entre (a) el concepto mismo de interés, como objeto de la ponderación, (b) los criterios para la atribución de un valor específico al interés en cuestión y, finalmente, (c) aquellas condiciones que deben darse para que un determinado interés pueda salir victorioso del conflicto, es decir, el baremo específico para la justificación de la infracción de un razón de obligación en situación de colisión (mínima preponderancia, preponderancia esencial, preponderancia extrema...)<sup>28</sup> Es decir, la ponderación de intereses clásicamente concebida, implica, por un lado, una importante confusión entre el plano del objeto de la ponderación (a) y el de los criterios que sirven para atribuir un valor susceptible de comparación al objeto a ponderar (b).<sup>29</sup> Más concretamente, lo que hace la doctrina es unificar ambos niveles bajo el paraguas del concepto único de interés, entendido éste como un objeto de ponderación capaz de autorrevelar su propia valía en el juicio comparativo. El

---

<sup>24</sup> «Los intereses como objetos de ponderación comprenden los bienes jurídicos, pero los superan conceptualmente, añadiendo así “circunstancias”, “realidades” (Γοποι), “puntos de vista”, “directrices”, “criterios”, “aspectos normativos”, “concepciones culturales” o “representaciones de valores reconocidas por la generalidad”. Así, por ejemplo, vid. Martínez CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, p. 264, quien no tiene inconveniente en definir el interés como una “circunstancia” o una “concepción cultural”, pero entiende que el «contenido del interés ha de ser siempre objetivo, no puede tener componentes de “sentimientos” o “deseos”, porque eso lo hace inapropiado» (p. 265).

<sup>25</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 35. Y crítica con la imposibilidad de concretar los elementos a tomar en consideración en la ponderación de intereses, vid. ROPERO CARRASCO, *La provocación del estado de necesidad*, 2002, p. 304. Además, MOLINA FERNÁNDEZ, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica», *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 57 y ss., p. 73, quien tras afirmar la sencillez del principio elemental, reconoce la «dificultad de graduar cualitativa y cuantitativamente el valor respectivo de los bienes protegidos».

<sup>26</sup> Cfr. Cap. 1, apdo, III, 3.

<sup>27</sup> Cfr. HRUSCHKA, «Rettungspflichten in Notstandssituationen», *JuS*, 1979, pp. 385 y ss., p. 390, n. 17.

<sup>28</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 129 y ss.; y recientemente, sobre esto mismo, cfr. WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 197 y s., 200 y s.

<sup>29</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 38 y s.; y PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 129.

mismo objeto de la ponderación, así lo entiende HUBMANN, sería capaz de ofrecer ya un parámetro idóneo para su valoración.<sup>30</sup> Sin embargo, el que los bienes jurídicos *per se*, como realidades con base ontológica, no pueden contener o emitir juicios de valor sobre sí mismos o sobre su relación de rango con otros bienes parece hoy en día evidente.<sup>31</sup> Todo bien jurídico, por definición, precisa, para poder ser ponderado, de una atribución externa de valor. Analíticamente resulta obligado, pues, distinguir entre el objeto de ponderación en cuestión, esto es, el deber o el interés que subyace al deber, y los criterios que permiten atribuirle ese valor, para poder así compararlo con el deber o interés concurrente. Una cosa es la vida humana que está en peligro y otra distinta los criterios que se adoptan para su valoración comparativa, por ejemplo, la intensidad de la lesión que amenaza o la probabilidad de lesión esperable.<sup>32</sup>

Por otro lado, lo cierto es que la doctrina mayoritaria tampoco contrapone adecuadamente en el marco del juicio general de ponderación de intereses aquellos factores que determinan la concreta valoración del objeto de ponderación (b), y aquellos que, en realidad, guardan únicamente relación con la solución legislativa a la solución del conflicto (c), es decir, aquellos que sirven para la concreción de un específico baremo de justificación que determina la legitimidad de una injerencia en situación de necesidad. Como ha puesto claramente de manifiesto RENZIKOWSKI, la doctrina dominante procede a tomar en consideración todos y cada uno de los factores relevantes para la jerarquización de los deberes como si de criterios de expresión de valor se trataran,<sup>33</sup> reuniendo en un mismo plano los bienes jurídicos con nociones como las de la perturbación del Ordenamiento jurídico, el carácter activo u omisivo del deber, la provocación de la situación de conflicto o la prioridad temporal.<sup>34</sup> Todos los *topoi* seleccionados como relevantes para la resolución del conflicto son tomados en consideración en un mismo plano, conformando de algún modo un interés, capaz de informar sobre su propio valor.

Sin embargo, y a la espera de un examen más detallado sobre cómo llevar a cabo la jerarquización de los deberes,<sup>35</sup> lo cierto es que la teoría de la ponderación de intereses no logra explicar de qué modo sería posible coordinar armónicamente en el juicio de

---

<sup>30</sup> HUBMANN, *AcP*, (155), 1956 p. 86: «der Gesetzgeber die Entscheidungsrichtlinien für den konkreten Sachverhalt nicht näher angeben, er will aber auch nicht einfach eine Willkürentscheidung zulassen, sondern geht offenbar davon aus, daß in den Interessen selbst feststellbare Vergleichsmaßstäbe enthalten sind, die ihre Abwägung und damit die Entscheidung von Konflikten zulassen».

<sup>31</sup> En este sentido, con ulteriores referencias, muy claro, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 129 y s.

<sup>32</sup> Lo anterior ha sido puesto de relieve por HENKEL, *Introducción a la filosofía del Derecho*, 1968, p. 385: «[e]n primer lugar, hay que hacer constar que una valoración de los intereses no puede realizarse únicamente colocando en la balanza, por así decir, los intereses perceptibles en la relación dada de la vida y registrando sus movimientos. La ponderación presupone un peso de los intereses; y si lo que ha de ser considerado su peso no es la potencia real de su fuerza, sino su valor, entonces el cato de ponderación que se exige presupone que, después de hacer el inventario de los intereses reales, se pase al plano de la contemplación valorativa». En un sentido prácticamente idéntico, vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 131 y ss.

<sup>33</sup> Vid. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 48 y s.; y en el mismo sentido, vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 131.

<sup>34</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, v. 1, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 682 y ss.; MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 671 y ss.

<sup>35</sup> Cfr. Cap. 4, apdo. II.

ponderación factores tan dispares como los marcos penales de los bienes jurídicos y la provocación por parte de uno de los afectados. Bien mirado, unos y otros son inconmensurables, pues no admiten ser reconducidos a un denominador común que permita su comparación.<sup>36</sup> Además, ciertos principios fundamentales como el de la dignidad humana le deben su carácter fundamental, precisamente, al hecho de que no son susceptibles de relativización.<sup>37</sup> Tras la voluntad de equiparar en un mismo plano sistemático todos los factores relevantes para la ponderación se esconde la incapacidad de distinguir adecuadamente entre el plano de la atribución de valor a los intereses en juego y la diferencia valorativa exigida para decantar el conflicto entre un interés u otro. La propia lógica de la teoría de la ponderación de intereses, en consonancia con el principio del mal menor como fundamento rector del método en cuestión, tiende a aunar ambos planos para acabar condicionando la resolución del conflicto a una diferencia mínima entre los intereses en juego.<sup>38</sup> Dado que todo factor se tiene en cuenta a la hora de atribuir valor a los intereses, cualquier diferencia debería justificar en todo caso la realización de un hecho típico.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> En este sentido, a propósito de la imposibilidad de situar en el plano de la ponderación de bienes el origen del peligro, vid. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 47 y s., y abogando por una distinción nítida entre el criterio de ponderación (baremo) y los intereses a ponderar. El mayor o menor merecimiento de protección no puede ser incorporado al juicio de ponderación, pues constituye el resultado de valor comparativo (p. 48). Además, en este sentido, cfr. HRUSCHKA, «Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand», *NJW*, 1980, p. 22; LUGERT, *Gefährtragungspflichtigen*, 1991, pp. 33 y ss.; MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, p. 252; o WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 200 y s.

<sup>37</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 39, n. 39; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 142 y ss., 273 y ss.; ENGLÄNDER, «Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen», *GA*, 2010, p. 18; ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 106 y ss., 109, sintetizando la discusión al respecto en Alemania y con múltiples citas a la doctrina. En España, como en el texto, vid. CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, v. II, pp. 268 y ss. Una defensa de la tesis contraria, en MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (2), 2000, pp. 214 y s.

<sup>38</sup> Vid. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 38 y s.; y PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 131; EL MISMO, *JRE*, (22), 2014, pp. 145 y s.

<sup>39</sup> Es precisamente la voluntad de encontrar en el principio del interés preponderante una ley general de la justificación y en el método de la ponderación de intereses el mecanismo mediante el que encontrar soluciones acordes con el referido principio a los conflictos entre intereses la razón que explica las diversas interpretaciones *contra legem* que en la doctrina alemana se han formulado de la cláusula de la preponderancia esencial establecida en el § 34 StGB (*wesentlich überwiegend*). Para quien encuentra el fundamento de esta causa de justificación en la maximización de los bienes (o intereses) jurídicos en juego, y la decisión de preponderancia responde a un juicio en el que se han vertido todas las tendencias de preferencia positivas y negativas relevantes, un baremo distinto a la mínima diferencia resulta incomprensible. Esto explica, por ejemplo, que a ROXIN le llame «la atención que el legislador requiere una preponderancia “esencial” de los intereses protegidos», y que abogue por «entender la cláusula de la esencialidad no en el sentido de una preponderancia cualificada o elevada en grado, sino en el sentido de que la preponderancia de intereses ha de ser indudable e inequívoca». Vid. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 89 y s. Criticando la exigencia de una preponderancia esencial en la regulación del estado de necesidad agresivo que se acabaría incorporando al StGB, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 150; EL MISMO, *GA*, 1985, p. 312; o KÜPER, «Das „Wesentliche“ am „wesentlich überwiegenen Interesse“», *GA*, 1983, pp. 296 y ss. En favor de una justificación en estado de necesidad (agresivo) incluso ante la mera equivalencia de los intereses en juego (!), vid. DELONGE, *Die Interessenabwägung*, 1988, pp. 167 y ss. Esta es, sin duda, la interpretación más coherente con el principio utilitarista que supuestamente fundamentaría la causa de justificación del estado de necesidad agresivo, como mínimo, desde los postulados utilitaristas del acto. Una acción es correcta si produce un aumento del nivel de felicidad de todos los afectados igual o mayor que cualquier acción alternativa, e incorrecta si no lo hace. Así es precisamente como SINGER, *Ética práctica*, 2009, p. 15, define el utilitarismo en sus términos más clásicos. ¿Por qué exigir entonces una diferencia esencial entre los intereses en juego en situaciones de estado de necesidad? En cambio, como aquí, crítico con la referida interpretación *contra legem*, por ejemplo, ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 23, con ulteriores referencias a la doctrina en este mismo sentido; o ZIESCHANG, «§ 34», *LK*, 12ª ed., nm. 76.

### 2.3. La ponderación de intereses y la especie del deber

Y finalmente, resulta que la teoría de la ponderación de intereses tampoco es capaz de abordar de un modo convincente el problema específico propio del conflicto de deberes, esto es, la posible divergencia en la especie de los deberes en conflicto. Bien mirado, el prisma de los intereses resulta impermeable a la diferencia puramente normativa entre deberes de garante y deberes de solidaridad mínima. En primer lugar, parece evidente que en el marco de una comprensión estrictamente material de los conflictos de deberes, dicho sea de paso, defendida por la inmensa mayoría de la doctrina, la figura de la especie del deber como factor relevante para su jerarquización resulta altamente problemática.<sup>40</sup> Dejando ahora a un lado estas disputas sobre la misma conveniencia de tomar o no en cuenta este factor,<sup>41</sup> lo cierto es que, ahora ya en segundo lugar, también entre quienes defienden su relevancia a la hora de ponderar intereses no resulta pacífico el modo en el que debería tomarse en cuenta a la hora de jerarquizar las razones de obligación. Lo único claro parece ser que los deberes de garante priman, *ceteris paribus*, sobre los de solidaridad mínima.<sup>42</sup> Mientras que un grupo de autores parece otorgarle relevancia solo ante conflictos entre deberes equivalentes, otro nutrido grupo incorpora simplemente este factor al juicio de ponderación general, de modo que aminora o acrecienta de un modo indeterminado el valor de los intereses en juego respectivamente.<sup>43</sup> Entre quienes operan en este último sentido, tampoco existe acuerdo en torno al alcance específico de influencia que la especie del deber tiene sobre el juicio de ponderación de intereses.<sup>44</sup> En resumidas cuentas, la especie del deber puede ser relevante, pero no está claro ni el por qué, ni el cómo debe ser tomada en consideración en el macrojuicio de ponderación de intereses que se propone.

Bien mirado, la doctrina dominante obvia en este punto el distinto plano en el que se presenta la especie del deber, que nada tiene que ver con la relación de intereses entre los dos necesitados. Como sostienen los autores que niegan cualquier relevancia a la especie de la razón de obligación en el juicio de ponderación, la vida, como interés protegido, no vale menos por el hecho de que su titular tenga una pretensión de obligación de pura solidaridad intersubjetiva, tampoco cuando a ésta se opone una pretensión de salvamento basada en una razón de garante.<sup>45</sup> Pero esto, en contra de lo que sostiene, por ejemplo, FREUND, no nos ha de llevar a negar toda relevancia a la especie de la razón de obligación en la resolución de los

---

<sup>40</sup> El “dilema” queda especialmente patente en NEUMANN, *JRE*, (2), 1994, pp. 93 y s. Si resulta que toda colisión de deberes es concebida como un mero conflicto entre intereses, ¿por qué razón debería la especie del deber influir en el referido juicio de ponderación?

<sup>41</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 3.

<sup>42</sup> En ocasiones se advierten ulteriores reglas de preferencia entre los deberes en atención a la distinta naturaleza de los deberes de garante. Así, por ejemplo, sostiene ROLDÁN BARBERO, *CPC*, (20), 1983, p. 543, que el Ordenamiento jurídico impone mayores obligaciones en las relaciones de familia, por lo que una obligación familiar de garante primaria frente a una puramente contractual. El padre debe salvar antes a su hijo que al menor que custodia en virtud de un contrato. Por otro lado, KLESCZEWSKI, *AT*, 2ª ed., 2012, § 4, nm. 371, afirma que en caso de conflicto, el deber de garante de custodia prima sobre el deber de garante por injerencia. También establece distinciones entre los deberes de garante PERDOMO-TORRES, *Die Duldungspflicht*, 2011, p. 55, n. 195: en principio, el deber positivo primaria sobre el negativo cuando ambos entran en conflicto (!).

<sup>43</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 3.

<sup>44</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 3.1, b).

<sup>45</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 3.1, b).

conflictos.<sup>46</sup> Al contrario, ésta desempeña un papel importante en la jerarquización de las razones aunque, como veremos,<sup>47</sup> en un plano analítico radicalmente distinto. Ni afecta al valor de los intereses en juego, ni puede ser arrojado como un factor más al omnicompreensivo juicio de ponderación de intereses.<sup>48</sup> Es también inevitable, pues, formular aquí reglas claras de compatibilización entre ambos planos en el marco del juicio general de jerarquización de las razones de obligación.

#### 2.4. Conclusiones provisionales: tónica, sistema y jerarquización de deberes

A decir verdad, la indeterminación del objeto de ponderación, la confusión entre los criterios que determinan el valor del bien jurídico y los que determinan un distinto baremo de imposición de un interés frente al otro, así como el carácter abierto del papel que la especie habría de desempeñar en la jerarquización de las obligaciones no son vistas por los partidarios de la teoría de la ponderación de intereses como auténticos déficits del método que proponen.<sup>49</sup> Es más, hay quien ve en esta absoluta indeterminación y falta de sistematicidad la principal ventaja de la teoría de la ponderación de intereses. Ya en el año 1932, afirmaba de manera enfática TRAEGER que ante el reto de jerarquizar los deberes en conflicto no resulta conveniente establecer ningún esquema rígido, ni ningún formalismo, sino que habría de dejarse siempre la ponderación a la decisión individual.<sup>50</sup> En la actualidad, ROXIN, ilustre defensor de la teoría de la ponderación de intereses, reconoce que dicha teoría remite a un juicio tónico, en el que la sistematicidad y el pensamiento reglado quedan relegados a un segundo plano.<sup>51</sup> La profunda relación entre la teoría de la ponderación de intereses y la tónica fue puesta de relieve tempranamente por Theodor VIEHWEG en su *Tónica y Jurisprudencia*.<sup>52</sup> Muchos son igualmente los puntos de encuentro entre la jurisprudencia de intereses *à la Heck* y la teoría de la ponderación manejada por la doctrina penal contemporánea.<sup>53</sup> La tónica, como la “técnica del pensamiento problemático”,<sup>54</sup> constituye el

---

<sup>46</sup> Cfr. FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 6, nm. 98.

<sup>47</sup> Cfr. Cap. 4, apdo. IV, 2.

<sup>48</sup> Los déficits de la teoría de la ponderación de intereses quedan patentes cuando se somete dicha teoría a supuestos de conflicto algo más complejos de los que suele tomar como referencia la doctrina en su defensa de la ponderación de intereses: (A), padre de (B), se ve en la disyuntiva de o bien salvar a su hijo de sufrir la pérdida de un órgano principal (art. 11 CP) o bien salvar la vida a un extraño (C) (art. 195 CP). (B) ha provocado imprudentemente la situación de conflicto. El pretender aquí resolver el conflicto a partir de una mera remisión a la teoría de la ponderación de intereses, para afirmar que puestos todos ellos en conjunto (A) debería salvar a (B) o a (C) resulta inaceptable. Resulta cuanto menos llamativo el poco interés que despiertan en la doctrina los supuestos de conflicto de deberes en los que los criterios relevantes de jerarquización concurren ofreciendo soluciones contrapuestas. En cambio, vid. KLESCZEWSKI, *AT*, 2ª ed., 2012, nm. 370, quien sí aborda algunos ejemplos en los que los distintos factores relevantes en la ponderación apuntan hacia soluciones diversas.

<sup>49</sup> Paradigmático en este sentido, ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, A § 16, nm. 26; o KÜPER, *JZ*, 1980, p. 756.

<sup>50</sup> Vid. TRAEGER, *Das Notstandsproblem*, 1932, p. 30.

<sup>51</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., A § 16, nm. 26; y en idéntico sentido, DELONGE, *Interessenabwägung*, 1988, p. 85. Además, alabando esta “flexibilidad”, y abogando por no encorsetar la ponderación de intereses en el ámbito del estado de necesidad, vid. KÜPER, *JuS*, 1981, p. 787; o de forma resignada, ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 105, aceptando que la ponderación acaba por depender profundamente de concepciones valorativas individuales.

<sup>52</sup> Cfr. VIEHWEG, *Tónica y jurisprudencia*, 1963, pp. 127 y s.

<sup>53</sup> Lo pone de manifiesto MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, p. 176. Y antes ya, en este sentido, RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 37 y ss. Sobre la jurisprudencia de intereses como método de construcción jurídica, vid. el interesante análisis de HENKEL, *Introducción a la filosofía del Derecho*, 1968, pp. 373 y ss.

método jurídico fundamental frente al pensamiento sistemático-deductivo,<sup>55</sup> y la teoría de la ponderación de intereses, una plasmación específica de aquel método a la hora de resolver conflictos entre deberes. La tópica nos remite para su solución a la toma en consideración de todos y cada uno de los factores que se presenten en el caso concreto como relevantes,<sup>56</sup> cada uno de ellos aparece como un mero *topos* a considerar junto con el resto de *topoi* en un juicio valorativo específico, libre de corsés y orientado no al sistema, sino al problema.<sup>57</sup>

Evidentemente, no es posible emprender en este lugar una crítica al método tópico.<sup>58</sup> A los efectos del presente trabajo es suficiente con mostrar el motivo por el que resulta inaceptable fundamentar la jerarquización de las razones de obligación a partir de una comparación —totalmente libre— de intereses. La pretensión de solucionar los conflictos a partir de sus peculiaridades específicas es, sin duda, motivo de alabanza. Lo es también la orientación al problema que sugiere ROXIN y la voluntad de solucionar todos y cada uno de los conflictos imaginables de la manera más justa posible. Sin embargo, paradójicamente, lo cierto es que precisamente la pretensión de resolver los conflictos de manera justa se torna irrealizable cuando ésta se deja en manos de un juicio de ponderación radicalmente indeterminado y anárquico. Ello se pretende encubrir a través de una simplificación del problema, presentando la solución a los casos más claros como prueba de la eficacia y corrección de la teoría de la ponderación de intereses. Lo anterior se logra, en esencia, diseccionando el análisis de la

---

Sobre esto mismo, además, LARENZ, *Metodología*, 1994, pp. 70 y ss.; y GARCÍA SALGADO, *La jurisprudencia de intereses de Philipp Heck*, 2011, pp. 93 y ss.

<sup>54</sup> Vid. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, 1963, p. 49, esto es, de un pensamiento que opera por ajustes concretos para resolver problemas singulares, partiendo de una serie de *loci communes* de valor relativo y circunscrito, revelados por la experiencia y de número indeterminado.

<sup>55</sup> Cfr. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, 1963, pp. 112 y ss., p. 121: «[d]onde quiera que se mire, se encuentra la tópica, y la categoría del sistema deductivo aparece, al final, como algo inadecuado, casi como un impedimento para la vista», y todavía más, «mientras unas disciplinas pueden encontrar unos principios objetivos seguros y efectivamente fecundos en su campo, y por eso pueden ser sistematizadas, hay otras, en cambio, que son insistematizables, porque no puede encontrarse en su campo ningún principio que sea al mismo tiempo seguro y objetivamente fecundo. [...] En esta situación se encuentra, evidentemente, la jurisprudencia. [...] Es preciso, por ello, descubrir en la tópica la estructura que conviene a la jurisprudencia. Intentaremos hacerlo estableciendo los tres siguientes presupuestos: 1. La estructural total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema. 2. Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él. 3. Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema» (pp. 129 y s.).

<sup>56</sup> Cfr. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 2011, § 39 II, p. 214; BALDÓ LAVILLA, «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal: (libro homenaje a Claus Roxin)*, 1997, p. 359, relacionando la noción de sistema abierto con la tópica como método de desarrollo jurídico.

<sup>57</sup> Cfr. BOTTKE, «Das Recht auf Suizid und Suizidverhütung», *GA*, 1982, p. 357; y KÜPER, *Darf sich der Staat erpressen lassen?*, 1986, p. 104.

<sup>58</sup> En favor del método tópico véase el prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA a VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, 1963, pp. 11 y ss., donde afirma que «la Ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser una ciencia de problemas singulares, jamás reducible —frente a ingenuos intentos, siempre fallidos— al esquema mental axiomático-deductivo expresado en las matemáticas». Además, sobre el pensamiento tópico en Derecho, vid. ENGISCH, *Einführung*, 9ª ed., 1997, pp. 254 y ss., quien tras intentar encontrar vías de armonización entre el pensamiento tópico y el sistemático, advierte la necesidad de concretar siempre la fuente o el origen de los *topoi* que se toman en consideración. Para ENGISCH, éstos solo podrían provenir de la filosofía del Derecho (p. 196). Además, vid., ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 2011, § 39 II, pp. 214 y ss. Sobre la tópica como un riesgo para la dogmática penal, vid. ROBLES PLANAS, «La identidad de la dogmática jurídico-penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 3 y ss., 10 y ss., con ulteriores referencias a la doctrina que denuncia los efectos catastróficos del trabajo no sistemático en la n. 26.

jerarquización, agrupándose algunos de los muchos factores supuestamente relevantes y tratando de encontrar soluciones aisladas coherentes con aquello que “el sentimiento jurídico” recomienda en el caso concreto.<sup>59</sup> Así, por un lado, pese a defenderse en el plano teórico un juicio único y omnicomprensivo de intereses, se tiende a tratar aisladamente la ponderación de carácter material, combinando factores como el bien jurídico, la probabilidad y la intensidad de lesión esperable y prescindiendo a la hora de ejemplificar del resto de factores de carácter normativo. Concluye así RÖNNAU que en caso de incendio el obligado debe salvar antes a una persona que a una valiosa máquina.<sup>60</sup> Acto seguido, se aborda el problema de la provocación, siempre ejemplificando a partir de casos especialmente simples. A igualdad de bienes jurídicos en juego, la pregunta que se plantea es solo si la provocación es o no relevante.<sup>61</sup> Finalmente, y de nuevo de manera acordonada, se introduce el problema de la distinta especie del deber, afirmando que, por lo general, el deber de garante prima frente al de solidaridad mínima.<sup>62</sup> De este modo se lograría mostrar a la teoría de la ponderación de intereses como una herramienta útil y sencilla, capaz de proveer soluciones plausibles a los conflictos dables.

Sin embargo, ello se consigue a costa de simplificar extraordinariamente la jerarquización de las razones de obligación y rehuir el problema en su auténtica dimensión. Tan pronto como se ponen en relación una pluralidad de *topoi* que apuntan hacia soluciones divergentes, la ponderación de intereses deja de mostrarse como un método infalible.<sup>63</sup> Ante tales supuestos, como el propio ROXIN reconoce, «solo es posible indicar una serie de directrices para la ponderación, y ninguna de ellas tiene valor absoluto, sino que cada una es relativizada y complementada por las otras».<sup>64</sup> Pero lo cierto es que, en ausencia de metarreglas claras que expliquen las relaciones entre cada uno de los factores tomados en cuenta, la ponderación de intereses se torna en la coartada esencial para tratar de otorgar un marchamo de cientificidad jurídica a una solución que es esencialmente fruto de la intuición y las percepciones subjetivas del agente.<sup>65</sup> Es esta mezcla inarticulada de los elementos a valorar la que acaba conduciendo a una «tosca justicia del cadí».<sup>66</sup> Toda la dogmática de la jerarquización de los deberes se sume en la más absoluta indefinición, en un mundo de juicios *prima facie*

---

<sup>59</sup> De este modo, claramente, vid., SATZGER, *JUR A*, (10), 2010, p. 754.

<sup>60</sup> Cfr. RÖNNAU, *JuS*, (2), 2013, p. 114.

<sup>61</sup> En este sentido, paradigmático, RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 122.

<sup>62</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/7.

<sup>63</sup> El problema lo pone de relieve correctamente KLESCZEWSKI, *AT*, 2ª ed., 2012, § 4, nm. 370, quien aborda el supuesto en el que el agente necesitado con el que el obligado tiene una relación de deber más intensa (deber de garante) ha provocado a su vez la situación de conflicto. Tan pronto como los distintos factores relevantes apuntan hacia soluciones diversas, la teoría de la ponderación de intereses fracasa en su cometido.

<sup>64</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, 4ª ed., v. I, 2006, § 16 A, nm. 26.

<sup>65</sup> Vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 11/2, quien señala que la teoría de la ponderación de intereses no significaría «nada más que la fórmula del motivo bien fundado».

<sup>66</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (2), 2000, p. 213, n. 31, quien sostiene que no sería este el caso, pues «[b]asta, sin embargo, con observar cómo se realiza la ponderación de intereses en la doctrina alemana, distinguiendo pormenorizadamente todo lo que está en juego y dando a cada elemento su valor respectivo, pero sin dejar de considerarlo parte de una ponderación global». Sin embargo, como ha quedado patente en el Cap. 1, apdo. III, 3, ni está claro en la doctrina alemana qué elementos habrían de formar parte del juicio de ponderación de intereses, ni el criterio de atribución de valor, ni como reconducir todos los factores a tener en cuenta a un denominador común que los haga efectivamente comparables.



escasamente fundamentados a la espera de ser revocados por la toma en consideración de un nuevo factor, o de un factor ya conocido en una intensidad superior.<sup>67</sup>

Los propios defensores de la teoría de la ponderación de intereses han reconocido este último extremo, pero indicando que ello debería asumirse como un mal necesario o intrínseco a toda decisión jurídico-valorativa.<sup>68</sup> Sin duda les asiste la razón cuando afirman que la determinación de la jerarquía de los deberes se muestra extraordinariamente compleja, como también es cierto que muchas de las soluciones propuestas a los conflictos son plausibles. Sin embargo, lo primero no es motivo suficiente para abandonar los estándares de rigurosidad científica propios de la dogmática jurídico-penal.<sup>69</sup> Es más, esa complejidad es precisamente la que invita a una reflexión profunda y sistemática del problema, para tratar de desarrollar un haz mínimo de reglas generales susceptible de fundamentación racional y compartida aceptación.<sup>70</sup> Y lo segundo, esto es, lo plausibles que se muestran algunas soluciones a casos sencillos no quita que la resolución defendida para tales casos haya de poder ser justificada también en términos dogmático-rationales.<sup>71</sup> Sea como fuere, concentrando la mirada en una parte proporcionalmente pequeña y simple del problema, el resto, ni desaparece, ni se soluciona.

Bien mirado, es precisamente la extraordinaria complejidad de la jerarquización de las razones de obligación la que recomienda no dejar su solución en manos de la intuición y la tópic, e invita a redoblar esfuerzos a fin de sistematizar el mecanismo mediante el que resolver los conflictos. El principio de unidad del Ordenamiento jurídico, como principio derivado del mandato constitucional de igualdad, exige la generalización y sistematización de las

---

<sup>67</sup> En palabras de BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 168, las concepciones de la teoría de la ponderación de intereses: «[t]an omnicomprendivas son que, permítaseme un cierto grado de retórica, no exento de fundamento, si se quiere coinciden con la misma idea del Derecho. Por esta vía, más que «progresar» hacia un Derecho cada día más distintivo de lo distinto —principio de igualdad— y más perfecto técnicamente, podríamos llegar a abogar por un retorno a la ausencia de Derecho. ¿No le bastaría, acaso, al Juez por antonomasia, con ponderar los intereses en conflicto para resolver con justicia un caso concreto «dando a cada uno lo suyo»? O en palabras de GARCÍA AMADO a propósito del recurso a la idea de la ponderación de derechos en la justificación (art. 20.7.º CP): «[a] mi modo de ver, que otras jurisdicciones se pierdan por esos esotéricos caminos de la ponderación es altamente preocupante, pero que sean los altos tribunales de lo Penal los que por ahí se embarquen puede acabar resultando trágico para nuestros derechos (precisamente) y garantías ante el sistema penal y ante el Leviatán que lo respalda. Y, entretanto, esa manera de razonar echa por tierra sin piedad siglos de sutil y aguda dogmática penal y de exigencia a la hora de motivar con esmero y sin trampa las decisiones judiciales, en particular las penales condenatorias». Cfr. GARCÍA AMADO, «Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Penal», en CORTÉS BECHIARELLI (dir.), *Dossier de Jurisprudencia*, 2015, pp. 38 y ss., p. 66.

<sup>68</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, v. 1, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 26, reconociendo que «es cierto que así seguirá quedando en casos límite un componente de decisión personal, que quizás hubiera sido distinto para otro juzgador». La necesidad de amplios márgenes de libertad de actuación al obligado es también una demanda constante en la literatura médica sobre los conflictos. Al respecto, con ulteriores referencias doctrinales, vid. por ejemplo VOB, *Kostendruck und Ressourcenknappheit*, 1999, pp. 180 y s.

<sup>69</sup> Una crítica concisa pero acertada al proceder tópico en el ámbito de la justificación por estado de necesidad puede leerse en RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 35.

<sup>70</sup> Sobre el necesario control racional de los enunciados de la dogmática jurídico-penal, vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, pp. 254 y ss., quien configura el umbral de control argumental en la ciencia jurídica a partir del «principio de plausibilidad» (p. 258).

<sup>71</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, p. 260: «[l]a argumentación en Derecho penal, «por su parte, no puede tener otra finalidad que la de alcanzar para tales propuestas una vigencia intersubjetiva, es decir, obtener un consenso en la generalidad de miembros de la comunidad científica; hacer «intersubjetivo» lo que nació como «subjetivo-valorativo»».

conclusiones normativas que se defienden.<sup>72</sup> Es precisamente el pensamiento sistemático el que garantiza un Ordenamiento jurídico libre de contradicciones,<sup>73</sup> pues solo desde un planteamiento sistemático es posible establecer criterios y subcriterios claros y controlables de solución a los conflictos, suprimiendo así el riesgo de contradicciones lógicas y axiológicas en el seno del sistema.<sup>74</sup> Y es también desde esta óptica desde donde es posible encontrar soluciones justas y previsibles a cada uno de los supuestos de conflicto imaginables.<sup>75</sup> Así pues, tal y como ya se ha hecho en el ámbito del estado de necesidad justificante,<sup>76</sup> resulta ineludible replantearse desde sus cimientos el método mediante el que jerarquizar las razones de obligación cuando éstas entran en conflicto. Solo evitando una «fragmentación del Derecho en una pluralidad de valoraciones particulares inconexas», en favor de una sistematización de los principios generales que deben regir dicho proceso es posible construir un método jurídico de resolución de los conflictos capaz de afrontar todos los conflictos dables y de hacerlo, además, de una manera igualitaria y segura.<sup>77</sup>

### *3. El principio del interés preponderante como criterio axiológico rector de la jerarquización de los deberes*

Uno de los pretendidos méritos de la teoría de la ponderación de intereses es que aquélla representa una fórmula de decisión de los conflictos de intereses valorativamente neutral.<sup>78</sup> «[L]a teoría del interés preponderante, como expresión última de toda causa de justificación, se limita a decir algo tan neutro y a la vez tan obvio como que los conflictos de intereses en el seno de un sistema jurídico deben resolverse a favor de los intereses preponderantes [...]».<sup>79</sup>

---

<sup>72</sup> Sobre la coherencia valorativa y la unidad interna como base del sistema jurídico, fundamental, CANARIS, *El Sistema*, 1998, pp. 21 y ss.

<sup>73</sup> Vid. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 2011, § 38 III, p. 209.

<sup>74</sup> ZIPPELIUS, «Problemjurisprudenz und Topik», *NJW*, 1967, p. 2230; CANARIS, *El Sistema*, 1998, pp. 131 y ss.

<sup>75</sup> Cfr. CANARIS, *El Sistema*, 1998, pp. 24 y ss., quien muestra como la idea de unidad del ordenamiento jurídico no solo es un postulado lógico-jurídico, sino que remite a un mandato de justicia. En su vertiente negativa, es expresión del principio de igualdad, en la medida en que garantiza que el Ordenamiento jurídico quede libre de contradicción; mientras que en su vertiente positiva sirve a la realización de la tendencia generalizadora de la justicia, que requiere el salto desde la plétora de múltiples aspectos relevantes en un caso concreto hasta los principios abstractos y generales.

<sup>76</sup> Al respecto, fundamental, MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, pp. 45 y ss., 127 y ss., 182 y ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 43 y ss.; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 238 y ss.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 29 y ss.

<sup>77</sup> Cfr. CANARIS, *El Sistema*, 1998, pp. 25 y s.; y en un sentido parecido, vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, p. 279, quien afirma que las «proposiciones dogmáticas no contienen meras afirmaciones o valoraciones arbitrarias, ni opiniones sin fundamento, sino que en ellas puede y debe descubrirse un esfuerzo serio y tenaz, centenario, de afrontar los problemas que plantea la atribución de responsabilidad criminal de un modo racional y orientado al norte del “Derecho correcto”». Como señala RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 36, un argumento sistemático constituye siempre un mejor apoyo que una mera opinión individual, incluso allí donde las reglas sistemáticas no resulten incuestionables.

<sup>78</sup> Cfr. LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 123; LENCKNER/STEINBERG-LIEBELN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 7; o MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (2), 2000, pp. 210 y ss. Señalando además el carácter aparentemente trivial de la fórmula del interés preponderante, vid. NEUMANN, «Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Notstands“ auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 155.

<sup>79</sup> Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (2), 2000, pp. 217 y s.; o EL MISMO, *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 57 y ss., p. 71: «[e]n cualquier ordenamiento normativo, una medida lesiva de intereses protegidos sólo puede ser justificada si resulta un medio adecuado para la preservación de intereses que en el caso concreto resulten preponderantes según la vara de medida del propio ordenamiento».

Además, dicha fórmula lograría unificar de manera llana en un único principio la máxima para la justificación en estado de necesidad (el interés preponderante), junto con el mismo método de solución del conflicto (la ponderación de intereses). En el epígrafe anterior se ha concluido que la teoría de la ponderación de intereses, tal y como la concibe la doctrina mayoritaria actual, resulta inasumible como técnica para la jerarquización de los deberes. No obstante, podría pensarse aún que los problemas arriba revelados encuentran solución a partir de una revisión o de un refinamiento de la ponderación de intereses como método para la jerarquización. Nada más lejos de la realidad.

No le falta razón a MOLINA FERNÁNDEZ cuando afirma que, en la medida en que no se pongan límites a lo que debe ser objeto de ponderación, la fórmula del interés preponderante resulta materialmente inexpresiva, «traduce el componente mínimo de racionalidad cuando se actúa en situaciones de conflicto».<sup>80</sup> Lo mismo cabe sostener en relación con la fórmula del deber de rango superior. Afirmar que el obligado debe cumplir la razón de obligación superior dice poco o nada, se trata de una fórmula vacía, susceptible de ser completada de muy diversas formas. Ahora bien, tan pronto como se vincula la “importancia” de los deberes a la diferencia que media entre los intereses en juego y, en particular, a la diferencia existente entre los bienes jurídicos en peligro, la fórmula del interés preponderante deja de ser una fórmula insubstancial y vacía de contenido.<sup>81</sup> Lo pretendido por la doctrina dominante, en verdad, es resolver las colisiones conforme al principio clásico del mal menor, garantizando ante situaciones de conflicto la mayor salvaguarda posible de bienes jurídicos desde una óptica supraindividual.<sup>82</sup> Y frente a esto no puede objetarse que, a diferencia de la antigua teoría de la ponderación de bienes, en la ponderación de intereses entrarían en consideración todos los factores relevantes.<sup>83</sup> Como ya se ha mostrado en este trabajo,<sup>84</sup> las colisiones de deberes tratan de resolverse, básicamente, a partir de un juicio comparativo de los bienes jurídicos en juego, moderando simplemente su valor en atención a la probabilidad e intensidad de la lesión esperable.<sup>85</sup> Como se ha visto, es prácticamente nula la atención que se le presta al problema de los deberes especiales, y son muchos los autores que niegan toda relevancia a la provocación en el juicio de ponderación de deberes. La distinta especie del deber, a lo sumo,

---

<sup>80</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (2), 2000, p. 218.

<sup>81</sup> Cfr. PAWLIK, *JRE*, (22), 2014, p. 145, con ulteriores referencias.

<sup>82</sup> Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (2), 2000, p. 207: «[l]a función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos»; p. 208: «[c]ualquier sistema jurídico protector de bienes que tenga que enfrentarse a este tipo de acciones, y que pretenda ser coherente con sus propios presupuestos de protección, debe formular sus reglas teniendo en cuenta el carácter eventualmente dual de las acción», y en la p. 210: «si la pervivencia de un bien depende necesariamente de la lesión de otro, un criterio elemental de coherencia interna obliga a preferir aquella acción que cause menos daño, atendiendo a todos los intereses que están en juego y tomando como rasero la propia valoración del ordenamiento jurídico. Surge entonces de forma automática la solución elemental de cualquier situación justificante: en caso de conflicto no evitable debe elegirse el mal menor, atendiendo a todas las circunstancias que estén en juego y que el derecho valore». Y en idéntico sentido, vid. EL MISMO, «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura?», en CUERDA RIEZU (dir.), *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, 2006, pp. 278 y s.

<sup>83</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (2), p. 212.

<sup>84</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 3.

<sup>85</sup> En este sentido, por todos, PERRON, «§ 34», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 23, recogiendo el sentir mayoritario de la doctrina, para la que el punto de partida esencial es siempre la ponderación de los bienes jurídicos afectados. En el mismo sentido, vid. ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 110.

desempeñaría un papel secundario a la hora de corregir el valor de los intereses implicados.<sup>86</sup> A decir verdad, para la doctrina mayoritaria, estos criterios son obstáculos que salvar, criterios que impedirían una auténtica ponderación de intereses y que, consecuentemente, tienden a ser excluidos del juicio o relegados a un plano marginal.<sup>87</sup> En este sentido, resulta especialmente ilustrativo el modo en el que encara el problema de la jerarquización de deberes JOERDEN. Según este autor, en nuestro Ordenamiento jurídico rige una regla según la cual, ante la duda, debe optarse siempre por la máxima protección de los bienes jurídicos en peligro (*Im Zweifel für ein Maximum am Rechtsgüterschutz*).<sup>88</sup> La constatación de la imposibilidad de que el obligado cumpla con dos deberes implica, pues, negar automáticamente la fuerza vinculante de aquél que sirve a la protección del bien menor.<sup>89</sup> Esta sería siempre la solución preferible para la generalidad. El padre que duda entre evitar que su hijo sufra una rozadura al caerse de la bicicleta o salvar a un tercero desconocido que peligra morir, debe salvar al segundo; y el padre que duda entre a cuál de sus dos hijos debe salvarle la vida, tiene que escoger y salvar a uno.

Esta solución se muestra a primera vista inobjetable, casi como «un criterio elemental de coherencia».<sup>90</sup> En su haber cuenta además con una gran plausibilidad intuitiva, el “encanto de la sencillez”.<sup>91</sup> Un Ordenamiento que pretende proteger bienes jurídicos solo puede razonablemente optar por su maximización cuando aquellos entran en conflicto, esto es, por la salvaguarda del mayor a costa del inferior, o por alguno de los dos bienes en conflicto en caso de equivalencia.<sup>92</sup> Sin embargo, lo cierto es que, tras esta intuitiva plausibilidad y tras el aparente carácter neutral del principio de ponderación de bienes jurídicos o intereses, se oculta una comprensión muy concreta del Derecho penal y del modo en el que solventar los conflictos entre intereses.<sup>93</sup> El resolver las colisiones de deberes a partir del principio del bien

---

<sup>86</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 3.2.

<sup>87</sup> Como ha quedado de manifiesto en este trabajo son muchos los autores que, en consonancia con el fundamento último que inspiraría la ponderación de los deberes, abogan por prescindir de la provocación, de las posiciones especiales de deber y de la especie de la razón de obligación como criterios relevantes en el juicio de jerarquización. Cfr. Cap. 1, apdo. III, 3.

<sup>88</sup> JOERDEN, *Dyadische*, 1986, pp. 28 y ss., 85 y ss. Y aunque a propósito del estado de necesidad, en idéntico sentido, vid. MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (2), 2000, pp. 207 y ss.; y, en general, sobre los criterios de utilidad cuantitativos en la determinación de la responsabilidad penal a partir del saldo final de bienes, EL MISMO, *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 73 y ss.

<sup>89</sup> JOERDEN señala en una nota al pie que aquello que debe entenderse por “bien jurídico” no tiene necesariamente por qué coincidir con el concepto de interés utilitarista, pues es al agente que obliga (el legislador) al que le compete decidir que es un “bien”. Vid. JOERDEN, *Dyadische*, 1986, p. 31, n. 30.

<sup>90</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (2), 2000, p. 210.

<sup>91</sup> Aunque a propósito del estado de necesidad justificante, en este sentido, vid. HENKEL, *Der Notstand*, 1932, p. 80.

<sup>92</sup> Cfr. PAWLIK, *JRE*, (22), 2014, p. 144. En este sentido, me parecen especialmente claras las palabras de MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (2), 2000, pp. 210 y s.: «[t]odas ellas [las causas de justificación] son reconducibles a esta idea elemental: las situaciones en las que operan las causas de justificación son situaciones de conflicto, más o menos complejo, de intereses que pueden gráficamente representarse como los dos platos de una balanza en la que se situarían en un lado las ventajas —salvación de bienes jurídicos— y en otra las desventajas —lesión de bienes— de la acción. En estas situaciones, en las que el conflicto no puede resolverse sin causar daño, la única solución razonable es inclinarse por los intereses que preponderen, por el mal menor [...]».

<sup>93</sup> Es más, lo cierto es que el principio de ponderación de intereses no solo serviría como principio vertebrador de todo el sistema de la justificación penal, sino que, en última instancia, constituiría el principio rector último de todo el Derecho penal. Así, paradigmático, MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (2), 2000, pp. 210 y ss. Y críticamente, vid. HENKEL, *Der notstand*, 1932, p. 81; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 70 a 72; o WILENMANN,

(o interés) preponderante supone asumir una decisión valorativa de gran calado y en absoluto neutral. Es éste un proceder esencialmente consecuencialista y colectivista.<sup>94</sup> Es consecuencialista porque la solución al conflicto queda exclusivamente determinada por el resultado que se espera obtener, y colectivista en la medida en que se trata a la sociedad en su conjunto, y más concretamente, a los dos (o más) potenciales beneficiarios de un deber, como si de un único sujeto se tratara, aglomerando o agregando en un único cuerpo supraindividual los bienes jurídicos en liza y resolviendo el conflicto en favor de la solución que maximiza la suma total de intereses.<sup>95</sup> Lo expresa con meridiana claridad el filósofo australiano SINGER: «cuando se hace un juicio ético se debe ir más allá de los puntos de vista sectarios o personales y tener en cuenta los intereses de todos los afectados [...]. Las verdaderas balanzas favorecen el lado en el que el interés es más fuerte o donde se combinan varios intereses para igualar el peso de un número menor de intereses similares. Pero lo que no toman en consideración es de quién son los intereses que pesan».<sup>96</sup>

Pues bien, también las colisiones de deberes equivalentes se solucionarían desde esta doble perspectiva. El Ordenamiento impone la salvaguarda de cualquiera de los dos deberes porque esa es la solución que maximiza en agregado los bienes en conflicto.<sup>97</sup> En todo caso, la pretensión de resolver las colisiones de deberes desde esta perspectiva no supone novedad alguna en la discusión penal. Como es sabido, el reconocimiento de auténticos derechos de necesidad estuvo en sus orígenes indisolublemente unido a planteamientos consecuencialistas y de corte pragmático-social.<sup>98</sup> En este sentido es célebre la sentencia de

---

*Freiheitsdistribution*, 2014, p. 13. Sobre el principio del interés preponderante como parámetro general de valoración ética, por ejemplo, vid. SINGER, *Ética práctica*, 2009, pp. 13 y ss., 24 y s.

<sup>94</sup> En este sentido, fundamental, HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 66 y ss., 70 a 72; CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 13 y ss.; y PAWLIK, *JRE*, (22), 2014, pp. 144 y s.

<sup>95</sup> En este sentido, tempranamente, NEUBACKER, *Zwang und Notstand*, 1910, p. 318; y HENKEL, *Der Notstand*, 1932, p. 81. En la doctrina contemporánea, así lo entienden asimismo, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 32 y s.; y KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, p. 39; o recientemente, NEUMANN, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 159 y ss., y acerca de las premisas colectivistas sobre las que se asienta este modo de legitimar deberes de tolerancia, pp. 163 y ss. Además, sobre el principio utilitarista de la comparación de intereses (*Interessenverrechnung*), como principio co-legitimador del Derecho penal junto con al principio de seguridad (*Sicherungsprinzip*), vid., HRUSCHKA, *AT*, 2ª ed., 1988, pp. 112 y ss. En favor de una fundamentación transubjetiva-utilitarista de la cláusula de ponderación de intereses, vid., MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, pp. 179 y ss.; y todavía más categórico, DELONGE, *Die Interessenabwägung*, 1988, pp. 64 y ss., quien en un desarrollo coherente de las premisas consecuencialistas y colectivistas llega a la conclusión de que ante intereses equivalentes procedería ya la justificación en estado de necesidad (pp. 167 y ss.). Y en la filosofía moral, sobre el consecuencialismo como parámetro de resolución de los conflictos entre dos males, vid. LÜBBE, *Verantwortung*, 1998, pp. 59 y s.; o SELLMAYER, *Ethik der Konflikte*, 2ª ed., 2011, pp. 93 y ss. Además, una crítica certera a las formas de legitimación político-jurídicas colectivistas puede leerse en VON DER PFORDTEN, *Rechtsethik*, 2ª ed., 2011, pp. 283.

<sup>96</sup> Cfr. SINGER, *Ética Práctica*, 2009, pp. 32 y s.; o SCHEFFLER, *Consequentialism and its Critics*, 1998, p. 1: «Consequentialism in its purest and simplest form is a moral doctrine which says that the right at in any given situation is the one that will produce the best overall outcome, as judged from an impersonal standpoint which gives equal weight to the interests of everyone». Sobre la estructura del consecuencialismo, además, SMART/WILLIAMS, *Utilitarianism for & against*, 2008, pp. 82 y ss., quienes abordan igualmente el carácter imparcial de la óptica consecuencialista a la hora de resolver situaciones de conflicto (p. 96).

<sup>97</sup> El titular (A) de una pretensión *prima facie* ha de tolerar la defraudación de su expectativa y perder con ello su bien por el mero hecho de que quien debiera satisfacer esa expectativa en el caso concreto (O), está también *prima facie* obligado a salvar a otro sujeto al que le amenazan pérdidas superiores (B).

<sup>98</sup> Un brillante análisis histórico de la fundamentación del estado de necesidad agresivo puede leerse en PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 34 y ss.; y resumidamente, EL MISMO, *JRE*, (22), 2014, p. 145, y en concreto, sobre el fundamento colectivista-consecuencialista del estado de necesidad, vid. HENKEL, *Der Notstand*, 1932, p.

BINDING según la cual, «dondequiera que el Estado se encuentre ante dos males, de los cuales uno seguro acaecerá, [aquél] evita el mayor, escoge el más pequeño, [o] admite uno entre dos males iguales».<sup>99</sup> Pese a que ya por entonces se formularon frente a este principio algunas certeras y oportunas críticas,<sup>100</sup> la legitimación de los deberes de tolerancia en el estado de necesidad agresivo a partir de la idea de la salvaguarda del interés preponderante es, desde entonces, un lugar común en la doctrina jurídico-penal continental.<sup>101</sup>

Sea como fuere, lo cierto es que ya aquellos autores que recurrían al principio del mal menor o del bien preponderante advirtieron tempranamente lo insostenible que era llevar hasta sus últimas consecuencias la fundamentación de la causa de justificación que patrocinaban. Si el Estado debe escoger siempre entre dos males el menor, ¿por qué razón no iba a estar justificado matar a un hombre para salvar a dos? El principio del bien jurídico preponderante parecía conformar un ámbito de injerencias justificables en estado de necesidad excesivamente amplio.<sup>102</sup> Frente a este dilema, se ensayaron dos vías de solución.<sup>103</sup> Por un lado, hubo quien optó por prescindir de la noción de ponderación de bienes y, en consonancia con la doctrina del Derecho natural,<sup>104</sup> tratar de legitimar los derechos de necesidad cuando el acto necesario constituyera el medio adecuado para lograr un fin reconocido por el Derecho (*Zwecktheorie*).<sup>105</sup> La segunda vía transitada consistió en ampliar el juicio de ponderación, incorporando a éste factores distintos a los bienes jurídicos, facilitando

---

81; CARBONELL MATEU, *La justificación penal*, 1982, pp. 41 y ss.; y, recientemente, en el mismo sentido, RENZIOWSKI, «Solidarität in Notsituationen — Ein historischer Überblick von Thomas v. Aquin bis Hegel», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 32. La perspectiva colectivista es también la que inspira los trabajos sobre los conflictos de deberes en Alemania durante el periodo nacional-socialista. Así, por ejemplo, WELGER, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1934, pp. 1 y s., 17 y ss., afirma con rotundidad que la jerarquización de los deberes depende única y exclusivamente del interés de la comunidad derivado de un juicio general de ponderación de intereses: «Allein der Gemeinschaftsgedanke soll für die Interessenabwägung, für die Ausgleichung des Rechts entscheidend sein».

<sup>99</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 760. Y en este mismo sentido, cfr. el influyente trabajo de MERKEL, *Die Kollision rechtmäßiger Interessen*, 1895, pp. 44 y ss. Sobre el recurso al principio del mal menor para la resolución de los conflictos de deberes, tempranamente, vid. BINDING, *ob. cit.*, pp. 756 y ss.; KÖHLER, *Der Notstand im künftigen Strafrecht*, 1926, p. 27; HENKEL, *Der Notstand*, 1932, p. 85; o JIMÉNEZ DE ASÚA, *Estado de necesidad en materia penal*, 1930, p. 57. En cambio, una pronta y certera crítica al principio colectivista del mal menor puede leerse ya en NEUBECKER, *Zwang und Notstand*, 1910, p. 318.

<sup>100</sup> Así, por ejemplo, VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, v. III, 1909, pp. 256 y ss.; VON ALBERTI, *Gefährdung durch überlegene Gewalt*, 1903, p. 37; NEUBECKER, *Zwang und Notstand*, 1910, p. 318; o BAUMGARTEN, *Notstand und Notwehr*, 1911, pp. 59 y ss.

<sup>101</sup> Cfr. solo, ROXIN, *AT*, v. 1, 4ª ed., 2006, A § 16, nm. 3 y ss.

<sup>102</sup> Sobre esto, vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 37, n. 35.

<sup>103</sup> En este sentido, vid. MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, pp. 112 y ss.

<sup>104</sup> Así, con referencias a la doctrina del momento, NAGLER, «Der Begriff der Rechtswidrigkeit», *FG-Frank*, v. I, 1930, p. 348, mostrando como ya en la doctrina del Derecho natural se admitía la necesidad de reconocer el derecho —moralmente— necesario para conseguir un fin consagrado por el Derecho.

<sup>105</sup> En este sentido, fundamental, ZU DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit*, 1905, p. 48; VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26ª ed., 1932, p. 141; EB. SCHMIDT, «Das Reichsgericht und der „übergesetzliche Notstand“», *ZStW*, (49), 1929, pp. 350 y ss., p. 374. La teoría del fin parece haber perdido ya a día de hoy todo apoyo. De hecho, fue tempranamente descartada por el RG como herramienta válida para la fundamentación del estado de necesidad justificante supralegal, pues su gran amplitud haría imposible prever los resultados de su aplicación en la praxis. También fue rechazada tempranamente por la doctrina, que ve en la teoría del fin una fórmula excesivamente vaga y abstracta y, por ende, necesaria de integración, lo que únicamente se lograría mediante el recurso a la teoría de la ponderación de bienes en juego. Así, el medio adecuado para el fin justo es aquél que salvaguarda un interés superior al que lesiona, y a la inversa, la salvaguarda del interés superior es el medio adecuado para el fin justo. En este sentido, fundamental, cfr. LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 50 y ss., 60 y ss.

así la corrección de aquellos “excesos consecuencialistas” a todas luces inasumibles. Esta segunda solución fue la que acabó por imponerse en la doctrina continental. Es precisamente este el camino que tomó LENCKNER y el que a la postre se convertiría en el transitado por la doctrina mayoritaria española y alemana.<sup>106</sup> El principio de ponderación de intereses, en realidad, una manifestación específica del principio del mal menor, es elevado así a la categoría de principio general de la justificación,<sup>107</sup> al mismo tiempo que el § 34 StGB pasa a ser visto por la doctrina como la plasmación de este principio útil en términos de minimización social del daño.<sup>108</sup> Así las cosas, el estado de necesidad agresivo constituiría una expresión directa de una forma de utilitarismo negativo,<sup>109</sup> pero en la medida en que la decisión de justificación se vincula a una ponderación amplia, donde tienen cabida multitud de factores como la perturbación del Ordenamiento jurídico, la prevalencia de la omisión frente a la acción, o el respeto a principios fundamentales como el de la dignidad humana, sería en todo caso posible soslayar aquellas soluciones contraintuitivas que una estricta ponderación de bienes traería consigo.<sup>110</sup>

Pese a la gran acogida que tuvo esta concepción del estado de necesidad en la doctrina, lo cierto es que una fundamentación sólida de la concepción consecuencialista (y utilitarista) del estado de necesidad agresivo no fue tampoco por entonces formulada.<sup>111</sup> A día de hoy parece posible afirmar que es mayoritaria en la doctrina alemana la tesis según la cual el estado de

---

<sup>106</sup> Sobre los elementos que integrarían el juicio de ponderación de intereses, vid., LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 123 y ss.; EL MISMO, *GA*, 1985, pp. 295 y ss. En España, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (2), 2000, pp. 207 y ss.; MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, *passim*; y con anterioridad, CARBONELL MATEU, *La justificación penal*, 1982, pp. 43 y ss.

<sup>107</sup> En cambio, vid. MERKEL, R., «La filosofía, ¿«Convidada de piedra» en el debate del Derecho penal?», *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, p. 194.

<sup>108</sup> Así, MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, p. 181.

<sup>109</sup> Sobre la noción de utilitarismo negativo, como una teoría consecuencialista particular, vid. SMART/WILLIAMS, *Utilitarianism for & against*, 2008, pp. 28 y s.

<sup>110</sup> Especialmente interesante me parece el planteamiento de TRAEGER quien, al advertir los nefastos resultados de admitir la justificación de la acción necesaria cuando se salvaguarda un interés o bien mínimamente superior al que se lesiona, propone un juicio de ponderación todavía más amplio, constituido por tres elementos: los intereses en peligro, los que deben lesionarse y los «intereses estatales en el mantenimiento de la paz jurídica». El autor debe optar por aquella acción que «desde el punto de vista de la generalidad, representa el mal menor». Se ve aquí con total claridad la negativa a aceptar un juicio de ponderación estricto y el punto de vista utilitarista-colectivizador con el que se aborda el problema. Vid., TRAEGER, *Das Notstandsproblem*, 1932, pp. 28 y s. Este autor trata de fundamentar su juicio trifásico afirmando que el fin y la voluntad del Ordenamiento jurídico no sería garantizar a los ciudadanos un bienestar material, sino que su función residiría en la garantía de la paz jurídica, en la inviolabilidad de la esfera jurídica del individuo (p. 42). ¿Cuándo cabría entonces aceptar derechos de necesidad que lesionaran esa inicial distribución de esferas jurídicas? TRAEGER, de forma restrictiva, afirma que solo procedería cuando la negativa a sacrificar un bien de escaso valor frente al especialmente valioso que amenaza con perderse se muestra, desde un punto de vista moral, como especialmente reprochable.

<sup>111</sup> Cfr. PAWLIK, *JRE*, (22), 2014, p. 146. Lamentándose igualmente por el operar mayoritario de la doctrina que trata de fundamentar la institución a partir del precepto mismo que la regula, vid., MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, pp. 121 y s., quien además, de manera muy acertada, señala que en la doctrina mayoritaria impera la creencia de que el principio de ponderación de intereses se fundamenta a sí mismo, es autoevidente y absolutamente razonable e indiscutible como criterio de resolución de los conflictos de intereses. En un sentido parecido, señala RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 199 y s., que el principal reproche que se le puede dirigir a la teoría de la ponderación de intereses es que no explica por qué razón los intereses garantizados por el Ordenamiento jurídico a un determinado sujeto pueden ser incorporados a un juicio de ponderación y autorizar, en su caso, su lesión en beneficio de un tercero. Antes de proceder a ponderar entre sí intereses jurídicamente garantizados, debe haberse adoptado la decisión de aceptar esa ponderación de intereses. En idéntico sentido, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 95.

necesidad agresivo, o el deber de tolerancia que en tales situaciones se impone a un agente,<sup>112</sup> no se fundamentan en el referido principio consecuencialista-colectivista.<sup>113</sup> En el marco de un Ordenamiento jurídico-liberal no cabría fundamentar deberes de tolerancia a partir de la mera pretensión de maximizar el saldo final agregado de bienes jurídicos, tampoco en situaciones de conflicto. Hasta donde alcanzo, este proceso, que culmina en Alemania con la tesis que advierte en la idea de la solidaridad el fundamento de los deberes de tolerancia en el estado de necesidad agresivo, se inicia con la positivización en aquél país del estado de necesidad justificante agresivo en el § 34 StGB.<sup>114</sup> Dicho precepto vincula la justificación en estado de necesidad (agresivo) a la salvaguarda de un interés “esencialmente preponderante” (*Wesentliches Überwiegen*) e incorpora expresamente una cláusula de adecuación como segundo escalón valorativo a la hora de decidir sobre la justificación de una injerencia agresiva. ¿Cómo explicar desde una óptica puramente consecuencialista ambos requisitos?

La doctrina mayoritaria optó, en un primer momento, por negar *contra legem* la necesidad de que el interés salvaguardado prepondere esencialmente sobre el lesionado, interpretando el baremo legal en el sentido de una preponderancia indubitada y clara, pero siendo suficiente una mínima diferencia.<sup>115</sup> La exigencia de una diferencia esencial entre los intereses respondería a una visión incompleta del objeto de ponderación, que no se ciñe ya solo a los bienes jurídicos, sino que incluye toda una multitud de factores relevantes para solucionar el conflicto. Con ello se logra soslayar los límites a la justificación del § 34 StGB, inexplicables desde postulados consecuencialistas. La diferencia “esencial” debería entenderse simplemente como “diferencia indubitada”,<sup>116</sup> mientras que la cláusula de adecuación del § 34. II StGB constituiría un segundo escalón valorativo, sin verdadero contenido propio, útil en la medida

---

<sup>112</sup> Desde esta perspectiva, cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1010 y ss.

<sup>113</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 11/3; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 238 y ss.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 80 y ss.; FRISCH, «Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien», *FS-Puppe*, 2010, pp. 438 y ss.; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 255 y ss., 260 y ss.; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 7 y ss., 10, 65; EL MISMO, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 164 y ss., p. 171; ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 3; CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 13 y ss., 125 y ss.; WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 122 y ss., 139 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1011; EL MISMO, «Sobre las actuaciones en una «situación de necesidad» que no implican deberes de tolerancia», en LUZÓN PEÑA (ed.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, p. 168; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 63 y ss.; COCA VILA, «Entre la responsabilidad y la solidaridad», *InDret*, (1), 2011, *passim*; ROBLES PLANAS, «Deberes de solidaridad», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 93 y ss.; IWANGOFF, *Die Duldungspflichten*, 2009, pp. 43 y ss., 147 y ss.; o KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, pp. 52 y ss., 223 y ss.

<sup>114</sup> Hasta entonces no existía un precepto específico en el código penal alemán que se opusiera a la tesis según la cual el Estado debería preferir en la necesidad la salvaguarda del bien superior a costa del inferior. Además, adviértase que el reconocimiento suprallegal del estado de necesidad justificante por parte del RG vino de la mano precisamente del principio de la ponderación de bienes y deberes. Al respecto, vid. ROXIN, *AT*, v. 1, 4ª ed., 2006, A § 16, nm. 1 y ss. Sobre el proceso legislativo en Alemania, vid. solo, SEELMANN, *Das Verhältnis von Paragraph 34 StGB*, 1978, pp. 9 y ss.

<sup>115</sup> Así ya, criticando la exigencia de una preponderancia esencial en la regulación del estado de necesidad agresivo que se acabaría incorporando al StGB, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 150; EL MISMO, *GA*, 1985, p. 312; y paradigmático al respecto, ROXIN, *AT*, v. 1, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 89 y ss. A favor de la justificación incluso ante la mera equivalencia de los intereses en juego, DELONGE, *Die Interessenabwägung*, 1988, pp. 167 y ss.; o KÜPER, *GA*, 1983, pp. 289 y ss., pp. 296 y ss.

<sup>116</sup> En este sentido, claramente, GROPP, *Der straflose Schwangerschaftsabbruch*, 1981, p. 98, señalando que es suficiente la mera preponderancia de intereses, habiendo ponderado previamente todos aquellos que puedan estar involucrados en la situación de necesidad.



en que se limita a imponer una verificación adicional de la corrección del juicio de ponderación de los intereses en liza.<sup>117</sup>

Distinto fue el camino emprendido por otro grupo de autores que, sin abandonar los postulados consecuencialistas, abogaron por una restricción drástica de los elementos conformadores del juicio de ponderación. En este sentido, asumiendo que el § 34 StGB exige una preponderancia esencial del interés salvaguardado, trató HRUSCHKA de fundamentar utilitarísticamente el precepto, pero ofreciendo al mismo tiempo una explicación más razonable al exigente baremo de justificación del estado de necesidad agresivo.<sup>118</sup> Para ello, se vio obligado a relativizar el papel del pensamiento consecuencialista en la fundamentación del precepto, admitiendo que el legislador alemán había optado por consagrar en el § 34 StGB una solución de compromiso, esto es, que no habría llevado hasta sus últimas consecuencias la comprensión utilitarista del fundamento de la causa de justificación. En este sentido, señala el referido autor que, en nuestro actual Ordenamiento jurídico, el principio de separación de esferas, o como lo llama él, el principio de seguridad (*Sicherungsprinzip*), según el cual le compete al titular de cada esfera jurídica evitar que de ésta surjan peligros para terceros, regiría siempre de forma limitada.<sup>119</sup> Esta limitación viene de la mano del principio de compensación (*Prinzip der Interessenverrechnung*), en virtud del cual un sujeto está legitimado a desplazar los peligros que sobre él se ciernen a un tercero irresponsable por la situación de peligro. Dicho principio no determina la separación de esferas, sino precisamente lo contrario, la unión de éstas para su valoración global en el sentido utilitarista clásico. Así las cosas, el principio de la compensación estipula que, en caso de conflicto entre intereses, está justificado el acto que salvaguarda el valor superior desde una óptica global, con independencia del sujeto a quien pertenece, entendiéndose el valor superior como aquél que encierra una mayor utilidad para la generalidad.<sup>120</sup> Sin embargo, este principio no rige de manera absoluta, sino que está limitado de manera doble. En primer lugar, por la exigencia de una diferencia esencial entre los intereses en juego y, en segundo lugar, por la cláusula de

---

<sup>117</sup> En este sentido, paradigmático, con citas a la doctrina mayoritaria en idéntico sentido, vid. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, A § 16, nm. 91 y ss., PERRON, «§ 34», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 45 y s.; y ya antes, así también, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 70 y ss., 150 y ss.; o GROPP, *Der straflose Schwangerschaftsabbruch*, 1981, p. 97, quien le otorga un papel meramente declarativo, pues la posibilidad de justificar la injerencia en estado de necesidad dependería en exclusiva del resultado de una ponderación omnicomprendiva de los intereses en liza. No así HRUSCHKA, quien claramente define la necesidad de llevar a cabo un doble juicio valorativo en las situaciones de necesidad agresivas, consistente, por un lado, en decidir si el interés protegido prepondera sobre el lesionado, para, acto seguido, valorar si esa preponderancia es o no esencial. Vid., HRUSCHKA, *AT*, 2ª ed., 1988, pp. 69 y s.

<sup>118</sup> Vid., HRUSCHKA, «Rettungspflichten in Notstandssituationen», *JuS*, 1979, pp. 388 y ss.; EL MISMO, «Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand?», *NJW*, 1980, pp. 21 y ss., p. 22; EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 1988, 2ª ed., p. 69. En un sentido prácticamente idéntico, vid. JOERDEN, «§ 34 Satz 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung», *GA*, 1991, pp. 414 y ss.; y EL MISMO, «Interessenabwägung im rechtfertigenden Notstand bei mehr als einem Eingriffsopfer», *GA*, 1993, pp. 247 y ss.

<sup>119</sup> Vid., HRUSCHKA, *JuS*, 1979, pp. 385 y ss., p. 390, EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 1988, pp. 111 y ss. El principio de seguridad, además, es el que fundamenta la regla de atribución defectiva de la competencia por un peligro: a cada uno le compete asumir los peligros no imputables a terceros que sobre la propia esfera se ciernen (*casum sentit dominus*).

<sup>120</sup> Cfr. HRUSCHKA, *AT*, 2ª ed., 1988, pp. 112 y s.

adecuación, que determina —por razones deontológicas— que no toda acción que salvaguarda un interés esencialmente preponderante pueda quedar justificada.<sup>121</sup>

Como se ha señalado más arriba, al tratar de explicar de una manera científicamente honesta el § 34 StGB, los mismos autores que habían defendido una fundamentación utilitarista del estado de necesidad justificante se vieron obligados a introducir en la dogmática del estado de necesidad un segundo principio fundamental, el del *casum sentit dominus*, que, por otro lado, como rápidamente se advirtió, constituía en realidad el principio fundamental rector de las relaciones jurídicas. Los distintos trabajos de HRUSCHKA suponen en este sentido el inicio de un proceso que culmina con la tesis a día de hoy ampliamente compartida según la cual, el estado de necesidad agresivo constituye una institución irregular en el marco de un sistema jurídico-penal liberal, una excepción al principio general de la separación de esferas de libertad, fundamentada a partir de un segundo principio jurídico general, el de la solidaridad. Con independencia de cómo se trata de legitimar estos deberes jurídicos de solidaridad, ya sea desde una óptica puramente intersubjetiva, moral o contractualista, ya sea desde una óptica esencialmente institucional,<sup>122</sup> parece ya superada en la moderna discusión jurídico-penal la idea de que el Estado ante dos males escoge simplemente el menor, así como la posibilidad de imponer deberes de tolerancia con el único fin de maximizar la salvaguarda de los bienes jurídicos en peligro.<sup>123</sup> Como señala NEUMANN, el estado de necesidad agresivo se levanta como una institución excepcional en el marco de un Ordenamiento jurídico-liberal, permitiendo al necesitado por razones solidarísticas injerirse en una esfera jurídica ajena cuando sus intereses en peligro preponderan esencialmente sobre los que lesiona.<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> Con ello, el legislador alemán alcanzaría una solución de compromiso entre el principio de seguridad y el de compensación, que permitiría explicar el § 34 StGB. Cfr. HRUSCHKA, *AT*, 2ª ed., 1988, p. 114; y claramente, interpretando la cláusula de la adecuación como una corrección a una institución jurídica de lo contrario “extremadamente utilitarista”, *ob. cit.*, p. 145. En un sentido parecido, concibe MEIBNER el principio de ponderación de intereses como una excepción de corte utilitarista al principio general del *casum sentit dominus*. Cfr. MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, p. 180. El cálculo de utilidad social, como manifestación de un pragmatismo social, aunque no puede ni debe regir un Ordenamiento jurídico, resultaría en ocasiones una herramienta imprescindible, que ofrece en las situaciones de necesidad una solución plausible y racional (p. 181). Desde una perspectiva social, existiría una aspiración de maximizar los bienes jurídicos en su conjunto, que encontraría un reflejo en la cláusula de ponderación de intereses del estado de necesidad. Frente a esta pretensión pragmático-social, se erigiría sin embargo el principio de autonomía, cuyo debido respeto limita ineludiblemente la realización plena de esa pretensión social de maximización de bienes (p. 188). A la hora de conjurar ambos polos, señala MEIBNER que el principio pragmático-social ha de imperar solo en las situaciones de necesidad, pues solo aquí puede legitimarse, a modo de contrato de seguro, la acción necesaria lesiva. El miedo a verse involucrado en una situación de necesidad torna racional la aceptación en abstracto de un deber de tolerancia. En todo caso, el principio pragmático-social cobra solo sentido en el marco de la preponderancia esencial del interés que se salvaguarda y encuentra en la cláusula de adecuación un límite deontológico absoluto, cuando está en juego la vida y la dignidad humana (pp. 191 y ss.). Con ello, en realidad, concibe MEIBNER el estado de necesidad justificante sobre la base de dos principios contrapuestos, el de la utilidad social (entendido de forma limitada, por la idea de necesidad y por la esencialidad de la diferencia), y un principio deontológico que prohíbe categóricamente la instrumentalización del ser humano (pp. 216 y ss.).

<sup>122</sup> Cfr. WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 139 y ss.

<sup>123</sup> Que la poca o mínima diferencia entre los bienes en conflicto resulta insuficiente para justificar una injerencia en estado de necesidad agresivo fue entre nosotros puesto de relieve tempranamente por MIR PUIG, «Problemas del estado de necesidad en el art. 8.7º CP», *LH-Pérez-Vitoria*, v. I, 1983, p. 504.

<sup>124</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 9 y s.; EL MISMO, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 155 y ss., pp. 161 y ss. De parecida opinión, RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp.

Ni el Ordenamiento jurídico procesa el conflicto como una mera relación de incompatibilidad entre intereses comunes ni el patrón de solución es la pretensión colectivista de maximizar los intereses en juego.

Sentado todo lo anterior, y volviendo ahora a los supuestos de colisión de deberes podría sin embargo alegarse todavía que, a diferencia de lo que acontece con el estado de necesidad agresivo, la solución a las colisiones de deberes sí puede fundamentarse exclusivamente desde los postulados utilitaristas descritos. Como mínimo, desde una concepción consecuencialista-colectivista puramente negativa es perfectamente posible explicar cuál es el proceder de la doctrina en lo que se refiere a la colisión de deberes. El Derecho opta siempre por la maximización de los bienes jurídicos en juego. El deber llamado a ser cumplido es aquél que implica la salvaguarda del bien más importante y la mínima diferencia es suficiente para justificar la infracción del deber de menor rango. Asimismo, ante la equivalencia de bienes, lo único que puede exigir el Derecho es que, como mínimo, se cumpla un deber. Por otro lado, a diferencia de lo que acontece en los supuestos de estado de necesidad agresivo, lo anterior no se opone en modo alguno al principio general de separación de esferas de libertad, pues en los supuestos de colisión de deberes, el obligado que deja de cumplir un deber no se estaría injiriendo en la esfera jurídica ajena, sino dejando simplemente de salvar intereses en peligro. El exigente baremo del § 34 StGB se explicaría, así NEUMANN, por el hecho de que el necesitado se ve obligado a injerirse en la esfera de un sujeto no responsable por el peligro, a quebrar la separación esencial de esferas de libertad amparado en una pretensión de solidaridad mínima;<sup>125</sup> sin embargo, en los casos de colisión de deberes, se trataría simplemente de la ponderación entre dos “intereses a conservar” y de la decisión acerca de qué intereses deben ser en el caso concreto salvaguardados.<sup>126</sup> Pareciera, pues, que todavía tiene aquí cabida una solución puramente utilitarista.

Sin embargo, esta conclusión resultaría a todas luces precipitada. Es cierto que la colisión de deberes no goza en Alemania de una regulación específica que vincule la justificación a un baremo de preponderancia esencial o la superación de una cláusula de adecuación.<sup>127</sup> Tampoco parece que la respuesta sobre el fundamento subyacente a la solución de las colisiones de deberes pueda ser leído sin más en preceptos legales tan generales como los arts. 20.5.º CP o 20.7.º CP. La negativa a fundamentar la solución de las colisiones de deberes sobre la mera ponderación de bienes jurídicos obedece a razones de mayor entidad. Si como entienden los partidarios de la teoría del interés preponderante, dicha fórmula anuncia algo más que la mera tautología de que el Ordenamiento decide en favor de aquello que valora como preferente, y es interpretada como un llamamiento a decidir las colisiones de intereses en favor de aquél que resulta desde una óptica agregacionista el más importante, el

---

188 y ss.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 103 y ss.; FRISCH, *FS-Puppe*, 2010, pp. 438 y ss.; ENGLÄNDER, *GA*, 2010, pp. 20 y s.; o WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 150 y ss.

<sup>125</sup> Vid. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 125; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, pp. 423 y ss.

<sup>126</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 125.

<sup>127</sup> Es más, se trata ésta de una eximente plenamente supralegal. Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 D, nm. 115.

fundamento de solución de los conflictos resulta inadmisibile.<sup>128</sup> Nuestro actual Ordenamiento jurídico no decide qué es justo e injusto a partir de una mera ponderación colectivizadora de los bienes jurídicos, tampoco matizando excepcionalmente su valor a partir de principios o factores normativos.<sup>129</sup> Más bien, el pretender solucionar las colisiones de deberes a partir de un principio de maximización social de los bienes jurídicos en peligro resulta, por un lado, empíricamente incorrecto y, por el otro, normativamente indefendible.<sup>130</sup>

Desde una perspectiva empírica cabe sin duda concluir que en el seno de nuestro actual Ordenamiento jurídico, cada uno de nosotros tiene, con carácter general, únicamente interés en maximizar los propios intereses, de modo que nos es irrelevante en la valoración de la defraudación de expectativas propias el agregado de las utilidades individuales de nuestros conciudadanos.<sup>131</sup> Como señala ROBLES PLANAS, «[l]a imagen de la sociedad como “el sujeto” y los individuos como “los miembros” no parece corresponderse con las convicciones jurídicas del pensamiento continental».<sup>132</sup> En caso contrario, lo cierto es que las colisiones de deberes no constituirían problema jurídico alguno, pues el titular del bien jurídico garantizado *prima facie* de menor rango cedería en todo caso gustosamente frente al titular del bien de superior rango. El agente quedaría entonces únicamente obligado a cumplir su deber para con el sujeto que todavía estimaría como válida su pretensión. Por otro lado, tampoco hay duda de que a nuestro Ordenamiento jurídico poco le importa cuál es el destino específico que un sujeto le dé a sus propios bienes.<sup>133</sup> Esto solo puede comprenderse en el marco de un sistema jurídico cuya función última no reside en el mantenimiento o la maximización general de bienes jurídicos.<sup>134</sup> Y lo mismo cabe afirmar respecto de instituciones como la legítima defensa, o la diferencia penológica entre el delito imprudente y doloso, injustificables desde ópticas puramente utilitaristas.<sup>135</sup> Por último, tampoco parece rebatible afirmar que los jueces, a la hora de aplicar Derecho y resolver conflictos, no se ocupan o preocupan por maximizar el interés general, su idea de justicia no es maximizar los bienes jurídicos litigiosos, sino

---

<sup>128</sup> Pone de acertadamente de relieve esta situación “dilemática” WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 20 y s., 28.

<sup>129</sup> Véase la crítica en este sentido a la teoría de la ponderación de bienes (o intereses) de HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, p. 71 y s. Señalando la imposibilidad de dar cuenta de la cláusula de adecuación y de la preponderancia esencial desde la óptica utilitarista, vid., MERKEL, R., en *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, p. 204, y KÜHNBACH, *Die Solidaritätspflichten Unbeteiligten*, 2007, pp. 48 y ss.

<sup>130</sup> Para una crítica certera de las perspectivas consecuencialistas en relación con el estado de necesidad agresivo, vid., NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, 1955, pp. 23 y ss., 26 y ss.; MERKEL, R., en *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, pp. 187 y ss.; RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 199 y ss.; o PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 39 y ss.

<sup>131</sup> Así, KÜHNBACH, *Die Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, pp. 48 y s.

<sup>132</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, «En los límites de la justificación», en LUZÓN PEÑA, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 450.

<sup>133</sup> Que desde una óptica jurídico-penal, la autolesión responsable no es objeto posible de (des)valoración creo que no admite discusión. Allí donde se sanciona jurídicamente la lesión de intereses propios, en verdad, se está protegiendo un interés distinto, respecto del que el autor no puede consentir válidamente su destrucción. Ello se advierte claramente, por ejemplo, en el art. 110 CPM, que sanciona al militar que, por cobardía, para excusarse de su puesto o misión en el combate, se produjere enfermedad o lesión. Solo cuando la autolesión afecta a los intereses legítimos de terceros cabe prohibir la conducta lesiva. Lo controvertido en este punto es, en realidad, qué se entiende por decisión responsable, esto es, qué requisitos se exigen para hablar de una decisión verdaderamente autónoma, y cuándo una autolesión afecta además de manera mediata a intereses ajenos no disponibles. Al respecto, vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 219 y ss., 222 y s.

<sup>134</sup> En idéntico sentido, KÜHNBACH, *Die Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, p. 49.

<sup>135</sup> Así, vid. NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, 1955, p. 27; o MONTANER FERNÁNDEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *GA*, (11), 2013, pp. 652 y s.

resolver conforme a un mundo preestablecido de obligaciones y derechos el supuesto conflicto que se les plantea.<sup>136</sup>

Pero es que, además, desde una perspectiva normativa, lo cierto es que tampoco logran las tesis colectivistas explicar convincentemente el fundamento último de resolución de las colisiones de deberes, pues, yerran a la hora de definir la razón última de legitimación de las normas penales y la propia misión última de nuestro actual Ordenamiento jurídico-penal.<sup>137</sup> El pretender legitimar la defraudación de una expectativa de deber a partir de un cálculo social de los intereses salvaguardados frente a los lesionados, implica, sencillamente, convertir al ciudadano en usufructuario de unos bienes jurídicos que no le pertenecen, en un mero depositario de bienes al servicio de la maximización de la utilidad de una concreta sociedad.<sup>138</sup> Ello implica no tomarse en serio la misma noción de autonomía y de separación de esferas de libertad. Ante cualquier peligro susceptible de ser conjurado con un menor coste social, los bienes jurídicos que hasta entonces estaban aparentemente “repartidos” revertirían en un sujeto único, la comunidad, que con el objetivo de maximizarlos procede a un cálculo global y autoriza (u obliga) la conducta lesiva necesaria para su maximización. La teoría del interés preponderante desnormativiza el conflicto de intereses, reduciéndolo a una mera colisión fáctica e informal de bienes, prescindiendo de cualquier límite normativo absoluto. El Derecho, ante la necesidad, se desvanece, volviendo todas las personas de Derecho a un estado pre-jurídico en el que rige la ley del mayor interés común.<sup>139</sup> A esta específica comprensión de la justificación penal, y en definitiva, a la visión de la colisión de deberes como una institución dogmática para la maximización de la utilidad social en caso de conflicto subyace una concepción connaturalmente colectivista del Derecho, según la cual, su misión última sería precisamente maximizar la suma total de los bienes jurídicos en el marco de una determinada comunidad estatal.<sup>140</sup>

---

<sup>136</sup> En cambio, cfr. HUBMANN, *AcP*, (155), 1956, pp. 86 y ss., quien intenta llevar hasta sus últimas consecuencias el principio del interés preponderante y reducir así la función del juez a la de mero ponderador de intereses en juego (pp. 133 y s.).

<sup>137</sup> Cfr. WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, p. 22: «Das moderne Recht baut sich nicht als eine das allgemeine Wohl unmittelbar maximierende Zwangskraft auf, sondern als eine Autonomiebereiche schützende Zwangskraft, die deshalb nach einem Moment der Absolutheit ausgestaltet wird».

<sup>138</sup> En este sentido, fundamental, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 42 y ss.; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 165 y s., y pp. 199 y ss.; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 258 y ss.; y ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 446 y ss.; y aunque a propósito del estado de necesidad exculpante, señalando que la exculpación no puede depender de un mero cálculo agregado del bien general, vid. LÜBBE, «Lebensnotstand—Ende der Normativität?», en EL MISMO, *Tödliche Entscheidung*, 2004, pp. 115 y ss. Además, vid. MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 76 y ss., quien defiende la necesidad de cohonestar el planteamiento utilitarista con criterios de distribución justa de cargas y beneficios, de modo que la autonomía se convierte en un factor más a tener en cuenta en el juicio general de ponderación que antecede a cualquier decisión normativa.

<sup>139</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 282.

<sup>140</sup> De hecho, hay quien ha visto en el estado de necesidad agresivo y, más concretamente, en el principio de ponderación de intereses, el principio general de la justificación, al que podrían ser reconducidas el resto de causas de justificación, con la única excepción del consentimiento. Así, entre otros, vid., LENCKNER, *GA*, 1985, pp. 295 y ss., p. 303; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, 9/4, 9/13 y ss.; HOYER, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Strukturelement der Rechtfertigungsgründe», *ARSP-Beiheft*, (104), 1995, pp. 99 y ss., pp. 106 y s.; SCHLEHOFER, «Vor §§ 32 ff.», *MK*, 2ª ed., nm. 59 a 61, incluyendo igualmente bajo el *topos* del interés preponderante el consentimiento justificante. En España, así también, CARBONELL MATEU, *La justificación penal*, 1982, p. 178; CEREZO MIR, «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht», en ESER/PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, v. III, 1991, p. 11, aunque

No puede ser este el lugar en el que llevar a cabo una crítica exhaustiva de las múltiples variantes del utilitarismo y su rol legitimador en el ámbito del Derecho penal. Baste ahora con afirmar que, según creo, nuestro Ordenamiento jurídico no se construye sobre la base de un pensamiento utilitarista,<sup>141</sup> ni tiene ésta, como idea regulativa, fuerza suficiente para explicar la restricción de libertad propia de todo un sistema de normas penales.<sup>142</sup> Por otro lado, tampoco creo que la función del Ordenamiento jurídico consista simplemente en garantizar intereses o bienes jurídicos, ni en evitar su destrucción o conseguir su salvación. Más bien, un sistema jurídico se legitima y explica en la medida en que sea capaz de ordenar la vida social, delimitando de manera eficaz esferas de libertad.<sup>143</sup> Y todo ello rige también en situación de conflicto de intereses o deberes, pues el Ordenamiento jurídico no puede modificar su fin último ante tales situaciones, pasando entonces a regirse por un principio negativo de maximización de intereses o bienes.<sup>144</sup> Todo esto fue ya puesto de relieve por NEUBECKER en su atinada crítica a la teoría de la ponderación de intereses a principios del Siglo XX: «el Ordenamiento jurídico no debe salvaguardar ningún interés, ni tienen ningún bien que salvar o destruir. Aquél debe constituirse en el orden de la vida social y delimitar las esferas personales, determinando aquello que debe hacerse o dejar de hacer».<sup>145</sup>

De este modo, la pretendida evidencia del principio del interés preponderante se disipa, pues dicho principio sería incuestionable en un sistema jurídico de corte consecuencialista y colectivista, en una sociedad hormiguero, en la que todo fuera de todos (*omnia sunt communia*), y todos nos debiéramos todo entre todos, pero no en un sistema jurídico que respeta al sujeto

---

incorporando restricciones basadas en consideraciones sobre la dignidad humana; o MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (2), 2000, pp. 207 y ss.

<sup>141</sup> En un sentido parecido, señalando que las normas penales que conforman el Ordenamiento jurídico-penal responden, en esencia, a un sistema deontológico, vid., NEUMANN, *JRE*, (2), 1994, pp. 81 y ss., p. 82. En un sentido parecido, HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 259 y s.; KÜHNBACH, *Die Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, p. 51; o MONTANER FERNÁNDEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Einwirkung einer Garantenstellung auf die Reichweite von Rechtfertigungsgründen», *GA*, (11), 2013, pp. 652 y s., p. 653: «Kurz gesagt, von einem normativen Standpunkt aus ist der Utilitarismus nicht attraktiv, und von einem deskriptiven Standpunkt aus gibt er keine Rechenschaft über einige der wichtigsten sozialen und strafrechtlichen Institutionen. Unter diesen Umständen kann seine Ablehnung als Fundament irgendwelcher strafrechtlicher Institutionen nicht überraschen».

<sup>142</sup> Así, RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 202 y ss., n. 193. Desde perspectivas utilitaristas, se veía la institución del estado de necesidad como una concreción en absoluto irregular del principio general de la utilidad social, que impregnaría todo el sistema de causas de justificación y, en definitiva, todo el Ordenamiento jurídico. En este sentido, paradigmático, TORP, «Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft», *ZStW*, (23), 1903, pp. 100 y ss.

<sup>143</sup> Al respecto, asegurando que existe consenso en la doctrina acerca de la incompatibilidad de una comprensión colectivista del Derecho con los fundamentos últimos de nuestro Ordenamiento jurídico, vid., HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, p. 76; o WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», *ZStW*, (58), 1939, p. 516. A propósito del estado de necesidad, en un sentido parecido, NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 9 y ss.; y posteriormente, EL MISMO, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 155 y ss., 161 y ss.

<sup>144</sup> De hecho, la idea de un Ordenamiento que regula habitualmente de un modo principialista y respetuoso con el individuo, pero que ante situaciones de conflicto excepcional asume un patrón utilitarista se desvanece tan pronto como se advierte que el Derecho (penal) única y exclusivamente regula situaciones de conflicto. Lo que pareciera ser la excepción, el conflicto, es, en realidad, *ratio existendi* de todo el Derecho.

<sup>145</sup> Vid. NEUBECKER, *Zwang und Notstand*, 1910, p. 318: «Die Rechtsordnung hat keine Interessen wahrzunehmen und hat keine Güter zu retten und zu vernichten, sie hat die Ordnung des sozialen Lebens zu sein und die Sphären der Menschen abzugrenzen, zu bestimmen, was sie tun und lassen sollen»; en el mismo sentido, por entonces, vid. también BAUMGARTEN, *Notstand und Notwehr*, 1911, p. 63.

en su individualidad y que garantiza primariamente la autonomía y la libertad personal.<sup>146</sup> El «Ordenamiento jurídico no sirve a la maximización de bienes jurídicos, sino más bien a garantizar derechos de libertad (*Freiheitsrechte*); es un orden de justicia, no de aseguramiento».<sup>147</sup> Así las cosas, parece evidente que la solución a los conflictos entre razones de obligación, concebidos éstos como un problema específico del complejo fenómeno de legitimación de las normas penales, no puede hallarse tampoco en el principio del interés preponderante.<sup>148</sup> Solucionar los conflictos de deberes no es, pues, determinar la razón de obligación que salvaguarda el mayor de los bienes o intereses en juego.

### III. HACIA UNA FUNDAMENTACIÓN PRINCIPIALISTA DEL SISTEMA BIDIMENSIONAL DE JERARQUIZACIÓN DE LAS RAZONES DE OBLIGACIÓN

#### 1. Introducción

Sentado lo anterior, resulta ahora inexcusable, por un lado, presentar detalladamente cuál es realmente el fundamento último que habría de inspirar el sistema de jerarquización de las razones en conflicto una vez descartado el principio del interés preponderante. Por el otro, una vez concretados los patrones axiológicos de dicho sistema, es imprescindible sentar aquí las bases para la construcción de un método de jerarquización de las razones en conflicto coherente con los principios últimos que rigen la disolución de los conflictos. A abordar ambas cuestiones se dedica el presente apartado. Para ello, en primer lugar, se analizan a continuación los principios de autonomía y solidaridad, como los dos axiomas últimos que sustentan el proceso de legitimación de deberes penales en nuestro actual Ordenamiento jurídico. Si, como aquí se ha establecido, la colisión entre razones de obligación constituye un problema parcial del fenómeno complejo de legitimación de las normas penales, parece evidente que son también estos dos principios los que tienen que vertebrar el sistema de disolución de los conflictos. En segundo lugar, se presenta aquí, como base del método de jerarquización, una distinción analítica esencial a la hora de comprender la dimensión real del

---

<sup>146</sup> En idéntico sentido, FRISCH, *FS-Puppe*, 2010, p. 438; o ENGLÄNDER, *GA*, 2010, pp. 15 y ss., p. 20.

<sup>147</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 43 y s.; o JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 2/23. Acertadamente, además, KRONER, *Die Verletzung von Rechtsgütern des Dritten bei der Notwehr*, 1897, p. 46, señalando literalmente que «el Estado, en general, no tiene ningún interés como tal en el mantenimiento de bienes en sí mismos». Excepcionalmente, cuando eso es así, se encarga de hacerlo patente previendo el castigo de autolesiones o heterolesiones consentidas. Y en un sentido parecido, distinguiendo entre la norma de comportamiento cuya función sería la evitación de conflictos entre esferas de libertad en los que estarían involucrados bienes jurídicos, y la norma de sanción, cuya función consistiría en garantizar y demostrar la vigencia de la norma de comportamiento, vid., KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 30, n. 6. En cambio, vid. MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, p. 188, apuntando a que existiría una “voluntad social” de que el titular de un bien no lo destruya, pues en la comunidad imperaría la pretensión de mantener los bienes jurídicos. El principio de autonomía determinaría la inexistencia de un deber de mantener los bienes jurídicos, pero sí que existiría un deseo de que éstos se conserven. Sobre el Ordenamiento jurídico como un sistema de protección de bienes jurídicos, vid., por ejemplo, FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 78 y ss.

<sup>148</sup> Así, entre otros, RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 260; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 14 y s.; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 174; MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, 1985, p. 104 y ARCHANGELSKIJ, *Das Problem des Lebensnotstandes*, 2005, p. 57, y p. 95.

conflicto entre razones de obligación. Se trata de distinguir entre el plano de la relación intersubjetiva entre los dos sujetos beneficiarios, y el de la relación que media entre el obligado y cada uno de los beneficiarios, esto es, el plano de la especie del deber. La disolución de los conflictos pasa, como veremos, por un análisis coherente con los principios de autonomía y solidaridad de ambos planos, lo que no empece afirmar que la noción de bien jurídico desempeña igualmente un papel relevante en la determinación normativa del plano de la relación intersubjetiva.

## *2. Autonomía y solidaridad como principios rectores últimos en la legitimación de normas jurídico-penales*

### **2.1. De Kant a Hegel o de la libertad abstracta a la concreta**

En la doctrina es frecuente la remisión a la concepción kantiana del Derecho como tesis antitética a aquella que ve en la maximización de los bienes jurídicos el fin último del Derecho. Para KANT, éste constituiría «el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad».<sup>149</sup> Es decir, el concepto kantiano del Derecho no se refiere a «la relación del arbitrio con el *deseo* del otro (por tanto, con la mera necesidad (*Bedürfnis*)), como en las acciones benéficas o crueles, sino sólo con el *arbitrio* del otro».<sup>150</sup> Esto es, el «concepto de derecho [...] afecta, *en primer lugar*, sólo a la relación externa y ciertamente práctica de una persona con otra, en tanto que sus acciones, como hechos, pueden influirse entre sí (inmediata o mediatamente)».<sup>151</sup> En esta relación recíproca del arbitrio, así KANT, «no se atiende en absoluto a la *materia* del arbitrio, es decir, al fin que cada cual se propone con el objeto que quiere [...]; sino que sólo se pregunta por la *forma* en la relación del arbitrio de ambas partes, en la medida en que se considera únicamente como *libre*, y si con ello, la acción de uno de ambos puede conciliarse con la libertad del otro según una ley universal».<sup>152</sup> Así las cosas, el Derecho constituye —única y exclusivamente— un límite a la libertad de cada agente como condición necesaria para la armonización de aquella con la libertad del resto de agentes,<sup>153</sup> es, en definitiva, «la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto que esta concordancia sea posible según una ley universal».<sup>154</sup>

---

<sup>149</sup> KANT, *La metafísica de las Costumbres*, 2012, Primera Parte, Introducción a la Doctrina del Derecho, § B, nm. 230.

<sup>150</sup> KANT, *La metafísica de las Costumbres*, 2012, Primera Parte, Introducción a la Doctrina del Derecho, § B, nm. 230.

<sup>151</sup> KANT, *La metafísica de las Costumbres*, 2012, Primera Parte, Introducción a la Doctrina del Derecho, § B, nm. 230.

<sup>152</sup> KANT, *La metafísica de las Costumbres*, 2012, Primera Parte, Introducción a la Doctrina del Derecho, § B, nm. 230.

<sup>153</sup> Cfr. BIENFAIT, *Freiheit, Verantwortung*, 1999, p. 68; GONZÁLEZ VICEN, «La filosofía del Estado en Kant», en KANT, *Introducción a la teoría del Derecho*, 1997, p. 101. Una profunda y clarificadora exposición de la concepción kantiana del Derecho puede leerse en VON DER PFORDTEN, *Rechtsethik*, 2ª ed., 2011, pp. 378 y ss., pp. 388 y ss., p. 402.

<sup>154</sup> Cfr. KANT, «En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica»», en EL MISMO, *Teoría y Práctica*, 2006, p. 26.



El Derecho es así contemplado como un instrumento para la delimitación de esferas de libertad en sus relaciones recíprocas externas,<sup>155</sup> que toma en consideración a las personas en atención única y exclusivamente a su capacidad de acción.<sup>156</sup> «Mientras que el concepto de libertad de la voluntad pertenece a la virtud, el derecho se contenta con un concepto de libertad más modesto, el de la libertad de acción».<sup>157</sup> Con ello se eleva la autonomía moral a la categoría de fundamento último del Ordenamiento jurídico.<sup>158</sup> «Una acción es *conforme a derecho (recht)* cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal».<sup>159</sup>

¿Cuál es entonces el criterio de delimitación entre esferas de libertad que acoge el Derecho? Para KANT, no es posible aprehender en los meros «objetos propios de la capacidad de deseo» (*Objekten des Begehrungsvermögens*) ningún criterio de delimitación jurídico,<sup>160</sup> los móviles “materiales” o intereses para la acción solo informan sobre el fundamento de la “felicidad” (*Glückseligkeit*), pero no es posible extraer ninguna pauta de comportamiento a partir del mero ser.<sup>161</sup> Por lo tanto, el criterio de justicia no puede buscarse en la “materia del arbitrio”, sino únicamente en la “razón pura”, pues el Derecho no delimita en sus aspectos recíprocos las esferas de acción individuales según un criterio material, esto es, por razón de su contenido, sino de una manera formal,<sup>162</sup> restringiendo el ámbito de acción legítima de cada uno en la medida necesaria para hacerlo compatible con un ámbito de acción igual en los demás.<sup>163</sup> Dado que se trata única y exclusivamente de delimitar o coordinar esferas de libertad conforme a una ley universal, lo único relevante es la «forma en la relación del arbitrio de ambas partes, en la medida en que se considera únicamente como libre [...]».<sup>164</sup> Este “principio universal Derecho” arroja como “principio de todas las máximas” una “ley universal del Derecho” para el “obrar externo” en forma de un mandato categórico imperativo.<sup>165</sup> El Derecho, pues, es aquí concebido como un instrumento de separación de

---

<sup>155</sup> Cfr. BIENFAIT, *Freiheit, Verantwortung*, 1999, p. 68; ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 2011, p. 152.

<sup>156</sup> Cfr. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1984, p. 4; con detalle, ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht*, 1993, pp. 21 y s.

<sup>157</sup> HÖFFE, «Antropología y metafísica en el concepto categórico del Derecho de Kant: Una interpretación de los parágrafos B y C de la Teoría del Derecho», *Eunomia*, (5), 2013, pp. 3 y ss., p. 12.

<sup>158</sup> Así, BIENFAIT, *Freiheit, Verantwortung*, 1999, p. 68, y añadiendo que se establece entonces entre el concepto de Derecho y de libertad una relación de determinación y limitación recíproca.

<sup>159</sup> Cfr. KANT, *La metafísica de las Costumbres*, 2012, Primera Parte, Introducción a la Doctrina del Derecho, § C, nm. 231.

<sup>160</sup> KANT, *La metafísica de las Costumbres*, 2012, Primera Parte, Introducción a la Doctrina del Derecho, § B, nm. 230: «[p]ero si también es justo lo que proponían y el criterio general para reconocer tanto lo justo como lo injusto (*iustum et iniustum*), permanecerán ocultos para él si no abandona durante largo tiempo aquellos principios empíricos, y busca las fuentes de aquellos juicios en la mera razón [...]».

<sup>161</sup> Cfr. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1984, pp. 4 y s.; ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 2011, pp. 84 y s., y 152 y s. Sobre la relevancia de los elementos empíricos para el imperativo categórico del Derecho en la obra kantiana, sin embargo, vid. HÖFFE, *Eunomia*, (5), 2013, pp. 3 y ss., p. 10.

<sup>162</sup> Cfr. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1984, p. 5.

<sup>163</sup> Cfr. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 2011, pp. 152 y s.

<sup>164</sup> Vid. KANT, *La metafísica de las Costumbres*, 2012, Primera Parte, Introducción a la Doctrina del Derecho, § B, nm. 230.

<sup>165</sup> Sobre la estructura categórica de este imperativo, vid. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1984, pp. 103 y ss.; HÖFFE, *Immanuel Kant*, 4ª ed., 1996, pp. 343 y ss., p. 352; o KÜHL, «Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidung von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das strafrecht – ein Problemaufriß», en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Recht und Moral*, 1991, pp. 170 y ss.

esferas de libertad conforme a la razón pura, en la que no se expresa nada más que la noción formal de autonomía, la simple determinación racional de la voluntad.<sup>166</sup> La libertad es, en definitiva, la mera ausencia de coacción externa, física o psíquica.<sup>167</sup> El Derecho no garantiza las condiciones reales de la autodeterminación, sino que presupone ya la disposición de los bienes necesarios para ello.<sup>168</sup>

Así las cosas, el concepto de Derecho desmaterializado de KANT se revela como el concepto de Derecho liberal por excelencia.<sup>169</sup> La única forma obligacional imaginable es lógicamente la negativa, es decir, el deber de no quebrantar la separación dada de esferas al injerirse un agente de manera responsable en la esfera jurídicamente garantizada de otro.<sup>170</sup> «Una comunidad en Derecho no es ninguna comunidad solidaria de necesitados, sino una comunidad de autoprotección entre capaces de acción».<sup>171</sup> La necesidad empíricamente definida es un suceso contingente propio del mundo de lo fenomenológico, un obstáculo a la libertad que asoma en la esfera de un sujeto y en cuya esfera debe permanecer.<sup>172</sup> La moral y el Derecho son, pues, inmunes a los asaltos de la fortuna. Por consiguiente, no es de extrañar que KANT negara explícitamente la existencia de un presunto derecho jurídico de necesidad,<sup>173</sup> y afirmara con rotundidad que «no puede haber necesidad alguna que haga legal lo que es injusto».<sup>174</sup> Más bien, «forma parte del mismo concepto de libertad (externa) el que cada cual deba asumir la responsable o accidental extensión o limitación de sus propias posibilidades de acción».<sup>175</sup>

Frente a esta comprensión absolutamente formalizada del Derecho y las relaciones jurídicas define en cambio HEGEL la *Idea del Derecho* como «el concepto del derecho y su realización».<sup>176</sup> El Derecho es necesariamente algo más que la ausencia de coacción externa. «La configuración que se da el concepto en su realización es, para el conocimiento del concepto mismo, el

---

Los conceptos morales no se derivan de circunstancias fácticas, no pueden, pues, ser obtenidos a partir de la experiencia, sino que quedan establecidos de forma apriorística, a través de la razón. Al respecto, con detalle, vid. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 2011, p. 85; KERSTING, *ob. cit.*, pp. 3 y ss.

<sup>166</sup> Cfr. HÖFFE, *Eunomía*, (5), 2003, pp. 11 y ss.; GONZÁLEZ VICEN, en KANT, *Introducción a la teoría del Derecho*, 1997, p. 101; BIENFAIT, *Freiheit, Verantwortung*, 1999, pp. 66 y ss., p. 68; y NUSSBAUM, *La fragilidad del bien*, 2004, pp. 32 y s.

<sup>167</sup> Cfr. WACHTER, *Das Unrecht des versuchten Tat*, 2015, pp. 102 y s.

<sup>168</sup> Vid. PAWLIK, «Kant und das Pathos der Form», en BAHNERS/ROELLECKE (ed.), *Preußische Stile*, 2001, p. 209.

<sup>169</sup> Cfr. PAWLIK, en BAHNERS/ROELLECKE (ed.), *Preußische Stile*, 2001, p. 209.

<sup>170</sup> Vid. BIENFAIT, *Freiheit, Verantwortung*, 1999, pp. 66 y ss., 69 y s.

<sup>171</sup> Cfr. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1984, p. 98.

<sup>172</sup> Vid. KÜPER, *Immanuel Kant und das Brett des Karneades*, 1999, p. 11, con ulteriores referencias; EL MISMO, «„Es kann keine Not geben, welche, was unrecht ist, gesetzmäßig machte"», *FS-Wolff*, 1998, pp. 285 y s.

<sup>173</sup> Al respecto, con detalle, KÜPER, *Immanuel Kant und das Brett des Karneades*, 1999, pp. 1 y ss., *passim*; KÜHL, «Zu den rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstands», *FS-Lenckner*, 2008, pp. 143 y ss.; pp. 145 y ss.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 18 y ss.; o KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 282 y s.

<sup>174</sup> KANT, *La metafísica de las Costumbres*, 2012, Primera Parte, Introducción a la Doctrina del Derecho, § B, nm. 236; y EL MISMO, en *Teoría y Práctica*, 2006, pp. 40 y s.: «[t]ampoco puede darse en este caso algo así como un derecho de necesidad (*ius in casu necessitatis*), que por lo demás, en cuanto pretendido *derecho* a cometer *injusticia* en caso de necesidad extrema (física), es un absurdo». [cursiva en el original]. Y en general, sobre la incompatibilidad de la noción kantiana del Derecho con la concepción del Estado y del Derecho como instancias competentes para los *officia humanitatis* (deberes de humanidad o “solidaridad”), vid. por ejemplo, HÖFFE, *Eunomía*, (5), 2003, p. 13.

<sup>175</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 282.

<sup>176</sup> HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 1, p. 55.

momento esencial de la idea». <sup>177</sup> Es decir, para HEGEL «[e]l terreno del derecho es lo *espiritual*; su lugar más preciso y su punto de partida es la *voluntad*, que es libre, de modo tal que la libertad constituye su sustancia y determinación», <sup>178</sup> de manera que «el sistema del derecho es el reino de la libertad realizada», <sup>179</sup> «la existencia del concepto absoluto, de la libertad autoconsciente», <sup>180</sup> en resumen, «la libertad en cuanto idea». <sup>181</sup> En este escenario, el Derecho, <sup>182</sup> «es algo *sagrado* sólo porque es la existencia del concepto absoluto, de la libertad autoconsciente», no obstante, «el *formalismo* del derecho (y posteriormente del deber) surge de la diferencia en el desarrollo del concepto de libertad. Frente al derecho más formal, es decir *más abstracto* y por lo tanto más limitado, la esfera o estado del espíritu tiene un derecho más elevado, porque en ella el espíritu ha llevado a su determinación y convertido en realidad los momentos ulteriores incluidos en su idea, que resultan así *más concretos*, en sí mismos más ricos, y más verdaderamente universales». <sup>183</sup> Es decir, la libertad, como concepto lógico, está afectado de una formalidad y de una interioridad requeridas de exteriorización como naturaleza. <sup>184</sup>

HEGEL descompone analíticamente la idea de voluntad “en y por sí” en tres estadios de desarrollo: el primero, se corresponde con el desarrollo inmediato, «su concepto es por lo tanto abstracto: la *personalidad*, y su *existencia* es una cosa inmediata y exterior; es la esfera del *derecho formal* o *abstracto*»; <sup>185</sup> el segundo es la esfera de la moralidad, la voluntad que «se refleja en *sí misma* a partir de su existencia exterior y se determina como *individualidad subjetiva* frente a lo *universals*; y, finalmente, como tercer estadio del desarrollo de la idea de la voluntad, alude HEGEL a la *eticidad*, es decir, «la *unidad y verdad* de estos dos momentos abstractos; la idea pensada del bien, realizada en la *voluntad reflejada* en sí misma y en el *mundo exterior*, de manera tal que la libertad, en cuanto sustancia, existe como *realidad y necesidad* y al mismo tiempo como voluntad *subjetiva*; la *idea* en su existencia universal en y por sí; la *eticidad*». <sup>186</sup> La concepción *hegeliana* del Derecho asume la distinción fundamental de la filosofía práctica kantiana entre legalidad y moralidad, constituyéndola como elemento básico y fundamental de su filosofía, aunque completada por un tercer estadio, el de la *eticidad*. <sup>187</sup> Así las cosas, la realización de la idea de la libertad, en tanto que idea, ha de ser comprendida como un

<sup>177</sup> HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 1, p. 55.

<sup>178</sup> HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 4, p. 65.

<sup>179</sup> HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 4, p. 65.

<sup>180</sup> HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 30, p. 91.

<sup>181</sup> HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 29, p. 91.

<sup>182</sup> Cfr. SEELMANN, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion*, 1995, pp. 13 y s.; y MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pp. 207 y ss.

<sup>183</sup> HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 30, p. 92.

<sup>184</sup> Cfr. BIENFAIT, *Freiheit, Verantwortung*, 1999, pp. 80 y ss.; o con ulteriores referencias, PAWLIK, en BAHNERS/ROELLECKE (ed.), *Preußische Stile*, 2001, p. 209.

<sup>185</sup> HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 30, p. 92.

<sup>186</sup> HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 33, p. 95; EL MISMO, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, 1974, Tercera Parte: Filosofía del Espíritu, «División», § 487: «[e]l querer libre es: A. Primero inmediato y por tanto singular – la persona: la existencia que ésta da a su libertad es la propiedad. El derecho como tal es el derecho formal y abstracto; B. Reflejo en sí, de modo que tiene su existencia dentro de sí y por tal como es también determinado como particular, como el derecho del querer subjetivo- la moralidad, C. El querer sustancial como la realidad conforme a su contenido en el sujeto y totalidad de la necesidad, - la *eticidad* en la familia, en la sociedad civil y en el Estado».

<sup>187</sup> Así, RITTER, «Moralidad y *eticidad*. Sobre la confrontación de Hegel con la ética kantiana», en AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, 1989, pp. 143 y ss.

proceso divisible en tres momentos distintos: el derecho abstracto, la moralidad y la eticidad.<sup>188</sup> El derecho abstracto determina los límites que permiten dibujar el espacio individual, de tal manera que el contexto social, queda excluido. Al excluirse la universalidad, la determinación del individuo es necesariamente abstracta y la voluntad solo exterior. Se parte aquí, pues, de la individualidad libre que se realiza inmediatamente como *persona*.<sup>189</sup> La idea de la libertad es, como hiciera KANT, comprendida en la puridad e indeterminación del sujeto que se auto-legisla. La persona, pese a representar un carácter deficiente de la libertad, constituye aquí la base sobre la que es imaginable un concepto más rico y desarrollado, que vaya más allá del mero ejercicio de la libertad en relación con cualquier exterioridad apropiable. El Derecho se manifiesta en una mera separación de esferas de libertad, de modo que lo específico de ésta es, en este nivel, su carácter negativo, prescinde, pues, de toda particularidad.<sup>190</sup> «Este momento de la universalidad de la personalidad contiene, pues, la capacidad jurídica de todos los hombres, y por lo tanto, así se podría definir, la capacidad de cada uno para dotar de una existencia a la libertad».<sup>191</sup> El único deber imaginable es el de abstención, el de no quebrar la separación dada de esferas de libertad, en la fórmula hegeliana «sé una persona y respeta a los demás como persona».<sup>192</sup> El hombre, en tanto que persona, es titular de derechos y tiene tan solo el deber único de reconocer a otros hombres igualmente como titulares de derechos o, como lo formula ILTING, «la libertad de hacer lo que le plazca» siempre que no interfiera en las esferas de libertad ajenas.<sup>193</sup> Así las cosas, lo contingente no es procesado en el ámbito del Derecho abstracto, no se contempla, «no se consideran, pues, los intereses particulares —mi interés o mi provecho— ni tampoco la causa particular que haya determinado mi voluntad, mi conocimiento o mi finalidad».<sup>194</sup> «[D]ado que en la persona lo particular no existe aún como libertad, todo lo que pertenece a la particularidad es aquí *indiferente*».<sup>195</sup> Toda lesión del Derecho es, por definición, absoluta y, por lo tanto, necesariamente inconmensurable.<sup>196</sup>

Ahora bien, como señala QUANTE, la legalidad desde el punto de vista del derecho abstracto, no puede ser considerada para HEGEL como la determinación completa de la voluntad y de la idea del Derecho. Es decir, a diferencia de la doctrina *kantiana*, el Derecho o la idea de la

<sup>188</sup> Cfr. LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 116 y ss.; o MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pp. 209 a 221.

<sup>189</sup> HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 34, p. 101; y sobre el concepto de persona en Hegel, SEELMANN, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion*, 1995, pp. 17 y s.: «Person ist also das Subjekt, wenn man von allem, was es zum konkreten Subjekt macht, abstrahiert».

<sup>190</sup> Al respecto, vid. QUANTE, *El concepto de acción en Hegel*, 2010, pp. 27 y ss., p. 44.

<sup>191</sup> Vid. KLESZCZEWSKI, *Die Rolle der Strafe*, 1991, p. 46, y sobre el concepto de persona en la concepción hegeliana del Derecho, pp. 46 a 55. Sobre el “respeto al otro” como fundamento indispensable en el que se basa la convivencia humana en el planteamiento hegeliano, entre otros muchos, vid. BARTUSCHAT, «Zum Status des abstrakten Rechts in Hegels Rechtsphilosophie», *ZphlF*, (41), 1987, p. 31 y s.; SEELMANN, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion*, 1995, p. 14, n. 8; PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, p. 216; o PAWLIK, «Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática», *InDret*, (4), 2015, pp. 3 a 5.

<sup>192</sup> Cfr. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 36, p. 103.

<sup>193</sup> Cfr. ILTING, «La estructura de la «Filosofía del Derecho» de Hegel», en AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, 1989, pp. 69 y s. La libertad es vista así como algo más que una capacidad humana para actuar racionalmente, es ya un contenido digno de respeto (*Zweck an sich selbst*). Sobre esto mismo, vid. PEPPERZAK, «Los fundamentos de la ética según Hegel», AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, 1989, p. 114.

<sup>194</sup> Cfr. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 37, p. 104.

<sup>195</sup> Cfr. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 37, *Agregado*, p. 104.

<sup>196</sup> Cfr. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 96, pp. 157 y s.

libertad en su totalidad trasciende del ámbito del Derecho abstracto.<sup>197</sup> Aquí reside para muchos la diferencia básica del planteamiento de HEGEL con el liberalismo más tradicional,<sup>198</sup> al aceptar aquél que la libertad abstracta no lo es todo y que mantenerse en este nivel supondría ceder ante una insuficiente o envidiada comprensión de la idea básica de libertad.<sup>199</sup> Frente al derecho abstracto se levanta en el planteamiento de HEGEL la voluntad individual, «que se refleja *en sí misma* a partir de su existencia exterior y se determina como *individualidad subjetiva* frente a lo *universal* [...]».<sup>200</sup> Este segundo estadio del desarrollo de la idea de libertad se corresponde con la moralidad.<sup>201</sup> Lo esencial ya no es «la individualidad de la libertad en el puro ser por sí», la persona abstracta, sino un yo determinado, individualizado.<sup>202</sup> La “persona”, en su especialidad, es definida como un “sujeto”, definido a partir de sus propios fines y, por lo tanto, comprendida su libertad a partir de su voluntad especial y su capacidad subjetiva de autorrealización.<sup>203</sup> El “sujeto” es la “persona” en su especialidad, con anhelos e inclinaciones, y sujeto a la contingencia. «[E]l hombre *real*, con sus «pasiones» *es* también una persona razonable».<sup>204</sup> Su relación con una determinada cosa no se define a partir de un mero título de propiedad, sino que esa cosa adquiere por el contrario su propio valor en la medida en que resulta un instrumento idóneo al servicio de los propios fines de su titular.<sup>205</sup> «Yo soy *este* sujeto y no *ese*, mi voluntad tiene *este* contenido y no *ese*».<sup>206</sup>

Con todo ello reconoce HEGEL un auténtico derecho al propio *bienestar* físico y moral, en definitiva, un derecho al efectivo desarrollo autónomo en aprovechamiento de la libertad abstracta.<sup>207</sup> «El auténtico sustrato de la libertad es la voluntad particular misma. En la medida en que ésta constituye un momento esencial, tiene entonces alguien como tal un Derecho».<sup>208</sup> La persona, comprendida como sujeto, ya no solo tiene un derecho a no verse afectada en su esfera por injerencias externas, sino que se le reconoce un derecho particular a “encontrarse satisfecho” esto es, el “derecho de la *libertad subjetiva*”, que en palabras de HEGEL, «constituye el punto central y de transición en la diferencia entre la *antigüedad* y la época *moderna*».<sup>209</sup> «Del mismo modo, el derecho no es el bien sin el bienestar (el *fiat iustitia* no debe tener como

<sup>197</sup> Cfr. QUANTE, *El concepto de acción en Hegel*, 2010, pp. 31 y ss.

<sup>198</sup> Cfr. SABINE, «Hegel: dialéctica y nacionalismo», *Historia de la teoría política*, 3ª ed., 1965, pp. 478 y s.

<sup>199</sup> Así lo afirma VERMEL, en HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, p. 18; en idéntico sentido, vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 86 y ss.; y WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 128 y ss.

<sup>200</sup> HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 33, p. 95.

<sup>201</sup> Cfr. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 106, p. 106; y EL MISMO, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, 1974, Tercera Parte: Filosofía del Espíritu, «La Moralidad», § 503, «El individuo libre que en el derecho inmediato es solamente persona, es aquí determinado como sujeto —voluntad reflejada en sí—, de modo que la determinación de la voluntad, en general, existiendo en el individuo como suya propia, sea distinta de la existencia de la voluntad en una cosa externa. Siendo la determinación de la voluntad puesta así en lo interno, la voluntad es a la vez voluntad particular; y se tienen las ulteriores particularizaciones de ésta y sus relaciones entre sí».

<sup>202</sup> Vid. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 36, p. 103.

<sup>203</sup> Sobre el paso de la persona al sujeto en HEGEL, vid. QUANTE, *El concepto de acción en Hegel*, 2010, pp. 40 y ss.

<sup>204</sup> Cfr. LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, p. 77.

<sup>205</sup> Vid. LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, p. 117.

<sup>206</sup> Vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 86.

<sup>207</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 86 y ss.; WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 126 y ss.

<sup>208</sup> Vid. HEGEL, *Philosophie des Rechts*, 1983, p. 96: «Der eigentümliche Boden der Freiheit ist der besondere Wille selbst. Indem dieser wesentliche Moment ist, so hat er als solcher ein Recht».

<sup>209</sup> Cfr. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 124, p. 188.

consecuencia *pereat mundus*)». <sup>210</sup> En todo caso, esto último no supone para HEGEL una negación de la libertad abstracta, sino el reconocimiento de un segundo estadio en la configuración de la libertad auténtica. «Se ha determinado así un plano más elevado para la libertad; el lado de la *existencia* de la idea, su momento real, es ahora la *subjetividad* de la voluntad. Sólo en la voluntad, en cuanto subjetiva, pueden ser efectivamente reales la libertad y la voluntad existente en sí». <sup>211</sup> Así las cosas, reconoce HEGEL dos pretensiones en Derecho igualmente atendibles, el Derecho abstracto y el Derecho concreto o al propio bienestar. <sup>212</sup> El Derecho concreto viene a completar la noción abstracta del Derecho, no la revoca, pues la persona indeterminada no desaparece, ni se diluye la separación abstracta de esferas de libertad. <sup>213</sup>

Como se ha apuntado arriba, el proceso de desarrollo de la idea de la libertad, como tal, posee todavía un tercer estadio, el de la eticidad. La eticidad constituye en el planteamiento de HEGEL el principio de unidad en el que resulta posible la integración de los momentos parciales de la libertad. Es precisamente en el ámbito de la eticidad en donde las pretensiones de Derecho abstracto y concreto, previamente formuladas pero todavía no definitivas, se tornan efectivas, como formas objetivizadas de la libertad real. «La eticidad es la *idea de la libertad* como bien viviente», esto es, «[e]s el *concepto de la libertad que ha devenido mundo existente y naturaleza de la autoconciencia*». <sup>214</sup> Al igual que la idea de libertad, la eticidad se compone a su vez de tres momentos: <sup>215</sup> “la familia”, como espíritu ético inmediato o natural; <sup>216</sup> la “sociedad civil”, <sup>217</sup> unión de los miembros como individuos independientes en una universalidad y, finalmente, el Estado, <sup>218</sup> fin y realidad de la universalidad sustancia y de la vida pública dedicada a ella, esto es, “realidad efectiva de la libertad concreta”. <sup>219</sup> Con ello, la moralidad se desliga de la limitación a los deberes de la libertad interna y queda vinculada a estas

---

<sup>210</sup> Cfr. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 130.

<sup>211</sup> HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 106, p. 171.

<sup>212</sup> Se trata, pues, de dos elementos parciales de la compleja idea de libertad que no guardan una relación de exclusión, sino que completan la idea del Derecho y de la libertad. Ello, claro está, implica al mismo tiempo el reconocimiento de la posibilidad de que ambos momentos de la compleja idea de libertad entren en colisión. Es más, así es precisamente como comprendería HEGEL las situaciones de estado de necesidad (agresivo) justificante. Al respecto, fundamental, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 87 y s., 89 y ss.; y asimismo, WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 136 y ss.; o PERDOMO-TORRES, *Die Duldungspflicht*, 2011, pp. 19 y ss.

<sup>213</sup> Lo afirma así, KLESCZWEWSKI, *Die Rolle der Strafe*, 1991, p. 47.

<sup>214</sup> Vid. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 142, p. 227; y EL MISMO, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, 1974, Tercera Parte: Filosofía del Espíritu, «La Eticidad», § 513: «La eticidad es la realización del espíritu objetivo, la verdad del mismo espíritu subjetivo y objetivo; [...] Suprimidas estas unilateralidades, la libertad subjetiva se hace el querer racional universal en sí y por sí; el cual tiene su saber de sí y su disposición de ánimo en la conciencia de la subjetividad individual, pero su actuación y su realidad inmediata y universal en la costumbre, en el *ethos*, por lo que es libertad consciente de sí, hecha naturaleza». Sobre ello, con detalle, fundamental, BARUSCHAT, *ZphilF*, (41), 1987, p. 20 y s.

<sup>215</sup> Cfr. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 157, p. 236; EL MISMO, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, 1974, Tercera Parte: Filosofía del Espíritu, «La Eticidad», § 517.

<sup>216</sup> Sobre la institución familiar en el pensamiento hegeliano, por ejemplo, vid. PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante*, 2001, pp. 118 y ss., con ulteriores referencias doctrinales.

<sup>217</sup> Sobre el concepto de sociedad civil en HEGEL, vid. RIEDEL, «El concepto de la «sociedad civil» en Hegel y el problema de su origen histórico», en AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, 1989, pp. 195 y ss.

<sup>218</sup> Con detalle, PELCZYNSKI, «La concepción hegeliana del Estado», en AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, 1989, pp. 249 y ss.

<sup>219</sup> Cfr. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 260, p. 325.

instituciones como su verdadera realidad,<sup>220</sup> la voluntad deja así de estar encerrada en la subjetividad autorreferente para determinarse en su objetividad. Desde entonces, la libertad solo puede ser pensada en su realización en la sociedad y las instituciones, las cuales constituyen el único campo en el que la voluntad puede desarrollarse.<sup>221</sup> En la medida en que estas relaciones sociales, «que no se han creado por sus decisiones libres y que están siempre dadas de antemano a toda realización del derecho racional individualista, la doctrina del derecho y de la moral obtienen, según la concepción de HEGEL, su significación y validez reales solamente en el contexto de la doctrina de las instituciones y comunidades».<sup>222</sup> Es decir, partiendo del parcial momento de la libertad abstracta, la determinación de la libertad auténtica ni puede efectuarse al margen de la contingencia, ni puede llevarse a cabo al margen del contexto social.<sup>223</sup> «Voluntad (*Wille*) sin libertad es una palabra vacía, del mismo modo que solo la libertad como libertad no es real, sino que ésta solo es en tanto que voluntad, como sujeto».<sup>224</sup> La libertad abstracta, como tal, es insuficiente, pues de nada sirve aquélla si no encuentra su reflejo en el mundo real, de nada le sirve al agente una libertad abstracta que no vaya acompañada de la posibilidad efectiva de valerse de aquella para autorrealizarse. Por lo tanto, «no hay nada como una pura libertad individual».<sup>225</sup> Ni tampoco hay nada como una libertad descontextualizada.<sup>226</sup>

Así las cosas, la auténtica autolegislación precisa, por un lado, de un desarrollo personal que solo puede tener lugar en el contexto social, y por el otro, de unas condiciones materiales básicas que permitan efectivamente una autorrealización racional.<sup>227</sup> Y es a partir de aquí desde donde logra HEGEL explicar o fundamentar, además de la institución familiar y la sociedad civil,<sup>228</sup> la misma noción de Estado,<sup>229</sup> como “la realidad de la libertad concreta”, esto es, como garante irrenunciable de los intereses existenciales o derechos fundamentales de los

---

<sup>220</sup> RITTER, en AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la filosofía del Derecho de Hegel*, 1989, pp. 152 y s.

<sup>221</sup> Cfr. VERMAL, en HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, p. 15. Así las cosas, el Derecho abstracto y el Derecho al bienestar se presentan como una ficción metódica, no solo en atención a la parcialidad de la pretensión de derecho que elevan, sino también por el hecho de que en su parcialidad se oculta que tanto la persona autónoma de la doctrina del derecho, como el sujeto moral se encuentran en sus situaciones vitales en relaciones sociales múltiples. Al respecto, vid. ILTING, en AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, 1989, p. 79.

<sup>222</sup> Vid. ILTING, en AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, 1989, p. 79

<sup>223</sup> Cfr. PIPPIN, *Hegel's Practical Philosophy*, 2008, pp. 92 y ss. El valor moral no puede sustraerse del mundo real o, en otras palabras, la autodeterminación no puede quedar desapegada al mundo. Así pues, la libertad como idea es la unidad de lo general y abstracto con lo particular, de la razón con los deseos e inclinaciones, es la unidad de lo querido y lo pensado. Así, vid. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, pp. 29 y ss.

<sup>224</sup> Vid. HEGEL, *Vorlesung 1824/25*, 1974, p. 102: «Wille ohne Freiheit ist ein leeres Wort, ebenso wie nur Freiheit als Freiheit nicht wirklich ist, sondern sie ist nur als Wille, als Subjekt».

<sup>225</sup> Cfr. WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, p. 131.

<sup>226</sup> La libertad en su totalidad, precisa necesariamente de unas condiciones solo disponibles en un contexto social. En este sentido, con ulteriores citas, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 167; WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, p. 131.

<sup>227</sup> Cfr. WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, p. 132, n. 425.

<sup>228</sup> Sobre la familia, la sociedad civil y el Estado como “totalidades éticas”, vid. PEPPERZAK, en AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, 1989, pp. 116 y ss.; RITTER, en AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, 1989, pp. 152 y ss.

<sup>229</sup> Al respecto, con detalle, ILTING, en AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, 1989, pp. 79 y ss.

ciudadanos.<sup>230</sup> «En el estado, la libertad negativa de la voluntad individual es sustituida por la “libertad real” de la ciudadanía».<sup>231</sup> Las instituciones, en cuanto “racionalidad desarrollada y realizada” son, pues, los pilares de la libertad pública y, por eso, “la base firme del Estado”.<sup>232</sup> En éste se realiza la “libertad concreta”, que consiste en esencia «en que la individualidad personal y sus intereses particulares, por un lado, tengan su total *desarrollo* y el *reconocimiento de su derecho* (en el sistema de la familia y la sociedad civil), y por otro se conviertan por sí mismos en interés de lo universal, al que reconozcan con su saber y su voluntad como su propio *espíritu sustancial* y tomen como fin último de su *actividad*».<sup>233</sup> El mundo de las instituciones es, pues, el mundo de lo real, «pues en ellas se realiza y alcanza un carácter racional la libertad particular, con lo que tiene lugar *en sí* la unión de libertad y necesidad».<sup>234</sup> Lo social es la única totalidad realmente existente en que tienen vida los momentos anteriores y el auténtico espacio donde se realizan las exigencias de libertad de los estadios previos, los cuales, a su vez, constituyen las condiciones mínimas que no pueden ser transgredidas por la totalidad social.<sup>235</sup>

Con todo ello, habría tratado HEGEL de superar la concepción kantiana del Derecho en dos aspectos esenciales para lo que ahora nos importa. Sin abandonar la noción de Derecho abstracto como punto de partida en la configuración de un sistema jurídico liberal, procede HEGEL a completar la noción de Derecho a partir del reconocimiento de dos momentos o estadios ulteriores de la compleja idea de libertad. Por un lado, el advertir la relevancia de lo contingente para la autorrealización libre le llevaría a reconocer un auténtico Derecho al propio bienestar, esencia de la moralidad. Por el otro, la imposibilidad de concebir a un ser humano libre al margen de todo contexto social le lleva a vincular la realización de la libertad abstracta y concreta a un contexto institucional, en el que lo concreto adquiere realidad, y en el que el Estado se levanta como el principal garante de las pretensiones abstractas y concretas de libertad de sus ciudadanos. «El derecho abstracto, la moralidad y la eticidad son las esferas en las que se exponen respectivamente las condiciones formales necesarias para la existencia de la libertad, el papel constitutivo que queda entonces reservado a la moralidad subjetiva, y la realización efectiva de la libertad en el seno de la familia, la sociedad civil y el estado».<sup>236</sup> Éste último, en especial, se levanta como el garante de la conciliación de estas dos nociones del derecho, el derecho abstracto y el derecho al bienestar,<sup>237</sup> pues solo en el marco de aquél se combinan la eticidad institucional e individual y la razón objetiva junto con la comprensión subjetiva son reconocidas y cumplidas.<sup>238</sup>

---

<sup>230</sup> Vid. PAWLIK, «Hegel y la racionalidad de lo real», en EL MISMO, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 26.

<sup>231</sup> Cfr. SABINE, *Historia de la teoría política*, 3ª ed., 1965, p. 479, y sobre el estado y la sociedad civil en el planteamiento hegeliano, con detalle, pp. 481 y ss.

<sup>232</sup> Vid. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 265, p. 331.

<sup>233</sup> Cfr. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 260, p. 325.

<sup>234</sup> Cfr. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, § 265, p. 331.

<sup>235</sup> Cfr. VERMÄL, en HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, p. 24.

<sup>236</sup> Cfr. VERMÄL, en HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1988, p. 16.

<sup>237</sup> Sobre la fundamentación del Estado hegeliano, vid., con ulteriores referencias a la doctrina PAWLIK, en EL MISMO, *La libertad institucionalizada*, 2010, pp. 28 y s.; EL MISMO, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 89, pp. 111 y s.

<sup>238</sup> Cfr. LÜBBE-WOLFF, «Die Sittlichkeit in der bürgerlichen Gesellschaft: Hegels Wegweisung durch das Nadelöhr», *ARSP*, (68), 1982, p. 245; PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante*, 2001, pp. 115 y ss.



El Estado no es visto como un mal, como un obstáculo a la libertad, sino como la libertad realizada, aquél no es garantía de una cínica declaración abstracta de no injerencia, sino posibilitador de la libertad concreta y real.<sup>239</sup> Así pues, los tres momentos esenciales de la idea de libertad se presentan como un desarrollo gradual, en el que todas las partes que se toman en él son precisamente eso, elemento de una idea más compleja, en el inmanente diferenciarse del concepto mismo.<sup>240</sup> El comienzo, pues, no es algo que quede atrás, no desaparece, sino que se supera en el todo en que está, lo superado es al mismo tiempo conservado.<sup>241</sup>

## **2.2. Autonomía y solidaridad como principios cardinales del Ordenamiento jurídico-penal**

### **a) El Derecho Penal como herramienta de compatibilización de esferas de libertad**

En este breve esbozo de la concepción hegeliana del Derecho es posible vislumbrar tanto los pilares esenciales de nuestra actual comprensión del sistema de normas penales, como las razones últimas que deberían vertebrar un sistema de resolución de los conflictos entre razones de obligación. Sentado todo lo anterior es posible afirmar ahora que, en esencia, el fin primordial del Ordenamiento jurídico-penal reside en posibilitar la libre autodeterminación de los ciudadanos en el marco de una comunidad jurídica. El Derecho se legitima como instrumento coactivo por su idoneidad para garantizar las condiciones mínimas necesarias para que los ciudadanos de un concreto Estado puedan determinar sus planes de vida de manera efectivamente autónoma.<sup>242</sup> O como lo ha expresado en los últimos tiempos ROBLES PLANAS, «[e]l núcleo esencial de las expectativas recíprocas individuales se construye sobre el presupuesto de la autonomía. Y es la autonomía —mejor dicho: la compatibilización de todas las esferas autónomas— la que sostiene la ley general (en sentido kantiano)».<sup>243</sup> Esto es, el Derecho trata de garantizar la libertad personal de los ciudadanos y lo hace, en el caso del Derecho penal, a través de la pena, como reacción frente a las negaciones imputables del Derecho más graves y, por lo tanto, como reacción frente a un cuestionamiento imputable

---

<sup>239</sup> Cfr. ILTING, en AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, 1989, p. 83. Y al respecto, vid. también PAWLIK, en BAHNERS/ROELLECKE (ed.), *Preußische Stile*, 2001, pp. 211 y ss.

<sup>240</sup> Cfr. RITTER, en AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, 1989, p. 146.

<sup>241</sup> Cfr. RITTER, en AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, 1989, p. 146.

<sup>242</sup> *Pars pro toto*, vid. KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 9 y ss., 28 y s.; EL MISMO, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 67 y ss.; E. A. WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, pp. 71 y s., n. 64; EL MISMO, «Das neue Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität», *ZStW*, (97), 1985, p. 786; NAUCKE, *AT*, 10ª ed., 2002, § 6, nm. 63 y ss.; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten*, 1999, pp. 5 y ss.; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 101 y s., p. 174; KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, pp. 175 y ss.; MURMANN, *Grundkurs*, 2ª ed., § 3, nm. 2; y s.; ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al Derecho penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 35, pp. 37 y s.; WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 34 y s.; o WACHTER, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 2015, pp. 100 y ss. Además, sobre las distintas nociones de libertad relevantes en la discusión jurídico-penal, con detalle, vid. SÁNCHEZ-OSTIZ GUITÉRREZ, «La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?», *InDret*, (1), 2014, pp. 3 y ss., defendiendo igualmente una relación necesaria entre libertad y Derecho, en p. 8, n. 12.

<sup>243</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 35; o recientemente, WACHTER, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 2015, pp. 102 y s.

especialmente relevante de esas condiciones mínimas esenciales para la libertad.<sup>244</sup> «El Derecho, especialmente el Derecho penal, tiene, pues, como tarea principal, como preocupación, asegurar que todo el mundo pueda gobernar su vida conforme a su propia comprensión. Es cierto que el Estado y su Derecho penal no pueden garantizar a cada individuo una vida plena. [...]. De lo que sí es capaz el Derecho penal es de lo siguiente: posibilitar que el individuo, evidentemente, bajo la condición de la estricta reciprocidad, configure libre de un miedo paralizante y de una heterodeterminación aplastante su propia existencia».<sup>245</sup> Se trata, en definitiva, de garantizar la “imposición del dominio de la normalidad”, esto es, de asegurar un estado tal en el que «las condiciones para la felicidad humana, para el desarrollo personal y la autorrealización ética se convierten en algo obvio y poco llamativo, en el que la violencia está proscrita del ámbito inter-personal, existe una confianza en el futuro, las expectativas ganan estabilidad como directrices de conducta y domina la fiabilidad mutua».<sup>246</sup> *Sensu contrario*, la misión última del Derecho no se corresponde primariamente con la optimización de intereses o bienes jurídicos desde una perspectiva colectiva,<sup>247</sup> es decir, su tarea última es algo más modesta, garantizar un estado de libertad mínimo tal que permita al ciudadano la autorrealización conforme a sus propios fines.<sup>248</sup> El Ordenamiento jurídico-penal no es un orden de aseguramiento de bienes, sino de delimitación de esferas de libertad en perpetuo conflicto.

## b) La armonización negativa de esferas de libertad

«Normalmente se dice que soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad».<sup>249</sup> Con Isaiah BERLIN, cabe afirmar que, en primer lugar, el pretendido estatus duradero de libertad requiere que cada ciudadano pueda confiar en no verse afectado por las injerencias de terceros en la esfera jurídica que soberanamente

---

<sup>244</sup> Sobre la relación necesaria entre Derecho y libertad, con detalle, PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten*, 1999, pp. 5 y ss.; y KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, p. 171.

<sup>245</sup> Vid., PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 101; y en el mismo sentido, WACHTER, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 2015, pp. 102, 106.

<sup>246</sup> Cfr. KERSTING, *Politik und Recht*, 2000, p. 128.

<sup>247</sup> Cfr. HOFELD, *Tun und Unterlassen*, 2007, p. 61. La tesis defendida por algunos utilitaristas, HOFELD cita a Peter SINGER, según la cual los derechos se definen como intereses dignos *per se* de protección, sería desde una óptica dogmático-jurídica inaceptable. Con razón afirma HOFELD que los «derechos no definen la relación con una cosa o con un objeto abstracto como “la vida” o la “integridad corporal”, sino que se refieren exclusivamente a la relación entre personas». Esta segunda tesis, así HOFELD, sería la mayoritaria entre los juristas germánicos y anglosajones. En todo caso, lo anterior no significa que la noción de bien jurídico pueda o deba ser expulsada del aparato jurídico-conceptual propio del Derecho penal. Sobre el papel del bien jurídico en el marco de una comprensión formal de los conflictos jurídicos, con detalle, vid *infra*, apdo. III, 3.3.

<sup>248</sup> Cfr. ALTENHAIN, *Das Anschlussdelikt*, 2002, pp. 295 y ss.; en este sentido, RENZIKOWSKI, «Pflichten und Rechte — Rechtsverhältnis und Zurechnung», *GA*, 2007, pp. 566 y s.; RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, p. 24, y, en un sentido parecido, vid. JAKOBS, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipienendenken», *ZStW*, (107), 1995, pp. 845 y ss.; EL MISMO, «Recht und Gut — Versuch einer strafrechtlichen Begriffsbildung», *FS-Frisch*, 2013, pp. 87 y ss.; HOFELD, *Tun und Unterlassen*, 2007, pp. 60 y s.; o E. A. WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, p. 42. Y mucho antes, en este mismo sentido, cfr. NEUBECKER, *Zwang und Notstand*, 1910, p. 318.

<sup>249</sup> Cfr. BERLIN, *Dos conceptos de libertad*, 2005, p. 47.

administra.<sup>250</sup> Una cohonestación justa de esferas de libertad pasa ineludiblemente por elevar el principio de autonomía a la categoría de principio rector fundamental de todo el Ordenamiento jurídico.<sup>251</sup> «La norma básica que rige el comportamiento entre humanos es el mandato que obliga a respetar al otro por principio como un igual en sus derechos, un mandato dirigido al reconocimiento del otro como un ser autorresponsable en su propio ámbito».<sup>252</sup> El Derecho asume, pues, como primera misión la garantía a cada persona de una esfera en la que pueda libremente organizarse, estableciendo una nítida e inquebrantable separación de esferas. Éstas son atribuidas o reconocidas de forma privativa a cada ciudadano, quien administra de forma soberana su propia esfera.<sup>253</sup> «El Derecho determina la libertad del individuo de forma relativa en relación con la libertad de todos los otros y asegura a través de la coacción recíproca los espacios de libertad individuales enfrentados».<sup>254</sup>

Para lograr dicha delimitación de esferas, «[e]l primer deber que la justicia impone es el de no causar daño a nadie [...]»,<sup>255</sup> o lo que es lo mismo, la condición básica esencial de un sistema jurídico es que cada persona sea hecha responsable de que no se deriven de su propia esfera menoscabos para los intereses jurídicamente garantizados del resto de ciudadanos.<sup>256</sup> El fundamento de esta regla elemental de comportamiento reside en la institución social básica, el sinalagma libertad de organización-responsabilidad por las consecuencias,<sup>257</sup> institución que se plasma en una prohibición general de injerirse en esferas jurídicas ajenas (*neminem laedere*), en un deber puramente negativo o de respeto intersubjetivo.<sup>258</sup> «La responsabilidad es »la

---

<sup>250</sup> Cfr. BERLIN, *Dos conceptos de libertad*, 2005, pp. 47 y ss.; LÜBBE, *Verantwortung*, 1998, pp. 69 y ss.; o HOBFFELD, *Tun und Unterlassen*, 2007, p. 65: «Eine recht-basierte Ethik ist so eng mit dem Konzept individueller Freiheit verknüpft, dass ein Verzicht auf die Rechte des *status negativus* den Kern der Theorie aufgeben müsste».

<sup>251</sup> Sustentando la elevación de la noción de autonomía a principio rector del Ordenamiento con base en la Constitución española y nuestro Derecho positivo, vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 43 y ss. Así, ya antes, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 181: «[e]n efecto, la ideología liberal-individualista parte del principio de libertad de acción del ciudadano. Ésta aparece limitada sólo por la obligación de no atacar las posiciones de interés de los demás»; PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, p. 215; y en los últimos tiempos, ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios jurídicos de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 43 y ss., 121 y ss. Además, sobre la distinción entre deberes negativos y positivos desde la óptica constitucional, vid. HOBFFELD, *Tun und Unterlassen*, 2007, pp. 62 y ss.

<sup>252</sup> Cfr. STRATENWERTH, «Prinzipien der Rechtfertigung», *ZStW*, (68), 1956, p. 44; en idéntico sentido, vid. además, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 174; «Las competencias del ciudadano», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *El injusto del ciudadano*, 2016, en prensa.

<sup>253</sup> Cfr. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, 2006, pp. 42 y ss. En este mismo sentido, desde una óptica constitucional, vid. por ejemplo ISENSEE, «Nachwort», en EL MISMO, *Solidarität in Knappheit*, 1998, pp. 136 y s.

<sup>254</sup> Vid. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1984, p. 89: «Das Recht bestimmt die Freiheit des einzelnen relativ zu der Freiheit aller anderen und sichert durch den wechselseitigen Zwang die individuellen Freiheitsräume gegeneinander».

<sup>255</sup> Cfr. CICERÓN, *Tratado de los deberes*, 1975, Libro I, 7 y 28.

<sup>256</sup> Cfr. HRUSCHKA, *AT*, 2ª ed., 1988, p. 111; y en la discusión filosófica, LÜBBE, *Verantwortung*, 1998, pp. 69 y s.

<sup>257</sup> Señala JAKOBS que ninguna sociedad podría subsistir sin una institución como ésta, es decir, sin vincular las consecuencias de los actos libres a quien los lleva a cabo. Vid. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 83. En este mismo sentido, cfr. MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pp. 253 y s.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 47, 53 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)», *LH-González-Cuellar García*, 2006, pp. 420 y s.; y ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 58; EL MISMO, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 145; o KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, p. 175.

<sup>258</sup> Cfr. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 83; SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2002, pp. 83 y ss.; MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pp. 253 y s.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 174 y ss.; KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, pp. 173 y ss.; ROBLES PLANAS, «Deberes

contracara de« y el »precio para« la libertad»,<sup>259</sup> o como lo expresara BALDÓ LAVILLA, «la libertad organizativa en la propia esfera se torna en responsabilidad cuando es ésta el origen de peligros para la libertad organizativa de otros sujetos igualmente legitimados a su desarrollo». <sup>260</sup> Este enlace normativo estable entre consecuencias y actos es sencillamente la condición funcional esencial para poder hablar de una distribución estable de ámbitos de auténtica autonomía,<sup>261</sup> además de un mandato esencial de reciprocidad. Nadie puede pretender la administración con derecho de exclusión de una propia esfera sin asumir una prohibición de injerencia en las esferas de los demás.<sup>262</sup> Esto rige, claro está, también ante la desgracia. Como señala VON THUR, en un ordenamiento jurídico liberal, aquel sujeto sobre el que se cierne una amenaza es el primariamente llamado a soportarla (*casum sentit dominus*).<sup>263</sup> Visto así, los miembros de una comunidad jurídica se deberían únicamente “co-humanidad negativa” (*negative Mitmenschlichkeit*), pues, en la medida en que el Derecho opera limitando la libertad externa de cada persona, se abstrae de cualquier posible contingencia fruto del concreto uso de esa libertad.<sup>264</sup> «Entiendo por ser libre, en este sentido, no ser importunado por otros. Cuanto mayor sea el espacio de no interferencia mayor será mi libertad». <sup>265</sup> El Derecho es en este sentido completamente inmune a los asaltos de la fortuna, «cada uno es el guardián natural de su propia salud»,<sup>266</sup> de modo que aquél «queda reducido a lo que Lassalle describió con desdén como funciones propias de un sereno o de un guardia de tráfico». <sup>267</sup> Lo único que se exige es la no lesión de la libertad abstracta ajena (*ne pacem turbent*), pero nada más, cualquier prestación positiva se muestra como jurídicamente supererogatoria. «La coacción implica la interferencia deliberada de otros seres humanos dentro de un espacio en el que si ésta no se diera yo actuaría. Sólo se carece de libertad política cuando son seres humanos los que me impiden alcanzar un fin». <sup>268</sup>

Este principio general de separación de esferas jurídicas presenta a su vez una naturaleza dual.<sup>269</sup> En un primer momento este deber negativo general se plasma en la prohibición de

---

negativos y positivos en Derecho penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 107 y s.; o LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión*, 2002, p. 55.

<sup>259</sup> Cfr. PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten*, 1999, p. 132; y posteriormente, EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 178 y s.

<sup>260</sup> Vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 53.

<sup>261</sup> Sobre la vinculación funcional entre la atribución por las consecuencias y la distribución normativa de ámbitos de autonomía, recientemente, WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 95 y ss.

<sup>262</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 282; y posteriormente, IWANGOFF, *Die Duldungspflichten im rechtfertigenden Notstand*, 2009, p. 30.

<sup>263</sup> Cfr. VON THUR, *Der Nothstand im Civilrecht*, 1888, p. 75. Sobre el principio del *casum sentit dominus*, con detalle, vid. Cap. 4, apdo. II, 4.

<sup>264</sup> Cfr., PAWLIK, «Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur», *GA*, 1995, pp. 360 a 370, p. 360; EL MISMO, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 14.

<sup>265</sup> Vid. BERLIN, *Dos conceptos de libertad*, 2005, p. 49.

<sup>266</sup> Cfr. J. S. MILL, *Sobre la libertad*, 2001, p. 72.

<sup>267</sup> Vid. BERLIN, *Dos conceptos de libertad*, 2005, p. 54.

<sup>268</sup> Cfr. BERLIN, *Dos conceptos de libertad*, 2005, p. 48: «[l]a impotencia para alcanzar un fin no indica falta de libertad política».

<sup>269</sup> Al respecto, fundamental, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 29/29 y ss. Además, vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 53 y ss.; o PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 215 y ss.

injerirse activamente en esferas jurídicas ajenas.<sup>270</sup> Dicha prohibición no es más que la consecuencia necesaria del principio de libertad organizativa, pues ambas nociones guardan una relación sinalagmática, son “dos caras de una misma moneda”.<sup>271</sup> Sin embargo, es importante destacar que con la prohibición de injerirse activamente en esferas ajenas no se describe por completo el sistema de separación de esferas organizativas.<sup>272</sup> El deber negativo general obliga además al titular de la esfera de donde responsablemente emanan *outputs* lesivos para terceros a que adopte las medidas necesarias para que no se materialicen finalmente en el resultado lesivo esperado.<sup>273</sup> «La responsabilidad del autor no conlleva únicamente la mera evitación de colisiones desencadenantes de daños, sino la total protección de esferas jurídicas ajenas frente a lesiones imputables».<sup>274</sup> Aquí, el deber negativo cristaliza en un deber de neutralización del riesgo, que mantiene su vigencia en la medida en que sea posible la interrupción del curso lesivo que emana de una fuente de peligro situada en la propia esfera. «El deber de actuar no es aquí ningún deber originario, sino que adquiere su fuerza normativa ya en virtud de los derechos de defensa de la víctima».<sup>275</sup> Con carácter general, este deber de neutralizar riesgos surge tras una organización previa de la propia esfera defectuosa, de modo que el cumplimiento del deber negativo general exige en ese caso la conjura de los riesgos de lesión para terceros fruto de un actuar precedente contrario a Derecho.<sup>276</sup> Por otro lado, junto con la injerencia, el acto de asunción real de la contención de concretos riesgos, aunque éstos no emanen de la propia esfera, determina igualmente la concreción del deber de neutralización de riesgos en un deber de salvaguarda.<sup>277</sup>

Con todo ello, el Ordenamiento jurídico garantiza el principio de autonomía comprendido en un sentido eminentemente formal, individual y de carácter neutral.<sup>278</sup> Se protegen esencialmente derechos formales, básicamente, un derecho absoluto a no ser molestado en el ámbito de la propia esfera. Ésta queda, en esencia, delimitada a través de las reglas del

---

<sup>270</sup> Por ejemplo, vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 53; o ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, 2013, p. 34, señalando que desde una óptica teórico-liberal, el Derecho penal queda caracterizado por la prohibición de infligir daños graves a otros.

<sup>271</sup> Vid., PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 180 y ss.

<sup>272</sup> Así, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 7/59 y ss.; HOFELD, *Tun und Unterlassen*, 2007, pp. 67 y s.; o PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 180 y ss.

<sup>273</sup> Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 364; JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 83; PAWLIK, «Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils: Bemerkungen zur Lehre von den Garantienpflichten», *FJ-Roxin*, 2001, pp. 939 y ss.; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 180 y s.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 53; SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2002, pp. 83 y ss., 108 y ss.; PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 218 y ss., p. 217; PEÑARANDA RAMOS, *LH-González-Cuellar García*, 2006, pp. 420 y s.; ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 105 y ss.; KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, p. 175.

<sup>274</sup> Vid., PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 184.

<sup>275</sup> Cfr. HOFELD, *Tun und Unterlassen*, 2007, p. 68.

<sup>276</sup> Al respecto, vid. ahora solo PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 182 y s.

<sup>277</sup> En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 427, pp. 428 y ss.; pp. 471 y s.; PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, 1974, p. 153; o PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 223 y ss., p. 224: «[q]uien asume el control de esos riesgos *debe* compensar, con sus propias aportaciones, la disminución de las medidas de protección por parte de la organización ajena» [cursiva en el original]. Debe quedar ya aquí apuntado que el fundamento del deber, en este caso negativo, no determina la intensidad específica de la obligación, es decir, no todo deber negativo adquiere el rango de deber de garante. El fundamento del deber y su especie o intensidad normativa son cuestiones distintas, sin que sea posible establecer relaciones fijas entre el fundamento de la obligación y su intensidad normativa. Cfr. *infra*, apdo. IV, 2.

<sup>278</sup> En este sentido, con detalle, WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 36 y ss.

Derecho privado que atribuyen o reconocen al sujeto individual derechos subjetivos.<sup>279</sup> Dicho carácter formal, además, supone que la determinación de la antijuridicidad o conformidad a Derecho de una acción no dependa primariamente de las consecuencias de la acción en cuestión, sino de la regla que determina la relación normativa entre las esferas implicadas.<sup>280</sup> El visor principal de las relaciones entre personas en Derecho es, pues, eminentemente formal. En segundo lugar, la atribución de derechos subjetivos en virtud del principio de autonomía tiene siempre carácter particular o individual.<sup>281</sup> Las esferas jurídicas se atribuyen a ciudadanos individuales, sin que quepa la construcción de macro-sujetos formados por la agregación de particulares con pretensiones equivalentes a los derechos subjetivos.<sup>282</sup> Y finalmente, en tercer lugar, adviértase que el principio de autonomía presenta, así comprendido, un carácter eminentemente neutral, el Derecho garantiza un ámbito en el que cada sujeto pueda de manera libre auto-realizarse, pero sin dirigir o influir en modo alguno la decisión acerca del camino que cada agente desea libremente tomar.<sup>283</sup> O en palabras de J. S. MILL, «la única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro camino propio, en tanto no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse por conseguirlo».<sup>284</sup>

### c) La armonización positiva de esferas de libertad

¿Qué es la libertad para aquellos que no pueden utilizarla? Sin condiciones adecuadas para disfrutar la libertad, ¿cuál es su valor?». <sup>285</sup> Resulta hoy prácticamente inimaginable un sistema jurídico liberal que no asuma como primera función la delimitación negativa de esferas de libertad. Sin embargo, esta circunscripción puramente negativa, si de un Ordenamiento jurídico “auténticamente” liberal se trata, no resulta suficiente.<sup>286</sup> «El ordenamiento jurídico individualista no puede ser implementado de manera estricta. El principio «neminem laede»

---

<sup>279</sup> Al respecto fundamental, RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 168 y ss.; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 54 y s., 81 a 83; HOBFELD, *Tun und Unterlassen*, 2007, pp. 65 y ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 145 a 151 y WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, p. 37.

<sup>280</sup> Cfr. WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, p. 38.

<sup>281</sup> Sobre el principio del “individualismo normativo” y su fundamento, con detalle, VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 38 y ss., pp. 46 y ss.

<sup>282</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 39.

<sup>283</sup> Cfr. WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, p. 39.

<sup>284</sup> Cfr. J. S. MILL, *Sobre la libertad*, 2001, p. 72.

<sup>285</sup> Cfr. BERLIN, *Dos conceptos de libertad*, 2005, p. 51.

<sup>286</sup> La relación entre los dos momentos esenciales del concepto de libertad, el negativo y el positivo, es un *topos* clásico de la discusión filosófica y jurídica. Una breve pero muy ilustrativa aproximación al problema la ofrece BERLIN, *Dos conceptos de libertad*, 2005, *passim*. Un análisis histórico de la relación entre los deberes negativos y positivos en el marco de la tradición liberal puede leerse en SMITH, *Liberalism and Affirmative Obligation*, 1998, pp. 3 y ss. Sobre las insuficiencias de un Derecho que garantiza solo el momento negativo de la libertad, vid. ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*, 5ª ed., 1997, pp. 38 y s.; y HOBFELD, *Tun und Unterlassen*, 2007, pp. 62 y ss. Y como en el texto, en la doctrina penal, poniendo de relieve el carácter necesario pero no suficiente del elemento negativo de la libertad, vid. por ejemplo, VON THUR, *Der Nothstand im Civilrecht*, 1888, p. 75; HRUSCHKA, *AT*, 2ª ed., 1988, p. 112; JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 83 y ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 y ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 63 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1010 y ss.; PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, p. 235, pp. 236 y ss.; ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 38 y s.; o KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, pp. 176 y s.; y en la discusión filosófica contemporánea, en este mismo sentido, por ejemplo, HÖFFE, *Eunomia*, (5), 2013, pp. 3 y ss., p. 10; o HOBFELD, *Tun und Unterlassen*, 2007, pp. 62 y ss.

no es por sí solo suficiente para hacer soportable la vida en común de los hombres».<sup>287</sup> Adviértase que la idea de libertad negativa llevada hasta sus últimas consecuencias exige rechazar toda injerencia social y política en nuestra soberanía subjetiva.<sup>288</sup> «Bajo el techo de una comprensión del Derecho como esta [en alusión a la kantiana] solo hay espacio para los deberes *negativos*, que sirven al *mantenimiento* de las posiciones jurídicas de otras personas que se encuentra ya dadas el actuante, pero no para los deberes *positivos*, que tienden al *ensanchamiento* de los espacios de libertad de actuación ajenos».<sup>289</sup> Sin embargo, la autodeterminación y ejecución libres de un concreto plan de vida, además de la mera garantía negativa de relaciones externas estables, de una libertad en sentido abstracto, exigen un sustrato material básico, requieren, en definitiva, los medios reales necesarios para poder autodeterminarse de manera efectiva conforme a los propios fines.<sup>290</sup> Entre ellos, no solo la posibilidad física, psíquica y moral de actuar y auto-organizarse, sino también la posibilidad de disponer de ciertos recursos económicos. Como señala HÖFFE, «la institución de la propiedad sólo tiene sentido porque el “ser corporal” hombre necesita un espacio vital, además de bienes, para satisfacer sus necesidades e intereses».<sup>291</sup> Sin un sustrato material que canalice y posibilite el ejercicio de la libertad abstracta, ésta resulta, desde la óptica del ciudadano, una mera declaración de intenciones, una condición necesaria pero no suficiente para poder hablar de un Ordenamiento jurídico que realmente viabiliza el libre ejercicio de los planes de vida elegidos.<sup>292</sup> O como lo expresa el filósofo alemán Wolfgang KERSTING, «la ausencia de heterodeterminación no es suficiente para la autodeterminación».<sup>293</sup>

<sup>287</sup> Cfr. VON THUR, *Der Nothstand im Civilrecht*, 1888, p. 75; y RAZ, *The Morality of Freedom*, 1986, p. 416.

<sup>288</sup> Cfr. BIENFAIT, *Freiheit, Verantwortung, Solidarität*, 1999, p. 10; HOBFIELD, *Tun und Unterlassen*, 2007, p. 65.

<sup>289</sup> Cfr. PAWLIK, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *El injusto del ciudadano*, 2016, en prensa.

<sup>290</sup> Cfr. SEELMANN, «§ 13», NK, 1ª ed., nm. 50; MIR PUIG, *Estado, pena y delito*, 2006, pp. 98 y ss.; COMES, *Der rechtsfreie Raum*, 1976, p. 34, n. 65; STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, 1958, pp. 99 y ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 186; o HOBFIELD, *Tun und Unterlassen*, 2007, pp. 62 y s.

<sup>291</sup> Vid. la crítica de HÖFFE, *Eunomia*, (5), 2013, pp. 10 y ss., a la unidimensionalidad de la Teoría del Derecho kantiana: «[e]l comienzo sistemático consiste en un principio que propiamente se queda corto en la Teoría del Derecho: la corporalidad del ser humano y la circunstancia de que es vulnerable en su encuentro con los demás. Sólo bajo este presupuesto se puede hablar con sentido de un derecho humano al cuerpo y a la vida». Los elementos empíricos, así HÖFFE, serían «indispensables para el imperativo categórico del derecho. A pesar de ello, no determinan más que sus condiciones de aplicación. Para dar forma de un modo válido y sin restricciones a las condiciones antropológicas, la obligación moral se basa, por el contrario, en un elemento metafísico, la exigencia motivacional liberada de toda experiencia» (p. 10).

<sup>292</sup> En este sentido PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 y ss., cuyo planteamiento sobre la compatibilización de deberes negativos y positivos escapa a la supuesta incompatibilidad de las nociones de libertad negativa y positiva, asumiendo que las dos ideas de libertad son imprescindibles para poder hablar de auténtica libertad. No es que los deberes positivos supongan una instrumentalización del ser humano en favor de un tercero por razones de justicia distributivas, sino que son en última instancia las instituciones positivas las que determinan espacios de verdadera libertad. En un sentido parecido, señalando que la negación de todo deber positivo conduce a la perpetuación de estructuras sociales que impiden hablar de un verdadero estado de libertad, vid., SEELMANN, «“Unterlassene Hilfeleistung” oder: Was darf das Strafrecht?», *JuS*, (4), 1995, pp. 281 y ss., p. 282; o recientemente, WACHTER, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 2015 pp. 105 y ss., 107 y ss.

<sup>293</sup> Cfr. KERSTING, *Der liberale Liberalismus*, 2006, p. 22. Cfr. MENDELSSOHN, *Jerusalem*, 1991, Libro Primero, nm. 56: «[s]ólo el salvaje se aferra, como el animal, al disfrute del momento presente. El hombre moral [*gesittete*] vive también de cara al futuro y quiere también poder contar con algo seguro en el momento siguiente». Todo ello fue tempranamente puesto de relieve en la Ciencia penal por MIR PUIG, «[s]i el principio que regía la función del Estado liberal era la *limitación* de la acción del Estado, el Estado social se erige a continuación en *motor activo* de la vida social. Si el Estado liberal pretendía reducirse a asegurar las garantías jurídicas y, por tanto, meramente *formales*, el Estado social se considera llamado a modificar las *efectivas* relaciones sociales. [...] En cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo». Cfr. MIR PUIG, *Estado, pena y delito*, 2006, pp. 99 y s.

Pues bien, parece posible afirmar que la garantía de este sustrato material para efectivizar nuestra libertad abstracta se logra en el marco de nuestro actual Ordenamiento jurídico, básicamente, a través de las instituciones sociales.<sup>294</sup> En el seno de éstas, determinados ciudadanos, en el desempeño de concretas funciones institucionales no solo están obligados de manera negativa, sino que además, quedan obligados positivamente a mejorar o a acrecentar el estatus de la posición jurídica vinculada a la posición que ostentan.<sup>295</sup> «Si es difícilmente cuestionable el reconocimiento de la separación entre esferas organizativas autónomas, en las que los miembros del sistema social desarrollan su autodeterminación personal, es asimismo difícilmente cuestionable el que tales esferas organizativas autónomas se hallan, a su vez, vinculadas entre sí por lazos de solidaridad que «modulan» cualquier pretendida separación absoluta entre las mismas».<sup>296</sup> En la ya célebre definición de JAKOBS, se trata en el mundo de las instituciones de la instauración de “mundos en común”, de la vinculación de esferas organizativas.<sup>297</sup> El sujeto inmerso en una institución no cumple con su deber con el mero hecho de no cuestionar la separación de esferas, sino que queda obligado a mejorar la situación de un tercero,<sup>298</sup> de modo que cuando infringe ese deber «el fallo no reside en la lesión de un bien jurídico existente, sino en la no realización o producción de un bien virtual».<sup>299</sup> «Cuando un niño cae enfermo, están los padres obligados entonces a ayudarlo aun cuando no hayan provocado la enfermedad».<sup>300</sup> Es precisamente con el cumplimiento reiterado de tales deberes positivos como se consigue que el “bien” garantizado se realice,

---

<sup>294</sup> Vid. BAUMGARTEN, *Notstand und Notwehr*, 1911, pp. 61 y s.: «Das Recht ist in erster Linie Friedensordnung. Das bellum omnium contra omnes soll dadurch vermieden werden, daß die Rechtsordnung jedem das Gebiet absteckt, innerhalb dessen er seinen Bestrebungen freien Raum lassen kann. Wie die Gebiete zu bemessen sind, ist ein schwieriges Problem. [...] Aber in dem egoistischen Streben nach dem größten erreichbaren Anteil an den Lebensgütern erschöpft sich die menschliche Natur nicht. Die sozialen Anlagen der Menschen ermöglichen nicht nur ein friedliches Zusammenleben, sondern enthalten auch den Keim zu einem Gemeinschaftsleben höherer Form». Cfr. además, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 29/28, pp. 57 y ss.; SEELMANN, «Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik», *GA*, 1989, p. 256; PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante*, 2001, pp. 148 y ss.; o KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, p. 177. Y sobre la noción de institución a los efectos de legitimación de deberes jurídico-penales, vid. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 112 y ss. Y en general, sobre la relación entre el Derecho y las instituciones, y como éstas contribuyen decisivamente en el proceso de formación del Derecho, HENKEL, *Introducción a la filosofía del Derecho*, 1968, pp. 444 y ss.

<sup>295</sup> Al respecto, desde una perspectiva histórico-filosófica, vid., SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2002, pp. 93 y ss. No es posible ahora analizar en profundidad la razón última en virtud de la cual una institución social queda respaldada mediante un deber jurídico-penal. Para JAKOBS, desde la óptica penal serían relevantes solo aquellas instituciones que determinan la identidad de una sociedad con la misma intensidad que lo hace el sinalagma libertad-responsabilidad. Así, JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, 2006, p. 32. Sin embargo, para PAWLIK, lo relevante en este punto es concretar qué estructuras y con qué intensidad sirven al ciudadano en el sostenimiento del estatus de libertad que le posibilita una efectiva autodeterminación. Así, PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten*, 1999, pp. 137 y s.; remarcando el carácter medial de tales instituciones, como instrumentos para la atribución real de libertad organizativa; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 y ss.

<sup>296</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 64. Sobre todo ello, vid. *infra* apdo. IV, 2.

<sup>297</sup> Así, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 29/58 y ss.; o PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 235 y ss.

<sup>298</sup> Vid. en la filosofía moral la definición de MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, p. 11, quien, además del carácter activo de la prestación, recurre al criterio de la mejora para distinguir entre deberes negativos y positivos: «Positive Leistungen richten sich auf eine Verbesserung der Situation einer anderen Person, die von der aktiven Leistung profitiert. Profitieren bedeutet, dass der Leistungsempfänger durch das Einwirken des Leistungserbringers besser gestellt ist als ohne das Einwirken des Leistungserbringers».

<sup>299</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 2/17; EL MISMO, *Rechtsgüterschutz?*, 2012, p. 18.

<sup>300</sup> Cfr. KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, p. 174.



lográndose así efectivizar un estado de cosas jurídicamente deseado.<sup>301</sup> A diferencia de lo que acontece con el haz de deberes negativos, lo característico de las instituciones positivas es que el conjunto de deberes está preestablecido y su configuración queda a disposición de la partes de forma muy limitada.<sup>302</sup> Se trata, metafóricamente, de un contrato de adhesión, en donde las condiciones generales están determinadas y no hay, pues, posibilidad de renegociarlas individualmente.<sup>303</sup> Esto último, sin embargo, no significa que quede vedado el reconocimiento jurídico del principio de solidaridad o de la libertad positiva desde los postulados liberales. El mantenimiento de las estructuras institucionales que posibilitan o fomentan las condiciones básicas materiales para una autodeterminación personal son también *conditio si ne qua non* en un proyecto jurídico realmente liberal.<sup>304</sup>

Sin embargo, tan pronto como se afirma la necesidad de reconocer relevancia jurídico-penal a ciertas instituciones y se admite la posibilidad de legitimar deberes positivos a fin de mantener las condiciones básicas para el desarrollo personal autónomo, surge de inmediato la pregunta de qué instituciones merecen protección jurídico-penal, es decir, bajo qué condiciones cabe asegurar penalmente el cumplimiento de deberes positivos institucionales. Resultaría ingenuo tratar de negar cualquier problema de legitimación de los deberes positivos (penales) argumentando sencillamente que las instituciones sociales sirven al proyecto común de libertad.<sup>305</sup> Cabe igualmente afirmar que no toda institución social, por el hecho de ser «una forma de relación permanente y jurídicamente reconocida», genera automáticamente deberes positivos jurídico-penalmente relevantes,<sup>306</sup> como también parece evidente que no todos los deberes positivos jurídico-penales alcanzan o merecen un nivel de protección jurídica idéntico.<sup>307</sup> Sea como fuere, sin pretender ahora analizar con detalle la concreta fenomenología de deberes positivos que conoce nuestro sistema penal,<sup>308</sup> sí creo posible afirmar que son únicamente dos las instituciones sociales cuyos deberes positivos se encuentran garantizados en nuestro Ordenamiento jurídico a través de normas penales. Me refiero ahora, por un lado a la familia, básicamente, a la relación paterno-filial;<sup>309</sup> y por el otro

---

<sup>301</sup> En este sentido, JAKOBS, *Rechtsgüterschutz?*, 2012, p. 18; o KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, pp. 174 y ss.

<sup>302</sup> Cfr. solo ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 116 y s.

<sup>303</sup> En idéntico sentido, VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 367. Sobre las críticas clásicas al problema de legitimación de los deberes positivos en un Ordenamiento jurídico liberal, SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2002, pp. 123 y ss.

<sup>304</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 y ss.

<sup>305</sup> Vid., sin embargo, WACHTER, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 2015, pp. 105 y ss.

<sup>306</sup> Vid. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 113.

<sup>307</sup> En mi opinión, el problema real al que se enfrenta la ciencia jurídico-penal del momento no es ya si cabe o no reconocer deberes positivos, o si un Ordenamiento liberal admite un espacio de libertad positiva. Lo realmente interesante y necesario es, más bien, concretar qué deberes positivos y en qué intensidad ameritan protección jurídico-penal. Pues, del reconocimiento de su importante papel en el marco de un Ordenamiento liberal moderno no se deriva automáticamente su equivalencia normativa con los deberes negativos clásicamente configurados. Con un ejemplo evidente, el Derecho penal español reconoce un deber general de socorro, pero parece evidente que esta omisión no puede nunca ser castigada de forma equivalente a la producción del resultado no evitado. Sobre todo ello, vid. *infra*, apdo. IV, 2.

<sup>308</sup> Cfr. *infra*, apdo. IV, 3.3.

<sup>309</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 28/26; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 y ss.; SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2003, pp. 99 y ss. Sobre la comunidad familiar como institución fundamental asentada sobre la solidaridad y la piedad, vid. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 94 y s. En cambio, aceptan la legitimidad del aseguramiento penal de los deberes, pero no la identidad normativa de las instituciones positivas

lado, al Estado, en concreto, a los deberes que obligan a sus representantes en el ejercicio de sus funciones públicas.<sup>310</sup> Así, por un lado, presenta pocos problemas la justificación la imposición de un deber positivo a quien voluntariamente acepta integrar la institución estatal.<sup>311</sup> En la medida en que los funcionarios públicos aceptan libremente incorporarse a la función pública, asumiendo con ello una posición de representación estatal directa, quedan obligados positivamente al desempeño efectivo de las prestaciones estatales necesarias.<sup>312</sup> Aunque resulta más controvertido, es igualmente posible reconducir la imposición de los deberes positivos de los padres a actos previos de libertad de los agentes obligados.<sup>313</sup> Frente a estos deberes positivos emanados en última instancia de un acto previo libre del posteriormente obligado nuestro actual sistema jurídico-penal conoce de la imposición de deberes positivos vinculados al rol general de ciudadano, esto es, deberes impuestos a un sujeto en tanto que miembro de una concreta comunidad estatal.<sup>314</sup> En la discusión jurídico-penal contemporánea es mérito de PAWLIK haber puesto de manifiesto su carácter cuasi-institucional y, con ello, su fuente última de legitimación.<sup>315</sup> El ciudadano queda obligado con

---

con la negativa, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 428 y ss.; y ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 108.

<sup>310</sup> Cfr. LESCH, «Die Notwehr», *FS-Dabs*, 2005, p. 92; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 y ss., con ulteriores referencias doctrinales en este mismo sentido.

<sup>311</sup> En este mismo sentido, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 187. Tratando de circunscribir el ámbito de los mandatos jurídico-penales de máxima intensidad legítimos a aquellos que se imponen tras un acto libre de asunción, entre otros, SEELMANN, «Nichtstun als Straftat: Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte», *SchwZstr.* (125), 2007, p. 262 y ss., p. 267.

<sup>312</sup> En este sentido, JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, 1996, pp. 49 y ss.; y PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 y s., quien considera, por ejemplo, que los funcionarios policiales responden por el resultado del delito cometido por un tercero cuando pudiéndolo evitar no lo hacen. En la medida en que el núcleo de la función estatal fuera cuestionado, los funcionarios públicos quedan obligados más allá de lo que lo están el resto de miembros de la comunidad. No es que los funcionarios con su aceptación del cargo queden vinculados jurídicamente en compensación por una posible desprotección del resto de ciudadanos, sino que, sencillamente, quedan obligados positivamente a colaborar en el ejercicio de las funciones estatales básicas y a garantizar su normal desempeño. Así, además, con detalle, a propósito de la responsabilidad de los funcionarios policiales por la no evitación de los delitos, vid., PAWLIK, «El funcionario policial como garante de impedir delitos», *InDret*, (1), 2008, *passim*. Crítico en este punto, vid. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 122, con ulteriores referencias.

<sup>313</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 188, con ulteriores referencias doctrinales en la n. 217. En la doctrina alemana, como señala PAWLIK, la responsabilidad jurídico-penal de los padres por sus hijos menores de edad es asumida ampliamente por jurisprudencia y doctrina. En la doctrina española, en un sentido parecido, vid. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 330, nm. 45 y ss.

<sup>314</sup> Al respecto, en detalle, KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, pp. 11 y ss.; y en la discusión filosófica, BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, p. 281.

<sup>315</sup> Así, a propósito del deber de socorro, PAWLIK, *GA*, 1995, pp. 360 y ss.; y en relación con el deber de tolerancia en las situaciones de estado de necesidad agresivo, EL MISMO, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 103 y ss., 179 y ss.; o SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1013. Y en general, sobre el Estado como intermediador en el cumplimiento de los deberes de beneficencia, vid. DEPENHEUER, «„Nicht alle Menschen werden Brüder“. Unterscheidung als praktische Bedingung von Solidarität», en ISENSEE (ed.), *Solidarität in Knappheit*, 1998, pp. 64 y ss. En cambio, vid. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 97 y ss., quien se hace eco de la discusión entre los intentos de fundamentar institucional e intersubjetivamente los deberes de solidaridad mínimos, reconociendo la primacía de los canales institucionalizados sobre los deberes intersubjetivos de solidaridad, pero sin negar la posibilidad de legitimar tales obligaciones extramuros de la función público-estatal. En cambio, en contra de la fundamentación institucionalista, claramente, NEUMANN, «Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Notstands“ auf der Basis von Utilitarismus», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 155 y ss. Lo cierto es que la pretensión de fundamentar los deberes de solidaridad de un modo institucional antecede a los trabajos de PAWLIK. Así, VON WEBER, *Das Notstandsproblem*, 1925, p. 21, en el año 1925, afirmaba lo siguiente: «es ist nicht die Meinung und entspricht nicht unseren sozialen Anschauungen, daß Hungernde, Kranke, Obdachlose und sonst in Not befindliche Menschen verkommen sollen. Aber es ist nicht Aufgabe des

un deber positivo independiente a cualquier actuación suya autónoma previa inmediata en tanto que representante excepcional Estado en el cumplimiento de sus funciones elementales básicas.<sup>316</sup> Es decir, el particular es llamado a actuar como cuasi-funcionario allí donde el Estado no es capaz de cumplir sus legítimas funciones.<sup>317</sup> En todo caso, al igual que se ha afirmado a propósito de los deberes negativos, con la posibilidad de garantizar jurídico-penalmente tales deberes no se ha dicho todavía nada sobre la intensidad con la que puede ello hacerse. Como veremos más adelante, es siempre el grado de autovinculación constatable entre el deber y la libre actuación de su destinatario el dato esencial en este punto.<sup>318</sup>

### 2.3. Conclusión provisional

Las anteriores reflexiones deberían haber puesto de manifiesto que, en última instancia, son dos los principios que permiten legitimar deberes penales. Bien mirado, las nociones de autonomía y solidaridad constituyen los dos elementos particulares de la compleja idea de libertad, cuya garantía explica el Derecho como un mecanismo coactivo racional. Si como aquí se sostiene, son estos dos los principios esenciales para legitimar normas penales, y resulta que, como se ha mostrado en el capítulo inmediatamente anterior, la colisión entre razones de obligación constituye un problema particular del complejo fenómeno de legitimación de auténticas normas de comportamiento jurídico-penales, parece obligado concluir que son también estos dos principios —el de autonomía y el de solidaridad— el punto de partida esencial sobre el que asentar el sistema de resolución de los conflictos. Lo pretendido en el próximo epígrafe es, pues, mostrar precisamente cómo afrontar la jerarquización de las razones de deber a partir de esta dupla de axiomas, tomando en consideración la también doble dimensión conflictiva de las colisiones entre razones de obligación.

---

Einzelnen, sondern der im Staate organisierten Gemeinschaft, dieser Not zu steuern». Y en un sentido muy parecido, ya E. A. WOLFF legitima el deber penal de socorro en el año 1965 de modo claramente cuasi-institucional al afirmar que: «In einem solchen Fall aber springt der Einzelne gleichsam aushilfsweise für die Staatsorgane ein und erfüllt seine allgemeine Pflicht dem Staat und dem anderen gegenüber, ohne damit Garant für die Aufhebung der Gefahr zu werden». Vid. WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, p. 44. Además, en la discusión anglosajona, en el mismo sentido, vid. HEYMANN, «Foundations of the Duty to Rescue», *Vanderbilt Law Review*, (47), 1994, pp. 674 y ss., pp. 746 y ss., «When the community itself is unable to act, this responsibility devolves on the individual». [Esta última referencia se la debo a Héctor García de la Torre]. Y en nuestro país, ya en el año 1959, NAVARRETE URIETA, «La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, (3), 1959, p. 429, afirmaba a propósito del deber general de socorro que en el marco de una democracia social, cada ciudadano aparece investido de una “función de policía” que le obliga a preocuparse y cuidar de los demás.

<sup>316</sup> Y en este mismo sentido, con meridiana claridad, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1013: «[l]a 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».

<sup>317</sup> Esa delegación específica en los particulares obedece básicamente a dos razones: o bien el Estado, quien generalmente lleva a cabo la prestación, no alcanza en el caso concreto a salvaguardar los intereses en juego; o bien, por razones organizativas, decide que sean los particulares los que, en su condición de cuasi-funcionarios, lleven a cabo determinadas funciones públicas. Lo primero explica, por ejemplo, el reconocimiento de auténticos deberes penales de socorro, lo segundo, por ejemplo, la sanción penal de la infracción de deberes de colaboración en el procedimiento democrático. (art. 143 Ley del régimen electoral general).

<sup>318</sup> Cfr. *infra*, apdo. IV, 2.3.

### *3. Autonomía y solidaridad en la doble dimensión conflictiva de las colisiones entre razones de obligación*

#### **3.1. Introducción**

Se ha sostenido aquí que el objeto de ponderación o jerarquización en las situaciones de colisión entre razones de obligación no se corresponde con los intereses que subyacen a tales razones en conflicto y que,<sup>319</sup> por lo tanto la colisión de deberes no puede ser reducida a un mero conflicto entre intereses. Lo pretendido a continuación es, por un lado, abordar el problema de la jerarquización de las razones de deber desde una óptica formal, coherente con los dos principios últimos de legitimación de las normas penales referidos. El objetivo de un sistema de jerarquización como el que ahora se pretende construir no pasa, pues, por encontrar el interés preponderante, sino por determinar cuál de las esferas implicadas en la situación de conflicto merece ser garantizada a través de la figura del deber penal en atención a los principios de autonomía y solidaridad. Se trata, en definitiva, de determinar a partir de la referida dupla de principios quién resulta llamado a soportar los costes de la situación de conflicto y quién verá la razón de la obligación que garantiza su posición con carácter provisional elevada a la naturaleza de auténtico deber penal.<sup>320</sup>

Por otro lado, al igual que la teoría del interés preponderante encuentra en la teoría de la ponderación de intereses su método afín, el recurso a la dupla autonomía-solidaridad como *ratio* fundamental del sistema de jerarquización exige igualmente una contemplación metodológica del problema algo distinta. Las pretensiones particulares de los agentes implicados en la situación de conflicto ya no son aprehendidas en primera instancia como un conjunto de intereses, sino que el conflicto se define desde un prisma formalista que atiende a la relación normativa entre esferas jurídicas. El conflicto no disuelve la separación de esferas de libertad preexistente, sino que obliga a su reconfiguración atendiendo a los mismos principios que explican la separación existente hasta el momento en el que las dos razones de obligación entran en conflicto. En lo que sigue se trata de asentar los presupuestos esenciales sobre los que edificar un sistema para la jerarquización de las razones de obligación en conflicto como el descrito. Será en el próximo capítulo donde, una vez mostrado aquí el fundamento y el método, se procederá a desarrollar con detalle el procedimiento de jerarquización de las razones de obligación delineado en este capítulo.

---

<sup>319</sup> Acerca de la pretendida disolución de la colisión de deberes en una colisión de intereses, vid. solo NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 125, n. 559, con ulteriores referencias a la doctrina en este mismo sentido. En cambio, mucho antes, de forma acertada, OTTO, *Rechtswidrigkeitssurteil*, 3ª ed., 1978, p. 113, señalando que la doctrina habría olvidado la relevancia de los deberes al situar en un primer plano el pensamiento de los bienes jurídicos, pensamiento incompatible con el concepto personal de injusto y que habría llevado a pasar por alto la auténtica esencia normativa del conflicto.

<sup>320</sup> Sobre cómo canalizar dogmáticamente los resultados de este proceso de jerarquización de las razones de obligación, vid. Cap. 5, apdo. II.

### 3.2. La doble dimensión conflictiva en las situaciones de colisión entre razones de obligación

El rasgo estructural característico de la colisión de razones de obligación reside en el doble plano en el que se materializa el conflicto. A diferencia de lo que acontece en las situaciones estándar de necesidad, en donde la solución del conflicto depende de la concreta relación normativa del necesitado y la posterior víctima de una injerencia salvadora, en las situaciones de colisión entre razones de obligación aparecen desde un primer momento como planos relevantes en los que se plasma el conflicto dos distintos, definidos a su vez por dos relaciones normativas disímiles. Es decir, en contraste con lo que ocurre en las situaciones clásicas de justificación, en donde la solución al conflicto se deriva única y exclusivamente de un análisis desde la óptica de los principios de autonomía y solidaridad de las posiciones jurídicas del injerente necesitado (A) y de su víctima (B),<sup>321</sup> la resolución de la colisión de deberes se torna especialmente compleja por el hecho de que son, como mínimo, dos los planos de relación entre esferas jurídicas aparentemente relevantes.<sup>322</sup> Por un lado, el conflicto se manifiesta en el plano de la relación entre los dos potenciales beneficiarios, es decir, en la relación normativa que media entre los dos agentes *prima facie* garantizados por las razones de obligación en conflicto. Por el otro, este mismo conflicto cristaliza en un segundo plano, definido por la relación que media entre cada uno de los necesitados (o beneficiarios) y el agente obligado. La colisión de razones de obligación se muestra, pues, como mínimo,<sup>323</sup> como una relación conflictiva de estructura triangular.<sup>324</sup>

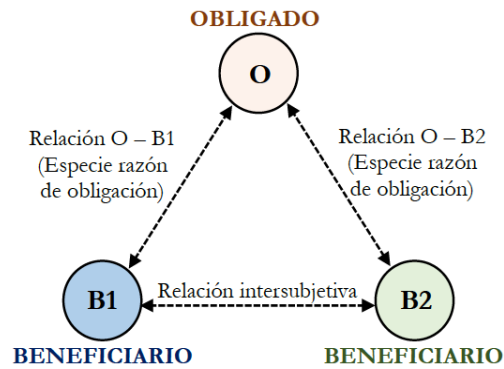
---

<sup>321</sup> Al respecto, fundamental, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 276 y ss.; y BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 43 y ss., y *passim*.

<sup>322</sup> Y debe quedar claro aquí que la diferencia reside en el doble plano relacional relevante, pues lo cierto es que la dogmática clásica de la justificación sí conoce relaciones subjetivamente triangulares en las que un tercero es el que ejerce en auxilio necesario la potestad defensiva del necesitado. Ello sucede, por ejemplo, en los casos de legítima defensa en favor de un tercero, así como en los supuestos de auxilio necesario en estado de necesidad justificante, agresivo o defensivo. Aunque no es posible llevar aquí a cabo un análisis detallado de este otro problema, tales situaciones no presentan especialidades normativas relevantes respecto de las situaciones estándar de justificación, pues el actuante lo hace aquí siempre desempeñando el rol del necesitado y ejerciendo en su nombre una potestad defensiva que el Ordenamiento reconoce primariamente a su representado. Cfr. KUHLEN, «La restricción de las facultades de actuación en la legítima defensa de terceros», *LH-Gimbernat Ordeig*, v. I, pp. 1099 y ss., 1102 y ss., p. 1103: «las facultades de defensa del tercero *no van más allá* de las que dispone el agredido. Pero sí pueden ser *menores* cuando el agredido no desee la ayuda del tercero» [cursiva en el original]. Sobre todo ello, con detalle, vid. ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, pp. 38 y ss., pp. 99 y ss.; y más resumidamente, KINDHÄUSER, «§ 32», *NK*, 4ª ed., nm. 40 y ss. El que actúa, pues, no está obligado para con los intereses que defiende, sino que se subroga en la posición del necesitado, de modo que la relación normativa relevante es, en realidad, bidimensional. Bien mirado, los casos de legítima defensa en favor de tercero llevada a cabo por un garante constituyen supuestos estándar de colisión entre razones de obligación. El padre que debe evitar que un extraño lesione a su hijo está obligado, por un lado, por la razón de obligación positiva para con su hijo y, por el otro, por la razón general negativa frente al agresor.

<sup>323</sup> Y digo triangular porque es posible imaginar casos en los que los potenciales beneficiarios sean más de dos, de modo que concurren tres o más razones de obligación y la relación intersubjetiva quede también determinada a tres o más bandas. Sin perjuicio de algunas reflexiones que se harán más adelante acerca de esta clase de conflictos, en lo que sigue nos centramos en los conflictos entre dos deberes, de estructura, pues, triangular. Sobre los conflictos entre tres o más razones de deber, vid. Cap. 5, apdo. II, 4.

<sup>324</sup> Todo ello lo pone claramente de relieve PERRON, en ESER/PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, v. III, 1991, pp. 97 y ss., 98 y s.



En lo que sigue nos referiremos al primero de los planos conflictivos señalados como el de la relación intersubjetiva entre los agentes beneficiarios, mientras que el definido por la relación entre el agente beneficiario y el obligado se denomina aquí el plano de la especie de la razón de obligación.<sup>325</sup>

En todo caso, el que sea posible distinguir analíticamente en estas situaciones esta doble dimensión relacional no significa que ambas relaciones hayan de ser necesariamente tomadas en consideración a la hora de jerarquizar las razones de obligación. Para quien la situación de conflicto se explica, en esencia, como una colisión de intereses, es evidente que la resolución del conflicto exige tomar en cuenta la diferencia de los intereses en juego. En esta misma lógica, como hemos visto, parece sin embargo tener difícil encaje la atribución de relevancia a la especie del deber, pues este factor casa mal con la pretensión de ponderar deberes a partir de intereses. Ello explica que más de un autor, de forma plenamente coherente con sus premisas, haya negado cualquier relevancia al plano de la relación de deber.<sup>326</sup> Sin embargo, con contadas excepciones, y sin establecer la nítida distinción que aquí se propone, lo cierto es que la doctrina penal mayoritaria suele tomar en consideración a la hora de ponderar los deberes ambos planos.<sup>327</sup> Ello se hace incorporando en el juicio de ponderación el tipo de deber, el cual pasa a ser tomado en cuenta como un factor más a cada lado de la balanza en el seno del juicio general de ponderación de intereses.<sup>328</sup> A la pregunta de por qué razón debería ser tenido ello en cuenta, se responde por lo general aludiendo a que en la concreta tipología del deber se plasma una decisión valorativa del legislador, que garantiza de forma más o menos intensa los intereses de un sujeto.<sup>329</sup> Aun cuando, como NEUMANN, no se esté dispuesto a aceptar que la jerarquía depende de la estructura de deberes, sino solo de los intereses en juego, el distinto tipo de deber (deber de garante o deber de solidaridad mínima) modificaría el merecimiento de protección de los intereses.<sup>330</sup>

<sup>325</sup> A falta de un examen detallado de ambas cuestiones, parece posible afirmar que este segundo queda determinado, en esencia, por la noción de especie de deber, mientras que la relación intersubjetiva parece quedar determinada por las reglas estándar de las situaciones de necesidad justificantes.

<sup>326</sup> Vid. Cap. 1, apado, III, 3.1.

<sup>327</sup> Vid. Cap. 1, apado, III, 3.1.

<sup>328</sup> Vid. Cap. 1, apado, III, 3.1.

<sup>329</sup> Cfr. BEULKE, «Pflichtenkollisionen» bei § 323c StGB?, *FS-Küper*, 2007, p. 5.

<sup>330</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 32», *NK*, 4ª ed., nm. 129. En el mismo sentido, vid. RÖNNAU, *JuS*, (2), 2013, p. 114. En cambio, señalando que el rango de los deberes no se determina solo a partir de un ponderación de bienes

No obstante, como ponen de manifiesto RUDOLPHI y KÜHL, si resulta que se trata en la colisión de deberes de meros conflictos entre intereses, y si resulta que el parámetro de solución es el del interés preponderante, se hace difícil cuando no imposible comprender la razón por la que la jerarquización no debe ceñirse a una estricta valoración de los intereses en juego y, por lo tanto, a la específica relación que media entre los dos (o más) necesitados.<sup>331</sup> El médico que se ve en la disyuntiva de salvar a su paciente (deber de garante) o a un tercero desconocido (deber de solidaridad mínimo), haga lo que haga, evita la pérdida de un mismo bien jurídico, una vida humana. Dado que ambos bienes resultan ser dignos de idéntica protección,<sup>332</sup> sería irrelevante qué deber cumple el médico: si salva una vida, actúa de manera justificada.<sup>333</sup> «La justificación también debe aceptarse cuando el autor tras la zozobra de una barca, en vez de salvar la vida de su mujer, salva la de su amigo; la distinta vinculación de deber no modifica en nada el hecho de que solo podía salvar una de las dos vidas de idéntico valor».<sup>334</sup> ¿Cómo iba a tener el Ordenamiento jurídico un interés superior en salvar a la persona que es cónyuge del obligado frente al tercero desconocido? Además de no explicar convincentemente la doctrina mayoritaria por qué la especie del deber tendría que ser tomada en consideración en un juicio general de intereses, lo cierto es que el modo en el que suele darse entrada al problema de la especie de deber en la jerarquización de los conflictos evidencia la imposibilidad de recurrir a un juicio único y general de ponderación. Para afirmar como hace JAKOBS que el deber de garante prima sobre el de solidaridad mínima, salvo que este segundo garantice un interés esencialmente preponderante, es ineludible distinguir ambos planos,<sup>335</sup> constatar la diferencia de intereses y valorar entonces la vigencia de la regla de preferencia.<sup>336</sup> La pretensión de arrojar la especie del deber como un factor más en el juicio de ponderación de intereses, además de soslayar la pregunta fundamental de por qué debería otorgarse relevancia a este factor en la resolución de los conflictos, impide todo control racional del concreto peso que la especie del deber debería desplegar a la hora de establecer el rango final entre las razones de obligación en conflicto.

Sea como fuere, desde la perspectiva que aquí se adopta, tanto la relación intersubjetiva entre los dos potenciales beneficiarios de un deber, como la misma relación normativa entre el obligado y el necesitado sí pueden —y deben— ser incorporados de forma coherente al juicio de jerarquización de las razones de obligación. Para quien comprende la colisión de deberes como un problema de la determinación definitiva de una posición de garantía, el procedimiento de jerarquización de las razones de obligación queda necesariamente determinado por los principios de autonomía y solidaridad, que deben —así lo exige el

---

jurídicos, sino que también depende del grado de vinculación entre el obligado y el afectado, vid. STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 9, nm. 122.

<sup>331</sup> Cfr. RUDOLPHI/STEIN, «Vor § 13», *SK-StGB*, 8ª ed., nm. 47; y KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 18, pp. 628 y s. Así también, vid. JOECKS, «§ 13», *StGB*, 11ª ed., nm. 54 y FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, p. 316, nm. 62.

<sup>332</sup> Es doctrina absolutamente mayoritaria en Alemania aquella que defiende el valor absoluto de la vida humana, que quedaría sustraída de todo juicio de ponderación o relativización comparativa, tanto cuantitativa como cualitativa. Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 74, 132. Sobre esto mismo, Cap. 5, apdo. II, 3.3, d).

<sup>333</sup> Cfr. KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 18, pp. 628 y s.; JOECKS, «§ 13», *StGB*, 11ª ed., nm. 54 y FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, p. 316, nm. 62.

<sup>334</sup> Cfr. KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 18, p. 629.

<sup>335</sup> Vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/7.

<sup>336</sup> Ello lo advierte claramente KLESZCZEWSKI, *AT*, 2ª ed., 2012, nm. 379 y ss.

principio de igualdad— ser tomados en consideración a la hora de valorar la posición jurídica de todos y cada uno de los sujetos implicados. Ello significa, pues, que es ineludible tomar en cuenta tanto la relación intersubjetiva que media entre los dos agentes necesitados, como la que media entre éstos y el obligado, pues solo así es posible alcanzar una solución en forma de rango jerárquico definitiva y respetuosa con el estatus de todos los agentes involucrados. Expresado de otro modo, el merecimiento *in concreto* de las expectativas provisorias de los agentes involucrados en la situación de conflicto solo puede explicarse a partir de una lectura de la situación desde el prisma de los principios de autonomía y solidaridad, que abarque a su vez tanto la relación entre aquellos, esto es, la relación intersubjetiva, como la relación de deber con el obligado, pues la posición jurídica de los dos beneficiarios, que no su interés, queda codeterminada también por la especie de la razón de obligación. No tomar en cuenta la especie del deber significaría preterir un dato que es normativamente relevante para poder comprender en toda su extensión el estatus jurídico de quien se ve sumido en una situación de conflicto y, por lo tanto, supondría excluir del análisis un dato relevante a la hora de comparar formalmente el estatus jurídico de los dos agentes beneficiarios en la situación de conflicto.

En definitiva, la determinación de los deberes jurídico-penales es necesariamente situacional y contexto-dependiente,<sup>337</sup> de modo que la esfera jurídica de (A) no solo queda determinada en su relación con (B) a tenor de la concreta relación intersubjetiva entre ambos, sino que aquella también se explica, por ejemplo, por la relación normativa que existe entre (B) y un potencial salvador, (C).<sup>338</sup> Para quien comprenda el Derecho como un instrumento de coordinación de esferas de libertad lo anterior parece evidente. Al igual que mi posición jurídica queda siempre necesariamente determinada en atención a la del resto de personas que me rodean, la de cada uno de los necesitados no puede definirse sin tener en cuenta su relación con el segundo necesitado, con el obligado, y la que media entre el obligado y ese segundo necesitado. En realidad, esto es lo que asume la doctrina mayoritaria cuando otorga a la especie del deber cierta relevancia en el juicio de ponderación de intereses.

Pues bien, si se acepta la relevancia de ambos planos sistemáticos a la hora de jerarquizar los deberes, creo que son básicamente dos los retos específicos que debemos abordar en este trabajo. Por un lado, resulta ineludible concretar de qué modo operan los principios de autonomía y solidaridad en cada uno de los dos planos sistemáticos referidos. Es decir, si hemos dicho, en primer lugar, que la relación intersubjetiva es relevante y que el código de lectura normativa de dicha relación es la dupla formalista autonomía-solidaridad, debemos aclarar aquí cómo interpretar jurídicamente esta relación a partir de ambos principios. En segundo lugar, si resulta que la razón de obligación que vincula provisoriamente al “obligado” y al necesitado es también significativa a la hora de determinar el rango de las razones obligantes, resulta también ineludible explicar qué es una razón de obligación y, sobre todo, cómo proceder a valorarlas normativamente.

---

<sup>337</sup> Cfr. OTTO, *Rechtswidrigkeitssurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 15 y ss.

<sup>338</sup> Esto es, la posición jurídica de (A), quien peligra ahogarse junto con (B), no puede determinarse sin estar a su relación con el potencial salvador (C), y a la relación que media entre (B) y (C).



Mientras que las relaciones jurídicas en conflictos bilaterales han sido ya objeto de un profuso y fructífero estudio en los últimos tiempos en el marco de la discusión sobre las causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad defensivo y agresivo),<sup>339</sup> lo cierto es que, como con razón afirmaba VOGEL en su tesis doctoral, «las reglas de preferencia referidas por la doctrina mayoritaria adolecen —todavía— de la inexistencia de una teoría del “peso” de la norma».<sup>340</sup> Por otro lado, la atribución de relevancia en la resolución de los conflictos a los dos planos referidos, nos obliga a adoptar una decisión normativa ulterior acerca del modo en el que compatibilizar ambos planos. Aquí, como afirma con razón PERRON, es donde reside el nudo gordiano de todos los intentos de sistematizar la jerarquización de los deberes. Es decir, solo será posible establecer las bases de un auténtico sistema de resolución de los conflictos cuando tengamos claro cómo armonizar el plano intersubjetivo con el de las razones de obligación y cuál es la relación que existe entre ambos. Lo cierto es que en este punto reside posiblemente el gran déficit estructural de la dogmática actual de la jerarquización de la colisión de deberes. La perspectiva desformalizada del conflicto y la incapacidad subsiguiente de distinguir analíticamente de forma clara entre los dos planos implicados han conducido a una confusión absoluta de ambos mundos bajo el tupido manto de la ponderación general de intereses, haciendo absolutamente imposible una jerarquización de los deberes racionalmente controlable.

### 3.3 ¿Es superflua la noción de bien jurídico para la solución de los conflictos entre razones de obligación?

De lo dicho hasta aquí podría derivarse que la formalización del conflicto que se defiende en este trabajo implica prescindir de la noción de bien jurídico o de interés material en la resolución de las colisiones. Nada más lejos de la realidad. Aunque será en el próximo capítulo donde se examinará detalladamente qué papel desempeñan los bienes jurídicos o los intereses materiales,<sup>341</sup> debe quedar claro ya aquí que éstos son efectivamente relevantes a la hora de jerarquizar razones de obligación. Ello es la consecuencia necesaria de haber asumido en este trabajo una concepción del Derecho y de la legitimación de las normas penales que va más allá de la mera garantía formal de una nítida separación de esferas de libertad. Si, como aquí se ha defendido, el Derecho penal pretende garantizar un estatus de libertad real, efectivo, para aquél son también necesariamente relevantes los elementos que conforman el sustrato material indispensable para una autodeterminación conforme a los propios fines.<sup>342</sup>

---

<sup>339</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 276 y ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 43 y ss.; COCA VILA, *InDret*, (1), 2011, pp. 5 y ss. Recientemente, WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 150 y ss.

<sup>340</sup> Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 109.

<sup>341</sup> Cfr. Cap. 4, apdo. II, 3.2.

<sup>342</sup> En este sentido, claramente, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 140. Además, sobre la relación del Derecho con la noción de bienes jurídicos y de estos últimos con los principios de autonomía y solidaridad, vid. JAKOBS, *Rechtsgüterschutz?*, 2012, pp. 17 y ss., 19 y ss. «aquello que generalmente es denominado “bien jurídico” —vida, salud, libertad, propiedad etc.— es solo un *motivo* de la norma, una visión final (*Zielvorstellung*)». Y sobre cómo las nuevas concepciones del injusto han relegado a un segundo plano la noción de bien jurídico y de menoscabo material aprehensible por los sentidos situando en su lugar el concepto de deber e infracción imputable, recientemente, FRISCH, «Pena, delito y sistema del delito en transformación», *InDret*, (3), 2014, pp. 3 y ss. Ya antes, igualmente crítico con la concepción tradicional del bien jurídico, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2010, pp. 503 y s., señalando la necesidad de definir un patrón de legitimación de las normas penales

Los bienes jurídicos, en palabras de ZACZYK, constituyen precisamente los elementos esenciales de la libertad (*Daseinselemente der Freiheit*),<sup>343</sup> pues se erigen en los instrumentos capitales para el ejercicio efectivo de la autonomía. Así las cosas, pese a que el mantenimiento de éstos en sí mismos no es ni puede ser, el fin de un Ordenamiento jurídico, como tampoco lo es la maximización de la suma agregada en el marco de una comunidad, en la medida en que la autodeterminación de un sujeto está *in concreto* vinculada a aquellos y, por ende, sirven a la libertad de su titular, son tomados en consideración también por el Derecho como elementos de intermediación de la libertad (*freiheitsvermittelnde Funktion*).<sup>344</sup> Mientras que los deberes negativos protegen —de forma inmediata— bienes jurídicos existentes, los deberes positivos garantizan un bien virtual, esto es, garantizan la posibilidad jurídica de su surgimiento.<sup>345</sup> Unos y otros permiten la materialización de decisiones autónomas, por lo que la lesión de aquellos constituye por regla general la más fiables de las formas de representación de la —mediata— negación de la libertad ajena.<sup>346</sup> Es desde esta perspectiva desde la que el Derecho penal contempla el «museo» de los bienes jurídicos.<sup>347</sup> La contracara de esta función de intermediación es su función simbólica o representativa.<sup>348</sup> En la medida en que los bienes jurídicos de un agente gozan de la protección del Derecho, simbolizan éstos el estatus de persona libre de su titular.<sup>349</sup> Así pues, una comprensión principialista del Derecho penal, que ve en la garantía de un estatus de libertad real el fin legitimador de aquél, no prescinde de la noción de interés material o bien jurídico, sino que, como afirma ROBLES PLANAS, «éstos cobran una dimensión mucho más profunda si se los pone en relación con la autonomía: están al servicio y son medio de desarrollo de la autonomía individual».<sup>350</sup>

---

distinto, permeable a las creencias básicas del sujeto como *persona moral*, que, en tanto que «creencias compartidas, se acaban manifestando en las normas de conducta establecidas en una sociedad dada».

<sup>343</sup> Así, ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 165.

<sup>344</sup> Cfr., PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 141.

<sup>345</sup> Al respecto, vid. JAKOBS, *Rechtsgüterschutz?*, 2012, pp. 17 y s.

<sup>346</sup> Vid. STRATENWERTH/KÜHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 9, nm. 5 y ss.

<sup>347</sup> Por esta misma razón toda autodestrucción de bienes —en la medida en que no afecte a terceros— es atípica, y por esto mismo, toda heterolesión autónomamente consentida carece de auténtica relevancia jurídico-penal. Destruir el bien jurídico de quien así lo quiere no contradice la libertad del individuo, sino que contribuye a su ejercicio. Cfr. STRATENWERTH/KÜHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 9, nm. 5 y ss. Y por esta misma razón, parece igualmente obligado encontrar un margen de atipicidad en delitos como el de cooperación ejecutiva al suicidio del art. 143.3 CP, o el de lesiones consentidas del art. 155 CP. Tales preceptos solo pueden garantizar en el marco de un Ordenamiento liberal los intereses del titular cuando su voluntad expresada no se corresponde con su auténtica voluntad. Allí donde quepa despejar toda duda razonable y el consentimiento expresado sea fruto de una auténtica decisión autónoma, al Derecho penal no le quedan argumentos, como mínimo, no paternalistas, para castigar penalmente el acto de contribución a la efectiva realización de la voluntad de un ciudadano. Cfr. PAWLIK, «„Erlaubte aktive Sterbehilfe? Neuere Tendenzen in der Auslegung von § 216 StGB», *FS-Wolter*, 2013, pp. 627 y ss.

<sup>348</sup> Acerca de la relevancia del contenido simbólico del bien jurídico en la apreciación de su valor, cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/25.

<sup>349</sup> PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 141.

<sup>350</sup> Vid. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 35. Y en un sentido prácticamente idéntico, vid. ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 165, donde alude a los bienes jurídicos como “elementos de la esencia de la libertad” (*Daseinselemente der Freiheit*); KINDHÄUSER, «Rechtstreue als Schuldkategorie», *ZStW*, (107), 1995, p. 728, como “subsidios de la autonomía comunicativa” (*Subsidien kommunikativer Autonomie*); o MURMANN, *Grundkurs*, 2ª ed., § 8, nm. 8, “dimensiones de la libertad dignas de protección” (*schützenswerte Dimensionen der Freiheit*).

Sentado lo anterior, el reto que se nos presenta a la hora de jerarquizar las razones de obligación es doble, por un lado, se trata de abordar el conflicto entre pretensiones *prima facie* a partir de la distinción básica entre los principios de autonomía y solidaridad. Pero por el otro lado, la compatibilización de estas posiciones jurídicas a partir de este doble paradigma axiológico ha de ser necesariamente permeable a los intereses materiales en los que se manifiesta el conflicto. A diferencia de cómo viene operando la doctrina más clásica, ello no pasa, sin embargo, por reducir el problema a una mera ponderación de intereses en donde todo tiene cabida y donde de un modo cuasi mágico pueden solventarse todas las colisiones. Muy al contrario, como veremos en el próximo capítulo, resulta necesario aquí el esbozo de un sistema de resolución de las colisiones, respetuoso con estos dos mundos, el normativo y el material.<sup>351</sup>

#### 4. Conclusiones provisionales

En este apartado se ha concluido, en primer lugar, que un sistema de jerarquización de las razones de obligación respetuoso y acorde con el sentido último del Ordenamiento jurídico-penal debe edificarse necesariamente a partir de los principios de autonomía y solidaridad, como criterios rectores de todo el proceso de legitimación de normas jurídico-penales. Y en segundo lugar, se ha puesto de manifiesto que es doble la dimensión conflictiva que caracteriza toda situación de colisión entre razones de obligación, la propia de la relación intersubjetiva entre los agentes beneficiarios por las razones de obligación en conflicto, y la determinada por la especie del deber, esto es, la relación normativa que une a cada uno de los beneficiarios con el obligado. Como se ha mostrado, los principios de autonomía y solidaridad deben inspirar el proceso de comprensión normativa de ambas relaciones. Esto no significa, sin embargo, que los bienes jurídicos o los intereses no deban ser tomados en consideración a la hora de jerarquizar las razones de obligación. Al contrario, como veremos, los bienes jurídicos desempeñan un papel importante a la hora de valorar la relación intersubjetiva entre los dos agentes beneficiarios.

Llegados a este punto son tres las cuestiones esenciales que deben ser respondidas en este trabajo. El sistema de jerarquización de las razones de obligación que aquí se pretende explorar exige, en primer lugar, aclarar de qué modo debe valorarse la relación intersubjetiva y, en especial, cómo compatibilizar en este juicio de apreciación la perspectiva eminentemente formal que aquí se defiende con la noción de bien jurídico, como elemento material de la

---

<sup>351</sup> Vid. Cap. 4, apdo. II. Ello pasa, en primer lugar, por identificar con claridad qué elementos son relevantes para la jerarquización de las razones de obligación, cuál es su naturaleza y cómo pueden —en conjunto— contribuir a la jerarquización de los deberes. Como se verá, esto se consigue, en esencia, determinando de un modo principialista y formal los baremos fijos de compatibilización de esferas en el marco de la relación intersubjetiva y reduciendo la ponderación a aquellos elementos efectivamente ponderables, es decir, a los bienes jurídicos, aunque matizando su valor *in concreto* a partir de las nociones de probabilidad e intensidad de lesión. Sin lugar a duda, resulta imposible matematizar la jerarquización de deberes convirtiendo el proceso en un suceder de reglas perfectas que permitan, aplicadas todas ellas “correctamente”, concluir de manera incontrovertida la relación de rango entre las razones en liza. No obstante, esto no significa que no sea posible esbozar un sistema de reglas de solución coherente y omnicompreensivo, que determine con claridad los principios últimos y las reglas concretas de solución de los conflictos entre razones de obligación.

relación de conflicto. En segundo lugar, debe mostrarse en este trabajo cómo evaluar normativamente la relación entre los beneficiarios y el obligado, es decir, cómo comprender en un juicio de comparación la relación existente entre las especies de deber en concurso. Finalmente, en tercer y último lugar, la atribución de relevancia en la resolución de los conflictos a los dos planos referidos nos obliga a adoptar necesariamente una decisión acerca del modo en el que compatibilizar ambos planos. Solo será posible establecer las bases de un auténtico sistema de resolución de los conflictos cuando tengamos claro cómo armonizar el plano intersubjetivo con el de las razones de obligación. Será en el próximo capítulo donde se ofrezca una respuesta detallada y concluyente a cada una de estas tres cuestiones. Se analizarán allí, por separado, cada uno de los dos planos sistemáticos relevantes para la jerarquización de las razones de obligación y se procederá asimismo a ofrecer una metarregla que permita comprender de forma meridiana la relación entre aquellos a la hora de resolver los conflictos.

Antes, sin embargo, parece ineludible sentar las bases conceptuales de la comprensión de la relación normativa basada en la especie del deber. A diferencia de lo que acontece con la relación intersubjetiva, que sí ha sido objeto de estudio en el marco de las causas de justificación, lo cierto es que los esfuerzos por examinar en qué consiste realmente la relación obligacional entre el obligado y los beneficiarios de las razones de obligación y cómo ésta debería ser tomada en cuenta a la hora de ponderar los deberes han sido prácticamente inexistentes hasta el día de hoy. Más allá de la genérica afirmación, casi siempre con cláusula de reserva, de que los deberes de garante priman sobre los de solidaridad mínima, poco o nada se ha dicho al respecto. Parece conveniente, pues, detenernos a analizar con detalle en lo que sigue cómo aprehender normativamente esta relación fundada en la razón de obligación que une al obligado y al beneficiario.

#### **IV. LA VALORACIÓN DE LA RELACIÓN OBLIGADO-NECESITADO A PARTIR DE LA ESPECIE DEL DEBER**

##### ***1. Introducción***

Lo pretendido en este cuarto apartado es simplemente sentar las bases conceptuales para la valoración normativa de uno de los dos planos analíticos en los que cabe descomponer el proceso de jerarquización de las razones de obligación en conflicto. Se trata, en definitiva, de examinar cómo puede valorarse la relación que media entre el agente obligado y cada uno de los beneficiarios de las razones en conflicto desde una óptica normativo-formal. Para ello, en primer lugar, se analiza aquí de forma lacónica la posibilidad de proceder a dicha valoración a partir del concreto fundamento negativo o positivo de las razones en conflicto. Una vez descartada la posibilidad de recurrir para nuestro propósito a esta distinción, se propone aquí, ya en segundo lugar, aprehender los deberes en virtud de su especie, entendida ésta como el indicador del concreto grado de ejercicio de libertad del destinatario en el momento de legitimación de la obligación. Este es el dato que permite el pesaje de las razones de

obligación y, por lo tanto, el que facilita una comparación y jerarquización de las razones en liza. Finalmente, en tercer y último lugar, una vez mostrada la posibilidad de distinguir en el seno de nuestro actual Ordenamiento jurídico entre tres especies distintas de deber, se procede a distribuir en cada una de ellas las distintas formas básicas obligacionales jurídico-penalmente reconocidas.

## ***2. Del fundamento negativo y positivo a la especie de la razón de obligación***

### **2.1. Introducción**

Una vez se ha asumido aquí que son dos los principios esenciales rectores de nuestro Ordenamiento jurídico penal y, en concreto, dos las formas básicas obligacionales, esto es, los deberes negativos y positivos, pareciera lógico pensar que es precisamente esta la relación normativa relevante también a la hora de resolver los conflictos entre razones de obligación. La relación obligacional entre el obligado y los potenciales beneficiarios quedaría determinada por el carácter positivo o negativo del deber. Así las cosas, el examen de la relación obligado-necesitado pasaría entonces por examinar la relación de jerarquía normativa entre los deberes en atención a su fundamento. Esta diferencia sería, pues, la decisiva a la hora de valorar este primer plano sistemáticamente relevante para la resolución de los conflictos de deberes. El objetivo del presente epígrafe consiste precisamente en examinar cómo proceder a valorar la relación entre el obligado y el beneficiario desde la óptica normativa formal desde la que se aborda aquí la jerarquización de las razones en conflicto. Para ello, en primer lugar, se examina brevemente el modo en el que desde el *iusnaturalismo* racionalista y la filosofía moral y política contemporáneas se enfrenta este problema y, en especial, cómo se entiende allí la relación entre los deberes positivos y negativos en situaciones de conflicto. En segundo lugar, se estudia la relación normativa que media entre una y otra clase de deberes en el ámbito estrictamente jurídico-penal. Pese a que en este trabajo se defiende que el criterio fundamental para el pesaje de los deberes es el grado de autovinculación al que puede reconducirse la obligación en cuestión, y no la abstracta relevancia social de la concreta institución que aquélla garantiza, la clásica distinción entre deberes positivos y negativos no resulta idónea para proceder a la valoración de la relación obligado-beneficiario en situaciones de conflicto. Por ello, en tercer y último lugar se presenta y define la noción de especie de deber, como dato normativo relevante para la comparación de las razones de obligación enfrentadas en situación de conflicto.

### **2.2. Los conflictos de deberes a partir de su fundamento: una breve aproximación**

#### **a) Los deberes de justicia y de beneficencia en el *iusnaturalismo* racionalista**

Aunque sin duda es mérito de JAKOBS el haber introducido en la discusión penal continental más moderna la distinción entre deberes negativos y positivos, no cabe desconocer que tanto en la ciencia del Derecho, como en la filosofía política y moral, vienen llevándose a cabo

desde sus albores distinciones entre tipos de deber idénticas o muy similares a la referida.<sup>352</sup> Como pone de manifiesto KERSTING,<sup>353</sup> la división entre las clases de deber en atención a su fundamento encuentra muy pronto ya una expresión análoga en la distinción entre deberes de justicia y deberes de beneficencia. A la misma, alude ya CICERÓN en su *Tratado de los deberes*,<sup>354</sup> y fue igualmente tematizada por la escolástica,<sup>355</sup> hasta convertirse en uno de los criterios esenciales de división de los deberes en el Derecho natural.<sup>356</sup> Los deberes de beneficencia se asocian en las principales obras del iusnaturalismo alemán con los deberes imperfectos (*unvollkommene Pflichten*), de mejora, mientras que solo serían perfectos (*vollkommene Pflichten*) los deberes de no dañar, conocidos también como deberes de justicia.<sup>357</sup> Los primeros, los imperfectos, implicarían por lo general obligaciones de hacer, esto es, se expresarían como mandatos, mientras que los segundos, los deberes perfectos, impondrían obligaciones de abstención, expresadas por lo general a través de prohibiciones. A partir de esta distinción, además, resultaría posible establecer una nítida distinción entre el mundo de la ética y del Derecho. Los deberes perfectos serían los deberes propiamente jurídicos, formas obligacionales tendentes a garantizar el principio negativo de coexistencia, mientras que los deberes positivos, como reflejo de un principio de beneficencia o virtud serían los propios de la ética o la moral. Los primeros serían absolutos y de cumplimiento jurídicamente exigible, mientras que los segundos, además de indeterminados y no categóricos, no podrían ser requeridos en su cumplimiento de forma coactiva.<sup>358</sup> Los deberes imperfectos impondrían acciones tendentes a la consecución de fines siempre dependientes de las concretas circunstancias; los deberes perfectos, en cambio, impondrían mandatos de omitir, deberes que serían siempre, bajo toda circunstancia, de posible y debido cumplimiento.<sup>359</sup>

Pese a que ya por entonces resultaba discutida tanto la delimitación entre una y otra clase de deberes, como la concreta pertenencia de formas específicas de obligación a una u otra

---

<sup>352</sup> Han sido muchas y variadas las distinciones entre tipos de deber formuladas a lo largo de la historia y no siempre único el parámetro de distinción, escondiéndose muchas veces bajo idéntica nomenclatura distinciones materialmente diversas. Todo ello queda de manifiesto en la clasificación de deberes en la obra de PUFENDORF ofrecida por LARENZ, «Sittlichkeit und Recht bei Samuel Pufendorf», *Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie*, (10), 1994, p. 110 y s.

<sup>353</sup> Cfr. KERSTING, «Das starke Gesetz der Schuldigkeit und das schwächere der Gütigkeit», *Studia leibnitiana*, (14), 1982, pp. 188 y ss. Y en este mismo sentido, vid. LÜBBE, *Verantwortung*, 1998, p. 69, señalando que: «caritas und iustitia, Tugendpflichten und Rechtspflichten, unvollkommene und vollkommene Pflichten heißen die klassischen Entgegensetzungen».

<sup>354</sup> Cfr. CICERÓN, *Tratado de los deberes*, 1975, Libro III, 8: «[h]ay también otra división de los deberes: el deber medio y el deber perfecto. [...] Se les define diciendo que el deber absoluto implica una absoluta rectitud de conducta; el deber medio, en cambio, se cumple por una razón plausible».

<sup>355</sup> Vid. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, p. 103, n. 1, recogiendo en nota al pie literalmente la distinción entre deberes negativos y positivos formulada por TOMÁS DE AQUINO.

<sup>356</sup> Vid. KERSTING, *studia leibnitiana*, (14), 1982, pp. 188 y ss., p. 196, donde afirma lo siguiente: «Daß es zwei wesentlich verschiedene Pflichtarten gibt und sich anhand dieser pflichtentheoretischen Differenz Recht und Ethik unterscheiden lassen, ist für die Naturrechtslehrer des 18. Jahrhunderts ein Gemeinplatz».

<sup>357</sup> Para un análisis histórico-jurídico del principio “alterum non laedere” en el marco del Derecho privado, vid. SCHIEMANN, «Das allgemeine Schädigungsverbot: „alterum non laedere“», *JuS*, (5), 1989, pp. 345 y ss.

<sup>358</sup> Cfr. LARENZ, *Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie*, (10), 1994, pp. 110 y s.

<sup>359</sup> Al respecto, con múltiples citas en este mismo sentido, vid. KERSTING, *studia leibnitiana*, (14), 1982, p. 199 y s., n. 53.

clase,<sup>360</sup> con matices, lo cierto es que ya en el S. XVII advertía PUFENDORF que el principio de justicia, el deber negativo, era siempre la obligación principal.<sup>361</sup> «Entre los deberes absolutos o los deberes de todos frente a todos, el siguiente deber es el más importante: nadie debe ocasionar daño a los demás. Éste es el deber más amplio de entre todos los deberes, el deber que atañe a todos los Hombres. [...] Además, resulta ser con mucho el deber de mayor importancia, porque sin él, los Hombres no pueden alcanzar la vida en Comunidad. Con quien no me haga ningún bien, ni me ayude lo más mínimo, puedo de todas formas vivir en paz, con tal de que no me lesione. En verdad, es esto únicamente lo que se espera de la mayoría de los Hombres. Los bienes se intercambian sólo entre unos pocos. Pero con alguien que me ocasione daño, no puedo vivir en paz».<sup>362</sup> Es más, para PUFENDORF, en contra de la visión del estado de naturaleza *bobbesiana*, ya en el hipotético estado de naturaleza regiría el mandato esencial de no lesionar a nadie y de mantener lo prometido.<sup>363</sup> En la medida en que dicho estado de naturaleza es un estado humano, y no animal, por tanto, un estado de seres racionales y morales, regiría ya entonces el deber de no lesionar a nadie.<sup>364</sup> Es decir, pese al reconocimiento de la existencia de “deberes mutuos humanitarios”, a los que en ocasiones incluso se les reconoce un verdadero estatus jurídico, su subordinación a los deberes negativos resultaba un dogma fundamental.<sup>365</sup> THOMASIIUS, discípulo de PUFENDORF, tratando de distinguir el Derecho, los usos sociales y la moral, afirmaba en este sentido que «la honestidad dirige las acciones internas de los que no son sabios, el decoro de las externas,

---

<sup>360</sup> Lo pone claramente en evidencia el título de un trabajo de Ludwig Julius Friedrich HÖPFNER publicado a fines del S. XVII, «Warum sind die Menschenpflichten entweder vollkommene oder unvollkommene? und welche Pflichten gehören zu der ersten, welche zu der letzten Gattung?», en EL MISMO, *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker*, 6ª ed., 1795, pp. 289 y ss.

<sup>361</sup> En este sentido, señalando que la primacía del deber negativo frente al positivo era ya defendida antes de su consagración desde los postulados del liberalismo clásico, LÜBBE, *Verantwortung*, 1998, p. 69, n. 84. Sobre los conceptos de deber moral y jurídico, y la comprensión del Ordenamiento jurídico como un “Orden moral” en PUFENDORF, por todos, vid. LARENZ, *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie*, (10), 1944, pp. 102 y ss.

<sup>362</sup> Cfr. PUFENDORF, *De officio hominis*, 1682, I, 6, 2.

<sup>363</sup> Esta distinta forma de comprender al ser humano en el estado de naturaleza determina además la visión del Estado en PUFENDORF. Éste no nace para imponer la paz, sino para garantizar el precario estadio de paz que supone el estado de naturaleza. El Estado no nace con el único fin de imponer a un conjunto de sujetos aquello que su propio instinto haría imposible, sino que nace con el objetivo de asegurar e imponer el Orden que exige la propia esencia del ser humano, fundamentada en su naturaleza moral, pero que resulta imposible mantener dada la imperfección y debilidad humana. Así las cosas, el obligado no cumple con sus deberes por la mera coacción estatal, sino porque advierte en ellos la afirmación y consagración del valor moral. Vid. LARENZ, *Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie*, (10), 1994, p. 107.

<sup>364</sup> LARENZ, *Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie*, (10), 1994, p. 106.

<sup>365</sup> Vid. PUFENDORF, *De officio hominis*, 1682, I, 8, 1: «puesto que por naturaleza existe un *parentesco* entre todos los Hombres, resultaría muy poco, únicamente respetar a los demás o no dañarles. Muy al contrario, hay que ayudar y proporcionarse recíprocamente todo con todos, en lo que el mutuo bienestar de los Hombres se sustenta». Al respecto, por todos, LARENZ, *Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie*, (10), 1994, pp. 113 y ss. Para PUFENDORF, en realidad, muchos serían los deberes positivos, pero muy pocos los que alcanzan el verdadero estatus de deber jurídico, pues exigen una concreción positiva en la ley. Solo en ese caso, se tornan exigibles y pueden ser considerados auténticos deberes jurídicos. Tratando de exponer en resumidas cuentas la teoría de los deberes de PUFENDORF, cabe comprender dicha teoría a partir de tres categorías de deberes esenciales, todos ellos regidos por una única idea última, la idea de la “*socialitas*”, en el sentido de que todos ellos sirven a un fin supraindividual común, a saber, garantizar la misma posibilidad de la comunidad y del género humano como tal. Como auténticos deberes, cabría distinguir, como digo, tres grupos: (1) el primero se compone por los deberes para con uno mismo, considerados como deberes morales en sentido estricto; (2) en segundo lugar, los deberes de “humanidad y amor”, que en la medida en que se positivizan, alcanzan el rango de auténtico deber jurídico; (3) y finalmente, los deberes jurídicos en sentido estricto, exigibles jurídicamente y susceptibles de ser impuestos coactivamente. Estos se derivan, en parte, directamente del Derecho natural, en parte, de la ley positiva. Vid. PUFENDORF, *De officio hominis*, 1682, III, 3, 1 y ss.

para conseguir la benevolencia de otros, la justicia las externas para que no turben la paz y para que restablezcan la paz turbada».<sup>366</sup> La *pax externa* constituye, pues, la condición *sine qua non* para la subsistencia de los hombres, de modo que solo el principio de justicia alcanza el rango de una auténtica ley imperativa y solo aquella es susceptible de ser impuesta coactivamente.<sup>367</sup> «El grado máximo [de necesidad] es el de los necios que no quieren que se vea turbada su propia libertad de actuación o tranquilidad externa, y sin embargo, turban la libertad de otros».<sup>368</sup> Por otro lado, los autores que reconocieron explícitamente la posibilidad de imponer coactivamente deberes positivos, lo hicieron de un modo especialmente prudente. Así, por ejemplo, MENDELSSOHN, afirmaba que «en el estado de naturaleza todos los derechos *positivos* de los hombres entre sí son meramente *deberes incompletos*, de la misma manera que sus derechos positivos recíprocos son meramente derechos *incompletos* y no deberes que puedan ser impuestos, ni derechos que permitan coacción.— Únicamente los deberes y derechos de omisión en el estado de naturaleza son completos. Yo estoy plenamente obligado a no *dañar* a nadie, como estoy plenamente justificado para evitar que nadie me *dañe*. Como se sabe, dañar significa *actuar contra el derecho pleno del otro*».<sup>369</sup> Ahora bien, «a través de las leyes civiles (*bürgerliche Gesetze*) una parte importante de los deberes imperfectos, de los deberes positivos, se convierten en deberes perfectos, los deberes de amor (*Liebespflichten*) se transforman en deberes coactivos».<sup>370</sup> No obstante, el propio MENDELSSOHN añadía a continuación que «para que los hombres puedan encontrar en la vida en sociedad la ocasión de ejercitarse en el hacer el bien y el cultivo del servicio a los demás, no es bueno que todos los deberes de amor se transformen en deberes coactivos. Allí donde el Estado me exige por ley la limosna y reparte, no encuentro ninguna oportunidad de ejercer mi participación y compasión de forma activa».<sup>371</sup>

<sup>366</sup> Cfr. THOMASIIUS, *Fundamentos de derecho natural y de gentes*, 1994, Libro I, Capítulo IV, § XC. «[t]ienes al mismo tiempo las fuentes del bien triple, la honestidad, el decoro y la justicia. La justicia se opone al mal extremo, conforme a lo cual se llama injusticia. La honestidad es el mismo bien en grado eminente, cuyo opuesto es la deshonra, pues es deshonoroso sucumbir (incluso con dolor) a las pasiones. El decoro es el mismo bien en grado medio, y lo indecoroso es un mal de grado medio, es decir, un bien imperfecto y un mal imperfecto» (§ LXXXIX). En todo caso, el propio THOMASIIUS reconoce la posibilidad de que excepcionalmente un deber de decoro (benevolencia) sea impuesto coactivamente: «Así, de manera extraordinaria, un soberano puede coaccionar a dar limosna» (§ LXXV). [Cursiva en la traducción].

<sup>367</sup> Cfr. HÖPFNER, *Naturrecht des einzelnen Menschen*, 1801, 6ª ed., p. 289: «Daß die Pflichten des Menschen gegen den Mitmenschen in Zwangs- und Liebespflichten, oder vollkommene und unvollkommene, wie andere sagen, abgeteilt zu werden pflegen, wissen auch die, welche sonst nicht viel wissen. Jene geben dem Mensch, dem ich sie schuldig bin, ein vollkommenes Recht, diese ein unvollkommenes. Die Verletzung der ersten heißt Beleidigung, der letzten Lieblosigkeit. Das alles ist trivial genug».

<sup>368</sup> Cfr. THOMASIIUS, *Fundamentos de derecho natural y de gentes*, 1994, Libro I, Capítulo IV, § LXXIV.

<sup>369</sup> Cfr. MENDELSSOHN, *Jerusalem*, 1991, Primera Parte, nm. 36.

<sup>370</sup> Cfr. MENDELSSOHN, «Von vollkommenen und unvollkommenen Rechten und Pflichten», en EL MISMO, *Gesammelte Schriften*, v. III.1, pp. 280/2.

<sup>371</sup> MENDELSSOHN, «Von vollkommenen und unvollkommenen Rechten und Pflichten», en EL MISMO, *Gesammelte Schriften*, v. III.1, pp. 280/2. Como señala KERSTING, tras el reconocimiento de MENDELSSOHN de la posibilidad fáctica de determinar los deberes imperfectos se esconde la intención de limitar al Estado la posibilidad de positivizar deberes de beneficencia que carecen de su correlativo derecho de beneficencia en el estado de naturaleza. Vid. KERSTING, *Studia leibnitiana*, (14), 1982, p. 202, n. 57. MENDELSSOHN, *Jerusalem*, 1991, Primera Parte, nm. 35 y ss., p. 45 y ss., se refiere expresamente a la posibilidad de un conflicto entre deberes de benevolencia en el estado de naturaleza: «¿Quién debe solucionar los casos conflictivos? – No mi semejante, pues a él no se le han dado todas las razones para poder zanjar el conflicto de los deberes. Al respecto cada uno podría tener el derecho y si, como es previsible, cada uno de mis semejantes decidiera en provecho propio, no se solventaría la confusión. Así, pues, a mí, y sólo a mí, me corresponde, en el estado de naturaleza, el derecho de



En el marco de esta distinción entre deberes de justicia y deberes de beneficencia es a su vez donde comprender la conocida distinción kantiana entre deberes perfectos e imperfectos.<sup>372</sup> «Si mi acción, o en general mi estado, puede coexistir con la libertad de cada uno, según una ley universal, me agravia el que me lo obstaculiza; porque ese obstáculo (esa resistencia) no puede coexistir con la libertad, según leyes universales».<sup>373</sup> Para KANT, el imperativo categórico como razón fundamental general de toda forma obligacional se plasmaría en dos tipos de deber distintos, los deberes perfectos y los deberes imperfectos.<sup>374</sup> Los primeros, los deberes perfectos, son aquellos absolutamente determinados, capaces de regular una forma de comportamiento específica de manera inmediata y con carácter general. Por el contrario, los deberes imperfectos serían aquellos determinados ya no por una concreta acción sino por un fin, de tal manera que su cumplimiento sí quedaría condicionado por factores contingentes.<sup>375</sup> A su vez, dentro de los primeros, de los deberes perfectos, distingue KANT entre los que se establecen para con uno mismo (*officia erga seipsum*) y aquellos que se establecen en atención a terceros. Los primeros, son deberes completos de virtud (*vollkommene Tugendpflichten*), deberes negativos referidos a la integridad físico-moral del propio obligado, configurados como deberes de omitir (mediante prohibiciones).<sup>376</sup> Los segundos, que son los que ahora nos interesan, son los deberes negativos perfectos para con los terceros, es decir, los deberes jurídicos. La ley jurídica es un principio formal y negativo en el que las acciones jurídicas son aquellas que satisfacen la mera condición negativa de no contradecir ninguna ley.<sup>377</sup> Los deberes jurídicos serían siempre deberes de abstención, de respetar el estatus de distribución de libertad existente y, por lo tanto, serían siempre deberes negativos (*sustine et abstinence*). Ahora bien, junto a los deberes jurídicos, reconoce asimismo KANT la existencia de deberes de promover la suerte ajena, no ya como actos supererogatorios, sino como deberes éticos o de la virtud (*Tugendpflicht*).<sup>378</sup> La doctrina del Derecho y de la virtud, como las dos ramas constitutivas de la metafísica de las costumbres, tienen pues a su vez distintos objetos de regulación. La primera regula únicamente las relaciones externas de una persona frente al mundo, en la medida en que sus acciones pueden ejercer alguna influencia en el resto de sujetos.<sup>379</sup>

---

decidir *si* y *cuándo* y *a quién* y *en qué* condiciones estoy obligado a hacer el bien. [...] Únicamente a mi buen juicio le corresponde decidir la regla según la que decidir en casos de colisión». [cursiva en el original]

<sup>372</sup> Para un análisis de la distinción en KANT, vid. por todos, KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1984, pp. 75 y ss.; GREGOR, *Laws of freedom*, 1963, pp. 95 y ss.; haciendo asimismo referencia a las distintas definiciones de una y otra clase de deberes en distintas obra de KANT, no siempre plenamente coincidentes (pp. 95 y s.). Recientemente, sobre la distinción kantiana entre deberes perfectos e imperfectos, MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, pp. 73 y ss.

<sup>373</sup> Cfr. KANT, *La metafísica de las Costumbres*, 2012, Primera Parte, Introducción a la Doctrina del Derecho, § C, 231.

<sup>374</sup> Cfr. EBERT, «Kants kategorischer Imperativ und die Kriterien gebotener, verbotener und freigestellter Handlungen», *Kant-Studien*, (68), 1976, p. 571.

<sup>375</sup> Cfr. KERSTING, *studia leibnitiana*, (14), 1982, p. 212; o EL MISMO, «Der kategorische Imperativ, die vollkommenen und die unvollkommenen Pflichten», *Zeitschrift für philosophische Forschung*, (37-3), 1983, pp. 404 y ss., p. 405, n. 6.

<sup>376</sup> Cfr. KERSTING, *studia leibnitiana*, (14), 1982, p. 212, n. 75

<sup>377</sup> Vid. KERSTING, *studia leibnitiana*, (14), 1982, p. 207.

<sup>378</sup> Vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 20, n. 22.

<sup>379</sup> Vid. KERSTING, *studia leibnitiana*, (14), 1982, p. 209: La doctrina del Derecho se conforma consecuentemente con establecer las condiciones de compatibilidad para una acción. La ley ética por el contrario es un principio instrumental (*Zweckprinzip*), un principio material de la intención.

Como ha quedado ya de manifiesto al final del capítulo inmediatamente antecedente, lo cierto es que también se advierte en la teoría kantiana de los deberes una subordinación clara de los deberes de beneficencia frente a los deberes negativos. A los efectos de la negativa kantiana a aceptar auténticos conflictos de deberes, ello podría explicarse de dos modos distintos. Así, un primer modo de comprender esta subordinación general pasaría por asumir que en el planteamiento kantiano «la fuerza obligante, el carácter obligante del deber jurídico es absoluto, no limitado por ninguna condición y por lo tanto perfecto (*vollkommen*); la fuerza obligante del deber ético por el contrario es hipotética, porque está vinculado a la condición de su conformidad a Derecho».<sup>380</sup> Es decir, dado que todos los deberes de virtud nacen bajo la estricta condición de respeto a los deberes de justicia, no tendría sentido plantear ninguna clase de conflicto entre ambas clases de deberes.<sup>381</sup> «La exigencia ética ocupa por lo tanto frente a la exigencia del Derecho un rango secundario; la ley de la virtud encuentra en el principio del derecho un presupuesto de validez. La prioridad expresa del Derecho evita una colisión de deberes [...]».<sup>382</sup> Toda colisión entre un deber positivo y negativo sería sencillamente imposible, pues el deber negativo es por definición perfecto y los positivos se determinan siempre y en todo caso conforme a Derecho.<sup>383</sup> Y en segundo lugar, la otra vía transitada por alguno de los discípulos kantianos para explicar la negativa de KANT a aceptar auténticos conflictos de deberes pasa por vincular su inexistencia a una regla general de jerarquización de los deberes, que otorgaría primacía general a los negativos frente a los positivos. Así, por ejemplo, es como SCHMID entendía posible resolver los conflictos entre una razón de obligación negativa y una positiva.<sup>384</sup> Sea como fuere, de lo que no hay duda es de que, como señala KERSTING, en la comprensión kantiana de la relación entre una y otra clase de deberes no hay nunca espacio alguno para la beneficencia cuando a ello se opone el Derecho.<sup>385</sup>

Esta breve aproximación a la teoría de los deberes del *iusnaturalismo* racionalista debería haber puesto de relieve que, por un lado, la pretensión de abordar los conflictos desde la óptica del fundamento de los deberes no es en absoluto una novedad. Los conflictos de deberes, se analizan por entonces o bien como cristalización de un conflicto entre las máximas de justicia y bondad, o como un conflicto entre deberes imperfectos de beneficencia. Por otro lado, como se ha mostrado, la menor entidad normativa de los deberes de beneficencia se transforma en situación de conflicto en una regla explícita o implícita de preferencia general del deber negativo frente al positivo.<sup>386</sup>

<sup>380</sup> Cfr. KERSTING, *studia leibnitiana*, (14), 1982, p. 211.

<sup>381</sup> Al respecto, vid. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1984, p. 87.

<sup>382</sup> Cfr. KERSTING, *studia leibnitiana*, (14), 1982, p. 211.

<sup>383</sup> Cfr. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1984, p. 87: «Die Priorität des Rechts zeigt sich darin, daß jede Tugendhandlung, jede Verwirklichung eines Pflichtzwecks als Handlung eben der Rechtmäßigkeitsbedingung unterworfen ist. Das Recht spannt sich wie ein Filter vor die Tugendäußerungen und läßt nur die passieren, die mit dem Rechten in Übereinstimmung stehen».

<sup>384</sup> Cfr. SCHMID, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, 2ª ed., 1800, § 115, p. 153. Sobre ello, con detalle, vid. Cap. 2, apdo. III, 2.

<sup>385</sup> Vid. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1984, pp. 87 y s., con ulteriores citas; y EL MISMO, *Politik und Recht*, 2000, pp. 324 y s.

<sup>386</sup> Vid. KERSTING, *studia leibnitiana*, (14), 1982, pp. 201, 211, 215.

## b) Deberes positivos y negativos: una breve aproximación a la discusión filosófica contemporánea

El positivismo naturalista que dominó la ciencia jurídico-penal en el S. XIX marginó la distinción clásica entre los deberes a partir de su fundamento y, con ello, determinó el abandono de la concepción clásica de los conflictos acabada de esbozar.<sup>387</sup> Sin embargo, lo cierto es que la aproximación al problema de los conflictos en estos términos nunca ha sido completamente desatendida en la discusión filosófico-política y moral. A diferencia de la perspectiva eminentemente materialista que rige el abordaje penal de los conflictos, en la filosofía suele enfrentarse el problema desde una óptica puramente normativa, en donde a la hora de jerarquizar los deberes lo relevante es, en esencia, el tipo de relación que media entre el obligado y el necesitado.<sup>388</sup> La literatura al respecto es legión y no puede ser este el lugar en el que analizar con detalle la relación entre los deberes positivos y negativos en la discusión filosófica contemporánea.<sup>389</sup> En lo que sigue baste con poner de relieve brevemente cómo se comprende en el debate actual ambas nociones de deber y cuál es la relación que con carácter general se predica entre los deberes positivos y negativos cuando éstos entran en colisión.

Como digo, la distinción entre deberes negativos y positivos es ampliamente conocida y tematizada en la discusión filosófica contemporánea, tanto política como moral.<sup>390</sup> A partir de aquí, resulta objeto de controversia, por un lado, el modo en el que definir o comprender uno y otro tipo de deber y, por el otro, la concreta relación de jerarquía que media entre ambas clases de deber.<sup>391</sup> Asimismo, cabe advertir una importante confusión entre los planos fenomenológicos del deber (deberes de actuar o de omitir) y el fundamento de legitimación

---

<sup>387</sup> Sobre las causas del abandono en la discusión penal de la distinción tradicional entre deberes de justicia y beneficencia, vid. JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, 1996, p. 23.

<sup>388</sup> Ello se explica —como mínimo en parte— por el hecho de que en la discusión filosófica se abordan prácticamente de forma exclusiva conflictos entre bienes equivalentes, por lo general, entre vidas humanas. Es más, para muchos solo cabe hablar de un auténtico dilema moral cuando los intereses en juego son equivalentes. Cfr. solo STATMAN, *Moral Dilemmas*, 1995, pp. 10 a 12. Ello obliga, claro está, a buscar factores de decisión del conflicto más allá de la mera diferencia material entre los intereses en peligro.

<sup>389</sup> Entre otros muchos, vid. por ejemplo, SMITH, *Liberalism*, 1998, pp. 3 y ss.; GOODIN, *Protecting the Vulnerable*, 1985, pp. 16 y ss.; MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, pp. 9 y ss., *passim*; o CLARKE, *Omissions*, 2014, p. 196.

<sup>390</sup> Así, por ejemplo, vid. RAWLS, *Teoría de la justicia*, 2010, p. 115; BENNET, «Whatever the Consequences», *Analysis*, (26), 1966, pp. 102 y ss.; MURPHY, *Retribution, Justice, and Therapy*, 1979, pp. 3 y ss.; MACK, «Bad Samaritanism and the Causation of Harm», *Philosophy and Public Affairs*, (31), 1980, pp. 230 y ss.; FOOT, «The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect», en STEINBOCK (ed.), *Killing and Letting Die*, 1980, pp. 156 y ss.; M. G. SINGER, «Negative and positive duties», *The Philosophical Quarterly*, (15), 1965, pp. 97 y ss.; SINGER, «Famine, Affluence, and Morality», *Philosophy and Public Affairs*, (1), 1972, pp. 229 y ss.; FISHKIN, *The Limits of Obligation*, 1982, pp. 35 y ss.; HOBFIELD, *Tun und Unterlassen*, 2007, pp. 68 y ss.; MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, pp. 95 y ss.

<sup>391</sup> Un análisis ilustrativo de los intentos de distinción en la filosofía del Derecho puede leerse en MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, pp. 95 y ss. En resumidas cuentas, cuatro serían los parámetros generalmente adoptados: (1) el criterio fenomenológico, esto es, deberes positivos los que imponen un actuar, negativos, una omisión; (2) el criterio consecuencialista, los deberes positivos implican una mejora de la posición del beneficiario, los negativos, en caso de cumplimiento, un no empeoramiento del beneficiario; (3) el criterio normativo, es decir, positivos son los deberes de mejorar la posición de otro, mientras que negativos son aquellos deberes que obligan a no lesionar a otro; (4) el criterio de los bienes, mientras que los deberes negativos sirven al mantenimiento de bienes fundamentales, los positivos servirían para poner a disposición de su beneficiario bienes adicionales.

del deber (justicia o beneficencia).<sup>392</sup> Con carácter general, se acepta que, *ceteris paribus*, en el marco de un Estado liberal el deber prioritario sería siempre el negativo, plasmado ordinariamente en una prohibición de dañar activamente a otros.<sup>393</sup> Como señala SMITH, el deber negativo o de justicia proveería el marco general, el mínimo moral, el deber imprescindible.<sup>394</sup> Ello es coherente con una concepción filosófica moral y política de corte liberal, que contempla los derechos humanos como derechos puramente negativos. El correlato de aquellos es, pues, siempre un deber negativo, un deber de no llevar a cabo actos lesivos para terceros.<sup>395</sup> Estos deberes serían universales y la mayoría de ellos, además, gozarían de un respaldo jurídico, algunos incluso jurídico-penal.<sup>396</sup>

Frente a los deberes negativos se sitúan en cambio los positivos, basados en el valor de la caridad humana o benevolencia, en contraposición con la máxima de la justicia. Se trataría ordinariamente de deberes de actuar, que requieren acciones positivas tendentes a ayudar a los demás, en oposición a los deberes negativos, que “solo” prohibirían interferencias.<sup>397</sup> Éstos, además, no obligarían de manera universal, sino necesariamente relativa.<sup>398</sup> No todo el mundo podría bajo cualquier circunstancia dar cumplimiento a un deber positivo.<sup>399</sup> A diferencia de lo que sucede con los deberes negativos, que constituirían un grupo unitario, es frecuente entre los filósofos morales dividir a su vez el grupo de deberes positivos en dos subtipos de obligaciones en atención al círculo de potenciales obligados.<sup>400</sup> Aquellos deberes positivos

---

<sup>392</sup> Mientras que para algunos autores guarda relación con el fundamento del deber (autonomía/beneficencia), para otros, tal vez la mayoría, guarda relación con la forma fenomenológica exigida por el deber, esto es, son positivos los deberes de actuar y negativos los deberes de omitir. En este último sentido, vid. MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, pp. 68 y s., quien reconoce sin embargo que la distinción trascendental es la existente entre los deberes de justicia y los de beneficencia. Así también, claramente, M. G. SINGER, *Philosophical Quarterly*, (15), pp. 98 y s.: «A negative duty is a duty not to do something, a duty of omission. A positive duty is a duty to do something, and cannot be fulfilled by inaction»; o FISHKIN, *The limits of Obligation*, 1982, pp. 8 y s. En cambio, vid. SANDEL, «Solidarität», *Transit*, (44), 2013, pp. 112 y s., quien advierte como deberes negativos (de justicia) pueden concretarse en mandatos; o con detalle, desvinculando el fundamento y la forma fenomenológica del deber, por ejemplo BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 172 y ss.

<sup>393</sup> Cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, 2010, p. 115: «[L]a distinción entre deberes positivos y negativos es en muchos casos intuitivamente clara, aunque a menudo es difícil. [...] La distinción es importante únicamente en conexión con el problema de la prioridad, ya que parece plausible sostener que, cuando es clara, los deberes negativos tienen más valor que los positivos».

<sup>394</sup> Cfr. SMITH, *Liberalism*, 1998, pp. 6 y s.: «los deberes negativos están basado en el valor de la justicia y el respeto de la dignidad individual, la autonomía, la libertad y los derechos».

<sup>395</sup> Cfr. SMITH, *Liberalism*, 1998, p. 6.

<sup>396</sup> Cfr. SMITH, *Liberalism*, 1998, p. 7.

<sup>397</sup> Cfr. SANDEL, «Solidarität», *Transit*, (44), 2013, pp. 112 y s., para quien el rasgo esencial que caracteriza estos deberes de solidaridad reside en que son impuestos a un sujeto al margen de cualquier acto libre o de cualquier decisión autónoma de aquél.

<sup>398</sup> Sobre la noción de deber positivo, entre otros, vid. SMITH, *Liberalism*, 1998, p. 7; MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, pp. 113 y ss., *passim*; MCINTYRE, «Guilty Bystanders? On the Legitimacy of Duty to Rescue Statutes», *Philosophy & Public Affairs*, (2), 1994, pp. 157 y ss.; SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, 5ª ed., 2010, pp. 71 y ss.; o recientemente, SANDEL, *Transit*, (44), 2013, pp. 103 y ss.

<sup>399</sup> Vid. FISHKIN, *The limits of Obligation*, 1982, pp. 8 y s.

<sup>400</sup> O en tres, si además de los deberes positivos especiales y generales, se reconoce como un tipo de deber adicional los deberes positivos de caridad, esto es, los deberes de beneficencia para con el tercer mundo. Así, MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, pp. 115 y ss.; y en un sentido parecido, SANDEL, *Transit*, (44), 2013, pp. 106 a 111, en alusión a los deberes de solidaridad para con los miembros de otras comunidades de seres humanos. Equiparando los deberes para con el tercer mundo con los deberes comunes de solidaridad desde una óptica utilitarista, de modo que todo el mundo estaría obligado a salvar a cualquier ser humano en peligro con independencia del motivo de su situación de necesidad, vid. solo SINGER, *Salvar una vida*, 2012, *passim*; y UNGER,

que, como los negativos, obligan con carácter subjetivamente universal se denominan deberes positivos generales.<sup>401</sup> Frente a estos, los deberes positivos que obligan en el marco de relaciones bilaterales específicas se denominan deberes positivos especiales.<sup>402</sup> Aunque no es en absoluto pacífico, pareciera que la fuente básica de legitimación de los deberes positivos especiales es la familia y, en especial, la relación paterno-filial.<sup>403</sup> Mientras que los deberes especiales positivos gozan de amplia aceptación entre los filósofos morales contemporáneos, pues son deberes relativamente exactos y estrictos limitados en su ámbito vinculante, la aceptación de los deberes positivos generales como auténticos deberes resulta más controvertida.<sup>404</sup> Los deberes positivos generales se suelen entender como meros deberes imperfectos que no imponen concretas formas de actuación de manera vinculante, sino meros ideales, cuya realización se deja en manos del agente llamado a actuar, quien discrecionalmente decide si y cómo tratar de realizar el ideal del deber positivo general.<sup>405</sup>

El otro aspecto abordado en la discusión filosófica contemporánea relevante para este trabajo consiste en la clase de relación que se predica entre uno y otro tipo de obligación moral. De forma consecuente con las mayores reticencias que despierta entre los filósofos liberales la legitimación de los deberes positivos, se defiende mayoritariamente la primacía de los deberes negativos frente a los positivos cuando entran en conflicto.<sup>406</sup> Aunque son muchos y variados

---

*Living High & Letting Die*, 1996, *passim*. En sentido opuesto, vid. FISHKIN, *The limits of obligation*, 1982, pp. 7 a 9 y *passim*, quien sostiene que las estructuras básicas de la moralidad individual colapsan cuando intentan ser aplicadas a gran escala.

<sup>401</sup> Se trata aquí de aquellos deberes de beneficencia que obligan a todo miembro de una comunidad por el mero hecho de serlo, por ejemplo, el deber de socorro en favor de un desconocido en caso de grave riesgo para su vida. A su vez, el alcance de estos deberes varía en función de los límites de la comunidad que se toma como referencia. Sobre la legitimidad de deberes positivos generales para con las personas necesitadas en el tercer mundo, vid. MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, pp. 161 y ss.; y SINGER, *Salvar una vida*, 2012, pp. 41 y ss., 68 y ss.

<sup>402</sup> Sobre la distinción entre deberes generales y especiales, vid. HART, «Are There Any Natural Rights?», *The Philosophical Review*, (2), 1955, pp. 175 a 191; y FISHKIN, *The Limits of Obligation*, 1982, pp. 25 y ss.

<sup>403</sup> Así, por ejemplo, SMITH, *Liberalism*, 1998, pp. 75 y ss.; o SANDEL, *Transit*, (44), 2013, pp. 106 y ss.

<sup>404</sup> Cfr. SMITH, *Liberalism*, 1998, p. 9. Además, sobre los deberes positivos de beneficencia con el tercer mundo, con detalle, SINGER, *Salvar una vida*, 2012, pp. 31 y ss. Crítica con la analogía entre estos deberes y los de socorro clásicos, vid. MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, pp. 165 y ss.; y así también, SMITH, *Liberalism*, 1998, pp. 46 y ss.

<sup>405</sup> Vid. SMITH, *Liberalism*, 1982, p. 8 y s., quien sí acepta la existencia de auténticos deberes positivos generales.

<sup>406</sup> Sobre la preferencia del deber negativo, vid. el análisis de GOODIN, *Protecting the Vulnerable*, 1985, pp. 16 y ss.; o SMITH, *Liberalism*, 1998, pp. 1 y ss., pp. 7 y ss., con infinidad de referencias doctrinales en este mismo sentido. Un resumen de las tesis que fundamentan dicha supremacía pueden leerse en MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, pp. 62 y ss. De forma resumida, cabe concretar los argumentos esgrimidos en este sentido como sigue: los deberes positivos se materializan en mandatos, deberes de actuar, que, por lo tanto, implican una mayor merma de libertad para quien se ve por ellos gravado o, más concretamente, implican una merma de libertad esencialmente heterónoma (pp. 62 a 67). En atención al grado de autonomía de la obligación positiva cabe asimismo distinguir entre varios tipos de deber positivo, desde el deber asumido libremente en un contrato (máxima expresión de autonomía) hasta el deber general de socorro (máxima heteronomía). Y en segundo lugar, los deberes positivos o, como mínimo, los deberes positivos generales, a diferencia de los negativos, dada su indeterminación e inexactitud, no podrían ser jurídicamente exigibles, constituirían, pues, meros deberes imperfectos (pp. 67 a 69). En favor de la primacía del deber negativo frente al positivo, además, vid. DONAGAN, *The Theory of Morality*, 1979, pp. 57 y ss., 75 y ss.; FOOT, en STEINBOCK (ed.), *Killing and Letting Die*, 1980, pp. 156 y ss.; o MURPHY, en EL MISMO, *Retribution, Justice, and Therapy*, pp. 15 y ss. En cambio, por ejemplo, vid. M. G. SINGER, *The Philosophical Quarterly*, (15), 1965, pp. 97 y ss., negando dicha jerarquización al considerar los mandatos y las prohibiciones reglas lógicas y moralmente equivalentes (p. 100). La norma que prohíbe matar sería equivalente a aquella que impone ayudar a quien está en peligro de muerte (p. 101). Aun así, reconoce SINGER que los deberes positivos (mandatos) serían menos determinados que los deberes negativos y que estarían abiertos a mayores excepciones y justificaciones (p. 103); o SMITH, *Liberalism*, 1998, p. 158, quien no acepta tampoco la tesis de la primacía universal del deber negativo frente al positivo.

los argumentos aducidos en favor de esta tesis,<sup>407</sup> a los efectos que aquí interesan, resulta capital el argumento de la supuesta mayor dignidad liberal (“*first and nobles?*”) de los deberes negativos.<sup>408</sup> Son muchos los autores que, aun admitiendo la legitimidad de los deberes positivos, entienden que éstos se situarían siempre en un plano normativo inferior frente a los deberes negativos o de justicia.<sup>409</sup> El deber esencial sería siempre el negativo,<sup>410</sup> de modo que los deberes positivos surgen atendiendo al alcance y sentido de los negativos, jerárquicamente superiores y antecedentes en el momento de su legitimación. Un deber de beneficencia nace, pues, respetando siempre el deber negativo,<sup>411</sup> o como lo expresa Michael SANDEL: «mientras no violemos los derechos de nadie, podremos cumplir con el deber general de ayudar a los demás ayudando a quienes tenemos más a mano, los parientes o a los conciudadanos. No hay nada de malo en que un padre rescate a su hijo en vez de al hijo de otro, con tal de que no atropelle al hijo de un desconocido de camino a rescatar al suyo».<sup>412</sup> A su vez, en el seno de los deberes positivos, los especiales gozarían de una mayor entidad normativa que los positivos generales. Aunque son también muchos los argumentos esgrimidos en este sentido, cabe advertir tras esta jerarquización nuevamente la influencia esencial del principio de autodeterminación.<sup>413</sup> Los deberes positivos vinculables a un acto previo responsable gozarían de mayor relevancia que los deberes impuestos únicamente en atención a la pertenencia a una comunidad o incluso a la mera condición humana,<sup>414</sup> pues la carga de heterodeterminación de los primeros sería mucho menor que la de los segundos, *ratio decidendi* para jerarquizar obligaciones.

En todo caso, como pone de relieve SMITH, la clásica regla de prelación acabada de referir parece haber sido objeto de revisión en los últimos treinta años.<sup>415</sup> Al compás de la relativización del principio de autonomía como condición necesaria y suficiente de un sistema político y moral, iría en aumento el número de autores que sostienen, por un lado, que los deberes positivos especiales pueden llegar a mostrarse como equivalentes a los negativos y,

---

<sup>407</sup> Un amplio resumen puede leerse en MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, pp. 62 y ss. Los argumentos son muchos y variados y ello se explica, esencialmente, por los distintos modos de comprender a su vez la distinción entre deberes negativos y positivos.

<sup>408</sup> Vid. GOODIN, *Protecting the Vulnerable*, 1985, p. 19.

<sup>409</sup> Con detalle, MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, pp. 101 y ss.; BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 172 y ss.

<sup>410</sup> Cfr. SINGER, *Salvar una vida*, 2012, p. 46.

<sup>411</sup> Cfr. FOOT, en STEINBOCK (ed.), *Killing and Letting Die*, 1980, pp. 156 y ss., pp. 160 y ss., p. 162; o HOBFIELD, *Tun und Unterlassen*, 2007, p. 69.

<sup>412</sup> Vid. SANDEL, *Justicia*, 2011, p. 267.

<sup>413</sup> Cfr. SANDEL, *Justicia*, 2011, pp. 236 y ss.

<sup>414</sup> Al respecto, BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 278 y ss., quien en función del grado de ejercicio de autonomía del obligado en atención al propio deber distingue entre seis tipos de deberes positivos, ordenados aquí en el orden de mayor a menor ejercicio de autonomía: (1) deberes de actuar emanados del contrato y de la asunción libre de roles sociales; (2) deberes de actuar fruto de un comportamiento previo intencionado (*willentlich*); (3) deberes de actuar fruto de un comportamiento previo culpable pero no intencionado (no imputable); (4) deberes de actuar fruto de un comportamiento previo no culpable y no intencionado; (5) deberes de actuar ajenos a todo comportamiento previo atribuidos en atención a un rol social; (6) deberes de actuar ajenos a un comportamiento previo o a un rol social. A medida que decae el ejercicio de autonomía, decae a la vez el grado de vinculación del deber.

<sup>415</sup> En este mismo sentido, vid. el ilustrativo análisis de SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2003, pp. 142 y ss., con múltiples referencias a la literatura *iustificativa* continental; y MCINTYRE, *Philosophy & Public Affairs*, (2), 1994, p. 158, pp. 159 y ss.

por el otro, que también los deberes positivos generales son susceptibles de legitimación,<sup>416</sup> incluso, como deberes auténticamente jurídico-penales.<sup>417</sup> La tradición liberal más clásica habría olvidado la existencia y relevancia de tales obligaciones, desconociendo que el ser humano no es nunca auto-suficiente, que es, por definición, una criatura social que precisa inexcusablemente de los demás en su proyecto de autorrealización personal.<sup>418</sup> Es desde el reconocimiento del carácter social del ser humano desde donde algunos autores pretenden superar la unidimensionalidad propia de los deberes negativos, para dar encaje también a los deberes positivos en un plano paralelo.<sup>419</sup> Y ello no viene solo de la mano de postulados comunitaristas, sino que desde las mismas “trincheras” del autodenominado liberalismo político se aboga igualmente por revisar la relevancia y alcance de los deberes positivos.<sup>420</sup> Aun aceptando que la justicia como no interferencia es el valor fundamental en una sociedad democrática liberal, los deberes positivos podrían, bajo ciertas circunstancias, alcanzar un estatus similar al de los deberes negativos. Los deberes positivos no vienen, así en el planteamiento de SMITH, a acabar con los deberes negativos, sino que más bien completan la definición del espectro de deberes de justicia.<sup>421</sup> La cuestión es simplemente concretar cuáles son las condiciones que deben darse para llevar a cabo la equiparación entre deberes positivos y negativos.<sup>422</sup>

---

<sup>416</sup> VON DER PFORDTEN señala que tras la segunda guerra mundial, tanto en el mundo anglosajón como en el continental las teorías individualistas (liberales y libertarias) dominaron ampliamente la justificación de las decisiones políticas. Sin embargo, a mediados de los años setenta, las teorías comunitaristas recobran fuerza a partir de una importante crítica a las teorías puramente individualistas y una defensa de la concepción eminentemente social del ser humano. Cfr. VON DER PFORDTEN, *Rechtsethik*, 2ª ed., 2011, pp. 284 y s. Todo ello, claro está, trae consigo una revitalización de las obligaciones heteroimpuestas y de los deberes legitimados a partir de vínculos no elegidos. Una defensa de tales obligaciones en SANDEL, *Justicia*, 2011, pp. 254 y ss. Una interesante análisis de la crítica comunitarista al liberalismo *rawlsiano* puede leerse en KUKATHAS/PETTIT, *La teoría de la justicia de John Rawls*, 2004, pp. 97 y ss., evidenciando el rechazo en tales planteamientos de la idea de la justicia como la primera virtud de las instituciones sociales (p. 99).

<sup>417</sup> Vid. SMITH, *Liberalism*, 1998, pp. 9 y s.; este es también el objetivo de GOODIN, *Protecting the Vulnerable*, 1985, pp. 25 y ss., quien en realidad, en aras de ampliar el círculo de auténticos deberes positivos, esto es, para tratar de equiparar los deberes positivos generales a los especiales, procede a interpretar unitariamente la fuente de los deberes positivos: «In other words, my argument is that we should protect *all* those who are particularly vulnerable to our actions and choices, rather than restricting our attention to the narrowly circumscribed subset enshrined in conventional morality» (p. 206). Así las cosas, no solo nacerían auténticos deberes positivos en el marco de promesas, contratos o instituciones como la familia, sino que frente a todo necesitado surgiría un verdadero deber positivo. En todo caso, la pretensión de legitimar deberes a partir de la mera vulnerabilidad de la víctima constituye una evidente falacia naturalística. Y ello se mantiene aun cuando GOODIN señale que «is not just their special need, however, but also your special ability to help. That is the crucial factor in imposing the duty upon you in particular» (p. 34), y que por lo tanto, «your special responsibilities derive from the fact that other people are dependent upon you and are particularly vulnerable to your action and choices». (p. 33). Parece sin embargo evidente que ni la necesidad, ni la capacidad como datos empíricos pueden *per se* legitimar deberes.

<sup>418</sup> Lo pone de manifiesto TUGENDHAT, *ARSP*, (14), 1980, pp. 19 y ss., p. 20; o SMITH, *Liberalism*, 1998, p. 11: «los seres humanos no somos radicalmente libres, somos radicalmente sociales. Solos nos morimos».

<sup>419</sup> Vid. SMITH, *Liberalism*, 1998, pp. 21 a 23; o HOBFELD, *Tun und Unterlassen*, 2007, pp. 64 y s.

<sup>420</sup> En este sentido, vid. VARONA GÓMEZ, *Derecho penal y solidaridad*, 2005, pp. 105 y ss., 116 y ss.

<sup>421</sup> Cfr. SMITH, *Liberalism*, 1998, p. 118. Advierte SMITH que ello no significa que los deberes negativos no puedan colisionar con los positivos, sino simplemente que ello es infrecuente y poco común. En los supuestos en los que ello sucede, sería precisa una “reforma institucional” (p. 240, n. 11).

<sup>422</sup> A ello dedica su monografía SMITH, quien desde postulados liberales trata de legitimar los deberes positivos especiales y generales. En todo caso, para esta autora, la distinción entre deberes negativos y positivos se explica únicamente en función del carácter activo u omisivo de la prestación debida. A partir de aquí, trata de fundamentar tanto los deberes generales de socorro como los deberes especiales positivos como si de deberes de justicia se tratara. Quien no socorre a un extraño que se está muriendo a pocos metros, cuando ello es posible

Por lo general, los deberes positivos son compatibles con los negativos de modo que, en caso de conflicto, se evidenciaría un defecto en la configuración de la institución de donde emana el deber positivo.<sup>423</sup> Los deberes institucionales han de estar configurados de un modo tal que su cumplimiento no suponga al mismo tiempo la infracción de deberes negativos,<sup>424</sup> pero en caso de conflicto, no cabe predicar sin más y con carácter general una superioridad de los deberes negativos.<sup>425</sup> Este proceso de revalorización de las obligaciones positivas se enmarcaría en un proceso de reformulación del papel del Estado especialmente intenso en los últimos treinta años,<sup>426</sup> que ha conducido a subrayar las insuficiencias del liberalismo más clásico y a una potenciación del valor moral y político de la solidaridad en el marco de un Estado democrático y social.<sup>427</sup> Aunque siga siendo mayoritaria la tesis que subordina la validez de los deberes positivos a la no lesión de formas obligacionales negativas,<sup>428</sup> no resulta ya un dogma incuestionable la posibilidad de que ciertos deberes positivos puedan alcanzar bajo ciertas circunstancias un grado de relevancia equivalente a los deberes negativos.<sup>429</sup> El problema es, pues, concretar precisamente qué obligaciones positivas y bajo qué circunstancias podrían ameritar un tratamiento equivalente a los clásicos deberes negativos.

---

con un mínimo esfuerzo, está infringiendo un deber de justicia, pues infringe el deber moral que le obliga a respetar al prójimo como un fin en sí mismo, le niega a su víctima el estatus de persona moral (p. 33). Los deberes de justicia se configuran en atención a la concreta situación, de modo que el cumplimiento del deber de respeto como ser autónomo y libre respecto a quien peligró morir se materializa en un deber positivo de actuar (p. 35). La necesidad, la emergencia determina la concreción del deber en su forma positiva (p. 34). Solo un deber de solidaridad como éste sería respetuoso con el respeto mínimo por el valor individual de la vida humana, sobre el que se fundaría la tradición individualista-liberal en la que se enmarca el planteamiento de SMITH (p. 36). Tras negar la posibilidad de recurrir a la analogía entre los deberes clásicos de socorro con la necesidad en el tercer mundo, y legitimar así deberes de solidaridad globales (en cambio, fundamental, SINGER, *Salvar una vida*, 2011, pp. 46 y ss.), aborda el problema de los deberes positivos especiales. Éstos, entiende SMITH, comprendidos como elementos vertebradores de instituciones sociales, como puentes en el marco de la tradición liberal entre los deberes negativos y los positivos generales, estarían basados también en la idea de justicia, como manifestación de los valores de la confianza, *fairness* y de reciprocidad (p. 19). Dos serían las fuentes esenciales de deberes positivos especiales: la familia y el contrato. Hasta donde alcanzo, ambos estarían basados en la confianza mutua y en ambos desempeñaría un papel secundario el consentimiento del obligado (p. 168). La infracción de tales deberes constituye la lesión de un deber de justicia, pues los deberes institucionales, fundamentados a partir de la idea de la mutua confianza, expectativas razonables o distribución de costes en una empresa común, se derivan de las nociones de *fairness* o confianza como subprincipios derivados de la idea de justicia, y no del de la benevolencia (pp. 122 y s.). Además, recientemente, fundamentando los deberes de beneficencia de un modo similar, vid. DWORKIN, *Justicia para erizos*, 2014, pp. 334 y ss.

<sup>423</sup> Cfr. SMITH, *Liberalism*, 1998, p. 158, quien asume en caso de auténtico conflicto de deberes la “no solución” *sartriana*. En caso de colisión, no habría una solución real, únicamente dos elecciones negativas. El obligado simplemente debe elegir y asumir la responsabilidad por su decisión.

<sup>424</sup> SMITH, *Liberalism*, 1998, p. 164.

<sup>425</sup> Así, SMITH, *Liberalism*, 1998, p. 158: «My own view is that negative duty is presumptively, rather than absolutely, overriding, and therefore there will be occasions when special circumstances may require actions ordinarily considered immoral». En un sentido parecido, vid. MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, p. 56 y s., 68. Vid. además SANDEL, *Justicia*, 2011, pp. 271 y ss., quien parece entender que el deber para con un hermano primaría frente al deber de justicia de colaborar con el Estado en la persecución del delito.

<sup>426</sup> Ello, además, se plasma en el ámbito jurídico-constitucional en una revalorización del estatus positivo de los derechos fundamentales y de los deberes del Estado de protección positiva de los ciudadanos, que no desaparecerían automáticamente al entrar en conflicto con los deberes negativos. Al respecto, fundamental, ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, pp. 34 y ss.; y EL MISMO, «Leben gegen Leben», *FS-Jakobs*, 2007, pp. 205 y ss., pp. 222 y ss., p. 228.

<sup>427</sup> Lo afirma VARONA GÓMEZ, *Derecho penal y solidaridad*, 2005, pp. 114 y s.

<sup>428</sup> Así, por ejemplo, SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, 5ª ed., 2010, § 3, nm. 41 y ss.; y destacando el mayor estatus ético-jurídico de los deberes negativos, HÖBFELD, *Tun und Unterlassen*, 2007, p. 65.

<sup>429</sup> Cfr. SMITH, *Liberalism*, 1998, p. 158; o MCINTYRE, *Philosophy & Public Affairs*, (2), 1994, pp. 157 y ss.



## 2.3. El principio de autodeterminación como *ratio* de gradación de los deberes jurídico-penales

### a) Introducción

Tras esta breve aproximación al problema, es momento ya de examinar qué papel debería desempeñar la distinción de los deberes a partir de su fundamento en la valoración de la relación normativa entre el obligado y el beneficiario en situaciones de conflicto. Para ello, se muestran en primer lugar aquellas tesis que niegan la posibilidad de establecer en abstracto relación alguna de jerarquía entre los deberes negativos y positivos, así como las razones por las que cabría legitimar en el Derecho penal deberes positivos de idéntico peso a los negativos. Una vez descartado este modo de aprehender la relación entre una y otra clase de razones de obligación, se defiende aquí la posibilidad de establecer una prelación entre las obligaciones en atención al concreto grado de autovinculación al que reconducir la legitimación de la obligación en cuestión.

### b) ¿Deberes negativos y positivos normativamente equivalentes?

En el apartado anterior se ha afirmado que son dos las fuentes materiales últimas de legitimación de los deberes jurídico-penales en nuestro actual Ordenamiento jurídico-penal, a saber, los principios de autonomía y solidaridad.<sup>430</sup> Allí se ha asegurado también que aunque la misión fundamental de todo Ordenamiento jurídico es garantizar una separación de esferas de libertad estable, la visión kantiana según la cual los deberes positivos nunca podrían alcanzar un estatus de juridicidad ha sido ya acertadamente superada.<sup>431</sup> Y como también se ha mostrado, el reconocimiento de auténticos deberes jurídico-penales positivos no implica ni una moralización intolerable del Derecho, ni un paso antiliberal o totalitario.<sup>432</sup> En efecto, en el marco de un «Estado social y democrático de Derecho»,<sup>433</sup> en el que aquél se torna garante de la libertad real de sus ciudadanos, no hay duda de que también resultan legítimos ciertos deberes positivos, como legítima es también en ocasiones su garantía a través del Derecho penal.<sup>434</sup>

---

<sup>430</sup> Cfr. *supra* apdo. III, 2.2.

<sup>431</sup> Cfr. *supra* apdo. III, 2.2.

<sup>432</sup> Al respecto, con detalle, vid. SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2002, pp. 133 y ss.; y desvinculando el deber de socorro general de postulados totalitarios, vid. SEELMANN, «Solidaritätspflichten im Strafrecht?», en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Recht und Moral*, 1991, p. 295.

<sup>433</sup> Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, pp. 100 y s., nm. 59 y ss.; EL MISMO, *Estado, pena y delito*, 2006, p. 99: «[s]i el principio que regía la función del Estado liberal era la *limitación* de la acción del Estado, el Estado social se erige a continuación en *motor activo* de la vida social. Si el Estado liberal pretendía reducirse a asegurar las garantías jurídicas y, por tanto, meramente *formales*, el Estado social se considera llamado a modificar las *efectivas* relaciones sociales».

<sup>434</sup> Su reconocimiento no constituye una agresión al proyecto liberal del Derecho, sino un paso ineludible para garantizar una noción de libertad completa, que va más allá de la mera no interferencia para incorporar la capacidad real del ciudadano de auto-realizarse conforme a sus propios fines. Sobre esto, con detalle, vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 80 y ss.; o EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 162 y ss., pp. 174 y ss.

A decir verdad, la discusión jurídico-penal en nuestro entorno ya no versa a día de hoy sobre la posibilidad de reconocer trascendencia penal a algunos deberes positivos, sino más bien sobre el número y la concreta intensidad normativa que tales deberes positivos habrían de alcanzar en el ámbito del Derecho penal.<sup>435</sup> Y más concretamente, la discusión que ahora nos interesa es aquélla que orbita en torno a la posibilidad o no de admitir auténticos deberes positivos de garante, es decir, deberes positivos de entidad normativa equivalente a los deberes negativos. Como es sabido, mientras que para un importante grupo de autores los deberes positivos no pueden bajo ningún concepto alcanzar un estatus normativo equivalente al de las obligaciones negativas,<sup>436</sup> es quizá mayoritaria en Alemania la tesis que admite la legitimación de ciertos deberes positivos jurídico-penales como auténticos deberes de garante.<sup>437</sup> En este sentido, sostiene JAKOBS que la admisión de la relevancia fundamental de la competencia por organización como «la institución de la constitución jurídica de la Sociedad —mediante el sinalagma de libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias—», no es óbice para afirmar igualmente la existencia de otras «instituciones que determinan la identidad de la Sociedad de la misma manera».<sup>438</sup> Es decir, junto a los deberes negativos, cabría advertir auténticos deberes positivos de garante, esto es, de la máxima entidad jurídico-penal, en la medida en que la institución positiva de donde emanan fuera de la misma importancia social básica que el sinalagma libertad de comportamiento - responsabilidad por las consecuencias.<sup>439</sup> La infracción de tales deberes positivos daría lugar a la imputación del resultado en comisión por omisión, tal y como sucede ante la infracción de los deberes negativos.<sup>440</sup> JAKOBS menciona como fuentes institucionales positivas de auténticos deberes de garante la relación paterno-filial, el matrimonio, la confianza especial, las relaciones estatales, la seguridad elemental y la vinculación a la ley por parte de la administración y la jurisprudencia como fundamento de todo Estado de Derecho.<sup>441</sup>

En esta misma línea, afirma SÁNCHEZ-VERA que «las instituciones positivas aseguran las condiciones elementales de la existencia de libertad, esto es, garantizan el cumplimiento del deber de no dañar a los demás (*neminem laede*), y, con ello, son, al menos, tan importantes

---

<sup>435</sup> En un sentido parecido, vid. SEELMANN, en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Recht und Moral*, 1991, pp. 301 y ss.

<sup>436</sup> Esta es la tesis mayoritaria en España, en donde viene discutiéndose el problema de la relación entre una y otra clase de deberes a propósito del debate sobre los presupuestos de admisión de auténticas posiciones de garantía jurídico-penal a los efectos de imputar resultados lesivos en comisión por omisión. Al respecto, fundamental, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 351 y ss., 389 y ss., 467 y ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 755 y s.; o ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 105 y ss. En Alemania, igualmente crítico con la derivación inmediata de auténticos deberes de garante de las instituciones positivas, vid., por ejemplo, GALLAS, *Studien*, 1989, pp. 91 y ss.

<sup>437</sup> Cfr. JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, 1996, pp. 48 y ss.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 83 y ss.; EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 1993, 29/57 y ss.; PAWLIK, *FS-Roxin*, 2001, pp. 931 y ss.; SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2002, p. 143; PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, p. 236; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 358 y ss.; WOHLERS/GAEDE, «§ 13», *NK*, 4ª ed., nm. 36, 54 y ss.; HAAS, «§ 13», *StGB*, nm. 55; o KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, pp. 175 a 178.

<sup>438</sup> Cfr. JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, 1996, pp. 48 y s.

<sup>439</sup> Vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 29/58; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 84; o EL MISMO, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 5: «un deber positivo tiene por contenido poner en funcionamiento y mantener una institución socialmente irrenunciable».

<sup>440</sup> Cfr. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 84.

<sup>441</sup> Cfr. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 84.

como éste». <sup>442</sup> Y de un modo prácticamente idéntico señalaba igualmente PAWLIK que «dado que la vinculación por conducta imputable tiene que presuponer cumplidas las condiciones de posibilidad infraestructurales del ser mismo práctico-jurídico, las obligaciones basadas en las segunda clase de posiciones de garante constituyen incluso formas de autovinculación sistemáticamente más básicas». <sup>443</sup>

Siendo así las cosas, resulta evidentemente inaceptable establecer una regla de preferencia general del deber negativo frente al positivo, pues supondría desconocer que ciertas instituciones positivas pueden, como mínimo, ser funcionalmente equivalentes a la institución negativa. «Si tales prestaciones “infraestructurales” no son, en esa medida, para el establecimiento socialmente plausible de un sistema de libertad real, menos significativas que el instituto de la asunción de responsabilidad personal por los efectos de la propia libertad de acción, entonces, la garantía jurídico-penal de las instituciones competentes para producir aquellas prestaciones es tan legítima como la garantía de la conexión entre dominio y responsabilidad por las consecuencias». <sup>444</sup> Aunque como veremos tampoco estos autores están dispuestos a aceptar una equivalencia absoluta entre todos y cada uno de los deberes positivos con los negativos, pues existiría una clase de deberes positivos de menor relevancia normativa, <sup>445</sup> la equiparación de algunas instituciones positivas a la negativa impediría tomar en consideración esta diferencia a la hora de jerarquizar los deberes en conflicto. <sup>446</sup> No cabría, en definitiva, establecer una regla general de primacía entre los deberes negativos y positivos, pues unos y otros gozan por lo general de un peso normativo idéntico. En definitiva, el beneficiario de un deber positivo no ostenta una menor pretensión normativa frente al obligado que aquél que goza de una pretensión de corte negativo, de modo que el fundamento de la obligación no permite jerarquizar las dos pretensiones en liza.

Frente a este modo de ver las cosas, deben sin embargo formularse aquí dos clases de objeciones. La primera, presentada tempranamente por SILVA SÁNCHEZ, guarda relación con la absoluta incertidumbre que acompaña al proceso de equiparación de instituciones positivas al sinalagma libertad de organización – responsabilidad por las consecuencias. <sup>447</sup> Es decir, aunque fuera posible aislar con claridad el haz de deberes propio de cada una de las instituciones básicas en nuestra sociedad, como señala SANGENSTEDT, resulta todavía hoy un

---

<sup>442</sup> Cfr. SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, 2002, p. 143.

<sup>443</sup> Cfr. PAWLIK, «El funcionario policial como garante de impedir delitos», *InDret*, (1), 2008, p. 16. Y en este mismo sentido, vid. también MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pp. 237 y s.

<sup>444</sup> Cfr. PAWLIK, *InDret*, (1), 2008, p. 16.

<sup>445</sup> Me refiero ahora a los deberes de solidaridad mínima, obligaciones positivas de rango inferior. JAKOBS no ha explicado todavía de manera convincente por qué estas instituciones positivas no ameritan ser protegidas a través de auténticos deberes de garante. Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 30/1 y ss.

<sup>446</sup> No así para PERDOMO-TORRES, *Die Duldungspflicht*, 2011, pp. 38 y ss., quien pese a asumir la distinción entre una y otra clase de deberes, entiende sin embargo que ante conflictos entre deberes negativos y positivos, estos últimos primarían con carácter general (p. 55, n. 195).

<sup>447</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Art. 11», en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al código penal*, v. I, 1999, p. 475, n. 81. Además, crítico con el planteamiento particular de las instituciones defendido por JAKOBS, véase ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 118, señalando que la construcción del autor de marras no da respuesta a la pregunta de por qué y cuándo lesionando reglas institucionales se puede imputar al infractor un resultado en idénticos términos a los propios de la infracción del deber organizativo. Y ya antes, en este mismo sentido, vid. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 32 y s.

auténtico misterio la razón última por la cual una concreta institución de entre el total de instituciones tendentes a establecer lazos sociales merece o debe quedar garantizada jurídicamente con deberes penales de la máxima intensidad.<sup>448</sup> No resulta claro, ni qué es una institución, ni cómo se define su extensión obligacional, ni qué instituciones positivas ameritan protección penal, ni cuál es la razón por la que unas instituciones pueden quedar garantizadas por deberes de la máxima intensidad, equivalentes a los negativos y otras, en cambio, por deberes de solidaridad mínima, como por ejemplo sucede con la omisión general de socorro.<sup>449</sup> Tampoco han aclarado los autores arriba citados cómo se determina el perímetro de intensidad normativa máxima y mínima en el seno de cada institución positiva. La única respuesta que ofrecen JAKOBS y TIMPE en este punto, a saber, que solo aquellas instituciones del mismo peso elemental para la sociedad que el sinalagma libertad de organización - responsabilidad por las consecuencias quedan garantizadas penalmente por auténticos deberes de garante resulta a todas luces insuficiente,<sup>450</sup> como lo son las vagas alusiones de HÜWELS a los comportamientos que tienden de forma directa en el marco de un plan general institucional a la producción de un bien de relevancia existencial,<sup>451</sup> o de VOGEL, al carácter monopolístico de la institución social positiva.<sup>452</sup> Tampoco la pretensión de zanjar el problema a partir de apodícticas enumeraciones de las instituciones esenciales en el marco de nuestra sociedad parece aceptable, no cuando se trata de determinar a quién se obliga jurídicamente con deberes de la máxima intensidad.<sup>453</sup> En resumidas cuentas, lo único que el grupo de autores arriba referido parece poder afirmar de manera concluyente es que, por un lado, la institución negativa resulta ineludible en cualquier sociedad jurificada<sup>454</sup> y, por el otro, que existirían además ciertas instituciones positivas de relevancia equivalente. Ahora bien, ni está claro qué instituciones positivas darían lugar a deberes positivos de

---

<sup>448</sup> Cfr. SANGENSTEDT, *Garantenstellung*, 1989, pp. 354 y ss., p. 355.

<sup>449</sup> Una certera crítica a la teoría de las instituciones de JAKOBS puede leerse en SANGENSTEDT, *Garantenstellung*, 1989, pp. 354 y ss.; y recientemente, también crítico, en la misma línea que el referido autor, vid. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 118 y ss.

<sup>450</sup> Vid. JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, 1996, pp. 48 y s.; y EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 1993, 29/58; o recientemente, EL MISMO, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 5. Además, TIMPE, *Strafmilderungen*, 1983, p. 193. En un sentido prácticamente idéntico, vid. PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, p. 236: «[l]a infracción de un deber positivo, cuando la institución generadora del deber tiene la misma relevancia social que la institución libertad de organización-responsabilidad por las consecuencias, equivale a la infracción de un deber negativo». Con razón, concluye SANGENSTEDT, *Garantenstellung*, 1989, p. 357, pp. 358 y ss., que las explicaciones de JAKOBS y sus discípulos, más que responder a la cuestión esencial aquí, esto es, por qué razón una institución positiva debería ser protegida con obligaciones de la máxima relevancia jurídica, arrojan sencillamente ulteriores preguntas sin respuesta.

<sup>451</sup> Cfr. HÜWELS, *Feiblerhafter Gesetzesvollzug*, 1986, pp. 172 y s. Una crítica terminante a este planteamiento en SANGENSTEDT, *Garantenstellung*, 1989, pp. 363 y s.

<sup>452</sup> Vid. VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 370 y s. El propio VOGEL, tras reconocer lo delicado del problema, acaba dejando entrever que el carácter dinámico y relativo de la propia relevancia de las instituciones en una concreta sociedad impide formular juicios categóricos. Vid. VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 372; o en un sentido similar, PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante*, 2001, p. 153: «saber cuando una institución es significativa y, por lo tanto, genera deberes de garantía, depende de la configuración de la sociedad, pues el sujeto solamente se encuentra vinculado por contenidos que se deducen de la misma perspectiva del conglomerado y que formulan los criterios de asignación de competencias entre personas en derecho; solamente cuando el derecho penal asuma esta valoración, podrá cumplir sin más su tarea como garante de la identidad social».

<sup>453</sup> Así, con razón, SANGENSTEDT, *Garantenstellung*, 1989, p. 359.

<sup>454</sup> Cfr. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 83; y antes, EL MISMO, «Teoría y praxis de la injerencia», *ADPCP*, 1999, p. 20, señalando que sería imposible una organización de los contactos anónimos y, por lo tanto, la organización de una sociedad.

garante, ni la razón que permitiría afirmar la equiparación de tales instituciones positivas a la negativa,<sup>455</sup> ni el por qué otras instituciones positivas, como el socorro general, no ameritarían quedar protegidas mediante auténticos deberes de garante.<sup>456</sup> «Las explicaciones de JAKOBS no ofrecen aquí ninguna respuesta clara y presentan así a la “institución” como una figura sumamente difusa, de figura disipada, sobre la que apenas es posible construir un juicio de valor jurídico-penal objetivamente comprobable».<sup>457</sup>

Sin embargo, podría todavía alegarse en defensa de la tesis arriba presentada que el fracaso de los intentos emprendidos hasta el momento no impide afirmar la posibilidad de que ciertas instituciones positivas merezcan efectivamente la misma protección jurídico-penal que la institución negativa, de modo que lo ineludible sería proceder aquí a un estudio minucioso de las instituciones positivas vigentes en nuestra sociedad. Ello debería permitir determinar su relevancia social específica y proceder así a equipararlas a la negativa de un modo clarividente y seguro. Nada más lejos de la realidad. Tras la búsqueda de instituciones positivas equivalentes funcionalmente a las negativas se esconde, en realidad, la asunción del criterio de la relevancia social como baremo para la medición de la dignidad normativa de los deberes.<sup>458</sup> Es decir, lo que hacen JAKOBS y los autores que le siguen es elevar a la categoría de deber de garante aquellas obligaciones positivas que tienen una misma importancia para el mantenimiento de una sociedad, en la medida en que sostienen instituciones sociales imprescindibles.<sup>459</sup> Con independencia de qué signifique realmente que una obligación tiene la misma importancia básica para la sociedad que el deber general de no interferencia, lo cierto es que con ello se asume una óptica esencialmente utilitarista, en donde el peso de los deberes ya no se establece en atención al estatus jurídico concreto del sujeto sobre el que se imponen, sino en atención a la relevancia de la obligación desde una perspectiva externa. Es decir, de la constatación de una determinada institución positiva de gran trascendencia social se deriva automáticamente la posibilidad de imponer a un ciudadano una obligación jurídico-penal de la máxima intensidad, con total independencia de cuál sea la específica relación del destinatario del deber con la institución de referencia.<sup>460</sup> Aunque pueda tratar de sostenerse que la institución repercute directa o indirectamente en beneficio del obligado en cuestión, y que de forma hipotética éste debería consentir en la obligación que se le impone, lo cierto es que el vínculo jurídico-penal queda determinado en su extensión e intensidad al margen del concreto acto de autonomía de su destinatario. Existirían, pues, deberes de garante que traen causa en lazos sociales no escogidos, pero cuyo mantenimiento es *conditio sine qua non* para garantizar

---

<sup>455</sup> Cfr. SANGENSTEDT, *Garantenstellung*, 1989, pp. 354 y ss.

<sup>456</sup> Así, con razón, SANGENSTEDT, *Garantenstellung*, 1989, pp. 357 y s., n. 199.

<sup>457</sup> Cfr. SANGENSTEDT, *Garantenstellung*, 1989, p. 358.

<sup>458</sup> En un sentido parecido señala SANGENSTEDT, *Garantenstellung*, 1989, p. 361, que el planteamiento de JAKOBS vincula el castigo de aquellas omisiones que se producen en el marco de instituciones positivas a la simple trascendencia que el público le otorga a las aquéllas.

<sup>459</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 29/58.

<sup>460</sup> En un sentido parecido, vid. además ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 114: «no resulta claro que los deberes positivos derivados de una institución tengan el mismo peso que los deberes negativos». En cambio, vid. SANGENSTEDT, *Garantenstellung*, 1989, p. 365, quien pese a criticar ácidamente el planteamiento de JAKOBS, no niega la posibilidad de que existan deberes de garante derivados de posiciones de competencia institucional.

una institución de fundamental trascendencia social.<sup>461</sup> Desde una perspectiva estrictamente dogmática, lo anterior significa que la lesión de una institución social al servicio de la garantía de los intereses del agente al que la institución sirve es equiparada estructuralmente a la lesión directa del interés al que aquélla sirve. Es decir, que lesionar la institución paterno-filial equivale estructuralmente a producir la muerte (activa) de un menor, en ambos casos, se imputa un resultado de muerte y la pena a imponer al infractor es en principio la misma.<sup>462</sup>

### **c) El principio de autovinculación como unidad de medida de los deberes jurídico-penales**

Michael PAWLIK, quien ha defendido la existencia de deberes positivos equivalentes a los negativos, inicia en su *Das Unrecht des Bürgers* el examen de los deberes tendentes a la garantía de las condiciones reales fundamentales de la existencia personal afirmando que la constatación de instituciones (positivas) imprescindibles en el marco de un sistema jurídico realmente liberal no responde a una segunda cuestión igualmente fundamental en este punto, a saber, bajo qué condiciones un sujeto puede ser hecho competente por el sostenimiento de esa concreta estructural institucional.<sup>463</sup> Es decir, afirmando que la estructura familiar o estatal desempeña una función elemental en el marco de un sistema jurídico concreto no se determina de qué modo o hasta qué punto un ciudadano puede quedar obligado al sostenimiento de tales instituciones. Y lo cierto es que para PAWLIK, también en el ámbito de los deberes positivos, «la voluntariedad de la elección del rol es “la estrategia social implícita más importante para la reducción de los “costes” que recaen sobre un sujeto moral”»,<sup>464</sup> pues «una comprensión voluntarista de las obligaciones tanto morales como jurídicas puede ser compatibilizada sin más con el “individualismo moral” a día de hoy dominante y su idea central, la autodeterminación». <sup>465</sup> Es decir, el «pensamiento de la auto-obligación (*Selbstverpflichtung*) que despierta confianza» sería igualmente relevante como factor de legitimación de los deberes en el ámbito de los deberes institucionales.<sup>466</sup> Consecuentemente, procede este autor a presentar los distintos deberes positivos que conoce nuestro Ordenamiento jurídico-penal a partir de la distinción entre dos grandes grupos, los deberes que son vinculables a un acto de voluntad del obligado, y aquellos independientes de todo comportamiento previo del obligado.<sup>467</sup>

---

<sup>461</sup> Una rotunda defensa de tales deberes puede leerse en SANDEL, *Justicia*, 2011, pp. 265 y ss.; o EL MISMO, *Transit*, (44), 2013, pp. 113 y ss.

<sup>462</sup> En este sentido, muy crítico, vid. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 108 y ss.; o PEÑARANDA RAMOS, *Estudios sobre el delito de asesinato*, 2014, pp. 226 y s., n. 233: «[l]a infracción del deber de la madre, en cuanto falta de prestación de la garantía que está obligada a ofrecer para la protección de la vida de su hijo, es acaso el “criterio especial de imputación”, pero el hecho que se le imputa es, en todo caso y como mínimo, un homicidio».

<sup>463</sup> Vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 187.

<sup>464</sup> Cfr. PAWLIK, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *El injusto del ciudadano*, 2016, en prensa.

<sup>465</sup> Cfr. PAWLIK, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *El injusto del ciudadano*, 2016, en prensa.

<sup>466</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 187, n. 210.

<sup>467</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 187 y ss.; EL MISMO, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *El injusto del ciudadano*, 2016, en prensa.

No es casualidad que solo los primeros den lugar en su planteamiento a deberes de la máxima intensidad jurídico-penal.<sup>468</sup> Entre estos, distingue a su vez PAWLIK entre los deberes positivos reconducibles a un acto de asunción del rol positivo por parte del obligado, esto es, los deberes institucionales positivos de quien libremente asume una función pública, y los deberes reconducibles a un comportamiento previo del obligado, entre los que se contarían los deberes propios de la relación paterno-filial, el matrimonio y los deberes de asistencia en el seno de una comunidad de peligros. De forma tampoco accidental, afirma PAWLIK que los primeros, los que gravan al funcionario público que asume un rol estatal son los que menos problemas de legitimación plantean.<sup>469</sup> Frente a este primer gran grupo de deberes, admite el referido autor un segundo conjunto, cuya imposición resulta desde una perspectiva ético-jurídica notablemente más controvertida.<sup>470</sup> Se refiere PAWLIK, básicamente, a dos tipos de deberes positivos que comparten un rasgo esencial: ambos son impuestos al margen de cualquier eventual comportamiento organizativo previo del agente al que se imponen. En el seno de este segundo grupo, distingue a su vez PAWLIK entre dos clases de deberes positivos: en primer lugar, aquellos que se imponen en el seno de posiciones sociales no libremente escogidas, por ejemplo, los deberes vinculados a la mera condición de súbdito de un concreto Estado, y aquellos deberes que se imponen por la mera capacidad de prestación.<sup>471</sup> «Bastante más delicada es la atribución de responsabilidad en el caso de los deberes independientes de un comportamiento previo y que tan solo se vinculan a la especial capacidad de prestación del obligado. Aquí falta un concreto y tangible acto de asunción; es suficiente con que el obligado y el necesitado se encuentren en el ámbito de validez del mismo Ordenamiento jurídico y que la correspondiente conjura de la situación de necesidad le sea exigible al miembro de la comunidad en Derecho [*Rechtsgenosse*]. Para la fundamentación de una posición de garante plenamente válida no es suficiente un lazo normativo tan escuálido como este. Aún así, puede alcanzar relevancia jurídico-penal en una forma mitigada».<sup>472</sup>

Dejando ahora a un lado el problema de la posibilidad o no de equiparar los deberes negativos y positivos, el planteamiento de PAWLIK pone en evidencia cual es el verdadero criterio de pesaje normativo de los deberes. En contra de lo que ha sostenido JAKOBS, parece entender PAWLIK que la unidad de medida de las obligaciones penales no es la relevancia en abstracto de las instituciones que sostienen, sino más bien el concreto grado de ejercicio de libertad al que reconducir la obligación en cuestión, sea esta negativa o positiva, en definitiva, el principio de autodeterminación o autovinculación. El parámetro legitimación de la intensidad de garantía penal del deber, si se quiere, de la intensidad de la respuesta jurídico-penal ante la infracción del deber no es, pues, la relevancia abstracta de la institución en

---

<sup>468</sup> Hasta donde alcanzo, ni JAKOBS ni el resto de autores que han tratado de fundamentar deberes positivos de la máxima intensidad jurídico-penal a partir de la relevancia abstracta de ciertas instituciones sociales han sido capaces de explicar por qué razón solo deberes positivos reconducibles a un acto no despreciable de autonomía alcanzan en sus planteamientos ese privilegiado estatus normativo. En el último trabajo de JAKOBS en el que aborda esta cuestión, *Theorie de Beteiligung*, 2014, pp. 5 y s., se limita a recordarnos que «un deber positivo tiene por contenido poner en funcionamiento y mantener una institución socialmente irrenunciable».

<sup>469</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 187.

<sup>470</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 189 y s.

<sup>471</sup> PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 189 y s.; EL MISMO, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *El injusto del ciudadano*, 2016, en prensa.

<sup>472</sup> Cfr. PAWLIK, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *El injusto del ciudadano*, 2016, en prensa.

cuestión, sino más bien el grado de autonomía o heteronomía en la legitimación del deber.<sup>473</sup> Bien mirado, todo ello fue tempranamente puesto de manifiesto de forma meridiana por SILVA SÁNCHEZ, quien a partir del menor ejercicio de autonomía del obligado en el marco de las instituciones positivas niega la posibilidad de derivar de aquéllas deberes de garante de la máxima intensidad jurídico-penal, es decir, cuya infracción fuera equivalente a la lesión de un deber negativo.<sup>474</sup> Y esto mismo ha sido nuevamente puesto de relieve por ROBLES PLANAS, al afirmar que «[l]os deberes positivos en sentido estricto se imponen con independencia de que el obligado no haya gestionado el peligro y por ello *no pueden dar lugar a imputarle —al menos no en el plano estructural— el resultado lesivo*».<sup>475</sup>

Pues bien, a los efectos que ahora interesan, cabe efectivamente afirmar que la óptica desde la que contemplar y pesar las razones de obligación en conflicto ha de ser necesariamente la propia del principio de autodeterminación. Es decir, en el marco de un Ordenamiento jurídico liberal, edificado sobre la noción de libertad como autodeterminación, en el que los ciudadanos no dejan que sean otros los que dicten el contenido de su actuar, sino que lo establecen de propia mano al compás de sus convicciones valorativas y fines,<sup>476</sup> los deberes penales se miden precisamente en atención al grado de ejercicio de libertad del obligado al que es posible reconducir el nacimiento de la obligación en cuestión.<sup>477</sup> «En la medida en que se vulnera y se atribuyen las máximas consecuencias a conductas que manifiestan un menor ejercicio de libertad, se perderá buena parte de la fuerza legitimante que justifica la atribución de responsabilidad penal».<sup>478</sup> Es, pues, este dato el que, una vez aislado, informa sobre la relevancia normativa de los deberes,<sup>479</sup> y explica al mismo tiempo la dimensión reactiva de la pena que se vincula a la infracción del deber. Se trata, en última instancia, de vincular el peso de los deberes al principio de proporcionalidad y, en concreto, como señala ROBLES PLANAS, a la idea de la gradualidad de la responsabilidad.<sup>480</sup> A mayor ejercicio de libertad en el momento que explica el nacimiento de la obligación, mayor es la intensidad con la que el

---

<sup>473</sup> Es decir, la relevancia de la institución es razón de ser para su garantía jurídico-penal, pero la intensidad de esa protección, en el marco de un Ordenamiento liberal en el que el patrón de legitimación esencial es el de la autodeterminación, es siempre el concreto e inmediato vínculo en términos de libertad entre la obligación y el sujeto al que se impone. Cfr. en un sentido parecido, ALCÁZER GUIRAO, «Autonomía, solidaridad y deber de socorro», *ADPCP*, (LIII), 2000, pp. 364 y ss. La tesis opuesta, aquí rebatida, la resume como sigue PERDOMO-TORRES, *Die Duldungspflicht*, 2011, p. 47: «Garant zu sein bedeutet das Tragen von Pflichten (nicht mehr, aber auch nicht weniger); die Folgen von deren Verletzung richten sich nach dem Gewicht der Pflicht, genauer, nach der normativ gesellschaftlichen Bedeutung der Desavouierung».

<sup>474</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2012, p. 470, n. 8, pp. 476 y s.; EL MISMO, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código penal», en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, (4), 1999, pp. 155 y ss.

<sup>475</sup> Vid. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de Dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 109; y EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 33

<sup>476</sup> PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 219 y s.

<sup>477</sup> El que el ejercicio de libertad al que reconducir el nacimiento de una obligación penal es graduable lo pone en evidencia SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, 2004, p. 297; EL MISMO, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», *FS-Roxin*, 2001, p. 641, n. 21 y p. 647, n. 31; y posteriormente, en un sentido parecido, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 57.

<sup>478</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 57.

<sup>479</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de Dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 119.

<sup>480</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 101 y s.



Ordenamiento jurídico-penal está dispuesto a garantizar la obligación, y mayor será por lo tanto el rango del deber en situación de conflicto.<sup>481</sup>

Lo anterior puede justificarse tanto desde una perspectiva estrictamente axiológica, como desde una perspectiva *iuspositivista*. Desde la primera, cabe afirmar, en primer lugar, que un Ordenamiento jurídico-penal pretendidamente liberal debe ser necesariamente capaz de legitimar sus normas frente a individuos, concretamente, frente a todos y cada uno de los agentes a los que directa o indirectamente afectará la norma en cuestión, y ello, tomando siempre en igual consideración a todos aquellos agentes.<sup>482</sup> Es decir, en contra de lo que algunas formas de argumentación colectivistas sugieren,<sup>483</sup> las obligaciones deben legitimarse primeramente frente a quien sufre sus costes, siendo el comportamiento autónomo del destinatario del deber la clave de bóveda de un sistema de normas de comportamiento clásicamente liberal.<sup>484</sup> «La filosofía moral moderna se basa en la idea y en el ideal de la individualidad».<sup>485</sup> Ser libre es, pues, ser autor de las obligaciones que nos constriñen.<sup>486</sup> No alcanzo a ver un modo más legítimo de imponer deberes que aquel que hace depender su nacimiento e intensidad de actos previos autónomos del obligado y, por lo tanto, tampoco un modo de determinación de la intensidad limitadora de la libertad de los deberes más acorde con la misión última del Derecho penal que aquél que adopta como patrón el concreto grado de autovinculación sobre el que se erige la obligación en cuestión. La intensidad de la

---

<sup>481</sup> En este sentido, vid. BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, p. 279. A propósito de los deberes positivos que sustentarían omisiones puras de garante, parece no entenderlo así ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de Dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 124, al afirmar que «el fundamento de tal pena no residiría en la lesividad propia derivada de la auténtica imputación del resultado, sino en razones vinculadas a la importancia social de la institución y de los deberes positivos que sustentarían tales omisiones puras de garante, a lo que podría añadirse el dato de su eventual efecto causal-favorecedor del resultado».

<sup>482</sup> Sobre estas tres manifestaciones del principio del individualismo normativo y su fundamento, con detalle, VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 38 y ss., pp. 46 y ss. Muy resumidamente, este principio general se descompone en tres elementos parciales: a) el principio individual (*Individualprinzip*): solo los individuos pueden ser el punto de partida relevante de una examen de legitimación de normas, no en cambio los entes colectivos, la comunidad, la nación, la raza o la familia; b) principio de inclusión (*Allprinzip*): todos los individuos potencialmente afectados por una acción o decisión deben ser tomados en consideración a la hora de su legitimación (ética); principio de igual consideración (*Prinzip der Gleichberücksichtigung*): todos los individuos afectados por una acción o decisión deben ser tomados en consideración de un modo equivalente.

<sup>483</sup> Una defensa de las obligaciones heterónomas, aquellas que no requieren el consentimiento del obligado, puede leerse en SANDEL, *Transit*, (44), 2013, pp. 112 y ss.; EL MISMO, *Justicia*, 2011, pp. 256 y ss., quien entiende que las éticas del consentimiento no captan las obligaciones de solidaridad, aquéllas que nos vienen impuestas desde fuera, que «dimanan de razones ligadas a las narraciones con las que interpretamos nuestras vidas y las comunidades en que vivimos» (p. 272). Pese a que tienta «rechazar o reformular esas exigencias para que así no estorben a una idea de la libertad que nos es familiar, la idea de que no nos ata lazo moral alguno que no hayamos escogido, de que ser libre es ser el autor de las únicas obligaciones que nos constriñen» (pp. 273 y s.), entiende SANDEL que «las obligaciones de la solidaridad pueden ser más exigentes de lo que se desprende de la liberal, tanto que hasta rivalicen con los derechos naturales». Una crítica detallada de los planteamientos colectivistas de cuño comunitarista puede leerse en VON DER PFORDTEN, *Rechtsethik*, 2ª ed., 2011, pp. 286 y ss.; o en KUKATHAS/PETIT, *La teoría de la justicia de John Rawls*, 2004, pp. 97 y ss.

<sup>484</sup> En este sentido, detalladamente, vid. VON DER PFORDTEN, *Rechtsethik*, 2ª ed., 2011, pp. 305 y ss., p. 309; y EL MISMO, «Zur Rechtfertigung von Hilfeleistungspflichten», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 107.

<sup>485</sup> Cfr. BAYERTZ, «Begriff und Problem der Solidarität», en EL MISMO (ed.), *Solidarität*, 1998, pp. 11 y ss., p. 14, y por ello, así BAYERTZ, solo se admitirían los deberes positivos aceptados libremente por el obligado o cuando se basan en la idea de reciprocidad.

<sup>486</sup> Al respecto, vid. FRANKFURT, *Freiheit und Selbstbestimmung*, 2001, p. 169; o PAWLIK, «Selbstbestimmtes Sterben: Für eine teleologische Reduktion des § 216 StGB», *FS-Kargl*, 2015, pp. 407 y ss., pp. 409 y s.

obligación jurídico-penal, su peso, guarda, pues, una correspondencia necesaria con el ejercicio previo e inmediato de la propia libertad de a quien obliga, y no con la relevancia social de la concreta institución a la que sirve.<sup>487</sup> O como lo expresa BIRNBACHER, cuanto mayor es la heteronomía, menor es el grado de vinculación del deber.<sup>488</sup>

Desde la segunda óptica referida, la propia del Derecho positivo, creo posible igualmente afirmar que, tomando en cuenta un mundo de bienes jurídicos idéntico, es también el patrón de la autolegislación el que toma en consideración el legislador a la hora de graduar la intensidad de los deberes jurídico-penales. No es casualidad que la respuesta jurídico-penal a omisiones que no evitan resultados materiales idénticos varíe en atención al grado de autovinculación del sujeto obligado.<sup>489</sup> Ello se advierte paradigmáticamente en la regulación del art. 195 CP. Dicho precepto puede explicarse convincentemente a partir de la idea de la gradualidad del ejercicio de libertad al que reconducir la obligación penal de socorro. Mientras que el socorrista que libremente asume auxiliar a los menores que se bañan en una piscina queda gravado con un deber de la máxima intensidad jurídico-penal (arts. 11 y 138 CP), quien omite el socorro sin haberse comprometido previamente a ello, pero habiendo provocado imprudentemente la situación de necesidad, queda gravado con un deber de intensidad intermedia (195. 3. CP), mientras que, quien ni ha provocado la situación de necesidad, ni ha asumido el socorro libremente queda vinculado con un deber de socorro mínimo (art. 195. 1. CP). Como no podía ser de otro modo, incluso quienes defienden la existencia de deberes positivos equivalentes normativamente a los negativos admiten sin excepción la existencia de deberes positivos de segundo nivel. El propio JAKOBS,<sup>490</sup> aunque sin explicitar el motivo afirma a propósito de los deberes de solidaridad pura que «la norma infringida, a pesar del mismo resultado de peligro o de lesión, es más leve y también está sancionada más tenuemente que la norma de prohibición del correspondiente delito de comisión».<sup>491</sup> Como

---

<sup>487</sup> En este sentido, vid. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 58; o SEELMANN, en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Recht und Moral*, 1991, pp. 302 y ss.

<sup>488</sup> Vid. BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 278 y ss., quien en función del grado de ejercicio de autonomía del obligado en atención al propio deber distingue entre seis tipos de deberes positivos, ordenados aquí en el orden de mayor a menor ejercicio de autonomía: (1) deberes de actuar emanados del contrato y de la asunción libre de roles sociales; (2) deberes de actuar fruto de un comportamiento previo intencionado (*willentlich*); (3) deberes de actuar fruto de un comportamiento previo culpable pero no intencionado (no imputable); (4) deberes de actuar fruto de un comportamiento previo no culpable y no intencionado; (5) deberes de actuar ajenos a todo comportamiento previo atribuidos en atención a un rol social; (6) deberes de actuar ajenos a un comportamiento previo o a un rol social. A medida que decae el ejercicio de autonomía, decae a la vez el grado de vinculación del deber. En este mismo sentido, además, con ulteriores citas a la discusión filosófica, vid. MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, pp. 62 y ss.

<sup>489</sup> Aunque a propósito del Derecho penal alemán, de parecida opinión, vid. SANGENSTEDT, *Garantenstellung*, 1989, pp. 379 y ss., p. 380. Como en el texto, poniendo de relieve la relación entre los deberes de garante positivos y actos de libertad del obligado, vid. además VON DER PFORDTEN, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, pp. 108 y s.

<sup>490</sup> Para JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 28/16, «tanto los mandatos como las prohibiciones tienen su fundamento de responsabilidad en los requisitos a) de tener consideración por los demás en la configuración del propio ámbito de organización (responsabilidad en virtud de incumbencia por la organización) y b) de la solidaridad institucionalmente reforzada (responsabilidad en virtud de incumbencia institucional). Tanto en la comisión como en la omisión se añade la responsabilidad por c) la vulneración de la solidaridad mínima (§§ 138, 323 c StGB)».

<sup>491</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 28/11.

advierte PAWLIK, es precisamente la imposibilidad de reconducir su nacimiento a actos de autonomía del obligado la razón que explica esa garantía jurídico-penal más débil.<sup>492</sup>

Así las cosas, resulta que las obligaciones que el propio obligado autónomamente se dota son normativamente más relevantes, de mayor peso que aquellas que le vienen inmediatamente impuestas desde fuera.<sup>493</sup> Esto, sin embargo, no significa que la distinción entre deberes negativos y positivos sea idónea para proceder a valorar la relación normativa entre el obligado y el beneficiario en situaciones de conflicto. Como a continuación se muestra, es la categoría de la especie del deber la que permite una jerarquización normativa fundada de los deberes, pues la noción de autodeterminación opera con carácter transversal a ambos fundamentos de deber.

#### **2.4. La especie del deber como elemento de fijación del grado de autovinculación de la razón de obligación**

Pese a que como se ha mostrado en el anterior apartado, tanto en la filosofía del Derecho como en la filosofía política y moral es común el abordaje de los conflictos entre deberes a partir de la distinción que media entre los deberes negativos y positivos, conforme a lo que se acaba de señalar, no es ésta la distinción relevante a los efectos de valorar la relación obligado-beneficiario, sino más bien la que media entre los deberes a partir del mayor o menor grado de ejercicio de autovinculación del sujeto al que se le impone la obligación. La jerarquización de los deberes a partir de este criterio es un lugar común en la discusión filosófico-moral y,<sup>494</sup> hasta donde alcanzo, es también sobre la que la doctrina penal actual tiende a fundamentar — aunque sin explicitarlo — la diferencia de intensidad en la garantía penal de los deberes de garante y de solidaridad mínima.<sup>495</sup> Pues bien, parece evidente que en la medida en que es posible constatar grados dispares de ejercicio de libertad, la posibilidad de abordar los conflictos a partir del binomio deber negativo y positivo queda vedada, pues ésta resulta excesivamente tosca, al preterir distinciones normativamente relevantes a la hora de determinar la intensidad de una y otra clase de obligaciones. Es decir, en la medida en que el ejercicio de libertad es graduable, y este es el criterio de prelación de los deberes, parece evidente que es necesario adoptar aquí un patrón de jerarquización permeable a los distintos grados de autovinculación a los que reconducir las obligaciones, ya tengan éstas un fundamento positivo o negativo.

---

<sup>492</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 189 y ss.

<sup>493</sup> En este sentido, claramente, ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de Dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 109, y ya antes, vid. SILVA SÁNCHEZ, *FS-Roxin*, 2001, pp. 641 y ss., 648 y ss., p. 650, n. 40. Lo que no empece que SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 480, afirme a propósito de los deberes de solidaridad agravada que, dada la intensidad variable de los deberes de solidaridad, existan «casos muy próximos a la solidaridad mínima hasta otros de vinculación máxima, limítrofes incluso con la organización».

<sup>494</sup> Una jerarquización de las obligaciones (positivas y negativas) a partir del grado de autonomía puede leerse en BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 278 y ss.; MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, pp. 64 y ss.; o en VON DER PFORDTEN, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, pp. 107 y ss.

<sup>495</sup> La doctrina se ampara aquí con carácter general en el mayor merecimiento de protección de los intereses protegidos por un deber de garante. La cuestión, sin embargo, es precisamente por qué esos intereses ameritan mayor protección. Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 129, con ulteriores referencias.

A este patrón, en lo que sigue, se le denomina especie de la razón de obligación. Las distintas razones de obligación, tanto de fundamento negativo como positivo, pueden ser comparadas a partir de un denominador común, su especie, que informa sobre el concreto grado de libertad al que reconducir la obligación que se impone a un agente. Aunque en el próximo apartado se examinan con detalle las distintas especies de deber y las formas obligacionales que pertenecen a cada especie, debe quedar claro ahora que la distinción de los deberes en atención a su especie y la que media en virtud de su fundamento son distinciones que corren paralelas, basadas en una *ratio distinguendi* disímil. Los deberes negativos son aquéllos tendentes a garantizar una separación estable de esferas de libertad, esto es, a no alterar un *status quo* dado a través de interferencias imputables en las esferas jurídicas ajenas. Los deberes positivos, en cambio, son aquellas obligaciones tendentes al mantenimiento de instituciones sociales que garantizan un sustrato material básico, el cual permite dar un sentido real a la libertad abstracta que el mundo de los deberes negativos garantiza.<sup>496</sup> Ambas clases de deberes cristalizan a su vez en obligaciones de especie distinta, pues tanto en el mundo negativo de deberes como en el positivo cabe advertir obligaciones reconducibles a un mayor o menor grado de autonomía del sujeto sobre el que recaen.<sup>497</sup> La especie de deber, pues, es transversal a ambos fundamentos obligacionales. No cabe, en definitiva, asociar sin más los deberes negativos con las obligaciones autoimpuestas y los deberes positivos con las obligaciones heteroimpuestas. Los unos y los otros encuentran en el principio de autodeterminación su razón remota de legitimación. De hecho, hasta donde alcanzo, la asociación entre deberes negativos como obligaciones auto-impuestas y deberes positivos como obligaciones heteroimpuestas no se ajusta plenamente a la comprensión más extendida de aquéllas en el ámbito de la filosofía y el Derecho penal. En el seno de los deberes positivos es posible advertir grados de autovinculación disímiles a los que reconducir su nacimiento y, como en el próximo epígrafe debería lograrse evidenciar,<sup>498</sup> ello no requiere tratar de explicar todas estas

---

<sup>496</sup> Cfr. *supra*, apdo. III, 2.2.

<sup>497</sup> Como aquí, VON DER PFORDTEN, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, pp. 107 y ss.; y en un sentido prácticamente idéntico, vid. ALCÁZER GUIRAO, *ADPCP*, (LIII), 2000, pp. 364 y ss., p. 365 y s., n. 22.

<sup>498</sup> Anticipando lo que allí se defiende: aunque soy consciente del importante problema de etiquetas del que está aquejada la teoría de los deberes tanto en el Derecho penal como en la discusión filosófica, en mi opinión, la distinción entre los deberes en atención a su fundamento y la que media en atención a su especie corren paralelas. Los deberes negativos garantizan una distribución de esferas dada, se cumplen no dañando, es decir, no empeorando las cosas. El modo fenomenológico de cumplimiento del deber negativo es irrelevante. Es posible dañar por acción y por omisión, pero en ambos casos el fundamento del deber negativo es el mismo, el obligado altera una distribución de esferas de libertad dada, empeora el mundo precedente. Los deberes positivos obligan sin embargo a mejorar un estado jurídico de cosas. Éstos, al igual que los negativos, pueden exigir en el caso concreto una conducta activa u omisiva. De nuevo, esta diferencia carece de trascendencia normativa. Con un ejemplo: el nuevo art. 252 CP castiga al sujeto que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, las infrinja causando un perjuicio en el patrimonio administrado. Quien a través de un contrato de alta dirección asume libremente la posición de administrador, de modo que los titulares del patrimonio en cuestión se desentienden de éste en la legítima expectativa de que aquél lo administre adecuadamente, queda obligado negativamente a no dañar (*neminem laedere*). Esta obligación exigirá en ocasiones no firmar (omitir) un determinado contrato claramente perjudicial para el patrimonio administrado, y en otras concluir (actuar) un lucrativo negocio. En cambio, quien es nombrado judicialmente como tutor del patrimonio de un incapaz queda obligado positivamente para con ese patrimonio. No se trata ahora (solo) de no dañar, sino de mejorar el estatus del patrimonio que desde ese momento uno pasa a administrar. El que sea posible también en este segundo caso legitimar un deber penal (positivo) de la máxima intensidad se explica efectivamente por la posibilidad de reconducir su nacimiento a un momento previo de libertad por parte del obligado, pero no altera su estatus positivo. A partir de aquí, lo que se defiende en este trabajo es que para resolver los conflictos entre

obligaciones desde una óptica puramente negativa.<sup>499</sup> Esos distintos grados de autovinculación determinan a su vez el nacimiento de obligaciones positivas de distinta especie, del mismo modo que el grado variable de ejercicio de libertad en el seno de los deberes negativos permite advertir también obligaciones negativas de distinta especie. Esto supone, pues, que no quepa establecer en abstracto una prelación estable de las obligaciones en atención a su carácter negativo o positivo. Esta distinción, la de su fundamento, informa precisamente sobre el momento parcial de libertad que garantiza el deber, pero ambos momentos, como tales, son inconmensurables. La libertad abstracta y la libertad real no admiten ser jerarquizadas. Sí, en cambio, puede y deber establecerse un rango normativo entre los deberes a partir del grado de ejercicio de libertad del obligado que explica su nacimiento. Ello es posible a partir de la noción de especie de deber.

### 3. La taxonomía de los deberes

#### 3.1. Introducción

A lo largo de la historia del Derecho han sido múltiples las distinciones y clasificaciones de los deberes propuestas. En este trabajo se ha descartado el recurso a dos distinciones clásicas en el seno del Derecho penal para tratar de abordar el problema de los conflictos entre razones de obligación. Ni la distinción entre deberes en atención a su operador deóntico (mandato – prohibición),<sup>500</sup> ni la que media entre aquellos en atención a su carácter negativo o positivo,<sup>501</sup> resultan puntos de partida idóneos para la construcción de un sistema de resolución de los conflictos de deberes. La especie del deber, entendida ésta como el elemento informador de la específica intensidad normativa del deber, que a su vez se explica en atención al grado de ejercicio de libertad del obligado al que puede reconducirse la imposición de la obligación, es el criterio que permite valorar normativamente la relación que media entre el obligado y el beneficiario en una situación de conflicto entre razones de obligación. Pues bien, sentado lo anterior, quedan todavía por responder ahora dos cuestiones esenciales. En primer lugar, debemos concretar aquí si, tal y como sostiene la doctrina mayoritaria, son únicamente dos las especies de deber que conoce nuestro Ordenamiento jurídico-penal o si el fundamento de la noción de especie de deber aquí explorado permite u obliga a establecer ulteriores distinciones. En segundo lugar, una vez concretado el número de especies de deber reconocidas en nuestro Ordenamiento jurídico, ha de examinarse cómo reconducir a cada una

---

razones de obligación, tampoco la distinción entre los deberes en atención a su fundamento es trascendente. A los efectos de valorar la relación del obligado con el beneficiario lo importante es la especie de la razón, esto es, el concreto grado de autovinculación al que reconducir la imposición al obligado de la razón de obligación en conflicto. Por eso, como veremos, es preferente la razón de obligación que surge tras un acto de asunción frente a la que nace de un actuar precedente imprudente, como también es de mayor rango el deber del funcionario que libremente asume su rol cuando colide con una razón de obligación negativa derivada de un actuar precedente no plenamente responsable. Cfr. *infra*, apdo. IV, 3.

<sup>499</sup> Lo que no impide afirmar que en el marco de una relación institucional positiva uno de los agentes asuma, por ejemplo, una auténtica posición de garantía de corte negativo, quedando desde entonces obligado por la regla general de no interferencia. Cfr. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 119 y s.

<sup>500</sup> Vid. Cap. 2, apdo. IV, 2.

<sup>501</sup> Cfr. *supra*, apdo. IV, 2.

de ellas las distintas manifestaciones obligacionales presentadas al principio de este capítulo. Con ello se habrán sentado finalmente las bases conceptuales para la valoración de la relación obligado-necesitado en el marco de las situaciones de conflicto.

### 3.2. Hacia un sistema de razones de obligación tripartito

Como se ha puesto de relieve en el primer capítulo,<sup>502</sup> los autores que reconocen alguna relevancia al tipo de deber en la jerarquización lo hacen siempre y, prácticamente sin excepción, a partir de la distinción entre deberes de garante y deberes de solidaridad mínima.<sup>503</sup> Esta bipartición de los deberes jurídico-penales no es propiedad exclusiva de la dogmática de los conflictos de deberes, sino que trae causa de la distinción ya clásica entre delitos omisivos propios e impropios y,<sup>504</sup> desde una perspectiva material, entre los delitos omisivos fundados en razones puramente solidarísticas y aquellos que se basan en la infracción de un mandato de evitación de un resultado lesivo equivalente al deber de no producir activamente ese mismo resultado lesivo.<sup>505</sup> Como también se ha mostrado en este trabajo, ni resulta pacífico el modo en el que la especie del deber afectaría a la jerarquización de los deberes, ni la razón por la que en el marco de una ponderación de intereses la distinta especie del deber podría desempeñar un papel en la resolución del conflicto.<sup>506</sup>

Aquí se ha defendido que el factor esencial para determinar la intensidad normativa de las obligaciones, y a la postre, el parámetro de valoración de la relación obligado-beneficiario en una situación de conflicto entre razones de obligación, es la especie del deber, como indicador específico del grado de ejercicio de autonomía al que reconducir el deber en conflicto. Dado que la libertad ejercida por el destinatario de la norma en el momento de su legitimación es gradual, queda descartada conceptualmente la visión de un mundo de deberes de idéntica intensidad normativa.<sup>507</sup> «En efecto, una definición de la posición de garante que no sea tautológica o, a lo más, ejemplificadora de las situaciones en que la realización típica omisiva equivale a la omisión, debe proceder materialmente, tratando de fijar, a partir de consideraciones axiológicas de gravedad sobre pautas de naturaleza jurídicopenal, una delimitación suficiente en el amplio espectro de posiciones sociales de responsabilidad».<sup>508</sup> Es decir, admitida la gradualidad del ejercicio de libertad del agente obligado, así como la

---

<sup>502</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. II, 3.

<sup>503</sup> Hasta donde alcanzo, son solo dos los autores que en la discusión jurídico-penal adoptan un esquema distintivo más complejo. Por un lado, en Alemania, defiende KLESCZEWSKI expresamente una primacía del deber de garante por asunción frente al que nace tras un actuar precedente. Cfr. KLESCZEWSKI, *AT*, 2ª ed., 2012, § 4, nm. 371. Por el otro, en España, ha defendido ROLDÁN BARBERO la primacía de los deberes de garantía familiar frente a los de custodia por asunción contractual. Cfr. ROLDÁN BARBERO, *CPC*, (20), 1983, p. 543.

<sup>504</sup> Al respecto, por todos, ROXIN, *AT*, v. II, 2003, § 31, nm. 16 y ss.

<sup>505</sup> Un exhaustivo análisis de los criterios de clasificación de las omisiones, en especial, de la distinción entre la omisión pura y la comisión por omisión, puede leerse en SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 389 y ss.; haciendo referencia a algunas soluciones tripartitas formuladas en la doctrina española y alemana a propósito del delito omisivo en las pp. 422 y ss.

<sup>506</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 3.1, b).

<sup>507</sup> El que el ejercicio de libertad al que reconducir el nacimiento de una obligación penal es graduable lo pone en evidencia SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, 2004, p. 297; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, p. 641, n. 21 y p. 647, n. 31; y posteriormente, con detalle, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 57.

<sup>508</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 419.

necesidad de garantizar jurídico-penalmente los deberes de forma coherente con el distinto grado de autonomía al que reconducir el deber, parece posible afirmar que, en consonancia con SILVA SÁNCHEZ,<sup>509</sup> la división entre dos únicas especies de deber resulta insuficiente, pues obliga a equiparar normativamente en su intensidad deberes que ameritan una distinta protección penal, no haciendo, por lo tanto, distingo alguno entre el peso normativo de los deberes allí donde existe una diferencia material relevante.<sup>510</sup>

Aunque a propósito del delito omisivo, como digo, esta indistinción fue tempranamente criticada con razón por SILVA SÁNCHEZ, quien en su tesis doctoral defendió con firmeza la necesidad de fijar a partir de consideraciones axiológicas una delimitación más pulcra del amplio espectro de posiciones de competencia jurídico-penal.<sup>511</sup> A los efectos que ahora nos interesan, esa indistinción lleva a abordar el problema de la relación normativa entre el obligado y el necesitado en las colisiones entre razones de obligación de un modo excesivamente burdo, equiparando deberes de peso distinto entre los que median relaciones jerárquicas relevantes.<sup>512</sup> «Mucho más natural parece estimar que se producirá una escala de omisiones de diferente gravedad, determinada por la concurrencia de sujetos con creciente grado de responsabilidad».<sup>513</sup> Es decir, no todos los deberes que tradicionalmente se catalogan como deberes de garante pesan lo mismo, ni parece suficiente una única regla de jerarquía de los deberes de garante frente a los de solidaridad mínima. El mismo fundamento de la distinción así lo determina.<sup>514</sup>

Aunque la concreción de los niveles de ejercicio de autonomía constatables en atención a las formas obligacionales generalmente reconocidas en el Derecho penal no es una cuestión en

---

<sup>509</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 428 y ss., 477 y ss.

<sup>510</sup> Ello lo advierte KLESCZEWSKI, *AT*, 2ª ed., 2012, § 4, nm. 371, quien procede a establecer reglas de jerarquía entre deberes de garante. En concreto, señala que los deberes de custodia primarían sobre los derivados de un actuar precedente. Sin embargo, lo cierto es que KLESCZEWSKI ni explica por qué razón unos y otros deberes serían jerarquizables, ni la razón por la que ambos, en tanto que deberes de garante, serían tratados de forma unitaria a la hora de valorar su infracción. Cfr. KLESCZEWSKI, *AT*, 2ª ed., 2012, § 3, nm. 248 y ss., 255 y ss.

<sup>511</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 419, 477 y ss.

<sup>512</sup> En general, sobre las deficiencias de los planteamientos dogmáticos clasificatorios binarios, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, p. 289, señalando que tras las grandes distinciones binarias de la teoría del delito (dolo/imprudencia; omisión propia/impropia), en realidad, se «esconde una realidad susceptible de valoraciones graduales que puede ser, según el caso, más o menos grave, sin que en ello quepa constatar cesuras radicales».

<sup>513</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 420; y sobre la cuestión de las “omisiones de gravedad intermedia”, con detalle, EL MISMO, «La regulación de la «comisión por omisión» (Artículo 11)», en el mismo, *El nuevo Código penal*, 1997, pp. 51 y ss., pp. 70 y ss.

<sup>514</sup> Y adviértase que el carácter gradual de la autonomía como factor relevante para el pesaje de los deberes negativos y positivos determina a su vez que no solo la distinción entre deberes de garante y de solidaridad mínima se muestre insuficiente en el mundo de los deberes positivos, sino que ésta tampoco es idónea para distinguir de forma adecuada entre las diversas manifestaciones del principio de no interferencia. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 464: «[e]l ámbito del compromiso de cada garante determina las situaciones de garantía que le competen. Ello obliga a rechazar identidad estructural en los casos en que el compromiso *falta* o resulta *dudoso*. Ejemplo de lo primero son, sin duda, los supuestos de actuar precedente fortuito o imprudente; un caso de compromiso dudoso es, por su parte, el relativo a un socorro general de padres a hijos en cualesquiera circunstancias (accidentes, etc.) que se salgan de la normal relación paterno-filial». Y en un sentido parecido, a propósito del deber de salvamento tras injerencia, vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 773 y ss.

absoluto sencilla, ni que pueda ser establecida de manera general e incontrovertida,<sup>515</sup> creo posible afirmar, nuevamente con SILVA SÁNCHEZ, que en nuestro actual Ordenamiento jurídico son tres los niveles de referencia esenciales, en definitiva, son tres las especies fundamentales de deber.<sup>516</sup> La clasificación que parecía dual se vuelve trimembre. Esta afirmación no solo responde a una contemplación del grado de autonomía que explica el nacimiento de los deberes penales, sino que encuentra a su vez una clara plasmación en el Derecho positivo español, en donde cabe advertir con claridad tres programas distintos de garantía de bienes jurídicos, o lo que es lo mismo, deberes de tres especies distintas.

Me refiero, en primer lugar, a los deberes de competencia plena, como expresiones obligatorias de la máxima intensidad, reconducibles también a un comportamiento cumplidamente libre del agente obligado. Dogmáticamente, esta máxima intensidad se vincula a la posibilidad de imputar al infractor del deber el resultado lesivo concreto, y como no podía ser de otro modo, la infracción de tales deberes se sanciona de la manera más intensa posible. En segundo lugar, cabe igualmente advertir una segunda especie de deberes, a los que podríamos denominar deberes de competencia preferente y cuya legitimación se explica a partir de actos de libertad del obligado de naturaleza algo más tenue. Éstos no solo pueden tener un origen positivo (solidaridad agravada), sino que también cabe derivar del principio de no interferencia deberes de especie intermedia, básicamente, el deber de salvamento tras injerencia no plenamente responsable (art. 195. 3 CP).<sup>517</sup> Finalmente, esta tripartición concluye con los deberes de competencia mínima, emanados de actos de autonomía exigüos, de los que solo cabe derivar deberes jurídico-penales de nimia entidad.<sup>518</sup> El caso paradigmático es el deber general de socorro del art. 195 CP.

---

<sup>515</sup> Y no lo es porque la gradualidad de la autovinculación determina la posibilidad de establecer siempre ulteriores distinciones entre especies de deber, disociando a su vez cada categoría en otras adicionales. Se trata de la eterna tensión entre lo particular y lo general a la hora de abordar dogmáticamente problemas jurídico-penales. Son también varias las clasificaciones propuestas en la discusión filosófico-jurídica. Así, por ejemplo, alude VON DER PFORDTEN, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, pp. 108 a 110, a cuatro momentos diversos de autonomía que desencadenarían el nacimiento de deberes: el comportamiento previo del obligado, la promesa o el acuerdo, la relación social en el marco de un grupo o institución, y la libre fundación o continuación de un proyecto conjunto. BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 278 y ss., distingue entre seis tipos de deberes positivos, deberes emanados del contrato y de la asunción libre de roles sociales; deberes tras un comportamiento previo intencionado (*willentlich*); (3) deberes tras un comportamiento previo culpable pero no intencionado (no imputable); (4) deberes tras un comportamiento previo no culpable y no intencionado; (5) deberes ajenos a todo comportamiento previo atribuidos en atención a un rol social; (6) deberes ajenos a un comportamiento previo o a un rol social. Sobre todo ello, con ulteriores citas a la discusión filosófica, vid. MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, pp. 62 y ss.

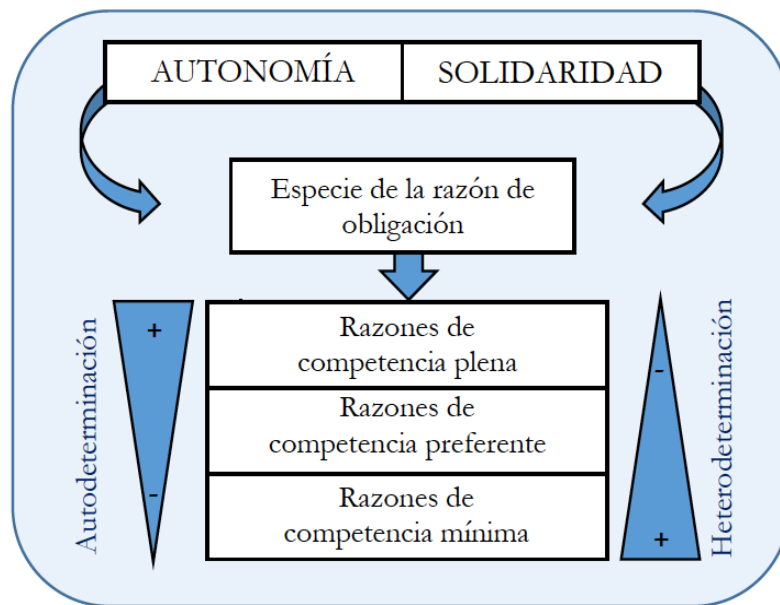
<sup>516</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 427 y ss., 431 y s., 437 y s., 474 y ss.; y en un sentido parecido, vid. además Cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 101 y ss.

<sup>517</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 432 y ss.; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, pp. 647 y ss. Asumiendo la tripartición propuesta por SILVA SÁNCHEZ, vid. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 123 y ss., y en un sentido parecido, proponiendo igualmente cualificaciones sobre el tipo de omisión de socorro para las omisiones de sujetos con especial posición de responsabilidad, SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, 1974, p. 346. Parece apuntar también en esta línea, ROXIN, *Política criminal*, 2ª ed., 2006, p. 66; EL MISMO, *AT*, v. II, 2003, § 31, nm. 239 y s., § 32, nm. 150 y ss.; y SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 381. En favor de romper la bipartición entre los delitos omisivos, dando entrada a una tercera vía de delitos y señalando que la frontera entre los dos tipos de deberes situados en los extremos es fluida, vid. también SEELMANN, «§ 13», *NK*, 1ª ed., nm. 17 y 116, con ulteriores referencias a la doctrina en el mismo sentido.

<sup>518</sup> Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, (LIII), 2000, p. 365, n. 20.



A la espera de un examen detallado de cada una de estas tres especies de deber, estructuralmente puede esquematizarse la clasificación acabada de proponer del siguiente modo:



A continuación se examinan con algo más de detalle cada una de estas tres categorías de deber. Solo después de analizar qué clase de manifestaciones obligacionales específicas conforman cada una de las tres especies referidas cabrá extraer conclusiones útiles para la jerarquización de las razones de obligación en atención a su especie.

### 3.3. Las formas de manifestación obligacionales y su especie

#### a) Razones de obligación de competencia plena

Por deber o razón de obligación de competencia plena se entiende aquí aquella forma obligacional penal de máxima intensidad normativa, reconducible a un acto de libertad del destinatario de la norma del máximo vigor. Sin lugar a duda, ocupa aquí un papel preeminente la prohibición de injerirse activamente en esferas jurídicas ajenas, en tanto que posición de garantía jurídico-penal básica, aunque no solo es esta la manifestación del principio de no interferencia que alcanza el estatus de un deber de competencia plena.<sup>519</sup> También el mandato de neutralizar los riesgos para terceros emanados de la propia esfera alcanza, bajo ciertas condiciones, la máxima relevancia jurídico-penal.<sup>520</sup> Esto se acepta de manera incontrovertida en relación con los así llamados deberes del tráfico (*Verkehrssicherungspflichten*).<sup>521</sup> «En virtud de

<sup>519</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 29/29; PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 215 y ss.; o ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 108 y s.

<sup>520</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 181.

<sup>521</sup> En este sentido, por ejemplo, vid. SEELMANN, «§13», *NK*, 1ª ed., nm. 122 y ss.; HAAS, «§ 13», *StGB*, nm. 57 y ss.; FREUND, «§ 13», *MK*, 2ª ed., nm. 116 y ss.; JAKOBS, *Das System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 36; o PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 183; o ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 119 y s.

los deberes del tráfico el ciudadano individual queda obligado a la neutralización no solo de los peligro que provienen de comportamientos, sino también los peligros que emanan de cosas». <sup>522</sup> Dado que el titular de la esfera de organización es el único competente para su organización, pudiendo excluir de la misma a los terceros, es a él a quien corresponde conjurar el peligro en caso de amenazar con realizarse, mereciendo la expectativa de los terceros también la máxima intensidad de protección jurídico-penal. El precio de la soberanía exclusiva en la organización de la propia esfera es el deber intensificado de evitar resultados lesivos para los terceros. <sup>523</sup>

Más controvertida resulta en la doctrina la concreta especie del deber de salvamento que surge tras un comportamiento organizador previo que desencadena un riesgo todavía conjurable. Frente al tratamiento unitario en la especie del deber que un importante sector doctrinal alemán propugna para los supuestos de injerencia, <sup>524</sup> aquí se defiende, en consonancia con la doctrina mayoritaria española, que no todo actuar precedente desencadenador de un riesgo da lugar a un deber de salvamento de la máxima intensidad, esto es, un deber de competencia plena. <sup>525</sup> Aunque todo ello será analizado con detalle al examinar los deberes de competencia preferente, ha de quedar ya señalado aquí que solo los deberes de salvamento tras un actuar precedente plenamente autónomo ameritan la máxima protección jurídico-penal, pues solo entonces cabe legitimar la obligación de salvamento que se impone al injerente con base en un ejercicio abusivo de libertad de la máxima intensidad. <sup>526</sup>

---

<sup>522</sup> Cfr. PAWLIK, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *El injusto del ciudadano*, 2016, en prensa.

<sup>523</sup> Al respecto, JAKOBS, *Das System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 36 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, *LH-González-Cuellar García*, 2006, p. 420; o PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 183 y ss.

<sup>524</sup> Dejando a un lado las tesis minoritarias en aquel país que le niegan toda relevancia a la injerencia como elemento legitimador de una posición de garantía de la máxima intensidad jurídico-penal (Vid. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 300 y ss., faltaría aquí la necesaria actualidad del dominio sobre el origen del resultado), la discusión en Alemania parece centrarse en el actualidad en el carácter que debe presentar el actuar precedente para legitimar deberes de competencia plena (*Garantenpflicht*). Para un importante sector doctrinal, posiblemente el mayoritario, sería necesario que la injerencia fuera antijurídica (imprudente o dolosa), mientras que para otro sector doctrinal, posiblemente en alza, también la injerencia conforme a Derecho puede constituir fuente de auténticos deberes de garante. En este último sentido, por ejemplo, JAKOBS, *Das System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 36 y ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 181 y ss.; TIMPE, *Strafmilderungen*, 1983, p. 177; S. WALTER, *Die Pflichten des Geschäftsberrn*, 2000, p. 128; FREUND, «§ 13», *MK*, 2ª ed., nm. 118 y ss., 122, o SEELMANN, «§13», *NK*, 1ª ed., nm. 114 y ss. En cambio, en favor de la tesis más restrictiva, elevando el carácter antijurídico del acto organizativo precedente a la categoría de condición de legitimación del deber de competencia plena, por ejemplo, vid. VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 194 y ss.; WEIGEND, «§ 13», *LK*, 12ª ed., nm. 44 y ss.; STREE/BOSCH, «§ 13», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 32, 35, 37; HAAS, «§ 13», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 75; y exigiendo como mínimo una contrariedad objetiva a deber, vid. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 59, p. 625; WOHLERS/GAEDE, «§ 13», *NK*, 4ª ed., nm. 43 y ss.; FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, pp. 302 y ss., nm. 32; o RUDOLPHI/STEIN, «§13», *SK-StGB*, 8ª ed, nm. 38 y ss.

<sup>525</sup> Véase un ilustrativo y exhaustivo examen del restrictivo tratamiento de la injerencia como fuente de una posición de garantía en DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 539 y ss., (*Luzón Peña*), pp. 556 y ss., (*Gimbernat Ordeig*), pp. 592 y ss., (*Silva Sánchez*), pp. 651 y ss., (*Gracia Martín*), y la toma de posición del autor, igualmente restrictiva, en las pp. 707 y ss. En cambio, vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión*, 2002, pp. 92 y ss., quien introduciendo un requisito adicional, a saber, la consciencia del riesgo en la conducta precedente del autor, admite la injerencia como fuente de deberes de competencia plena (deber de salvamento tras actuar precedente), siempre y cuando dicho actuar precedente suponga un ejercicio normal de la libertad del sujeto.

<sup>526</sup> En este sentido, vid. SILVA SÁNCHEZ, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, (4), 1999, p. 164: «[e]n efecto, la postura restrictiva que suscribo parte de que sólo la injerencia dolosa seguida de la dolosa no evitación de su realización en un resultado da lugar a la imputación del referido resultado a título de comisión —activa o por omisión, en función de las circunstancias— dolosa». Frente a quienes critican que la reducción de la injerencia al actuar precedente doloso como fuente de posición

La libre asunción genera igualmente una posición de garantía de competencia plena. La expectativa de quien decide asumir un nivel de riesgo para los propios bienes jurídicos como consecuencia de un acto previo de asunción queda jurídico-penalmente protegida a través de un deber de competencia plena.<sup>527</sup> Como ha puesto en reiteradas ocasiones de manifiesto SILVA SÁNCHEZ, lo relevante materialmente en la legitimación de auténticos deberes de garante por asunción no es el mero hecho de que un sujeto asuma un compromiso de salvamento, sino más bien la legítima confianza que despierta en la víctima o en terceros ese acto promisorio.<sup>528</sup> Esa confianza, que se materializa en la razonable interrupción de la búsqueda de mecanismos de salvamento alternativos o, incluso, en la supresión de los existentes que pasan a estimarse innecesarios, es precisamente lo que permite afirmar que el promitente ostenta un control sobre el riesgo típico normativamente idéntico al constatable en quien infringe activamente el mandato de respeto.<sup>529</sup> El acto de asunción, expreso o concluyente, constituye, bien mirado, una injerencia, desencadena normativamente un riesgo cuya conjura compete desde entonces al obligado. No hacerlo, supone dañar a su víctima.

Hasta ahora se han mostrado distintas formas obligacionales de corte negativo que cristalizan en deberes de competencia plena. Sin embargo, este análisis no puede finalizar sin hacer alusión a dos formas obligacionales de corte positivo que, en atención al grado de autodeterminación al que reconducir la concreta obligación, alcanzan efectivamente el estatus de razones de obligación de competencia plena.<sup>530</sup> Me refiero, en primer lugar, a los deberes

---

de deberes de competencia plena priva al instituto de todo sentido, pues sería siempre posible recurrir entonces a la correspondiente modalidad activa del delito, arguye SILVA SÁNCHEZ, entre otros argumentos, la posibilidad de que un «riesgo generado imprudentemente se haga doloso ya en la fase omisiva interna a la propia esfera de organización del agente (no contención dolosa del riesgo por parte de quien tiene todavía el pleno control del proceso); y eso, que es creación imprudente de riesgo, es también —y sobre todo— injerencia dolosa en la esfera de organización ajena» (p. 166).

<sup>527</sup> Esto no parece controvertido, ni en Alemania ni en España. En nuestro país, vid. por ejemplo SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 463 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?», *ADPCP*, 1999, pp. 65 y ss.; o GRACIA MARTÍN, «La comisión por omisión en el Derecho penal español», *AP*, (38), 1995, pp. 683 y ss., 709 a 711. En Alemania, en este mismo sentido, por ejemplo, vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 29/46; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 281; ROXIN, *AT*, v. 2, § 32, nm. 55; o PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 185 y s.

<sup>528</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, (38), 1989, p. 376, y en el epílogo de la segunda edición de su tesis doctoral, *El delito de omisión*, 2ª ed., p. 471: «[e]ste compromiso provoca un efecto de confianza y de abandono, tanto en el sujeto potencialmente afectado, como en terceros potenciales intervinientes». En el mismo sentido, vid. PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 223 y ss. En todo caso, como pone de manifiesto DOPIGO GÓMEZ-ALLER, lo cierto es que la asunción de una posición de garantía puede llevarse a cabo “por las buenas o por las malas”, de modo que también el acto de usurpación plenamente responsable de una posición de garantía genera un deber negativo de la máxima intensidad normativa. Por esta razón, no solo el socorrista está obligado por un deber de garante a evitar que los bañistas se ahoguen, sino también quien deja inconsciente al socorrista al propinarle un puñetazo. Sobre todo ello, DOPIGO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 788 y ss.; y así también, SILVA SÁNCHEZ, «Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización», *LH-Figueroa Dias*, v. II, 2009, p. 983, n. 10.

<sup>529</sup> No faltan aquellos autores que conciben el acto de asunción como legitimador de deberes de competencia plena al margen de la reacción del garantizado frente al acto de asunción. En este sentido, vid. WEIGEND, (§ 13), *LK*, 12ª ed., nm. 25 y ss., 34; BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, 1986, pp. 182 y ss.; HERZBERG, *Die Unterlassung*, 1972, p. 353; o ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 119 y s. Sin embargo, hasta donde alcanzo, con ello se desnaturaliza el fundamento material del deber de garante en cuestión que, en tanto que deber negativo, trae causa de la compensación de déficits de protección causados de manera imputable. Así, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 185, n. 197.

<sup>530</sup> Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, (LIII), 2000, p. 364, con ulteriores referencias en este sentido, n. 15.

de aseguramiento vital para con los menores en el marco de relaciones paterno-filiales y, en segundo lugar, al conjunto de deberes institucionales estatales en el marco de relaciones de sujeción especial. Resulta pacífico en la doctrina actual afirmar que los padres ocupan una posición de garantía jurídico-penal de la máxima intensidad frente a sus hijos dependientes.<sup>531</sup> Para muchos, este deber de guarda y custodia de los padres representa el prototipo de los deberes de competencia plena.<sup>532</sup> Las disonancias aparecen más bien en la razón material que fundamenta esa posición de garantía.<sup>533</sup> Hasta donde alcanzo, aquellos deberes que tienden directamente a garantizar las condiciones mínimas esenciales para el libre autodesarrollo personal del menor obtienen el estatus de verdaderos deberes de competencia plena en la medida en que es posible reconducir el rol positivo de los padres a un acto (generalmente) doble de ejercicio de libertad previo. Me refiero ahora, por un lado, al hecho mismo de contribuir a traer al mundo a un ser humano y,<sup>534</sup> por el otro, al acto autónomo de asunción indeterminada de la posición de custodia del menor frente a las instituciones públicas encargadas de aquélla en su defecto. Este acto de libertad, que se actualiza y renueva

---

<sup>531</sup> Cfr. entre otros muchos, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 29/59; ROXIN, *AT*, v. II, 2003, § 32 IV, nm. 33; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 188; WEIGEND, «§ 13», *LK*, 12ª ed., nm. 26; BÖHM, *Garantenpflichten*, 2006, pp. 29 y ss.; o MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 330, nm. 45.

<sup>532</sup> En este sentido, aunque fundando el deber en un acto de asunción, SILVA SÁNCHEZ llega a afirmar que «en ningún momento de la historia se ha dudado de la existencia de omisiones equivalentes en cuanto al merecimiento de pena, [...]. Paradigmático a este respecto sería el caso de la madre que, al no amamantar a su hijo, deja que éste muera de inanición». Vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 451.

<sup>533</sup> Además de los intentos de legitimar tales deberes de competencia plena a partir del peso específico de la institución paterno-filial en una concreta sociedad (así, paradigmáticamente, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 29/59), no son pocos los autores que tratan de interpretar los deberes propios de la relación paterno-filial en clave puramente negativa, al interpretar el acto de autonomía inherente a la ocupación de la posición de custodia como un acto más de asunción legitimador de un deber de no dañar en el sentido del clásico *neminem laedere* (E. A. WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, pp. 36 y ss.; WEIGEND, «§ 13», *LK*, 12ª ed., nm. 25 y ss., 34; BRAMMEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, 1986, pp. 182 y ss.; HERZBERG, *Die Unterlassung*, 1972, p. 353; o ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 119 y s.). Sin embargo, hasta donde alcanzo, una cosa es el fundamento negativo o positivo del deber, y otra cosa distinta que la intensidad de los deberes (negativos o positivos) dependa del grado de autovinculación constatable en el momento de su nacimiento. Los deberes negativos, tal y como aquí se han definido, son deberes tendentes al mantenimiento de un *status quo* dado, que tan solo obligan a dejar en las relaciones sociales las cosas del modo en el que el obligado se las encuentra dadas. Por ello, para poder hablar de un deber negativo tras asunción de una posición de custodia es necesario que éste aparezca como la compensación de déficits de protección provocados responsablemente por el obligado. Allí donde el que ocupa una posición de custodia no ha generado previamente una situación de riesgo, por definición, a lo único que puede estar obligado es al fomento y la mejora de la posición jurídica que garantiza. Y así es precisamente como hemos definido aquí la noción de deber positivo. Los padres están obligados positivamente para con sus hijos, pues su obligación no nace con el objetivo de compensar déficits responsablemente provocados, sino con el de mejorar el estatus jurídico del menor respecto del que ejercen la patria potestad. El acto de libertad aprehensible en la relación paterno-filial explica la intensidad del concreto deber, pero no altera su naturaleza, que es positiva. Y lo mismo cabe afirmar en las relaciones funcionariales que determinan deberes de competencia plena. En este mismo sentido, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 185, n. 197; y VON DER PFORDTEN, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 107.

<sup>534</sup> Para VON DER PFORDTEN, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 109, advierte en el hecho de traer al mundo o adoptar a un menor desvalido el dato esencial sobre el que legitimar un deber positivo. No sería en todo caso la mera facticidad de la situación relacional de dependencia padre/madre-hijo el dato normativo relevante, sino el comportamiento previo de los padres. De un modo parecido fundamenta KANT el deber jurídico de los padres para con sus hijos: «es una idea totalmente correcta e incluso necesaria, desde la *perspectiva práctica*, considerar el acto de la procreación como aquel por el que hemos puesto a una persona en el mundo, sin su consentimiento, y la hemos traído a él arbitrariamente; hecho por el cual pesa también sobre los padres, en la medida de sus fuerzas, la obligación de conseguir que esté satisfecha con su situación». Cfr. KANT, *La metafísica de las Costumbres*, 2012, Primera Parte de la Doctrina del Derecho. El Derecho Privado, Cap. II, § 28, nm.281, pp. 101 y s.

sucesivamente en la medida en que no se renuncia a la custodia del menor desamparado, por un lado, permite legitimar frente al progenitor un auténtico deber de competencia plena, por el otro, limita el círculo de riesgos a los que queda aquél obligado con la máxima intensidad jurídico-penal. Como señala SILVA SÁNCHEZ, salvo indicios de lo contrario, la conjura de riesgos que se salen de la normal relación paterno-filial no queda garantizada mediante deberes jurídico-penales de competencia plena, sino a lo sumo, a través de deberes de competencia preferente.<sup>535</sup>

Y en segundo lugar, también las relaciones funcionariales de sujeción especial, en las que el funcionario ocupa una concreta posición de custodia pueden dar lugar a auténticos deberes de garante.<sup>536</sup> Esto acontece de forma prácticamente incontrovertida en el marco de las relaciones funcionario-recluso en centros penitenciarios,<sup>537</sup> o en el ejercicio de funciones públicas caracterizadas por deberes de evitación de concretos resultados lesivos.<sup>538</sup> El policía al que le encomiendan la custodia de un testigo protegido infringe un deber positivo de competencia plena cuando no evita que un tercero coaccione y lesione a su protegido.<sup>539</sup> No sucede lo mismo, sin embargo, en el caso del funcionario policial que no evita en el ejercicio de sus competencias la comisión de hechos delictivos. Ello, no tanto por la imposibilidad de afirmar que tales deberes ameritan una protección jurídico-penal máxima, pues se trata éste del cometido más fundamental del Estado,<sup>540</sup> sino porque el vínculo de auto-legislación aprehensible entre el acto de toma de posesión del cargo y la concreta obligación específica que de ahí nace es notablemente más débil. El legislador español parece haberse pronunciado sobre la especie de tales deberes de manera expresa, al prever en los arts. 408 y 412. 3 CP la sanción de estos comportamientos como meras infracciones de deberes de competencia preferente.<sup>541</sup> Y algo parecido cabe afirmar en relación con la posición de garantía de los profesionales que deniegan la asistencia sanitaria antes de haberse iniciado el concreto tratamiento médico (art. 196 CP).<sup>542</sup>

---

<sup>535</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 464 y s. El acto de libertad de quien admite la posición de custodia no puede legitimar una posición de garantía de la máxima intensidad que se extienda a riesgos imprevisibles en ese momento. Sobre los riesgos estándar de la posición de garantía paterno-filial, vid. solo ROXIN, *AT*, v. II, 2003, § 32 IV, nm. 33.

<sup>536</sup> No creo que el hecho de que el funcionario asuma *in concreto* una posición de garantía justifique subvertir el fundamento último del deber. El funcionario en el marco de una concreta relación especial queda obligado por un deber de competencia plena, pues el concreto grado de autonomía al que reconducir su nacimiento así lo establece, pero ello no transforma su deber de fomento y mejora en un deber de no lesionar. En cambio, vid. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 124 y s. De nuevo aquí, la posición de garantía se fundamenta unilateralmente, pues es indiferente el efecto específico que pueda tener la ocupación por parte de un concreto funcionario de la posición frente al agente garantizado. El funcionario no compensa déficits previos, de modo que no queda solo obligado a no dañar, sino a mejorar. Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 283, n. 25.

<sup>537</sup> Cfr. con detalle SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión fundamento y formas de intervención: El ejemplo del funcionario penitenciario», *CPC*, (38), 1989, pp. 378 y ss.; y en idéntico sentido, ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 122 y ss.

<sup>538</sup> Al respecto, con detalle, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 29/74 y ss.; o SEELMANN, «§ 13», *NK*, 1ª ed., nm. 139.

<sup>539</sup> En cambio, reconoce la posición de competencia plena del policía más allá de las relaciones de sujeción especial PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 187, n. 212, y p. 188, con más referencias en la n. 213.

<sup>540</sup> Cfr. PAWLIK, *InDret*, (1), 2008, p. 18.

<sup>541</sup> Al respecto, vid. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 122 y ss.

<sup>542</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios*, 1999, pp. 18 y ss.

## b) Razones de obligación de competencia preferente

En el escalón inmediatamente sucesivo se sitúan los deberes de competencia preferente. Aunque con algunas diferencias de matiz en su definición, esta categoría se corresponde en lo esencial con la clase intermedia de deberes perfilada en su día por SILVA SÁNCHEZ a propósito del delito omisivo.<sup>543</sup> Entre los deberes de competencia plena y los de competencia mínima cabe, pues, advertir una tercera categoría de obligaciones, que aquí se denominan de competencia preferente y en las que es apreciable en su origen un acto de libertad del sujeto a caballo entre el que legitima razones de obligación de competencia plena y el casi inapreciable que antecede al nacimiento de los deberes de competencia mínima.

Pese a que en nuestro país se afirma mayoritariamente que un actuar precedente no plenamente responsable no da lugar a un deber de salvamento de la máxima intensidad normativa (deber de competencia plena),<sup>544</sup> lo cierto es que la doctrina dominante alemana sostiene la tesis opuesta, negándose así la posibilidad de distinguir niveles de densidad obligacional cuando se trata del principio de no interferencia.<sup>545</sup> Dada la equivalencia sistemática de la obligación de neutralización con la prohibición comisiva no existiría razón alguna para no equiparar también penológicamente la omisión que sigue a un actuar precedente a la correspondiente modalidad activa del delito.<sup>546</sup> Así las cosas, la doctrina alemana, con contadas excepciones,<sup>547</sup> acepta la posibilidad de legitimar deberes de competencia plena a partir de un actuar precedente contrario a deber,<sup>548</sup> con independencia de si se trata de una creación de peligro dolosa o imprudente.<sup>549</sup> A decir verdad, el punto cardinal de controversia en aquel país reside en el carácter normativo que debe presentar el actuar precedente para legitimar deberes de máxima intensidad. Aun a riesgo de una excesiva simplificación, creo posible distinguir todavía dos grandes corrientes de opinión. Mientras que

---

<sup>543</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 432 y ss.; y con detalle, EL MISMO, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al código penal*, v. I, 1999, pp. 466 y ss.

<sup>544</sup> Y en este mismo sentido, en la doctrina chilena, cfr. IZQUIERDO, «Comisión por Omisión: Algunas consideraciones sobre la Injerencia como Fuente de la Posición de Garante», *Revista chilena de Derecho*, (33), 2006, pp. 329 y ss.

<sup>545</sup> Como mínimo, a la hora de castigar omisiones de salvamento, pues lo cierto es que la determinación de una posición de competencia de corte negativo intermedia distinta a la propia de la legítima defensa en el ámbito de la justificación es un lugar común en la doctrina germana. Al respecto, vid. COCA VILA, *InDret*, (1), 2011, pp. 5 y ss.

<sup>546</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 181 y s., n. 182; y de parecida opinión, SEELMANN, «§13», *NK*, 1ª ed., nm. 49.

<sup>547</sup> Rechazando con carácter general la injerencia como fuente de una posición de garantía en la doctrina alemana, fundamental, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1972, pp. 313 y ss.; aunque no tan rotundo, EL MISMO, «Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen», *ZStW*, (96), 1984, pp. 308 y s.; y en un sentido parecido, vid. SANGENSTEDT, *Garantenstellung*, 1989, pp. 319 y ss.; LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 504 y s.; o BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, 1986, pp. 393 y ss., 404 y ss., quien trata de abordar estos supuestos como si se tratara de delitos activos. Además, vid. KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 219 y s., quien afirma que el deber que nace tras un actuar precedente culposo es de menor peso que el deber negativo originario; o WELZEL, *StrafR*, 11ª ed., 1969, § 28, p. 216: «Der in der heutigen Judikatur mit apodiktischer Sicherheit gehandhabte „Rechtssatz“ über die Garantenstellung durch „vorangegangenes Tun“ ist alles andere als selbstverständlich und unbedenklich».

<sup>548</sup> Cfr. STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 13, nm. 28 y ss.; SEELMANN, «§13», *NK*, 1ª ed., nm. 49; STREE/BOSCH, «§13», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 32 y ss., 35, o FREUND, «§13», *MK*, 2ª ed., nm. 118 y ss., todos ellos con ulteriores referencias a la doctrina alemana en este mismo sentido.

<sup>549</sup> Cfr. STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 13, nm. 32.

para un sector doctrinal solo legitimaría deberes de competencia plena las injerencias contrarias a deber,<sup>550</sup> siendo suficiente para algunos una contrariedad objetiva a la norma,<sup>551</sup> para un sector doctrinal minoritario, también las injerencias conforme a Derecho son fuente de deberes de la máxima intensidad.<sup>552</sup> En todo caso, entre estos últimos se sostiene que la desvinculación de la injerencia relevante del requisito de la antijuridicidad no significa que toda causación de un peligro sea fuente idónea de un deber de salvamento de competencia plena. Solo ciertas creaciones de riesgo no antijurídicas —JAKOBS se refiere aquí a aquellos peligros emanados del ejercicio de riesgos especiales, SEELMANN alude a las conductas que generan un riesgo por encima del propio del actuar cotidiano,<sup>553</sup> y OTTO a los riesgos que el autor genera sobrepasando su ámbito general de actuación a costa de terceras personas<sup>554</sup>— serían idóneas para la legitimación de deberes de competencia plena.<sup>555</sup> Quien se decide a emprender aquellos riesgos especiales que van más allá del umbral de riesgo generalmente tolerado queda obligado por un deber de garante a evitar cualquier resultado lesivo que pueda derivarse del actuar precedente.<sup>556</sup>

Michael PAWLIK, para quien toda creación de riesgo especialmente peligrosa fundamenta una posición de competencia plena (deber de garante) por injerencia, ha señalado que resulta evidente la semejanza sistemática entre el “deber de procurar” (*Gehepflicht*) del garante fundamentado en la injerencia y el “derecho de apropiación” (*Nehmerechts*) del amenazado en las situaciones de estado de necesidad defensivo.<sup>557</sup> Es decir, al igual que la doctrina advierte el reverso del deber de tolerancia en situaciones de estado de necesidad en el deber general de socorro del art. 195 CP, los deberes de injerencia constituirían el reverso de los deberes de

---

<sup>550</sup> Así, entre otros, JESCHECK, «§13», *LK*, nm. 33; RUDOLPHI, «§13», *SK*, nm. 39 y ss.; STREE/BOSCH, «§13», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 32 y ss., 35; o VOGLER, «Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt», *FS-Lange*, 1976, p. 282.

<sup>551</sup> Así, por ejemplo, vid. DENCKER, «Ingerenz: Die defizitäre Tathandlung», *FS-Stree/Wessels*, 1993, p. 176; WOHLERS/GAEDE, «§ 13», *NK*, 4ª ed., nm. 43; MURMANN, *AT*, 2ª ed., 2013, § 29, nm. 66; o FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, p. 302, nm. 32.

<sup>552</sup> Así, fundamental, SEELMANN, «§13», *NK*, nm. 49, nm. 114; JAKOBS, «Teoría y *praxis* de la injerencia», *ADPCP*, 1999, pp. 23 y s.; y OTTO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 9, nm. 79 a 81. En favor de esta segunda tesis, presenta PAWLIK (*Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 182) las dos posibilidades que según él se le plantean a todo Ordenamiento jurídico para la configuración del espacio de libre actuación de sus ciudadanos: una primera pasa por recortar dicho espacio desde un primer momento de forma estricta, no permitiendo casi nada, pero vinculando los deberes de salvamento solo a injerencias contrarias a deber. La segunda opción, la preferible según PAWLIK a fin de maximizar la libertad de los ciudadanos, pasa por configurar espacios de actuación más amplios, aunque a costa de imponer deberes de salvamento de la máxima intensidad jurídico-penal. Cfr. en este mismo sentido, SEELMANN, «§13», *NK*, 1ª ed., nm. 49; o FREUND, «§ 13», *MK*, 2ª ed., nm. 122. Frente al obligado, se ensaya aquí habitualmente la legitimación del deber de competencia plena a partir de un argumento de *fairness*: dado que el Ordenamiento autoriza al obligado a organizar un riesgo especial, pudiendo excluir a terceros en su configuración, le corresponde a él en exclusiva evitar que aquel riesgo desencadene resultados lesivos también cuando ha salido de su esfera y amenaza con lesionar a terceros. Cfr. FREUND, «§ 13», *MK*, 2ª ed., nm. 122.

<sup>553</sup> Cfr. SEELMANN, «§13», *NK*, 1ª ed., nm. 117; o KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 18, nm. 103.

<sup>554</sup> Vid. OTTO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 9, nm. 79 a 81.

<sup>555</sup> Al respecto, tratando de concretar la noción de riesgo especial, fundamental, JAKOBS, *ADPCP*, 1999, pp. 44 y ss.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 37 y s.

<sup>556</sup> Cfr. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 37. En cambio, vid. VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 194 y ss., sobre el riesgo permitido como límite para la legitimación de mandatos de competencia plena.

<sup>557</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 316 y s., n. 136; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 182, n. 185; y así también, recientemente, JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 37 y 47.

tolerancia en situaciones de estado de necesidad defensivo.<sup>558</sup> «Allí donde el derecho de injerencia del sujeto en peligro encuentra sus límites, encuentra los suyos el deber de conjura del causante del peligro en virtud de la injerencia»,<sup>559</sup> es decir: el estado de necesidad defensivo constituye la contracara de la injerencia.<sup>560</sup> Del mismo modo que la injerencia conforme a Derecho puede ser fuente de una posición de garantía, la creación de peligro no plenamente imputable es suficiente para determinar la posición de competencia preferente a los efectos del estado de necesidad defensivo.<sup>561</sup> Hasta donde alcanzo, cabe efectivamente concluir que los deberes de salvamento surgidos tras un actuar precedente encuentran su fundamento en el principio de no interferencia, se trata, pues, de variaciones del deber primario de no lesionar a otros.<sup>562</sup> Tienen igualmente razón PAWLIK y JAKOBS cuando ponen de manifiesto la necesaria correspondencia sistemática entre los deberes de salvamento emanados de un actuar precedente y los correspondientes derechos de defensa que se otorgan a quien ve en peligro su bienes jurídicos a causa de un peligro no reconducible de forma plena al agente de cuya esfera emana. Ahora bien, ¿se deduce de lo anterior la equiparación plena entre el deber de salvamento tras injerencia con el resto de deberes de competencia plena? En mi opinión, debe responderse aquí de forma negativa.

Del hecho de que ambos deberes compartan fundamento no se deriva su misma densidad o relevancia normativa.<sup>563</sup> Esto es ampliamente aceptado tanto en el ámbito de los deberes de tolerancia en situaciones de justificación, como en el seno de los deberes positivos. La injerencia es, efectivamente, fuente de deberes de salvamento, pero no cabe afirmar sin más que tales deberes ameritan la máxima protección jurídico-penal. De hecho, creo que la misma asociación entre la dogmática del estado de necesidad defensivo y la injerencia así lo muestra. Aunque no puedo detenerme ahora en un estudio detallado del estado de necesidad defensivo,<sup>564</sup> no hay duda de que la posición de competencia preferente por el peligro que determina un nivel de injerencia defensiva inferior al propio de la legítima defensa se explica esencialmente por el menor grado de ejercicio de libertad aprehensible en el origen del

---

<sup>558</sup> Ello lo muestra el referido autor a partir del siguiente ejemplo. El perro de (E) ataca a la víctima (O); variante 1ª): (O) se defiende frente al ataque del perro en estado de necesidad defensivo (puede lesionar la propiedad de (E) siempre y cuando no cause un mal esencialmente preponderante frente al que conjura); variante 2ª): pese a no poder defenderse (O), aparece en ese instante (E), quien debe —conforme al pensamiento de la injerencia— conjurar el peligro creado por su perro. Pues bien, a partir de este ejemplo, señala el referido autor que el deber de (E) difícilmente podría tener un alcance superior al derecho de defensa de (O), pues en un sistema jurídico penal axiológicamente cerrado, el punto de vista de la solidaridad también debe encontrar su contracara en el derecho de injerencia a la hora de determinar el alcance de los deberes tras injerencia. Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 317, n. 136.

<sup>559</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 317, n. 136.

<sup>560</sup> Así JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 46.

<sup>561</sup> Sobre todo ello, con detalle, COCA VILA, *InDret*, (1), 2011, pp. 8 y ss., con ulteriores referencias doctrinales, abordando la relación estructural entre la injerencia y la posición de competencia preferente por estado de necesidad defensivo en las pp. 16 y ss.

<sup>562</sup> *Pars pro toto*, JESCHECK, «§ 13», *LK*, 11ª ed., nm. 31; ROXIN, *AT*, v. II, 4ª ed., 2006, § 32, nm. 150; o JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 36 y s.

<sup>563</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 432 y s., 467 y ss.

<sup>564</sup> Sobre esto mismo, vid. el resumen de mi tesina publicado en *InDret*, (1), 2011 y ss., así como la reciente tesis doctoral de WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 296 y ss., *passim*. Y antes, fundamental, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 121 y ss.



peligro.<sup>565</sup> Quien es agredido por otro a través de un actuar negligente no puede responder defensivamente conforme al baremo propio de las situaciones de legítima defensa, pero sí que puede ir más allá en la lesión de los intereses del agresor de lo que determina el baremo fijado para las situaciones de estado de necesidad agresivo. El agresor no es un simple tercero, completamente ajeno al peligro, pero tampoco representa su actuar peligroso un ejercicio pleno o abusivo de su libertad de organización. En definitiva, se admite aquí una posición de competencia intermedia por el peligro, basada en un ejercicio de autonomía no pleno.<sup>566</sup>

En contra de la equiparación entre las posiciones de competencia que dan lugar deberes de salvamento activo (delito omisivo impropio) y las que imponen deberes especiales de tolerancia (estado de necesidad defensivo) señala WILENMANN que ambas estructuras responden a principios de responsabilidad diversos. Mientras que en el estado de necesidad defensivo se trata de determinar una posición de competencia preferente a partir de una noción distributiva de responsabilidad, en los delitos omisivos impropios se trataría siempre de la atribución de responsabilidad penal sobre la base de la imputación de una auténtica infracción de deber.<sup>567</sup> Así las cosas, concluye WILENMANN que el concreto derecho de defensa que se le concede a un agente agredido dependería directamente de las concretas condiciones de lesión del deber por parte del agresor.<sup>568</sup> Frente a quien infringe de forma plenamente responsable el deber que sirve de base a un delito omisivo impropio cabría por lo tanto ejercer legítima defensa y no solo estado de necesidad defensivo. Sin embargo, esto, aun siendo cierto, en nada afecta a la tesis de la equiparación estructural que sostienen, entre otros, JAKOBS y PAWLIK. Evidentemente, para poder atribuir responsabilidad por un delito omisivo tras un actuar precedente es necesario constatar en un momento posterior la infracción plenamente responsable del deber de actuar. Sin embargo, a los efectos que aquí interesan, lo relevante es la equiparación normativa entre la posición de competencia preferente de donde se deriva un concreto deber de tolerancia en situaciones de estado de necesidad defensivo y la situación de competencia preferente en la que un actuar precedente coloca a un determinado agente y de donde emana un deber de conjurar el peligro. Si resulta que en los supuestos de estado de necesidad defensivo se aprecia una posición de competencia basada en el principio de autonomía, pero de menor intensidad, que se plasma en un derecho de defensa de menor alcance, resulta lógico afirmar que también la posición de competencia del injerente de donde se deriva el deber de actuar es también de segundo nivel, de menor entidad normativa que la que ostenta quien en pleno ejercicio de su autonomía

---

<sup>565</sup> Así, con detalle, vid. ROBLES PLANAS, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 461 y s.; y COCA VILA, *InDret*, (1), 2011, pp. 8 y ss. Esta posición intermedia de competencia, a su vez, es en ocasiones subdividida en dos ulteriores subclases de competencia preferente: por un lado, aquellas posiciones de competencia preferente vinculables a un apartamiento objetivo de un estándar de comportamiento jurídico-penal, si se quiere, a infracciones de una “norma” no plenamente imputables y, por el otro, aquellas vinculables tan solo a puestas en peligro conforme a Derecho de los intereses ajenos a través de ejercicios especiales de la propia libertad. En este sentido, claramente, vid. ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 462 y ss.; y distinguiendo asimismo entre posiciones de competencia especial en estado de necesidad defensivo por organización antijurídica y por organización conforme a Derecho, vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 311 y ss., 321 y ss.

<sup>566</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 461 y s.

<sup>567</sup> Cfr. WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 372 y ss., p. 377, pp. 384 y ss.

<sup>568</sup> Cfr. WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, p. 385.

acepta o asume una posición de competencia plena. Si esto es así, parece también plausible afirmar que el deber que vertebra esta posición de competencia derivada es también de segundo nivel.<sup>569</sup> Bien mirado, esto significa igualmente que el deber de tolerancia propio de las situaciones de estado de necesidad defensivo constituye un deber de competencia preferente, de modo que su infracción no puede castigarse como si de la lesión de un deber de competencia plena se tratara. En realidad, este es el planteamiento que subyace a la extendida afirmación según la cual la interrupción activa en el ámbito propio de organización de un curso causal salvador por quien solo está obligado por un deber de solidaridad mínima no constituye un homicidio,<sup>570</sup> sino a lo sumo una omisión del deber de socorro.<sup>571</sup> La posibilidad de una imputación plena del resultado no borra de un plumazo el carácter secundario del deber que vertebra la posición de competencia. ¿Cómo debería sino castigarse la infracción de un deber de tolerar una acción en estado de necesidad defensivo?<sup>572</sup> La infracción de este deber de tolerancia solo puede contener una carga de injusto a caballo entre la propia de la infracción de un deber de competencia plena (deber de tolerancia en situaciones de legítima defensa) y un deber de competencia mínima (deber de tolerancia en situaciones de estado de necesidad agresivo).

Así pues, cabe concluir que el deber que surge tras un actuar precedente no plenamente imputable no alcanza el estatus de los deberes de competencia plena, sino que se constituye

---

<sup>569</sup> Así, fundamental, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 464 y s., 473 y ss.; ROXIN, *AT*, v. II, 4ª ed., 2006, § 31, nm. 240.

<sup>570</sup> Cfr. LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, pp. 229 y ss. Me refiero aquí al supuesto en el que quien debiendo tolerar en estado de necesidad agresivo la injerencia de un necesitado, infringe su deber de tolerancia al rechazar la acción defensiva del necesitado justificada conforme al art. 20.5.º CP. Igualmente cabe aludir aquí al supuesto en el que es un tercero en el que en virtud del art. 195 CP intenta injerirse activamente en la esfera de un tercero para socorrer al necesitado, de suerte que el tercero rechaza la agresión e infringe con ello su deber de tolerancia. Sobre todo ello, fundamental, vid. SILVA SÁNCHEZ, *LH-Figueroide Dias*, 2009, pp. 986 y ss.

<sup>571</sup> Así, GIMBERNAT ORDEIG, «La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión»», *ADPCP*, 2000, pp. 98 y ss., p. 104; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, y recientemente LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, pp. 229 y ss., y a modo de conclusión en la p. 262: «[c]uando existe una injerencia activa sobre un bien respecto del cual normalmente se tiene derecho a intervenir, y sólo se debe omitir actuar en función de la existencia de un estado de necesidad agresivo justificante, que autoriza a un tercero a utilizar ese bien a favor de la víctima, entonces el actuante responderá exclusivamente por el delito de omisión propia». En cambio, la tesis opuesta la defiende SILVA SÁNCHEZ, *LH-Figueroide Dias*, 2009, pp. 988 y ss., quien aboga por la plena imputación del resultado cuando éste trae causa en la interrupción del obligado a tolerar una injerencia en su propia esfera.

<sup>572</sup> El estado de necesidad defensivo, en cierta medida, viene a poner de manifiesto la diferencia normativa entre situaciones de competencia que comparten un mismo fundamento. Si el obligado a tolerar en estado de necesidad agresivo ha de tolerar un curso causal que se injiere en su esfera por razones de solidaridad, y la infracción de este deber constituye únicamente la negación de una posición de competencia mínima (art. 195 CP), así, con razón, LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, pp. 233 y s., parece obligado afirmar que quien está obligado a tolerar una injerencia en estado de necesidad defensivo, en caso de infringir su deber de tolerancia infringe un deber superior al del art. 195 CP, pero no equivalente a los deberes de competencia plena. De lo contrario, es decir, si se afirma que en ese caso se infringe un deber de la máxima intensidad, porque el fundamento de la posición de competencia es el principio de no interferencia, la distinción entre la legítima defensa y el estado de necesidad y, más concretamente, el distinto alcance de la injerencia tolerable se muestra injustificable. En esta dirección apunta, sin embargo, LERMAN, *ob. cit.*, p. 234: «[d]istinto sería el caso si estuviéramos ante una situación en la que existiese un estado de necesidad defensivo, por ejemplo, si la jauría perteneciera al dueño de la casa. En este supuesto el deber de tolerar el ingreso tiene por fundamento la responsabilidad del sujeto, y, por lo tanto, no soportarlo implica violentar el deber de no dañar». Efectivamente, el fundamento del deber es negativo, pero su intensidad no es la propia del deber de competencia plena, sino inferior, es un deber de competencia preferente, cuya infracción amerita un castigo menor, pues menor es también el contenido de injusto.

en un deber de competencia preferente,<sup>573</sup> como *tertium genus* entre las dos categorías de deber generalmente aceptadas. Como señala acertadamente DOPICO GÓMEZ-ALLER, el «salvar el bien que uno ha puesto en peligro es un deber derivado del mismo fundamento que obliga a no generarlo», pero ambos se manifiestan en deberes de distinta especie y, por lo tanto, su infracción lleva también aparejada una sanción disímil.<sup>574</sup> Dado que la injerencia en la esfera ajena constituye un acto de ejercicio de libertad de menor intensidad que el inherente a un actuar precedente plenamente responsable, es posible fundamentar conforme al principio de la responsabilidad por los actos organizativos propios una posición de competencia preferente de carácter negativo. Ahora bien, la especie del deber no es inmune al grado de autonomía que legitima dicha posición de competencia, de modo que obliga a soportar una menor pérdida de intereses propios y le sigue consecuentemente a su infracción la imposición de una pena menor.<sup>575</sup> «[S]e trata de una manifestación distinta del deber de no dañar, que se sale del ámbito de gestión exclusiva del sujeto. Todo ello confirma de nuevo que *en el marco de la competencia organizativa como fundamento de responsabilidad, se dan diversos tipos de conductas infractoras, que deben ser tratadas de modo distintos*».<sup>576</sup>

Y del mismo modo que acontece en el ámbito del estado de necesidad defensivo, la gradualidad del acto de libertad al que reconducir el nacimiento de la obligación invita aquí nuevamente a distinguir entre dos subclases de razones de deber de competencia preferente, aquella emanada de un apartamiento objetivo de un estándar de comportamiento, y aquella que se vincula a la creación de un riesgo especial para los intereses ajenos reconducible a un acto organizativo previo no antijurídico.<sup>577</sup> Bien mirado, este razonamiento parece ser el que subyace a la regulación del art. 195.3. CP,<sup>578</sup> en donde nuestro legislador sanciona dos deberes

---

<sup>573</sup> Solo en este sentido, más limitado, tienen razón aquellos autores que niegan la idoneidad de la injerencia para legitimar posiciones de garantía jurídico-penales. Así, fundamental, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1972, pp. 300 y ss.; o SANGENSTEDT, *Garantenstellung*, 1989, pp. 318 y ss., p. 333.

<sup>574</sup> Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, p. 776.

<sup>575</sup> Se trata, en definitiva, de un deber de salvamento derivado, que despliega sus efectos más allá de la propia esfera. No estamos ante una obligación de asegurar, sino de revocar un peligro de lesión reconducible normativamente a un acto organizativo propio previo. Sobre las consecuencias dogmáticas del carácter derivado del deber negativo de salvamento tras injerencia, vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 778 y ss.

<sup>576</sup> Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, p. 783 [cursiva en el original], o en la doctrina alemana, en un sentido parecido vid. E. A. WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, p. 43, quien afirmaba que «la omisión tras un actuar precedente pesa por lo tanto menos que el hacer contrario a deber culpable. El deber que recae sobre el autor tras su actuar precedente es menos elemental que la prohibición de lesionar a través de un hacer».

<sup>577</sup> Es decir, cabe distinguir entre tres categorías esenciales de deber en atención a su especie: los deberes de competencia plena, los de competencia mínima y, entre unos y otros, los deberes de competencia preferente. La competencia intermedia apreciable en este último grupo es sin embargo gradual, por lo que nada empece distinguir a su vez distintos subtipos de deberes de competencia preferente.

<sup>578</sup> Al respecto, fundamental, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 434 y s., 464 y s.; EL MISMO, «Problemas del tipo de omisión del deber de socorro», *ADPCP*, 1988, pp. 573 y s.; EL MISMO, «La comisión por omisión», en ASÚA BATARRITA (ed.), *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, 1998, p. 41; EL MISMO, *Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada*, (4), 1999, pp. 153 y ss.; EL MISMO, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al código penal*, v. I, 1999, pp. 468 y s.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 805 y ss.; o RUEDA MARTÍN, «¿Participación por omisión?», 2013, pp. 167 y s. A diferencia de lo que acontece en Alemania, en donde los autores que admiten esta diferencia de grado entre los deberes negativos tratan de anclar esta distinción en la cláusula de atenuación facultativa del § 13 StGB. Ya en este sentido, aunque a propósito del —entonces vigente en Alemania— § 49 StGB, vid. E. A. WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, p. 43, n. 23; o KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, pp. 306 y ss., con ulteriores referencias doctrinales en la

de competencia preferente parcialmente distintos, el nacido tras un actuar precedente imprudente y el que nace tras ocasionar un accidente de manera fortuita.<sup>579</sup> Este segundo deber de competencia preferente no se legitima sobre la mera causalidad. Quien de forma soberana gestiona un riesgo, pudiendo excluir a terceros de dicha gestión y beneficiándose en exclusiva de su emprendimiento, también ante un riesgo permitido, es plenamente competente por la evitación de su descontrol (deber de garante por aseguramiento), y preferentemente competente por su conjura cuando ha perdido de forma no imputable el control del riesgo.<sup>580</sup> Y lo mismo cabe afirmar, por ejemplo, en relación con el art. 385.2. CP, en donde se castiga el no restablecer la vía cuando de forma no plenamente responsable se origina un grave riesgo para la circulación.<sup>581</sup>

Esta categoría de deberes de competencia preferente no solo contiene deberes de corte negativo. Existe asimismo un importante grupo de deberes institucionales positivos que, si bien no merecen el tratamiento normativo propio de los deberes de competencia plena, tampoco pueden ser considerados simples deberes de solidaridad mínima, pues el grado de autonomía al que reconducir la obligación se encuentra precisamente a caballo entre ambos “mundos de deberes”. Se trata, como acertara a señalar SILVA SÁNCHEZ, de deberes cualificados de solidaridad por parte de sujetos especialmente obligados,<sup>582</sup> que aquí

---

n. 220. Sobre las desventajas de tener que recurrir a una atenuación potestativa de la pena frente al modelo español de tipificación específica de los deberes de competencia preferente, vid. el análisis de SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 434 y s.; y analizando comparativamente ambos modelos, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 815 y ss., asumiendo las críticas vertidas por SILVA SÁNCHEZ contra el modelo de la atenuación facultativa.

<sup>579</sup> Sobre el deber de salvamento tras injerencia fortuita del art. 195.3. CP, vid. SILVA SÁNCHEZ, en *Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada*, (4), 1999, pp. 160 y ss.; EL MISMO, *ADPCP*, 1988, pp. 562 y ss.; y el exhaustivo análisis de DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 818 y ss., con múltiples referencias a la doctrina; o EL MISMO, «Omisión de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas», *ADPCP*, (55), 2002, pp. 235 y ss. Además, MOLINA FERNÁNDEZ, «Capítulo V. Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria», en BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, v. II, 1998, pp. 159 y ss.; MOLINA BLÁZQUEZ, «El artículo 195.3 del Código Penal de 1995: problemas de aplicación», *RDPC*, (4), 1999, pp. 555 y ss.; y aunque a propósito del antiguo art. 489 bis, 3.º CP, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, «Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del código penal», *CPC*, (2), 1984, pp. 571 y ss.; o HUERTA TOCILDO, «Injerencia y art. 489 bis, 3.º CP», *ADPCP*, (38), 1985, pp. 37 y ss.

<sup>580</sup> Así, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 182, aunque para justificar el nacimiento de un deber de competencia plena tras injerencia conforme a Derecho que constituye la creación de un peligro cualificado.

<sup>581</sup> Aquí cabe nuevamente plantearse cómo debe ser la injerencia previa para dar pie a un deber de salvamento como el tipificado en el art. 385.2 CP. A diferencia de lo que sucede en el art. 195.3. CP, no se establece en la ley ninguna distinción en función del carácter fortuito o imprudente del actuar precedente. Mientras que en algunas resoluciones parece que se asume la irrelevancia del carácter normativo de la injerencia (que no debe ser dolosa, pues entonces procede aplicar el art. 385. 1 CP), así, vid. SAP-Zamora 18/2011 de 21 de febrero, ponente García Garzón, no faltan las sentencias en las que se afirma que el actuar precedente ha de ser necesariamente culposo. En este sentido, se afirma en la SAP-Segovia 42/2005 de 23 de setiembre, ponente Palomo del Arco que «[l]a tipología del número primero es dolosa, mientras que en el segundo castiga a quienes de forma culposa han alterado la seguridad del tráfico y no la restablecen teniendo obligación de hacerlo».

<sup>582</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 477; EL MISMO, en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al código penal*, v. I, 1999, pp. 466 y ss., y acogiendo en este punto su planteamiento, vid. HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, 1997, pp. 27 y ss., quien reconoce la distinta intensidad de las obligaciones de solidaridad, pero no acepta el abandono de la clásica bipartición en los delitos de omisión; o RUEDA MARTÍN, «¿Participación por omisión?», 2013, pp. 167 y s. Sobre la distinción entre deberes positivos generales y deberes positivos especiales, vid. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 110, señalando que los «deberes positivos especiales, en cambio, se dirigen únicamente al portador de un “estatus especial” (p. ej., funcionarios públicos)».

denominamos deberes de competencia preferente. En esencia, el acto de libertad sobre el que legitimar estos deberes puede advertirse en la entrada —o no salida— voluntaria de una institución al servicio de una generalidad de ciudadanos. En el marco del Ordenamiento jurídico español el legislador ha previsto ya algunos tipos específicos sancionadores de tales normas de comportamiento de peso intermedio. Desde un punto de vista práctico, se muestran aquí como especialmente relevantes todos aquellos deberes que sustentan la institución familiar y el Estado, aunque sin llegar a alcanzar el estatus de deberes de competencia plena. Un ejemplo paradigmático de estos deberes de competencia intermedia en el marco de la institución paterno-filial son los delitos de abandono de familia regulados en los arts. 226 y ss. CP.<sup>583</sup> No cabe tampoco descartar la posibilidad de que algunos de estos deberes no estén recogidos en tipos especiales.<sup>584</sup> Esto sucede, por ejemplo, en el caso de los deberes de socorro entre cónyuges o entre hermanos, que, si bien no alcanzan el estatus de auténticos deberes de competencia plena,<sup>585</sup> quedan garantizados jurídicamente en una medida superior a la del deber general de socorro. Dogmáticamente ello se concreta a través del recurso a las agravantes genéricas y, en especial, a la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP.<sup>586</sup>

Por otro lado, son igualmente relevantes en nuestro Ordenamiento los deberes de competencia preferente en el ámbito de la institución estatal. Repárese por ejemplo en los delitos de los arts. 329 y 320 CP, donde se sancionan deberes positivos en el ámbito medioambiental y urbanístico,<sup>587</sup> los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos de los arts. 407 y ss. CP,<sup>588</sup> así como el delito de denegación de auxilio por

---

<sup>583</sup> Al respecto, cfr. CASTIÑEIRA PALOU/MONTANER FERNÁNDEZ, «Delitos contra las relaciones familiares», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal*, 4ª ed., 2015, pp. 201 y ss.

<sup>584</sup> No parece entenderlo así ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 123, n. 57, p. 111, quien señala que la «sanción de los deberes positivos (sean generales o especiales) no deriva de los tipos comisivos de la Parte Especial, que sólo tipifican la infracción de deberes negativos, sino que requiere su expresa previsión».

<sup>585</sup> Evidentemente, sí que cabe advertir deberes de competencia plena en la medida en que alguno de los miembros de la institución familiar asuma una posición de custodia que genere déficits de protección que hayan de ser contenidos. Pero aquí, en realidad, estamos ya ante el mundo clásico de los deberes negativos. En realidad, toda relación institucional positiva contiene a su vez un deber negativo. Cfr. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 85; EL MISMO, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 6: «los deberes positivos contienen los deberes negativos, si bien transformados en positivos, es decir, no como deberes de todos, sino como deberes del titular de un estatus especial. Por ejemplo, un padre que da una paliza a su hijo infringe (junto al deber negativo de cualquiera) el deber positivo de proteger a su hijo»; o PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 187, n. 209.

<sup>586</sup> En este sentido ya, GRACIA MARTÍN, «Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (y II)», *AP*, (18), 1994, XIX, p. 366: «[l]a diferente gravedad que quepa apreciar en estas omisiones en función de que el sujeto ocupe o no una posición de garante genérica deberá captarse mediante la aplicación de las circunstancias agravantes que puedan comprender la posición de garantía, como por ejemplo el parentesco, abuso de confianza, etc. y en la medición judicial de la pena». En el mismo sentido, vid. RUEDA MARTÍN, «¿Participación por omisión?», 2013, pp. 167 y s.

<sup>587</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Strukturen der Zurechnung bei den Straftaten gegen die Umwelt», en HASSEMER et al. (eds.), *FS-Volk*, 2009, p. 769; o ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 124, n. 60: «[l]os funcionarios que en ellos quebrantan los correspondientes deberes responden, no por el daño al medio ambiente o a la ordenación urbanística, sino como autores de una prevaricación medioambiental o urbanística específica y agravada (art. 329 y 320 CP, respectivamente). Su naturaleza de omisiones puras de garante es evidente (como lo es igualmente, que tales delitos pueden cometerse tanto por acción como por omisión)».

<sup>588</sup> Al respecto, vid. SOLA RECHE, *La Omisión del deber*, 1999, *passim*.

funcionario ante requerimiento del particular (art. 412. 3 CP),<sup>589</sup> y el delito de omisión del deber de socorro del profesional médico recogido en el art. 196 CP.<sup>590</sup> Todos ellos sancionan la infracción de deberes positivos especiales, de intensidad intermedia, en definitiva, deberes de competencia preferente.

### c) Razones de obligación de competencia mínima

Finalmente, la tripartición de los deberes en atención a su especie se cierra con el reconocimiento de los deberes de competencia mínima, como posiciones de competencia básicas o defectivas. Esta categoría se compone por todos aquellos deberes que sustentan las instituciones positivas que gravan a un sujeto al margen de cualquier acto inmediato de libertad del que derivar la obligación en cuestión. Y más concretamente, parece posible reconducir aquí todos aquellos deberes positivos que se imponen a un agente, ya sea por la mera condición de ciudadano de una concreta comunidad jurídica, ya sea por la idoneidad del agente para cumplir de forma excepcional con una prestación específica en un momento dado. Un buen ejemplo de lo primero puede verse en el art. 143 del Régimen Electoral General que castiga el abandono o incumplimiento en las mesas electorales cometido por el particular que ha sido llamado a participar en aquéllas. Posiblemente los dos ejemplos paradigmáticos de los deberes de competencia mínima atribuidos por razón de la capacidad son el deber de socorro del art. 195.1 y 2. CP y el de impedir delitos o promover su persecución recogido en el art. 450 CP.<sup>591</sup>

En todo caso, y en contra de lo que pudiera parecer, no creo que estemos aquí tampoco ante obligaciones puramente heteroimpuestas o no reconducibles en modo alguno a un acto de libertad previo del sujeto.<sup>592</sup> Es cierto que en ambos casos falta un concreto e inmediato acto de autonomía del que pueda derivarse la obligación, pero sí es posible constatar de forma mediata o remota un acto de libertad sobre el que fundamentar a partir de un argumento de *fairness* la imposición de esta clase de obligaciones.<sup>593</sup> Quien se aprovecha del hecho de vivir en comunidad y de sus instituciones sociales no puede desmarcarse del precio mínimo que el mantenimiento de aquéllas trae consigo.

---

<sup>589</sup> Al respecto, vid. RUBIO LARA, *Denegación de auxilio*, 2006, *passim*.

<sup>590</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en *Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada*, (4), 1999, pp. 153 y ss., 167 y ss.; EL MISMO, «La responsabilidad penal del médico por omisión», *La Ley*, (1), 1987, pp. 955 y ss., 960 y s. Sobre la naturaleza jurídica del delito del art. 196 CP, vid. GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios*, 1999, pp. 17 y ss., 82 y ss., quien asume la tesis distintiva de SILVA SÁNCHEZ y afirma que el art. 196 CP constituye un supuesto de omisión de garante o de gravedad intermedia, a caballo entre los delitos de comisión por omisión y los de omisión propia, pues el médico que no asume específicamente el tratamiento frente a un concreto paciente no estaría obligado por un deber de competencia plena. Y un sentido parecido, afirmando que el art. 196 tipifica un delito de omisión pura de garante *à la Silva*, aunque tal categoría no constituye un *tertium genus*, sino una «simple variante» de los delitos de comisión por omisión, vid. HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, 1997, p. 69, exigiendo por lo tanto la producción de un resultado de peligro concreto que sea objetivamente imputable al autor de la omisión.

<sup>591</sup> Cfr. SOLA RECHE, *La Omisión del deber*, 1999, pp. 30 y ss.

<sup>592</sup> A propósito del deber de tolerancia en situaciones de estado de necesidad agresivo, en este sentido, vid. FRISCH, «Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien», *FS-Puppe*, 2011, p. 439, y a propósito del deber general de socorro, p. 442.

<sup>593</sup> Así, muy claramente, vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 190: «Wer von den angenehmen Seiten eines bestimmten Rechtsstatus profitiert, darf sich vor dessen weniger angenehmen Seiten nicht drücken».

Este precio, por lo general, se expresa en forma de impuestos y tributos, pero excepcionalmente puede cobrar la forma de una obligación de socorro o de colaboración excepcional en el mantenimiento de una institución a modo cuasi-funcionarial.<sup>594</sup> La debilidad del lazo que vincula al obligado y su deber explica que tales obligaciones alcancen relevancia jurídico-penal de una forma mitigada,<sup>595</sup> el nimio ejercicio de autonomía del obligado se transforma en una garantía jurídico-penal igualmente reducida.

#### *4. Conclusiones provisionales*

Asumiendo que la relación normativa entre el agente obligado y cada uno de los agentes beneficiarios o necesitados es relevante a la hora de jerarquizar las razones de obligación, lo primero que se ha afirmado aquí es que el prisma esencial desde donde contemplar el peso normativo de las razones en liza es el de la especie del deber. Es a partir de esta noción desde la que debe construirse la necesaria teoría del peso de las normas que demandaba de manera plenamente justificada Joachim VOGEL.<sup>596</sup> Por especie de deber se alude en este trabajo al indicador normativo que informa sobre el concreto grado de ejercicio de libertad del agente obligado al que reconducir el nacimiento de la razón de obligación en conflicto. Tomando en cuenta las manifestaciones obligacionales jurídico-penales generalmente reconocidas en nuestro actual Ordenamiento jurídico, cabe afirmar que son tres, en esencia, las especies de deber que conoce nuestro sistema. Así, en primer lugar, los deberes de máxima intensidad, si se quiere, de mayor dignidad normativa, son aquellos que denominamos deberes de competencia plena. Entre estos se cuentan, además de la prohibición básica de no irrogar daños activamente desde la propia esfera de organización, los deberes del tráfico (*Verkehrssicherungspflichten*), así como los deberes de neutralización de riesgos tras un actuar precedente plenamente responsable. Asimismo, forman parte de esta primera categoría o especie de deber aquellas obligaciones positivas que conforman el núcleo de la relación paterno-filial, así como los deberes estatales en relación de sujeción especial. En segundo lugar, se ha defendido la existencia de una categoría intermedia de deberes, los deberes de competencia preferente, emanados de actos de libertad específicos, pero menos intensos que los que anteceden a los deberes de competencia plena. Ejemplos paradigmáticos de aquellos son el deber de salvamento tras una injerencia no plenamente responsable, así como ciertos deberes positivos, tanto familiares como estatales, que no alcanzarían el rango de deber de competencia plena. Ello acontece, por ejemplo, en los deberes de salvamento entre cónyuges, o el deber impuesto a los médicos de socorro en el art. 196 CP. Finalmente, esta tripartición se agota con los deberes de competencia mínima, obligaciones garantizadas jurídico-penalmente pero en las que el componente de heteronomía es el protagonista en su momento de legitimación. Este es el caso, en esencia, de los deberes de solidaridad mínima, en los que el particular es llamado a suplir al Estado allí donde aquel no llega o lo hace de modo insuficiente (art. 195 CP, 450 CP).

---

<sup>594</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 190 y ss.

<sup>595</sup> Cfr. PAWLIK, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *El injusto del ciudadano*, 2016, en prensa.

<sup>596</sup> VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 109.

Todo ello quizá quede plasmado de un modo más claro a través de la siguiente tabla:

<i>Especie de la razón de obligación</i>	<i>Fundamento negativo</i>	<i>Fundamento positivo</i>
<i>Deberes de Competencia preferente</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Deberes de no dañar organizativamente</li> <li>- Deberes de salvamento tras asunción efectiva</li> <li>- Deberes del tráfico</li> <li>-Deberes de salvamento (y tole.) tras injerencia plenamente responsable</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deberes de custodia paterno-filial</li> <li>- Deberes estatales de sujeción especial</li> </ul>
<i>Deberes de Competencia Preferente</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deberes de salvamento (y tolerancia) tras injerencia no plenamente responsable</li> <li>- Deberes de salvamento (y tolerancia) tras injerencia conforme a Derecho</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deberes familiares de 2º grado</li> <li>- Deberes estatales de 2º grado</li> </ul>
<i>Deberes de Competencia mínima</i>		<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deberes estatales quivis ex populo</li> </ul>

## V. LOS CANALES INSTITUCIONALIZADOS EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN

### 1. Introducción

Antes de concluir este capítulo dedicado a los presupuestos esenciales para la configuración de un sistema de jerarquización de las razones de obligación debe abordarse todavía una última cuestión. Se trata en lo que sigue de examinar de qué modo eventuales soluciones preestablecidas legalmente determinan la imposibilidad de recurrir a juicios particulares de jerarquización, así como la influencia que tiene la previsión de canales institucionalizados de resolución de las colisiones por parte del legislador a la hora de disolver los conflictos. Aunque esta cuestión ha pasado la mayoría de las veces desapercibida por la doctrina que aborda los conflictos de deberes,<sup>597</sup> sí ha sido debatida en el ámbito de la justificación,

<sup>597</sup> En cambio, aunque parcialmente, sí advierte esta cuestión CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 72 y ss., quien aborda el problema de la existencia de normas de colisión que resuelven el conflicto. Al respecto, ya antes, sobre la primacía de las normas de colisión positivizadas, vid. VON WEBER, *FS-Kiesselbach*, 1947, pp. 242 y



generalmente, bajo el *topos* del efecto oclusivo de las causas específicas de justificación.<sup>598</sup> A los efectos que aquí interesan, se trata, en esencia, de analizar si, por qué y cómo eventuales soluciones legislativas a los conflictos de deberes determinan o condicionan su solución, tornando innecesario o improcedente el recurso al sistema de jerarquización *ad-hoc* de las razones de obligación que se desarrolla aquí.

## 2. ¿A quién le atañe primariamente resolver los conflictos entre razones de obligación?

Advertida una situación de colisión entre dos razones de obligación, cabe en primer lugar plantearse a quién incumbe o compete resolver en última instancia la situación dilemática.<sup>599</sup> Una primera solución teóricamente posible pasa por atribuir al obligado la plena competencia de resolución del conflicto. O, como mínimo, podría sostenerse que cuando de forma excepcional el Derecho no es capaz de otorgar directrices expresas y claras de comportamiento, por ejemplo, cuando los deberes en colisión son equivalentes o no susceptibles de jerarquización (inconmensurables), a aquél no le queda otra opción que dejar en manos del destinatario de las dos normas la decisión sobre qué obligación desea cumplir.<sup>600</sup>

Esta posibilidad teórica, que solo se ha respaldado en la doctrina a propósito de los conflictos entre deberes equivalentes,<sup>601</sup> queda sin embargo descartada tan pronto como se comprende la auténtica dimensión del problema que nos ocupa. Si, como aquí se sostiene, tales conflictos constituyen, en verdad, colisiones entre razones de obligación, entendidas éstas como cuasi-normas de comportamiento individualmente legítimas pero de vedada imposición cumulativa, parece obligado afirmar que es precisamente al emisor de las normas de comportamiento a quien le corresponde la decisión última acerca del modo en el que resolver el conflicto.<sup>602</sup> El conflicto de razones de obligación, como cualquier otro problema propio del proceso de legitimación de normas de comportamiento es competencia única del emisor de la norma.<sup>603</sup>

---

s.; OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 39 y s.; o MANGAKIS, «Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts», *ZStW*, 1972, pp. 454 y ss.

<sup>598</sup> Al respecto, fundamental, WARDA, «Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen», *FS-Maurach*, 1972, pp. 143 y ss.; y las monografías de SEELMANN, *Das Verhältnis von § 34 StGB*, 1978, *passim*; CUERDA RIEZU, «Sobre el concurso entre causas de justificación», *ADPCP*, 1990, pp. 519 y ss., 537 y ss.; y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo*, 2009, *passim*.

<sup>599</sup> Cfr. BARTHOLOMÉ, *Die Bedeutung der Pflichtenkollision*, 1930, pp. 25 y ss., quien se pregunta desde qué perspectiva deben resolverse los conflictos, p. 32: «Und da der Gesetzgeber für diesen Fall von sich aus nicht bestimmt hat, welche Pflicht die wichtigere ist, ist der Pflicht der Vorzug zu geben, die der sozialen Auffassung der Allgemeinheit entspricht».

<sup>600</sup> Plantea este escenario como una posibilidad teórica —aunque— inaceptable JOERDEN, *Dyadische*, 1986, pp. 85 y s., n. 31 y s.

<sup>601</sup> Y más concretamente, me refiero aquí a aquellas tesis minoritarias que abogan por ubicar el problema en un espacio libre de Derecho, en donde el Ordenamiento deja de imponer soluciones y acepta la decisión en conciencia del obligado. Al respecto, vid. Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), ii).

<sup>602</sup> En este sentido, claramente, JOERDEN, *Dyadische*, 1986, p. 86, n. 33.

<sup>603</sup> A éste, y no a su receptor, le incumbe la resolución de la antinomia que se presenta en el marco del proceso de legitimación definitiva de las normas penales, y ello con independencia de si los deberes en liza son equivalentes o jerarquizables. Es a quien en un primer momento fracasa en su función directiva a quien le compete subsanar ese déficit, determinando finalmente con claridad a ojos del destinatario cuál es la forma de comportamiento exigida.

### *3. Conflictos entre razones de obligación vaticinados y conflictos no regulados*

Una mirada al universo conjunto de conflictos dables nos permite establecer una primera gran distinción entre aquellos conflictos cuya solución ha sido anticipada o prevista por el mismo legislador y aquellos respecto a los que el competente primario guarda silencio.<sup>604</sup> A su vez, allí donde el legislador ha previsto el conflicto y ha decidido condicionar de forma inmediata su resolución, cabe advertir dos subgrupos distintos de conflictos. Aquellos en los que el legislador expresamente se pronuncia sobre la debida relación de jerarquía entre dos razones de obligación y aquellos en los que el legislador establece un canal institucionalizado en el que delega la solución última al conflicto. Veamos ambas cuestiones en detalle.

Dos son los mecanismos de los que dispone el legislador para determinar de forma específica la solución a los conflictos entre razones de deber. El primero de ellos, sin duda el más sencillo, consiste en prever directamente una norma de conflicto que decide sobre la diferencia de rango entre los deberes en liza. Esta es, claro está, la solución normativa ideal a la hora de resolver los conflictos.<sup>605</sup> Un buen ejemplo de lo anterior lo encontramos en la regulación del deber de denuncia en los arts. 259 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento criminal.<sup>606</sup> El propio legislador advierte la eventual situación de conflicto entre la razón de obligación de denunciar la perpetración de un delito y la de reserva del secreto profesional que obliga, por ejemplo, al abogado respecto de aquella información que conoce en el ejercicio de su profesión.<sup>607</sup> De forma consecuente el legislador prevé en el art. 263 LECrim una solución específica para tales conflictos: “*La obligación impuesta en el párrafo primero del artículo anterior no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes.*”

---

<sup>604</sup> Sobre la posibilidad e incluso conveniencia de que el legislador se anticipe a los eventuales conflictos de intereses previendo normas de colisión que los resuelvan, vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo*, 2009, pp. 88 y s.

<sup>605</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, p. 234: «[p]ero es que, además, en sociedades abiertas, en las que la percepción de los ciudadanos del valor relativo de las cosas no es uniforme, puede haber auténticas discrepancias de fondo que sólo pueden ser resueltas mediante una decisión explícita del legislador, como representante legítimo de la sociedad. Ello explica la aparición de reglas concretas». Además, sobre la relevancia de las reglas específicas en el ámbito de la medicina intensiva a la hora de resolver colisiones de deberes, vid. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, pp. 49 y ss.

<sup>606</sup> Cfr. Artículo 259 LECrim: *El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal, o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se ballare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas.* Artículo 263 LECrim: *La obligación impuesta en el párrafo primero del artículo anterior no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes. Tampoco comprenderá a los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio.*

<sup>607</sup> Además, sobre el deber del notario de quebrantar el secreto profesional cuando es llamado a declarar en un proceso penal, vid. FERNÁNDEZ DE SIMÓN BERMEJO, «La posición del notario ante los deberes de secreto profesional y de denuncia de posibles conductas delictivas», en FUENTES MARTÍNEZ (dir.), *Delitos económicos*, 2007, pp. 221 y ss., 229 y ss.; y en general, sobre los supuestos de conflicto de deberes regulados en los que puede verse sumido un notario en el ejercicio de su profesión, vid. GRIMA LIZANDRA, «El deber de secreto notarial y su colisión con otros deberes», en FUENTES MARTÍNEZ (dir.), *Delitos económicos*, 2007, pp. 233 y ss., 243 y ss.

Algo similar acontece en lo que al deber/derecho de información social se refiere.<sup>608</sup> El art. 293 CP sanciona la infracción de un deber de información a los administradores que parece configurarse a partir de los arts. 196 y ss. LSC.<sup>609</sup> En principio, el administrador tiene el deber de informar al socio sobre los asuntos comprendidos en el orden del día de la junta, siempre y cuando esa información no “*sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas*” (art. 197. 3 LSC). Pues bien, el propio legislador resuelve el juicio de jerarquía al que esta cláusula general pudiera abocar al afirmar que el deber de información vence siempre que “*la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social*” (197.4 LSC). Aquí, del deber de informar goza por lo tanto de jerarquía frente al deber de lealtad de los arts. 277 y 228 LSC,<sup>610</sup> que prohibiría la revelación de información que compromete el patrimonio administrado.<sup>611</sup>

TOMÁS-VALIENTE LANUZA propone otro interesante ejemplo: «[c]on el objeto de salvar la vida de un joven de 35 años que necesita urgentemente un trasplante de corazón, un médico extrae el órgano del cuerpo de un paciente fallecido poco antes y que presenta las características idóneas como donante, a pesar de que éste había dejado expresa constancia de su deseo en sentido contrario. Suponiendo que tal conducta pudiera considerarse típica del delito del art. 526 Cp [...], y teniendo en cuenta tanto el art. 5.2 y 3 de la Ley 30/1979 de 27 de octubre sobre Extracción y Trasplante de órganos (que no autoriza la extracción de éstos si el fallecido había dejado constancia expresa de su oposición) como el art. 10.1.a) del RD 2070/1999, de 30 de diciembre (en el que se establece que «dicha oposición será respetada cualquiera que sea la forma en la que se haya expresado»), ¿cabría justificar por estado de necesidad?». <sup>612</sup> Aquí, nuevamente, el legislador parece haber contemplado ya la eventual situación de conflicto, expresándose en términos concluyentes acerca de la imposibilidad de entender conforme a Derecho la conducta del médico que —en cumplimiento de un hipotético deber de garante— infringe la obligación sancionada en el art. 526 o, directamente,

---

<sup>608</sup> Y lo mismo cabe decir en relación con el secreto médico profesional y la previsión de excepciones al deber de reserva. Sobre todo ello, con detalle, vid. REQUEJO NAVEROS, *El delito de revelación de secreto médico*, 2006, pp. 188 y ss. La previsión legal del conflicto y su solución es especialmente clara en el caso de la obligación de declaración de enfermedades infecto-contagiosas. El legislador enumera las enfermedades e impone entonces un deber de declaración obligatoria. La tabla de enfermedades infecciosas que obligan al médico a la declaración se contiene ahora en la Orden SSI/445/2015, de 9 de marzo, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, relativos a la lista de enfermedades de declaración obligatoria, modalidades de declaración y enfermedades endémicas de ámbito regional.

<sup>609</sup> El art. 293 CP reza literalmente como sigue: *Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses.*

<sup>610</sup> Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad. En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: [...] b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

<sup>611</sup> Con referencias a la doctrina mercantilista sobre el alcance del deber de secreto y su relación con el deber de información, vid. LLOBET ANGLÍ, «Administradores sociales y colisión de deberes: información a los socios vs. secreto empresarial», *La Ley*, 2863/2010, pp. 1 a 16.

<sup>612</sup> Cfr. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo*, 2009, pp. 6 y s.

las previsiones de la normativa extrapenal sobre extracción y trasplante de órganos.<sup>613</sup> Y otro ejemplo de esto mismo lo encontramos en el marco de los conflictos entre deberes de prestación de alimentos en el ámbito de los delitos de abandono de familia, menores e incapaces. El propio legislador español, en el art. 145. III CC resuelve expresamente eventuales situaciones de conflicto, al establecer que “*Cuando dos o más alimentistas reclamaren a la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente a darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, se guardará el orden establecido en el artículo anterior, a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél*”.<sup>614</sup>

Por otro lado, repárese en que la resolución expresa a eventuales conflictos de deberes no solo puede hallarse en leyes ordinarias, sino que ya la misma Constitución, como norma de rango supremo, establece la solución de determinados conflictos. Así, por ejemplo, el art. 17.2 CE establece que la detención preventiva no podrá durar más de 72 horas.<sup>615</sup> La eventual situación de conflicto en la que se vería inmerso el juez que solo cree posible cumplir con su deber de persecución del delito alargando más allá de las 72 horas la detención de un sujeto está ya resuelta expresamente en el art. 17 CE.<sup>616</sup> Y por último, adviértase que a la hora de resolver los conflictos de deberes juegan igualmente un papel decisivo los distintos cuerpos de normas deontológicas y estándares de comportamiento sectoriales. Éstos resultan especialmente relevantes en el ámbito médico, donde son también frecuentes los supuestos de conflicto entre razones de obligación.<sup>617</sup> Aunque no puedo detenerme en este punto, parece posible afirmar que también el derecho autorregulado sectorial ha de ser tenido en cuenta a la hora de disolver los conflictos, en la medida en que permite huir de la lógica incierta de la ponderación y garantiza un tratamiento unitario a los supuestos de conflicto dables en un determinado sector. Así, por ejemplo, el art. 51.5 del Código de Ética y Deontología Médica establece una regla de solución específica al conflicto en el que se ve inmerso el facultativo que para proteger la salud de la pareja de su paciente infectado con una enfermedad de transmisión sexual se ve obligado a revelar el secreto de dicho paciente.<sup>618</sup>

---

<sup>613</sup> En este sentido, otorgando preferencia en el momento de la jerarquización de los deberes a las soluciones legales específicas, vid. CUERDA RIEZU, «Hechos omisivos y causas de justificación. En particular: la colisión de deberes», en GIMBERNAT et al. (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, 1984, p. 61.

<sup>614</sup> El orden establecido en el artículo anterior, el art. 144 CC, es el siguiente: “La reclamación de alimentos cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos se hará por el orden siguiente: 1.º Al cónyuge. 2.º A los descendientes de grado más próximo. 3.º A los ascendientes, también de grado más próximo. 4.º A los hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sólo sean uterinos o consanguíneos. Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos.”

<sup>615</sup> Y en el mismo sentido, el art. 520. 1.II LECrim.

<sup>616</sup> Algunos ejemplos más pueden leerse en MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, pp. 238 y ss.; y sobre la imposibilidad de justificar la tortura por el efecto oclusivo de una regla específica constitucional (art. 15 CE), EL MISMO, en CUERDA RIEZU (ed.), *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, 2006, pp. 278 y s., 281 y s.

<sup>617</sup> Al respecto, KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht*, 1992, pp. 316 y ss., 325 y ss.

<sup>618</sup> Cfr. Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos; Código de Ética y Deontología Médica: Art. 51. 5 «El médico informará a los pacientes con enfermedades de transmisión sexual de la obligación que tienen de comunicarlo a su pareja y les advertirá que en caso de no hacerlo, el médico tiene el deber de revelárselo para proteger su salud». También cabe reconocer fuerza vinculante a aquellos estándares y usos propios de la praxis médica comúnmente aceptados y desarrollados ante situaciones de conflicto, VOB, *Kostendruck und Ressourcenknappheit*, 1999, pp. 155 y ss., p. 176, pp. 186 y ss. Éstos, no solo permiten resolver situaciones de conflicto, sino que determinan incluso el no nacimiento de obligaciones cuando un concreto tratamiento médico deja de ser ya indicado. Sobre esto último, con detalle, vid. KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht*, 1992,

Estas reglas profesionales, como digo, han de ser también tomadas en consideración en la resolución de los conflictos.

Sin embargo, no siempre la voluntad del legislador se plasma en decisiones *ad-hoc* que resuelven concretas colisiones.<sup>619</sup> El legislador opta igualmente en ocasiones por disponer tan solo de canales institucionalizados para la resolución de los conflictos. No se trata aquí de una expresa decisión del legislador sobre cómo resolver un conflicto a través de una norma de colisión, sino de la previsión por parte de aquél de una concreta y determinada vía institucional regulada, sostenida por funcionarios públicos en los que se delega la facultad de valorar y resolver en un sentido u otro la colisión que se presenta. Así, por ejemplo, el titular de la patria potestad del menor que padece un importante trastorno psíquico y constituye un peligro para el resto de miembros de la familia no puede, para cumplir su deber, encerrar al menor en una habitación del domicilio familiar hasta que cese la situación de peligro, sino que en conformidad con lo dispuesto en el art. 763 LEC ha de requerir autorización judicial en el tribunal del lugar donde resida la persona afectada para internarla en un centro psiquiátrico.<sup>620</sup> Lo mismo cabe afirmar en el supuesto frecuente en la praxis judicial en el que un obligado al pago de prestaciones económicas familiares incumple su deber al contraer nuevas obligaciones con los integrantes de una nueva familia. El eventual conflicto entre unos y otros deberes tiene que resolverse necesariamente interesando la modificación de medidas ante el juez civil competente.<sup>621</sup> Y nada distinto puede valer respecto del habitual conflicto entre

---

pp. 314 y s. En este ámbito esencial determinar qué relevancia tienen los estándares médicos en la integración de las normas y metanormas de solución jurídico-penales. Especialmente compleja resulta esta cuestión cuando se advierte que la *praxis* profesional está regida por patrones distintos a los comúnmente aceptados en el Derecho penal. Ello, por ejemplo, podría acontecer en el ámbito médico, donde patrones utilitaristas rigen la distribución de recursos médicos también cuando están en juego vidas humanas. Al respecto, evidenciando la relevancia del factor económico en los procesos de decisión médica en el ámbito de la medicina intensiva, con detalle, vid. BOLDT/SCHÖLLHORN, «Ethik und Monetik. Einfluss ökonomischer Aspekte auf Entscheidungsprozesse in der Intensivmedizin», *Der Anaesthetist*, (11), 2008, pp. 1075 y ss. Críticos con la posibilidad de condicionar la valoración penal a partir de las pautas estandarizadas de actuación médica, vid. VOB, *Kostendruck und Ressourcenknappheit*, 1999, pp. 155 y ss., 183 y ss. En todo caso, este problema no guarda relación exclusiva con la colisión de deberes, sino que trae causa de un problema de mayor calado, como es el modo en el que integrar la norma penal a partir de estándares de comportamiento extrapenales, en especial, cuando éstos responden a principios distintos a los comúnmente aceptados en el ámbito penal.

<sup>619</sup> Un problema distinto del que no podemos ocuparnos aquí es el de la incertidumbre en la definición particular y aislada de cada uno de los deberes que supuestamente podrían entrar en conflicto. Ello queda de relieve en el caso resuelto por el Tribunal Supremo en su STS 778/2013 de 22 de octubre, ponente Martínez Arrieta («caso de las prótesis mamarias») en el que se discute la legitimidad de la comisión de un delito de revelación de secretos para garantizar la efectividad de la denuncia de la comisión de un delito (art. 262 LECrim). Como señala RAGUÉS I VALLÈS, «La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas», *InDret*, (4), 2015, pp. 23 y ss., este segundo deber no exige a los ciudadanos que realicen investigaciones que entrañen una vulneración grave de la intimidad de otras personas, añado yo, ni ninguna otra clase de investigación, por lo que, en realidad, no existe conflicto alguno entre razones de obligación. El deber que obliga simplemente a comunicar el delito del que tiene conocimiento (art. 264 LECrim) no entra en conflicto con el de no revelar información confidencial, pues el cumplimiento de ambos no se excluye de forma recíproca, es posible el cumplimiento cumulativo. El aseguramiento de la eficacia de la denuncia es un acto supererogatorio, ilícito cuando a ello se opongan otros deberes penales.

<sup>620</sup> El inciso «el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial» del párrafo primero del artículo 763.1, ha sido declarado inconstitucional por STC 132/2010, de 2 diciembre (Sala Pleno), con el efecto establecido en el Fundamento Jurídico 3, al haber infringido el legislador la obligada reserva de ley orgánica (artículos 17.1 y 81.1 CE).

<sup>621</sup> En este sentido me parece muy clarificadora la SAP-Las Palmas 168/2012 de 2 de julio, ponente Moya Valdés: «El recurrente una y otra vez se escuda en que debe mantener a su otro hijo, a su actual pareja: "no solo

razones de obligación en el que se ve inmerso el funcionario policial que, para garantizar el éxito de su investigación (art. 408 CP), tiene que efectuar de inmediato una escucha telefónica no autorizada judicialmente (art. 198 CP). La necesaria jerarquización entre el deber de respeto de la intimidad ajena y persecución del delito le corresponde al juez, quien conforme al art. 579 LECrim es el único competente para autorizar escuchas telefónicas.

A través de la instauración de vías institucionalizadas pretende el legislador delegar la resolución al conflicto en agentes especialmente capacitados para valorar todos y cada uno de los elementos relevantes de un modo objetivo y diligente. Con ello se asegura que, en ámbitos especialmente sensibles y controvertidos, sean sus propios funcionarios públicos quienes a través de procedimientos reglados determinen su auténtica voluntad. Constatada la existencia de un canal institucionalizado de resolución del conflicto, el obligado debe necesariamente recurrir a aquél para disolver la situación de colisión,<sup>622</sup> sin que quepa entonces valorar la concreta naturaleza jurídica de la decisión personal adoptada al margen de la vía institucionalizada.<sup>623</sup>

---

tiene que alimentar a su hijo primogénito, sino a dos más y mantener a su actual pareja la cual no tiene trabajo", "mi representado pensaba en todo momento en el bienestar de su primogénito, pero también en la alimentación y educación de sus dos hijos que tuvo a posteriori y que también dependen de él para subsistir", "¿quién velará por la alimentación de los otros dos hijos de mi cliente si este ingresa en prisión?". Como se ha encargado de aclarar la doctrina científica, en el caso de que el cónyuge deudor haya contraído nuevas obligaciones por formar una nueva familia, desde el punto de vista civil, la única forma de modificar sus obligaciones iniciales pasan por solicitar la modificación de las pensiones que se dictaron. Así de simple. El obligado a la entrega de la prestación no puede otorgar preferencia a una u otra prestación cuando ambas son en favor de los hijos y que se sepa, la resolución dictada lo ha sido en favor de uno de ellos. Desde el punto de vista penal, aparece un conflicto de deberes, en el que habrá que tener en cuenta si las obligaciones económicas incumplidas eran frente a su cónyuge o ex cónyuge y si la causa de ese incumplimiento se debió al pago de alimentos de nuevos hijos. Y en tal hipotético caso el art. 145 del Código Civil da preferencia a los hijos sujetos a la patria potestad sobre el cónyuge con derecho a reclamarlos. En tal caso, aparecería una situación de "estado de necesidad" que habrá que resolver teniendo en cuenta las circunstancias concretas que concurren. Pero en el presente caso, desde luego, si bien tiene preferencia al pago de prestación por alimentos en favor del hijo primogénito antes que en favor de la actual pareja, lo cierto es que cuando se pone en la balanza los intereses de uno y otro hijo, no existe evidentemente prevalencia y el tema debe resolverse interesando la modificación de medidas, que no tienen carácter retroactivo, por lo que las cantidades que debió pagar, las debe hacer efectivas».

<sup>622</sup> Ello ha sido desde antaño correctamente advertido por nuestros tribunales. Así, en la STS 1464/1999 de 21 de octubre, ponente Bacigalupo Zapater, en un supuesto el que se enjuicia la infracción del deber de prestación del servicio militar por motivos de conciencia se afirma que es «evidente que un Estado democrático de Derecho acuerda especial valor y tiene especial respeto por la libertad de conciencia. Sin embargo, lo cierto es que, en cumplimiento de los objetivos que surgen de ese respeto, en el derecho vigente existe un procedimiento para obtener la dispensa del cumplimiento del deber de incorporarse a filas, que el recurrente no ha querido utilizar. El estado de necesidad del art. 20.5º CP no es aplicable cuando el bien jurídico que se pretende salvar o el deber (en este caso de conciencia) que se incumple tienen una posibilidad legal de salvación expresamente establecida. En tales casos nunca se da el presupuesto esencial de la justificación, es decir, la necesidad de la lesión jurídica que se causa. Estas mismas consideraciones hacen inaplicable en este caso el art. 20.7ª CP, sobre el que la Defensa ha omitido toda argumentación. En efecto, el incumplimiento de un deber legal por colisión con un deber de conciencia no es sino un conflicto de deberes que, en este caso, tiene la misma respuesta que se ha dado para explicar la no aplicación del art. 20.5º del Código Penal». Así también, SAP-Pontevedra 774/2000 de 24 de febrero, ponente Sobrino Blanco; o SAP-Las Palmas 168/2012 de 2 de julio, ponente Moya Valdés, donde se afirma que pese a que el obligado deja de pagar a su cónyuge en favor de su hijo, regla de prelación que se corresponde con lo establecido en el art. 145 CC, el conflicto solo puede resolverse interesando la modificación de los deberes frente al juez competente. En cambio, en sentido contrario, vid. la SAP-Tarragona 186/2014 de 10 de abril, ponente Sánchez Siscart, donde se justifica por colisión de deberes (20.7.º CP) la infracción de una orden de alejamiento para tratar "materias relacionadas con el hijo común".

<sup>623</sup> Aunque no puedo detenerme en este punto, hasta donde alcanzo, en estos supuestos no se producen en puridad situaciones de conflicto entre dos puntos de obligación, porque la existencia del canal institucionalizado

Pues bien, hasta ahora hemos examinado aquellas situaciones de conflicto en las que el legislador establece de propia mano la solución al conflicto o las condiciones procedimentales para su resolución. Sin embargo, con ello no se agota el espectro de conflictos entre razones de obligación dables. A decir verdad, son mayoría aquellas colisiones frente a las que el legislador guarda silencio. Es evidente que en sistemas jurídicos tan complejos como el nuestro, la pretensión de que sea el legislador el que directamente y de forma inmediata prevea y solucione todo el universo posible de conflictos es sencillamente ilusoria.<sup>624</sup> «El principio de legalidad [...] es un principio que nunca es susceptible de plena realización. Ello exigiría un casuismo excesivo de las figuras delictivas y la utilización exclusiva de elementos descriptivos. Por grande que fuera el casuismo, que haría a los Códigos penales sumamente farragosos, nunca podría el legislador comprender la rica variedad de los hechos que ofrece la vida real».<sup>625</sup> El número de deberes y de factores relevantes para la jerarquización es tal, que parece inexigible requerir a nuestro legislador para que solucione positivamente todos los conflictos imaginables.<sup>626</sup> La solución de compromiso a la que ha llegado nuestro legislador consiste en la previsión de dos cláusulas generales recogidas en los arts. 20.5.º y 20.7.º CP.<sup>627</sup> Sin embargo, la pretensión de formular una norma de colisión en términos tales que pueda abarcar todo el universo de situaciones de conflicto obliga a formular dicha norma en unos términos tan abstractos que apenas cabe extraer de aquélla reglas claras para la jerarquización de las razones en conflicto.<sup>628</sup>

---

exime al obligado de cumplir los dos deberes en liza, obligándole tan solo a recurrir a ese canal. Así las cosas, todo parece indicar que, incluso allí donde pueda constatarse que la solución al conflicto que adopta el particular que no acude al canal institucionalizado es coincidente con la que dicho canal hubiera arrojado, el obligado actúa de manera antijurídica. El policía judicial que practica un registro sin la correspondiente orden judicial actúa de forma antijurídica, también cuando el juez competente la hubiera autorizado. Se trata éste de un escenario similar al que se presenta en los casos de consentimiento hipotético, en donde a la infracción del deber le sigue la producción del mismo resultado esperado en caso de comportamiento ajustado a Derecho. Cfr. ENGLÄNDER, «Vor §§ 32 ff.», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 27.

<sup>624</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal: (libro homenaje a Claus Roxin)*, 1997, p. 364; o MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, p. 220: «[r]esulta literalmente imposible recoger mediante normas especiales ni siquiera una fracción ínfima de los conflictos en sistemas tan complejos como una sociedad».

<sup>625</sup> Cfr. CEREZO MIR, *PG*, v. I, 6ª ed., 2005, p. 178.

<sup>626</sup> Sobre la inevitabilidad del surgimiento de conflictos entre razones de obligación, con detalle, vid. BARTHOLOMÉ, *Die Bedeutung der Pflichtenkollision*, 1930, pp. 10 y s. Al legislador le es imposible prever en preceptos abstractos y objetivos todos y cada uno de los conflictos imaginables. La variedad y originalidad de la vida real se lo impide.

<sup>627</sup> No así en Alemania, donde toda la dogmática de la colisión de deberes carece de un anclaje legal en el StGB. Cfr. *BT-Drucks. IV/650*, p. 159, en donde expresamente se afirma lo siguiente: «Ungeregt läßt der Entwurf schließlich gewisse ähnliche Fälle, wie etwa die des Pflichtenwiderstreits. Auch insoweit soll der Rechtsprechung nicht vorgegriffen werden, da einer gesetzlichen Regelung unüberwindliche Hindernisse entgegenstehen». Sobre las bondades del art. 20.5.º CP como cláusula general de la justificación, vid. MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, pp. 22 y s.; y sobre el encaje en el Derecho positivo español del instituto de la colisión entre razones de obligación, vid. Cap. 5, apdo. IV.

<sup>628</sup> Los arts. 20.5.º CP y 20.7.º CP son en este sentido un buen ejemplo de la tensión entre la pretensión de regulación general de los eventuales conflictos de intereses o deberes y la importante renuncia a la determinación que ello requiere, en definitiva, de la inexorable tensión entre la búsqueda de la justicia en la resolución del caso concreto y la necesidad de normar a partir de parámetros universales. Sobre la tensión en el Derecho entre lo particular y la pretensión de regular con carácter general, fundamental, HENKEL, *Recht und Individualität*, 1958, *passim*, advirtiendo que la respuesta a la pregunta de en qué medida puede o debe atender el Derecho a la individualidad, no puede responderse con carácter general, debiéndose ponderar en cada caso el peso valorativo de lo general y lo particular (p. 23). Asimismo, señala HENKEL que la posición del legislador frente a este dilema dista radicalmente de aquélla en la que se encuentra el particular que aplica el Derecho. Mientras el primero está

Sea como fuere, la imposibilidad del legislador de prever soluciones específicas para todo el universo de conflictos imaginables en nada afecta a la competencia primaria de legislador por la resolución de los conflictos. La resolución de las colisiones de deberes, ni se deja en manos del obligado ni pasa por recurrir a criterios extrajurídicos.<sup>629</sup> El mismo sistema normativo que origina en un primer momento la situación de colisión es quien ofrece una solución al conflicto, pues, como señala JOERDEN, «esta cuestión solo puede ser resuelta de manera razonable cuando se atiende al fin de quien obliga, esto es, en caso del Derecho penal, al fin del legislador penal, o la ley penal respectivamente».<sup>630</sup> Aunque al final de este apartado volveremos sobre esto mismo, debe quedar por el momento sentado aquí que la solución a los conflictos no expresamente regulados es también competencia del emisor de la norma y que, por lo tanto, la jerarquización debe necesariamente coincidir con la voluntad inexpresada de aquél.<sup>631</sup> La determinación de qué deber realmente pretende imponer el Ordenamiento jurídico cuando coliden en un primer momento dos razones de obligación obedece, pues, a las mismas razones que inspiran la legitimación individual de cada una de esas razones en liza.

Sentado lo anterior, lo pretendido a continuación es precisamente analizar de qué modo las previsiones del legislador condicionan la resolución del conflicto frente a eventuales juicios de jerarquización particulares en atención a las cláusulas generales contenidas en los códigos. Es decir, cuál es la relación que media a la hora de resolver los conflictos entre una voluntad expresa y una reconstruida a partir de los principios generales que inspiran la legitimación de las normas penales en situaciones de conflicto.

#### *4. La primacía de la jerarquización legislada en los conflictos entre razones de obligación*

Pocas dudas parece generar el supuesto de conflicto para el que el propio legislador ha previsto de forma expresa una norma de colisión. Aunque es cierto que en ocasiones el hallar y determinar el alcance de dicha norma no será tarea sencilla, allí donde quepa advertir decisiones de jerarquía del legislador, la solución al conflicto coincidirá sin excepción con la

---

obligado a regular con vocación general, el segundo debe en su tarea aplicativa ser capaz de individualizar en mayor medida (*Bene iudicat, qui bene distinguit*), aunque sin desconocer igualmente la pretensión generalizadora de su concreta decisión. Es decir, la solución concreta, en todo caso, debe ser trasladable a todos aquellos supuestos en los que la misma norma vaya a ser aplicada bajo circunstancias idénticas (pp. 42 y ss.). Y, con detalle, sobre la relación entre lo concreto y lo abstracto en el Derecho, y analizando la relación entre el “Derecho de normas” y el “Derecho del caso”, vid., ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, 2ª ed., 1968, pp. 178 y ss.; y a propósito de los conflictos de deberes, BARTHOLOMÉ, *Die Bedeutung der Pflichtenkollision*, 1930, pp. 11 y s.

<sup>629</sup> Sin embargo, esto es lo que *de facto* sostienen aquellos que asumen la existencia de colisiones de deberes jurídicamente irresolubles, en las que el Derecho no puede ofrecer ningún criterio razonable de resolución, y, por lo tanto, opta por dejar en manos del obligado la solución al conflicto. En este sentido, por ejemplo, GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, p. 330; y VON WEBER, *FS-Kiesselbach*, 1947, p. 250. Cfr. Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), i).

<sup>630</sup> JOERDEN, *Dyadische*, 1986, p. 86, quien además remarca en la n. 31 que no se trata tanto de atender a la voluntad histórica del legislador, como de estar al valor declarativo (*Erklärungswert*) objetivo de la ley del respectivo ordenamiento de deberes.

<sup>631</sup> O como lo expresara BARTHOLOMÉ, *Die Bedeutung der Pflichtenkollision*, 1930, p. 12, «en todos los supuestos donde una pluralidad de deberes entran “aparentemente” en colisión, debe volverse atrás y determinar por qué el legislador ha impuesto estos deberes. Y es entonces cuando puede decidirse a qué deber otorga preferencia el legislador en este caso concreto».



legalmente prevista.<sup>632</sup> O como lo expresa CUERDA RIEZU, allí donde el «conflicto está ya positivamente resuelto por la ley o se puede resolver mediante las reglas de interpretación» queda vedada toda reflexión dogmática ulterior sobre el rango de jerarquía.<sup>633</sup> Como digo, en ocasiones podrá resultar controvertido valorar si la norma de colisión guarda relación con el conflicto que se plantea,<sup>634</sup> pero si ese es el caso, es decir, si el legislador ha adoptado una decisión tomando en consideración las circunstancias que rodean al conflicto en cuestión,<sup>635</sup> no hay razón que justifique apartarse de dicha solución.<sup>636</sup> Que en nuestro modelo constitucional es el legislador el destinatario directo de la competencia primaria legiferante ni parece controvertido ni merece ulteriores explicaciones.<sup>637</sup> Y ello es válido, claro está, también cuando la decisión a la que ha llegado el legislador no resulta del agrado del obligado a actuar o del juez que valora la salida que el obligado le ha dado al conflicto. «[S]i en la norma especial ya ha realizado el legislador una valoración de los diversos intereses implicados en una determinada situación de conflicto [...], y de la aplicación de dicha norma al caso enjuiciado resulta la no justificación de la conducta [...], entonces ha de admitirse que nos hallamos ante una verdadera decisión legislativa que como tal ha de ser respetada por el juez, el cual no puede suplantarla por su propia valoración de los intereses en juego recurriendo a la causa genérica del estado de necesidad». <sup>638</sup> En definitiva, el riesgo del error le corresponde al legislador pues, como señala NINO, «el origen democrático de ciertas reglas como las leyes penales fundamenta una presunción revocable de que su contenido es justo». <sup>639</sup> Esto, en realidad, no guarda relación con la dogmática de la colisión de deberes, sino que es presupuesto esencial de un sistema jurídico democrático.

---

<sup>632</sup> Así también, MAYORDOMO RODRIGO, «Un supuesto de colisión de deberes: la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional», *AP*, (33), 2002, p. 859.

<sup>633</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 73, pp. 72 y ss.; y EL MISMO, en GIMBERNAT et al. (eds), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, 1984, p. 61: «[e]l carácter especial de la causa de justificación de la Ley de 1979 [Se refiere a la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos] determina un efecto oclusivo, de manera que no resulta posible recurrir al estado de necesidad si se incumple lo dispuesto en dicha ley. Sólo en contados casos será posible admitir excepciones al efecto oclusivo y recurrir al genérico estado de necesidad, como por ejemplo ocurrirá si está ausente el personal médico autorizado reglamentariamente para realizar el trasplante y ante la urgencia de la situación lo lleva a cabo personal no autorizado». En este mismo sentido, en el ámbito médico, vid. además VOB, *Kostendruck und Ressourcenknappheit*, 1999, p. 176.

<sup>634</sup> Sobre todo ello, con detalle, vid. SEELMANN, *Das Verhältnis von § 34 StGB*, 1978, pp. 60 y ss.

<sup>635</sup> Sobre el alcance del efecto oclusivo, señalando que solo se proyecta sobre aquellas situaciones que «se tuvieron en cuenta para la ponderación, pero no sobre otras que presenten elementos de juicio no ponderados», vid. MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, pp. 325 y s. En un mismo sentido, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo*, 2009, pp. 92 y ss.

<sup>636</sup> En este sentido, vid. por ejemplo SEELMANN, *Das Verhältnis von § 34 StGB*, 1978, pp. 44 y ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo*, 2009, pp. 88 y ss.; o MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, pp. 232 y ss. En general, sobre la relación entre la ley y el desarrollo jurisprudencial del Derecho, vid. BALDÓ LAVILLA, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal*, 1997, pp. 372 y ss.: «[c]on todo, hay que recordar que en cuanto la Ley ha decidido una cuestión jurídica inequívocamente y ha determinado precisamente los criterios de su solución, el juez está sujeto a tales criterios». Lo contrario, supone dejar vacía de contenido la norma en cuestión e ignorar la decisión del legislador que en ella se plasma, en un acto de “paternalismo interpretativo”. Así, con razón, vid. MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, p. 234.

<sup>637</sup> Así, BALDÓ LAVILLA, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal*, 1997, p. 358, pp. 360 y ss. Y en todo caso, como el mismo autor pone de relieve, esto no significa que sea aquél el único competente en el desarrollo del Derecho, también los tribunales y la ciencia desempeñan en este punto un importante papel.

<sup>638</sup> Cfr. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo*, 2009, pp. 18 y s.

<sup>639</sup> Cfr. NINO, *Fundamentos de Derecho penal*, 2008, p. 21.

Más controvertido puede resultar el peso específico que le corresponde a la decisión de jerarquía emanada de un procedimiento institucionalizado legalmente previsto frente a eventuales decisiones subjetivas de jerarquía alternativas. ¿Puede un médico practicar un aborto para evitar graves padecimientos psíquicos a la madre cuando detecta en el feto una enfermedad grave e incurable en contra de la decisión negativa del comité médico al que se refiere el art. 15 c) Ley 2/2010? Aquí, lo cierto es que no cabe advertir en ningún texto legal una decisión de jerarquía expresa entre un eventual deber del médico de salvaguarda de la integridad física o psíquica de la mujer y el deber de garante negativo de no dañar al *nasciturus*. El legislador deja la decisión última en manos de un comité clínico. Pues bien, pese a que no exprese el legislador directamente su decisión de jerarquía, cabe asimismo afirmar que con la previsión de canales institucionalizados para la solución de conflictos queda ocluida cualquier posible jerarquización de las razones de deber alternativa.<sup>640</sup> No se trata solo de otorgar primacía a la decisión expresa de quien reconoce y sanciona las normas de comportamiento, sino de reconocer igualmente una primacía general a aquella solución de jerarquía que constituye el resultado de un procedimiento institucionalizado conforme a Derecho.<sup>641</sup> Y ello, en esencia, por dos razones: en primer lugar, porque la decisión de jerarquía que surge de un procedimiento reglado es también atribuible —aunque de un modo algo más laxo— al legislador, como ente competente último para la resolución de los conflictos. Y en segundo lugar, porque el mismo procedimiento institucional, en ámbitos caracterizados por la controversia, goza ya desde una perspectiva formal de una especial legitimación. Es decir, allí donde la resolución de un problema a partir de argumentos puramente axiológicos resulta característicamente controvertida, la legitimación a través del procedimiento cobra especial intensidad.<sup>642</sup> La institucionalización de la decisión de jerarquía permite una objetivación general del juicio de valoración, huyendo de eventuales particularismos y permitiendo la adopción de soluciones justas e igualitarias a ojos de todos los agentes implicados en la situación de conflicto.

Y, como no podía ser de otro modo, la decisión institucional vincula al particular, vedando también cualquier posibilidad de reinterpretar la relación de jerarquía entre los deberes.<sup>643</sup> Bien mirado, el deber de tolerar la decisión institucional constituye una plasmación específica del principio democrático y legitimable frente a quien se impone en la medida en que la

---

<sup>640</sup> Sobre las distintas vías de institucionalización, cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/36 y ss.

<sup>641</sup> Lo anterior vale siempre y cuando el resultado obedezca realmente al desarrollo estándar del procedimiento institucional. La decisión de jerarquía de un juez que prevarica no goza de primacía, porque no constituye el verdadero resultado material del canal institucional previsto por el legislador. Al respecto, vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/37 y ss. A una solución distinta habrá que llegar en aquellos supuestos en los que el obligado lo está por una orden no manifiestamente antijurídica. Aunque no podemos ocuparnos aquí de este grupo particular de supuestos, sí parece posible afirmar que en los casos en los que la orden antijurídica sea estimada como vinculante, el hipotético conflicto entre el deber de no ejecutar o contribuir en un acto ilícito y el deber de obediencia queda también resuelto ya en favor de esta segunda razón de obligación. Al respecto, cfr. solo MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 514, nm. 79 y ss.; LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª ed., 2012, pp. 479 y ss.

<sup>642</sup> Cfr. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 1983, pp. 137 y ss., 151 y ss.; y PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 198 y ss. A propósito de la interpretación en ámbitos constitucionales controvertidos, vid. ISENSEE, «§ 115», en ISENSEE/KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, v. V, 1987, nm. 117, p. 415, quien concluye en el nm. 119, que el Estado no dispone del monopolio de la interpretación de los derechos fundamentales, y no opera de un modo autárquico, aunque sí le corresponde una primacía interpretativa.

<sup>643</sup> Asimismo, en la jurisprudencia española, vid. *supra* n. 621.

institucionalización de la resolución de tales conflictos resulta —en una sociedad plural como la nuestra— un mandato de racionalidad práctica elemental.<sup>644</sup> Allí donde el legislador democrático erige a un representante suyo como la instancia encargada de resolver los conflictos, apartarse de la vía institucional constituye una particularización de la solución inaceptable e injustificada.<sup>645</sup> El primado de la solución institucional rige igualmente cuando la decisión que previsiblemente se adoptará en el marco del procedimiento reglado sea vista como un resultado materialmente injusto.<sup>646</sup> «Forma parte del deber cívico de obediencia y paz de cada uno de los implicados en un proceso asumir las desventajas que puedan surgir de un juicio en el que se procede debidamente, aunque materialmente sea injusto».<sup>647</sup> En definitiva, como señala MOLINA FERNÁNDEZ, «una vez que el legislador ha fijado [...] una solución conciliadora, nos guste o no, aceptarla y reconocer el efecto oclusivo que tiene sobre la disposición general del art. 20.5 resulta forzado».<sup>648</sup>

Así las cosas, no cabe siquiera plantear cuál es la diferencia de rango entre los deberes en conflicto cuando un policía se ve en la disyuntiva de practicar una escucha para perseguir un delito sin autorización judicial. La decisión de jerarquía le corresponde al juez, así que es esa la única decisión relevante a la hora de resolver el conflicto en cuestión, y lo mismo cabe afirmar en el supuesto en el que un médico practica un aborto en contra o sin la aquiescencia del comité médico en el ejemplo antes referido. El deber que obliga al agente es el superior en rango conforme a la decisión del competente institucional. *Sensu contrario*, esto significa que toda la dogmática de la jerarquización de razones de obligación tiene un carácter eminentemente subsidiario. El recuso a la cláusula general y al sistema de jerarquización que se esboza en el siguiente capítulo, pues, solo procede cuando no sea posible advertir una solución de jerarquía expresa o institucionalmente determinada.

### *5. El sistema de jerarquización de las razones de obligación en conflicto como desarrollo continuador del Derecho praeter legem*

Al comienzo de este último apartado se ha señalado que el competente para la resolución de los conflictos entre razones de obligación solo puede ser aquél que provoca la situación dilemática con su intento de dirigir dos deberes a un mismo agente. Hemos visto también que la expresa decisión del legislador goza de primacía, obstruyendo eventuales jerarquizaciones

---

<sup>644</sup> Aunque en el ámbito de la justificación por estado de necesidad agresivo, al respecto, vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/28, 13/36 y ss.

<sup>645</sup> El hecho de que el autor cumple con una razón de obligación en la situación de conflicto, aunque ello sea antijurídico al burlar el canal institucionalizado previsto puede, sin embargo, ser tenido en cuenta en la determinación de la pena. Cfr. Cap. 5, apdo. IV, 7.

<sup>646</sup> En este sentido, con detalle, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 232; y de la misma opinión, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo*, 2009, p. 91.

<sup>647</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 232. Es decir, en un ámbito caracterizado por la incertidumbre, la decisión procedimental a la que recurre el legislador para solucionar los conflictos ocluye la posibilidad de recurrir a juicios paralelos particulares de jerarquización, también cuando la solución institucional no resulte materialmente la más justa de las imaginables. El riesgo de error o injusticia en la resolución del conflicto ínsito en la particularización general de la resolución de estos conflictos justifica la primacía de los canales institucionalizados, aunque en ocasiones sus resultados puedan no ameritar plena santificación material. Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, p. 234.

<sup>648</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, p. 234.

contrarias a su voluntad inmediata o mediatamente establecida. Ahora bien, como también se ha puesto de relieve, lo cierto es que es mayoría el número de colisiones que no encuentran solución legislativa alguna.<sup>649</sup> «El legislador no puede decidir todos los supuestos individuales posibles de colisión de deberes y tampoco puede expresar en una frase general —ciertamente superflua— nada distinto a que el obligado debería cumplir el deber más importante para la generalidad, o uno de los dos conforme a su elección ante deberes de idéntica relevancia».<sup>650</sup> ¿Quién es entonces el competente para la resolución de los conflictos? ¿De qué manera se resuelven?, en definitiva, ¿cómo puede saber el destinatario de dos razones de obligación contrapuestas cuál es el deber que le vincula *in concreto*?

Pues bien, lo primero que cabe afirmar en este punto es que la competencia para la resolución del conflicto no sufre alteración alguna. Solo al emisor de la norma le puede competir en última instancia resolver el conflicto.<sup>651</sup> Sin embargo, como ya se ha señalado, la imagen de un Ordenamiento jurídico en el que toda colisión encontrara previsión específica es ilusoria. No solo razones práctico-jurídicas desaconsejan convertir el Código penal en un inmenso y farragoso catálogo de metanormas, sino que la misma naturaleza dinámica del Derecho y de las relaciones sociales impide una previsión omnicomprensiva de las situaciones de conflicto.<sup>652</sup> No solo cambian los deberes, sino también los factores relevantes y su incidencia en la jerarquización.<sup>653</sup> Es por eso que, de forma plenamente acertada, el legislador español ha optado por prever dos cláusulas generales de regulación del problema en los arts. 20.5.º y 20.7.º CP.<sup>654</sup> La misma pretensión de regular de forma total el espectro imaginable de conflictos obliga a establecer de cláusulas tan generales como éstas.<sup>655</sup> Sin embargo, la generalidad o abstracción de fórmulas como las de los art. 20.5.º y 20.7.º CP en modo alguno merece ser desaprobada. Éstas, además de representar la única vía a disposición del legislador para afrontar un problema de tal magnitud como el del conflicto entre razones de obligación, constituyen el punto de anclaje fundamental para el desarrollo continuador del Derecho por parte de la Ciencia y los tribunales.<sup>656</sup> Es decir, a través de las referidas cláusulas legales el legislador deja en manos de la Ciencia del Derecho y de la jurisprudencia la función de

---

<sup>649</sup> En el ámbito médico distingue la doctrina entre aquellas colisiones que traen causa en una insuficiencia crónica de recursos (*chronische Ressourcenknappheit*) y que, por lo general, deben estar previamente solucionadas, ya sea legalmente, ya sea a través de estándares médicos; y aquellas que nacen de insuficiencias puntuales graves de recursos (*akute Ressourcenknappheit*). En este segundo caso es donde faltarán habitualmente los estándares de conducta y donde será el responsable médico el que tendrá que solventar directamente el conflicto. Cfr. VOB, *Kostendruck und Ressourcenknappheit*, 1999, pp. 179 y ss.

<sup>650</sup> Cfr. BAUMGARTEN, *Notstand und Notwehr*, 1911, p. 68.

<sup>651</sup> Vid. solo JOERDEN, *Dyadische*, 1986, p. 86, n. 33.

<sup>652</sup> Cfr. BARTHOLOMÉ, *Die Bedeutung der Pflichtenollision*, 1930, pp. 11 y s.

<sup>653</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, p. 220: «resulta literalmente imposible recoger mediante normas especiales ni siquiera una fracción ínfima de los conflictos en sistemas tan complejos como una sociedad».

<sup>654</sup> Sobre el encaje legal de la figura de la colisión de deberes en el Ordenamiento jurídico español, vid. Cap. 5, apdo. IV.

<sup>655</sup> Cfr. HENKEL, *Recht und Individualität*, 1958, p. 33, quien señala que «el legislador de nuestro tiempo da a menudo por sentado desde un principio que sus posibilidades de regulación son limitadas y que choca en su plan regulatorio con dificultades insalvables, especialmente en aquellos ámbitos donde se ocupa de la incierta delimitación de derechos y deberes».

<sup>656</sup> Sobre el desarrollo judicial del Derecho, su sentido y límites, cfr. LARENZ, *Metodología*, 1994, pp. 359 y ss.

concretar cuál es su voluntad normativa en la situación de conflicto específica.<sup>657</sup> Como señala BALDÓ LAVILLA, no existe otra alternativa.<sup>658</sup>

Ahora bien, esto tampoco significa que la decisión de jerarquía se redima por completo de la voluntad del legislador o que quede liberada de los parámetros rectores del Ordenamiento jurídico-penal. Si bien es cierto que como señala SILVA SÁNCHEZ, «[e]l Derecho positivo conforma tan sólo el marco externo —obligado por el principio de legalidad— de las construcciones dogmáticas»,<sup>659</sup> lo que delega el legislador no es la competencia, sino meramente la función de determinar —conforme a su propia voluntad— la jerarquización de los deberes en un conflicto dado.<sup>660</sup> Es decir, los dos preceptos referidos constituyen la llamada externa a un imprescindible desarrollo continuador del Derecho para solucionar los conflictos entre razones de obligación, pero al mismo tiempo, dicha cláusula, y en general, los mismos fundamentos generales que legitiman las normas de nuestro Ordenamiento, condicionan decisivamente el referido desarrollo continuador. O en palabras de ROBLES PLANAS, «no se trata [en la interpretación de la ley penal] tanto del descubrimiento de un sentido, sino de *asignación de sentido o sentidos*, desde el aparato conceptual propio y preexistente, así como desde la propia teleología a partir de la que se define y a la que no puede sustraerse [...]».<sup>661</sup> Así las cosas, también los conflictos no expresamente regulados los acaba solucionando el emisor de las razones de obligación en conflicto, aunque de manera mediata,<sup>662</sup> a través de un desarrollo continuador del Derecho fundamentado en los mismos principios últimos que rigen todo el sistema general de determinación de las normas de comportamiento.<sup>663</sup>

Visto así, más que ofrecer una específica norma de colisión, las cláusulas generales representan una mera exigencia argumental, un mandato argumentativo, que le exige al intérprete fundamentar su decisión en atención a los principios generales que explican el

---

<sup>657</sup> Cfr. COING, *Fundamentos de filosofía del Derecho*, 1976, p. 271, pp. 273 y ss., «La aplicación de la ley es más bien siempre *valoración* de los hechos según los juicios de valor contenidos en el derecho» (p. 274). [Cursiva en el original]

<sup>658</sup> BALDÓ LAVILLA, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal (libro homenaje a Claus Roxin)*, 1997, p. 364.

<sup>659</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, pp. 187 y s., advirtiendo además una diferencia en el alcance del marco propio de la reflexión dogmática entre las construcciones de la Parte Especial, donde sería más limitado, y de la Parte General, en donde «[e]l grado de vinculación ejercida aquí por el Derecho positivo es mínimo, con lo que existe un significativo margen de libertad para construir las diversas categorías y teorías explicativas, a partir de las correspondientes premisas axiológicas y criterios argumentativos» (p. 188).

<sup>660</sup> Cfr. HENKEL, *Recht und Individualität*, 1958, p. 33. Y es esta plena identidad entre los fundamentos del Derecho positivo y del desarrollo continuador del Derecho que permite la reflexión dogmática-penal la que garantiza la legitimidad de este segundo proceder. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, p. 287: «[f]rente a ello, la dogmática sólo tiene validez si se parte de que se asienta en la misma base de pensamiento jurídico-material en la que lo hacen los poderes legislativo, judicial y ejecutivo».

<sup>661</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, «La identidad de la dogmática jurídico-penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 5.

<sup>662</sup> Sobre el desarrollo mediato de la ciencia del Derecho, fundamental, vid. LARENZ, «Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem», *NJW*, (1/2), 1965, pp. 1 y ss.

<sup>663</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal*, 1997, p. 362: «La función que despliega este desarrollo continuador del Derecho consiste en *precisar, complementar y corregir el Derecho en los puntos en los que el arsenal hermenéutico deja abierta la elección entre múltiples alternativas interpretativas o allí donde las leyes presentan incompleteness que requieren ser colmadas*».

Derecho legislado.<sup>664</sup> Solo desde una óptica inductiva, que permitan comprender cuáles son los principios generales de la legitimación de las normas penales, y la posterior construcción de un sistema coherente con esos principios, que permita a su vez encontrar deductivamente soluciones concretas a conflictos específicos es posible garantizar la continuidad del Derecho y,<sup>665</sup> en definitiva, un nivel mínimo de certidumbre a la hora de resolver los conflictos entre razones de obligación.<sup>666</sup>

La resolución a los conflictos entre razones de obligación se funda, pues, en consideraciones suprapositivas que permiten un desarrollo *praeter legem* de la dogmática de la determinación de las posiciones de competencia.<sup>667</sup> Se trata, en definitiva, de un paso que deja atrás a la ley, pero no al Derecho. Es tarea de su Ciencia y de la Jurisprudencia garantizar los presupuestos mínimos esenciales para que el legislador pueda transmitir en condiciones óptimas su mensaje normativo al obligado, pudiendo tomar éste la norma específica como razón para su acción. Así las cosas, resulta que la indispensable seguridad jurídica depende no tanto de quiméricos pronunciamientos omnicomprensivos y exhaustivos del legislador, como de «una construcción dogmática bien desarrollada por los teóricos, bien asentada entre los operadores jurídicos y bien conocida por los destinatarios de las normas primarias».<sup>668</sup> A ello dedico mis esfuerzos en el próximo capítulo.

---

<sup>664</sup> Solo a partir de una rica y estable jurisprudencia, y de un desarrollo dogmático consistente y profundo de los subprincipios rectores de la jerarquización de razones de obligación puede el emisor de la norma comunicar de forma efectiva y eficaz a su receptor cuál es el comportamiento debido en la concreta situación de conflicto. O como lo expresara de forma brillante GIMBERNAT ORDEIG, es la dogmática la que «[h]ace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución». Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1976, p. 78.

<sup>665</sup> Al respecto, con detalle, ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 2012, § 23 II, pp. 132 y ss., 134 y ss.

<sup>666</sup> Al respecto, además, vid. COING, *Fundamentos de filosofía del Derecho*, 1976, pp. 283 y s., remarcando la relevancia del sistema para la dogmática jurídica; y más recientemente, NEUMANN, «Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?», en PRITWITZ/MANOLEDAKIS (eds.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, 2000, p. 119. En este sentido, cfr. KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, p. 38; y con detalle, sobre la relación entre la reflexión dogmática constructiva y el Derecho positivo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, pp. 187 y ss.; y sobre esto mismo, relativizando el papel de la ley en la dogmática penal, vid. ZACZYK, «Was ist Strafrechtsdogmatik?», *FS-Küper*, 2007, pp. 723 y ss., p. 727.

<sup>667</sup> Cfr. KÜPER, «Der entschuldigende Notstand – ein Rechtfertigungsgrund?», *JZ*, 1983, p. 91; y en el mismo sentido, vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 147 y s.

<sup>668</sup> Vid. BALDÓ LAVILLA, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal (libro homenaje a Claus Roxin)*, 1997, p. 369.

# TERCERA PARTE

## LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN

### CAPÍTULO IV

#### LA JERARQUIZACIÓN DE LAS RAZONES DE OBLIGACIÓN

*«Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que — por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico— se desconoce su alcance y su límites.»\**

#### I. INTRODUCCIÓN

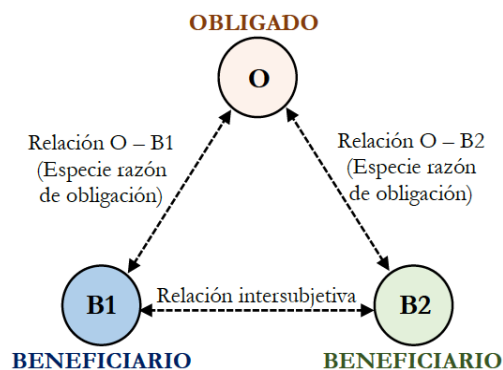
En contra de lo sostenido por un amplio sector doctrinal, se ha defendido en este trabajo que el objeto de jerarquización en las situaciones de conflicto de deberes no se corresponde con los intereses que subyacen a aquellos y que, por lo tanto, la jerarquización de las razones de obligación en conflicto tampoco puede basarse en un juicio universal de ponderación de intereses *à la Lenckner*.<sup>1</sup> También se ha abogado en este lugar por aprehender los conflictos desde una óptica eminentemente formal, desde la que los agentes implicados en la situación de conflicto dejan de ser vistos como usufructuarios de intereses, para ser contemplados como titulares de esferas jurídicas en conflicto. La colisión entre razones de obligación se comprende consecuentemente como el conflicto entre dos esferas jurídicas provisionalmente determinadas, y su resolución, como el hallazgo de un criterio adecuado para su justa armonización y definitiva delimitación en el supuesto concreto. Como también se ha expuesto, el rasgo característico de la colisión de deberes y que, a su vez, lo distingue en su supuesto de hecho de las tradicionales situaciones justificantes reside precisamente en el doble plano sistemático en el que se materializa la colisión. A diferencia de lo que acontece en los escenarios estándar de necesidad, en las situaciones de colisión de deberes aparecen desde un primer momento como planos a considerar dos completamente disímiles, definidos por dos relaciones normativas también distintas. Me refiero, por un lado, a la relación entre los dos potenciales beneficiarios por la conducta del obligado y, por el otro, a la que media entre cada uno de aquellos y el agente obligado. Se trata, pues, de una constelación —como mínimo— triangular.<sup>2</sup>

---

\* GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1976, pp. 78 y s.

<sup>1</sup> Cfr. Cap. 3, apdo. II, 2.

<sup>2</sup> Todo ello lo pone claramente de relieve PERRON, en ESER/PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, v. III, 1991, pp. 97 y ss., 98 y s. Y digo “como mínimo” porque no es en absoluto descartable que sean más los agentes implicados en la situación de conflicto, tanto los que aparecen como obligados como los que ocupan la posición de beneficiarios de las razones de obligación en conflicto. En el próximo capítulo se aborda brevemente el problema de los conflictos con tres o más beneficiarios. Cfr. Cap. 5, apdo. II, 4.



El obligado, (O), en puridad, no ejerce ningún derecho de necesidad frente a un segundo agente, sino que se encuentra obligado *prima facie* por dos razones de obligación de imposible cumplimiento simultáneo. Dado que el cumplimiento del primer deber supone necesariamente el incumplimiento del segundo, la solución al conflicto pasa, en esencia, por justificar frente a (B2) las razones por las cuales su pretensión de garantía *prima facie* se verá defraudada conforme a Derecho en favor de (B1).<sup>3</sup> O expresado de un modo algo distinto: en la colisión entre las posiciones jurídicas de (B1) y (B2) debe interceder forzosamente (O), de modo que la solución al conflicto, a diferencia de un supuesto normal de estado de necesidad o de legítima defensa, no depende en exclusiva de la relación que media entre los dos agentes beneficiario de los deberes en liza, sino que depende también en alguna medida de la concreta relación de (O) con cada uno de los beneficiarios.<sup>4</sup> Con un ejemplo: no es lo mismo, ni para mí ni para el segundo agente necesitado, que en una situación de peligro el obligado a salvarme sea un extraño o mi propio padre. Mi estatus jurídico varía, al igual que lo hace el del segundo beneficiario.

Como se ha defendido en el capítulo anterior, es precisamente en la compatibilización de ambos planos sistemáticos donde reside el nudo gordiano de todo intento de resolución sistemática de las colisiones de deberes. Esta pregunta debería encontrar respuesta en las páginas que siguen. Sin embargo, antes, es todavía necesario examinar con detalle y de forma individual el conflicto parcial que se produce en cada uno de los dos niveles referidos. Es decir, antes de preguntarnos por cómo compatibilizar las dos relaciones de rango que arroja el examen parcial de cada uno de los planos referidos, es necesario aclarar precisamente cómo alcanzar decisiones de jerarquía en cada uno de esos dos planos aislados.

<sup>3</sup> Sin lugar a duda, es posible y necesario distinguir entre dos grupos fundamentales de colisiones de deberes. Aquéllas en las que (B2) debería conforme a las reglas generales de la justificación aceptar (tolerar) la pérdida de su interés en favor de (B1), y aquéllas en las que, conforme a tales reglas, no tiene por qué aceptar la pérdida de su pretensión de garantía. Más adelante volveremos sobre esta distinción capital. Cfr. *infra* apdo. II, 4.4. Por otro lado, adviértase que se está asumiendo aquí, en consonancia con lo sostenido en el segundo capítulo de este trabajo, la posibilidad de resolver todas las colisiones en el plano del injusto, lo que exige igualmente justificar la decisión perjudicial frente a quien acabará padeciéndola, así como el “deber de tolerancia” que sobre ésta recae. Sobre esto último volveremos en el próximo capítulo. Cap. 5, apdo. II, 3.3.

<sup>4</sup> Como se ha mostrado ya en este trabajo, esto se explica, básicamente, porque las posiciones definitivas de competencia quedan determinadas en nuestro Ordenamiento jurídico de un modo eminentemente pluridimensional. Cap. 2, apdo. II, 4.3; e *infra* apdo. IV.



Para ello se pretende a continuación, en primer lugar, examinar en profundidad cómo asir normativamente la relación bilateral entre los dos agentes beneficiarios de las razones de obligación en liza, es decir, como determinar órdenes de prelación en el marco de la relación intersubjetiva que caracteriza toda situación de conflicto. Como se verá, es necesario en este punto tomar en consideración la distinción que existe entre aquellos conflictos en los que los dos beneficiarios aparecen como sujetos necesitados y aquellos en las que solo uno de los dos agentes beneficiarios del deber se encuentra en situación actual de necesidad.<sup>5</sup> El objetivo de este primer apartado consiste, en esencia, en poder establecer un rango jerárquico entre las dos posiciones jurídicas de los beneficiarios, atendiendo única y exclusivamente a la relación bilateral (intersubjetiva) que media entre ellos. En segundo lugar, se examinará en este capítulo cómo proceder a establecer reglas de jerarquía entre las razones de obligación en juego a partir, única y exclusivamente, de la comparación entre las especies de deber, como noción protagonista en el segundo plano analítico en el que se ha descompuesto el proceso de jerarquización de los deberes. Con ello quedará mostrado el modo en el que alcanzar reglas de primacía parciales en el plano de la relación obligado-beneficiario. Solo entonces, a partir del desarrollo de los dos subsistemas parciales de jerarquización, será el momento —en tercer y último lugar— de plantearnos qué relación media entre los dos planos sistemáticos referidos, es decir, cómo proceder a jerarquizar definitivamente los deberes en atención a los resultados parciales de jerarquía obtenidos a partir de la relación entre el obligado y los beneficiarios, por un lado, y a partir de la relación intersubjetiva entre los potenciales beneficiarios por el otro. Ello nos permitirá establecer relaciones de prelación definitivas entre las razones de obligación concurrentes.

## **II. LA RELACIÓN INTERSUBJETIVA ENTRE LOS BENEFICIARIOS DE LAS RAZONES DE OBLIGACIÓN EN LIZA**

### ***1. Introducción***

Si sucede que el concreto estatus jurídico de los dos beneficiarios del hipotético cumplimiento de un deber por parte del obligado es relevante a la hora de resolver el conflicto, resulta obligado examinar de qué manera ha de ser valorada dicha relación y de qué modo cabe establecer relaciones de predilección entre las dos esferas implicadas. Para ello, en primer

---

<sup>5</sup> A modo de ejemplo: se encuentran los dos potenciales beneficiarios del deber en situación de necesidad en el supuesto clásico del padre que debe escoger a cuál de sus dos hijos salva de morir ahogado, o el guía de montaña que al advertir como sus dos garantizados cuelgan de un fisurero que no está en disposición de aguantar el peso de ambos, opta por salvar cortando la cuerda y provocando que el segundo se precipite al vacío. En cambio, solo cabe hablar de un sujeto en situación de necesidad actual en el supuesto en el que un cirujano solo puede evitar la muerte de su paciente extrayendo forzosamente un riñón a quien espera plácidamente en la recepción del hospital. Como más adelante veremos, esta distinción tiene relevancia a la hora de resolver los conflictos y no se corresponde con la que adopta en este punto la doctrina dominante, basada en la distinción entre deberes de omitir y de actuar. La razón es simple: también un sujeto que está protegido por un deber de omitir (prohibición) puede ser considerado normativamente necesitado y, por lo tanto, situarse en la situación de conflicto en un estatus equivalente al de quien el obligado debe activamente salvar. Sobre todo ello, vid. *infra* apdo. II, 4.4. Y sobre la irrelevancia de la distinción entre mandatos y prohibiciones a los efectos de resolver los conflictos, Cap. 2, apdo. IV.

lugar, se presentan aquí los fundamentos sobre los que proceder en el referido análisis una vez abandonada la clásica teoría de la ponderación de intereses. Aunque los criterios específicos para el establecimiento del rango de jerarquía en la relación intersubjetiva coinciden parcialmente con los manejados por la doctrina mayoritaria,<sup>6</sup> se propone aquí una re-ordenación sistemática de aquellos que permita un control racional del juicio de prelación de las esferas jurídicas implicadas. En segundo lugar, y en consonancia con lo anterior, se desarrolla de manera detallada cómo proceder a la valoración de la relación intersubjetiva entre los potenciales beneficiarios del deber en situaciones de conflicto. Finalmente, en tercer y último lugar, a partir de la distinción entre conflictos protagonizados por dos necesitados y conflictos entre un necesitado y un agente beneficiario no necesitado, se examinará el papel que le corresponde al axioma clásico del *casum sentit dominus* a la hora de resolver conflictos entre razones de obligación. Solo entonces estaremos en disposición de concluir cuál de las dos esferas jurídicas directamente involucradas en la situación de conflicto ostenta en la relación intersubjetiva un mejor estatus jurídico.

## *2. Del tótum revolútum —o teoría de la ponderación de intereses— a una evaluación sistemática del rango normativo de las posiciones jurídicas de los beneficiarios*

### **2.1. Introducción**

Aunque le asiste sin duda la razón a la doctrina dominante cuando recurre a la relación entre los beneficiarios para determinar el rango jerárquico de las razones de obligación,<sup>7</sup> resulta inasumible el modo en el que lo hace. La relación que media entre los potenciales beneficiarios no puede ser aprehendida simplemente a través de una ponderación de bienes, cuyo valor se matiza intuitivamente a través de ciertos factores normativos libremente seleccionados. Aquí no se repetirán los argumentos ya esgrimidos en contra de este proceder.<sup>8</sup> Más bien, se trata en lo que sigue de mostrar cómo habría de enfocarse el estudio de la relación entre los potenciales beneficiarios una vez descartada la teoría de la ponderación de intereses como método para la jerarquización de las razones de obligación.

---

<sup>6</sup> Al respecto, vid. Cap. 1, apdo. III, 3.

<sup>7</sup> Incluso autores como OTTO, que otorgan una primacía esencial a la noción de especie de deber, aceptan sin embargo que el comportamiento o el estatus de intereses de los agentes implicados es relevante a la hora de resolver los conflictos. Así, por ejemplo, entiende OTTO que el garante solo puede infringir una prohibición activa de homicidio para salvar la vida de su pariente cuando éste no se ha sometido al peligro de manera libre y consciente. Cfr. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, p. 104. En todo caso, adviértase que es teóricamente posible la construcción de un sistema de jerarquización de los deberes basado en la especie de las obligaciones en liza: el deber de garante primaría siempre sobre el de solidaridad mínima, y en caso de igualdad, el obligado podría escoger qué obligación cumple. El padre, podría, por ejemplo, dejar de salvar la vida a un extraño para salvar la bicicleta de su hijo. Sea como fuere, sí es frecuente en la doctrina penal el abordaje del problema al margen de la concreta relación intersubjetiva de los agentes necesitados, pues la mayoría de estudios se centran en los supuestos en los que cabe predicar una absoluta equivalencia entre los deberes en liza. Ello se advierte de forma especialmente clara en la discusión filosófico-ética, en la que prácticamente de forma exclusiva se aborda el problema del conflicto entre vidas humanas inocentes, por lo que eventuales diferencias en la relación intersubjetiva no son siquiera planteadas. Cfr. SELLMAYER, *Ethik der Konflikte*, 2ª ed., 2011, pp. 83 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. Cap. 3, apdo. II, 2.

## 2.2. La sistematización del análisis de la relación intersubjetiva

Si resulta que el objeto de jerarquización son las razones de obligación en conflicto, la relación entre los potenciales beneficiarios será relevante en la medida en que determine o co-determine la entidad normativa de dichas formas obligacionales provisionales. Si se admitiera que a estos efectos lo único relevante en la relación intersubjetiva son los intereses físico-materiales que se presentan a cada lado, la valoración de este primer plano conflictivo resultaría relativamente sencilla. Sin embargo, lo cierto es que, además de los bienes en liza, otros factores adicionales distintos parecen influir igualmente en la relación normativa de los agentes implicados en la situación de conflicto. Los mismos defensores de la teoría de la ponderación de intereses, con contadas excepciones, se apresuran a afirmar que no solo los bienes jurídicos en liza deben ser tomados en consideración, sino que también ha de estarse a ciertos factores normativos, en esencia, la provocación de la situación de necesidad por parte de uno de los necesitados y la prioridad temporal.<sup>9</sup> Ahora bien, como ya se ha puesto aquí de manifiesto, el proceder de la doctrina mayoritaria en este punto resulta inaceptable por dos razones distintas. Por un lado, porque la valoración de las posiciones jurídicas implicadas se asienta sobre un postulado consecuencialista-colectivista incompatible con los principios fundamentales que inspiran nuestro Ordenamiento jurídico.<sup>10</sup> Se trata de distribuir de manera justa recursos escasos, no necesariamente de maximizarlos.<sup>11</sup> Y por el otro, porque la teoría de la ponderación de intereses, como un tótum revolútum de factores materiales y normativos revelador de una solución de jerarquía resulta inasumible como método dogmático.<sup>12</sup> El hecho de que se comparta en este trabajo parcialmente la selección de los criterios relevantes para proceder a la jerarquización de las razones de obligación (bien jurídico, probabilidad de lesión, provocación...) no es óbice para afirmar la necesidad de repensar el porqué de su toma en consideración y cómo reestructurar y sistematizar el modo en el que tales factores son tomados en cuenta a la hora de jerarquizar las razones de obligación.

En este trabajo se asume que los conflictos de deberes no pueden ser aprehendidos como meros encuentros entre intereses materiales ni tampoco como un conflicto entre bienes cuyo valor es susceptible de ser matizado por factores normativos adicionales. Se trata, en realidad, de la colisión de dos esferas jurídicas provisionalmente determinadas, de dos posiciones jurídicas *prima facie* garantizadas que, en la situación concreta, se presentan de un modo tal que resulta imposible la garantía efectiva de ambas.<sup>13</sup> El prisma desde el que contemplar la situación de conflicto, también en esta relación bilateral, es eminentemente formal, basado en los principios de autonomía y solidaridad, como principios idóneos para el pesaje y compatibilización de las esferas jurídicas en conflicto.<sup>14</sup> El conflicto es, en esencia, un choque

---

<sup>9</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 3.

<sup>10</sup> Sobre todo ello, con detalle, Cap. 3, apdo. III, 3.

<sup>11</sup> Cfr. LÜBBE, *Nonaggregationismus*, 2015, p. 30.

<sup>12</sup> Sobre todo ello, con detalle, Cap. 3, apdo. II, 2.

<sup>13</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 140.

<sup>14</sup> En este mismo sentido, aunque a propósito de la dogmática de las causas de justificación en el marco de conflictos puramente bilaterales entre dos esferas jurídicas, vid. por ejemplo JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 44 y ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 43 y ss.; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 178 y ss.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 140 y ss.; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*,

entre pretensiones de libertad provisionalmente reconocidas pero mutuamente excluyentes. En todo caso, esta perspectiva formalizada del conflicto no pasa por alto que el Derecho pretendidamente real reconoce necesariamente relevancia a un cierto sustrato material, como condición esencial para el autodesarrollo personal.<sup>15</sup> El conflicto es primariamente un encuentro entre dos esferas de libertad a las que la contingencia ha unido en su destino, pero es también el conflicto entre los intereses materiales que sirven a quien es titular de una esfera jurídicamente garantizada.<sup>16</sup> Tan incompleto sería un sistema de resolución de los conflictos que solo atendiera a la especie de la razón de obligación en liza, como aquél que analizara esta última relación jurídica desde una óptica puramente formal.

Ahora bien, ¿cómo compatibilizar ambas perspectivas, la formal y la puramente material, sin caer en el aquí censurado juicio general y omnicomprendivo de intereses propuesto por la doctrina mayoritaria? Bien mirado, se trata de encontrar la manera mediante la que garantizar la toma de una decisión jerárquica coherente con los postulados esenciales que rigen la determinación de normas de comportamiento en Derecho penal y que, al mismo tiempo, logre cohonstar la vertiente material del conflicto, canalizando su dimensión fáctica de un modo practicable. Hasta donde alcanzo, la más convincente y diáfana de las respuestas esbozadas a esta pregunta es la que ha formulado PAWLIK en su monografía sobre el estado de necesidad justificante.<sup>17</sup> En resumidas cuentas, el planteamiento propuesto por este autor para explorar la relación intersubjetiva entre los agentes en una situación de conflicto es el siguiente:<sup>18</sup> de entre todos aquellos variopintos factores que aúna la doctrina en una única ponderación general de intereses en situaciones justificantes, debe distinguirse, por un lado, entre aquellos factores que influyen por razones normativas en la resolución del conflicto y, por el otro, aquellos que guardan relación con la concreta cuantificación de los bienes en liza. A partir de aquí, retomando la distinción entre los criterios de atribución de valor al objeto de la ponderación y las condiciones bajo las cuales cabe afirmar que un determinado valor puede imponerse frente a su oponente,<sup>19</sup> es posible afirmar con PAWLIK la posibilidad de distribuir de forma ordenada en ambos niveles sistemáticos cada uno de los dos grupos de factores apreciables detallados.<sup>20</sup> Así, el plano de la atribución de valor a los intereses en juego estaría

---

2012, pp. 215 y ss.; PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 209 y ss.; ROBLES PLANAS, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 445 y ss., 455 y ss.; o WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 33 y ss., 148 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. Cap. 3, apdo. III, 3.3.

<sup>16</sup> Pese a que el conflicto es, en primera instancia, un conflicto formal entre dos esferas jurídicas, la compatibilización de aquéllas no puede hacerse de espaldas al sustrato que otorga sentido práctico a la noción de esfera jurídica. Al respecto, fundamental, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 140 y s.; y en un sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1007 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 129 y ss., 140 y ss. Así también, WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 200 y s.; ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 23 a 25; o ZIESCHANG, «§ 34», *LK*, 12ª ed., nm. 76.

<sup>18</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 141 y s.

<sup>19</sup> Cfr. Cap. 3, apdo. II, 2.

<sup>20</sup> Cuando se advierte el problema en toda su extensión, la estructura de la colisión de deberes se muestra especialmente compleja. En un primer plano sistemático, nos preguntamos por el objeto de la valoración, en este caso, la razón de obligación. Se ponderan o jerarquizan razones de obligación. En un segundo plano, se trata de decidir qué factores permiten atribuir valor y comparar tales razones. Para ello, es necesario, en primer lugar, estar a la especie de la razón de obligación y, en segundo lugar, a la concreta relación entre los potenciales beneficiarios. En este segundo momento imprescindible para atribuir y valorar las razones en colisión es donde

conformado precisamente por aquellos factores materiales vinculados al bien jurídico, factores que informarían acerca de cuál es la medida o el significado específico de libertad para el titular de los bienes que corren el riesgo de perderse.<sup>21</sup> En concreto, a este primer nivel sistemático pertenecen, además del valor específico de los bienes jurídicos como objeto de valoración, la probabilidad efectiva de lesión, la probabilidad de salvación y, finalmente, la intensidad de lesión esperada.<sup>22</sup> Todos aquellos factores tildados de “jurídico-normativos” no pueden ni deben ser ubicados en este mismo plano analítico. La provocación de la situación de necesidad y las posiciones especiales de deber no determinan modificaciones en el valor atribuible a los bienes en liza, no perturban como tales la dimensión fáctica del conflicto, sino que establecen indirectamente las condiciones normativas de prevalencia de un interés frente a su oponente.<sup>23</sup>

Tales criterios pertenecen a un subnivel sistemático superior, en el que se ofrece información acerca de en qué medida cada uno de los participantes en el conflicto es competente por la resolución de éste.<sup>24</sup> Este variable grado de competencia, determinado a partir de los principios de autonomía y solidaridad, cristaliza en los distintos umbrales de diferencia entre intereses a partir de los que afirmar la legitimidad de la imposición de un interés sobre el opuesto.<sup>25</sup> Es decir, el concreto grado de competencia de cada agente por el conflicto se plasma en un baremo configurado de un modo permeable a la dimensión fáctico-material de la colisión. Y es así, estableciendo una regla de “cambio” entre el grado de competencia y la diferencia material como se abre la puerta del sistema de resolución del conflicto al aspecto material, ventilado esencialmente a partir de una ponderación entre el valor *in concreto* de los bienes jurídicos en juego. Los factores tomados en consideración a la hora de establecer el baremo no pueden, claro está, ser nuevamente valorados en el juicio de ponderación.<sup>26</sup>

---

ahora nos encontramos. Aquí, a su vez, es posible y analíticamente obligado distinguir entre el objeto de ponderación, ahora intereses, los criterios de atribución específica de valor, ahora, básicamente, el valor del bien jurídico, el grado y la intensidad de lesión esperable y, finalmente, las condiciones para afirmar la imposición de un valor frente al otro, que, como se verá, quedan determinadas a través del análisis de las posiciones jurídicas en conflicto desde la óptica dual de los principios de autonomía y solidaridad. Solo entonces será posible establecer y comparar valorativamente los intereses en juego. Acto seguido, será necesario analizar conjuntamente la especie de la razón de obligación y la relación valorativa que media entre los potenciales beneficiarios. La consideración conjunta de ambos “mundos” permite atribuir y comparar globalmente las dos razones en liza.

<sup>21</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 141 y s.; y en un sentido parecido, vid. WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 200 y s.; EL MISMO, «El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal», *InDret*, (3), 2014, pp. 22 y ss.; LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, pp. 35 y ss., p. 38, p. 80; o ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 23.

<sup>22</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 141 y s.; MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, pp. 229 y ss.; o ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 26 y ss.

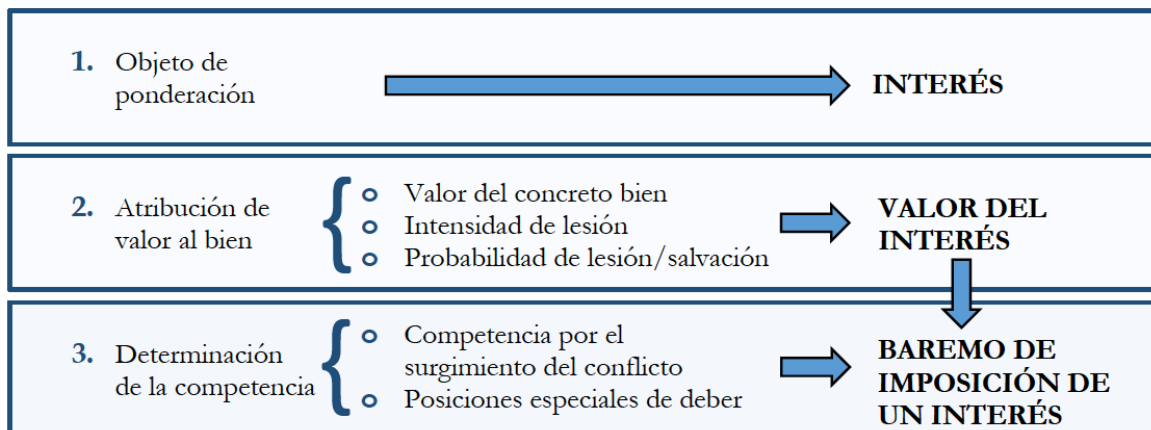
<sup>23</sup> En este sentido, aunque con matices, vid. MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, pp. 182 y ss.

<sup>24</sup> Así, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 142.

<sup>25</sup> En este sentido, de forma meridiana, ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 24; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 61, p. 73; o LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, pp. 35 y ss., p. 38, p. 80; o WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, p. 200; y aunque no sin ciertas contradicciones, en un sentido parecido, NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 66 y ss., quien señala con razón que los principios de autonomía y solidaridad, en sus diversas concreciones, no pueden después de determinar un concreto baremo de justificación ser arrojados nuevamente al juicio de ponderación de intereses. Inexplicablemente (según él, para evitar soluciones de todo o nada) incorpora, sin embargo, la provocación del necesitado en el juicio de ponderación (nm. 95). Y como en el texto, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/20 y ss., aunque sin la tajante distinción analítica que aquí se formula.

<sup>26</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 143; MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, p. 215; ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 24; HOYER, «Wie wesentlich muss das „wesentlich

Todo ello quizá pueda quedar más claro en el siguiente diagrama:



De este modo se logra evitar la inaceptable mezcolanza entre factores jurídico-normativos y fáctico-valorativos a la que conduce la teoría de la ponderación de intereses. Elementos como la provocación de la situación de conflicto de intereses o eventuales deberes intensificados de tolerancia no modifican la valoración de los intereses en liza, es decir, la vida de quien provoca el accidente sigue valiendo lo mismo que la de quien no lo provocó, al igual que la vida de un bombero tampoco vale menos que la de un niño. Estos criterios establecen sencillamente los umbrales de diferencia exigibles para determinar la jerarquización de las posiciones jurídicas en juego. Una cosa es determinar el grado de competencia por la resolución del conflicto que le corresponde a cada agente implicado, lo cual se hace atendiendo esencialmente a los factores tildados de normativos, y otra cosa es analizar si la diferencia de intereses en juego se corresponde con la que el umbral basado en la competencia del agente exige para establecer una prelación normativa entre las esferas jurídicas en juego.

Aunque todo esto será desarrollado a continuación con detalle, cabe descomponer analíticamente el juicio de comparación del estatus jurídico de las esferas implicadas aquí propuesto como sigue: (1) en primer lugar, atendiendo al concreto grado de competencia de cada uno de los implicados por la situación de necesidad, esto es, desde la óptica exclusiva de los factores normativos antes señalados (provocación y posiciones de deber especial), se establece el específico umbral que permite establecer una prelación entre las esferas jurídicas en conflicto. Este baremo se formula de un modo tal que haga operable la incorporación al juicio de la dimensión material del conflicto (preponderancia máxima, preponderancia esencial, preponderancia mínima...). En segundo lugar, (2), ha de procederse a una ponderación entre los bienes jurídicos en liza, sin olvidar que para la atribución de su valor *in concreto* es indispensable estar a la intensidad y la probabilidad de la lesión esperable, así como a la dimensión de las probabilidades de salvación.<sup>27</sup> Y en tercer y último lugar, (3), una vez

überwiegende Interesse“ bei § 34 StGB überwiegen?», *FS-Krüper*, 2007, p. 177; ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 109, con múltiples referencias a la doctrina en uno y otro sentido; o ZIESCHANG, «§ 34», *LK*, 12ª ed., nm. 76.

<sup>27</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 145; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 61. Así pues, nada empece afirmar que, como lo entiende ROXIN, lo aquí propuesto supone una regreso a la antigua teoría de la

valorada la diferencia de bienes jurídicos en juego a partir del umbral normativo establecido para el caso concreto, se trata finalmente de concretar qué agente goza en la situación intersubjetiva de conflicto de un mejor estatus jurídico.

Por último, antes de concluir este epígrafe e iniciar un examen detallado del modo en el que proceder a jerarquizar las esferas de los dos sujetos necesitados, deben ser puestas aquí de relieve dos últimas cuestiones en absoluto baladíes. En primer lugar, ha de quedar claro que el proceder acabado de exponer, pese a haber sido desarrollado fundamentalmente a propósito del estado de necesidad agresivo, constituye el modo de aproximación general a cualquier situación de conflicto entre dos esferas jurídicas. Mientras que el juicio de ponderación de intereses se mantiene estable en cualquier situación justificante, en la medida en que el análisis normativo de las situaciones de competencia pueda sufrir alteraciones, el umbral de desplazamiento del peligro o mal varía de forma consecuente. Por ello, no le falta razón a HRUSCHKA cuando afirma que, en realidad, no cabe hablar de una única norma reguladora del estado de necesidad<sup>28</sup> sino que, como plásticamente señala PAWLIK, se trata de toda una paleta de normas de estado de necesidad.<sup>29</sup> En función del distinto grado de competencia por la situación de conflicto de cada uno de los agentes involucrados es posible a su vez extraer una multitud de normas justificantes, de modo que las comprensiones estándar de los umbrales de justificación en situaciones de estado de necesidad agresivo, estado de necesidad defensivo y legítima defensa, no son más que puntos de referencia desde donde trazar una multitud de normas de justificación distintas.<sup>30</sup>

Y en segundo lugar, adviértase que la dogmática de la justificación está pensada y desarrollada fundamentalmente como una dogmática explicativa de las condiciones bajo las cuales un agente puede trasladar el mal que sobre él se cierne a un segundo agente involucrado en el conflicto. Se trata de decidir entonces quién debe soportar los costes de un único mal. Si no voy errado, tres son los criterios de imputación de los costes de un conflicto en situaciones de necesidad en las que un único interés amenaza con perecer.<sup>31</sup> El primer criterio es el de la

---

ponderación de bienes. Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 89 y s. Efectivamente, se trata de ponderar, en esencia, bienes. Los principios de autonomía y solidaridad no se ponderan junto con aquellos, sino que establecen las condiciones esenciales de delimitación de las esferas en conflicto a partir del establecimiento de baremos normativos de prelación.

<sup>28</sup> Vid. HRUSCHKA, «Rettungspflichten in Notstandssituationen», *JuS*, 1979, p. 392.

<sup>29</sup> Vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 146. En todo caso, lo anterior no debe hacer perder de vista la necesidad de establecer fronteras claras entre las distintas normas de justificación, agrupando así las casi infinitas normas hipotéticas de justificación en un grupo cierto y determinado de reglas o baremos. Solo la renuncia a un cierto grado de justicia material en el tratamiento de los conflictos permite asegurar el mínimo necesario de seguridad jurídica a la hora de resolverlos. Lo contrario acaba sumiendo a la resolución de los conflictos en el mismo estado precario en el que la teoría del interés preponderante ha situado la jerarquización de los deberes.

<sup>30</sup> Parcialmente distinto, vid. ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 25. La pretensión de solución de los conflictos entre esferas atendiendo precisamente a los distintos grados de competencia de cada uno de los implicados impide, dada la gradualidad de tales posiciones de competencia, reunir en tres únicas reglas estables todos los supuestos conflictivos imaginables. Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 146, 148 y s., n. 71; y en esta misma línea, vid. además ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 461 y s.

<sup>31</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1007 y ss., p. 1013; ROBLES PLANAS, «Sobre la exclusión del injusto penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 190 y ss.; y COCA VILA, «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, (1), 2011, pp. 25 y ss.

autonomía. Quien ha organizado la situación de necesidad debe soportar los costes para su conjura. En segundo lugar, la solución al conflicto queda mediatizada por los recíprocos deberes de solidaridad entre el necesitado y el involucrado. Y finalmente, el sistema se cierra con un último principio defectivo de imputación de los costes del conflicto: si no es posible desplazar el mal a un tercero ni por razones organizativas ni solidarísticas, el que sufre el mal es elevado normativamente a la categoría de competente por la desgracia. *Casum sentit dominus*, esto es, el accidente lo debe soportar aquél sobre quien recae en un principio.<sup>32</sup>

En el marco de situaciones conflictivas en el que solo un interés peligra perderse, estas tres reglas de imputación de costes son suficientes para solucionar de manera convincente todo el espectro de casos imaginable de un modo plausible. Ahora bien, lo cierto es que además de las situaciones de conflicto unilateral, en las que el “llamado” a soportar el peligro solo puede salvaguardar sus bienes a costa de un segundo agente, no cabe desconocer un segundo grupo de situaciones conflictivas, en el que los dos agentes involucrados en una situación de conflicto corren el peligro de perder sus bienes, es decir, tanto el primariamente llamado a sufrir el peligro como el agente sobre el que hipotéticamente podría recaer la acción defensiva aparecen desde un buen comienzo como agentes necesitados. Es más, este es el escenario tradicional de las situaciones de conflicto de deberes. Los dos beneficiarios por la acción salvadora debida aparecen como beneficiarios necesitados. Tales supuestos no tienen por qué resolverse necesariamente de forma distinta a cómo se resolverían si un único bien estuviera en peligro. De hecho, por lo general, estos supuestos pueden ser resueltos conforme a las reglas generales de atribución de costes en atención a los principios de autonomía y solidaridad. Ahora bien, ¿qué sucede cuando no es posible atribuir los costes de solución del conflicto a ningún agente conforme a los principios de autonomía o solidaridad?, en definitiva, ¿qué sucede cuando no es posible establecer un baremo específico de diferencia de intereses para la resolución del conflicto?

La respuesta en el marco del sistema clásico de justificación nos la ofrece el tercer y último criterio de imputación que allí rige, el principio del *casum*, entendido como un criterio de aceptación normativa de la distribución de la desgracia. Sin embargo, todo parece indicar que en los supuestos en los que los dos sujetos se encuentran en una auténtica situación de necesidad, sin que exista posibilidad alguna de encontrar una solución al conflicto conforme a los principios de autonomía y solidaridad, el respeto al curso natural de los acontecimientos no parece la mejor solución posible. Aquí, el principio del *casum* desplegaría sus efectos de forma bilateral, de modo que ambos agentes habrían de tolerar su fatal destino. Los reparos de la doctrina a recurrir al principio del *casum* como tercer criterio de imputación en situaciones de comunidad de peligro, en especial, cuando se trata de comunidades de peligro asimétricas, explican la aparición de múltiples intentos de solución a tales colisiones al margen del referido principio.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, LH-Rodríguez Mourullo, 2005, p. 1013. Entendido así, el principio del *casum sentit dominus* mantiene su significado como regla de imputación. Si entendemos que el responsable en sentido fuerte es el *dominus* y que por lo tanto él debe soportar el *casum*, vaciamos de contenido el principio.

<sup>33</sup> Cfr. Cap. 5, apdo. II, c).



Y algo muy parecido sucede en aquellas situaciones de colisión entre razones de obligación en las que la relación bilateral de los afectados, contemplada desde los principios de autonomía y solidaridad, no ofrece ninguna posibilidad de jerarquización. Esto sucede, por ejemplo, en el caso del padre que no sabe a cuál de sus dos hijos salvar. Que la solución a tales supuestos no pasa por una aplicación del principio del *casum*, es decir, porque ambos agentes asuman su propia desgracia liberando así al obligado de toda acción debida salvadora, resulta evidente. Todo ello será abordado en profundidad al final del presente apartado.<sup>34</sup>

### ***3. La relación intersubjetiva entre los sujetos beneficiarios de las razones en conflicto***

#### **3.1. Introducción**

Sentado lo anterior, es momento ya de analizar cómo valorar normativamente la relación que media entre los agentes beneficiarios (*domini* o no) en la situación de conflicto. Bien mirado, lo que se pretende a continuación es, simplemente, vincular el juicio normativo de valoración de las dos posiciones implicadas en una situación de conflicto a la moderna comprensión del sistema de causas de justificación.<sup>35</sup> Es decir, aunque en los supuestos de conflictos entre razones de obligación ninguno de los necesitados o agentes involucrados puede, por así decirlo, defender su posición jurídica ejerciendo directamente un derecho de necesidad frente a su contrincante, sino que la garantía de su esfera depende necesariamente del comportamiento de un tercero obligado, es posible afirmar que es la valoración de esa relación y de los eventuales deberes de tolerancia y derechos de necesidad la que condiciona la valoración del estatus jurídico de las dos esferas en conflicto a los efectos de resolver la colisión de deberes. La esfera que amerita *in concreto* mayor garantía en el plano estrictamente intersubjetivo, esto es, al margen de la especie de deber, es también aquella cuyos intereses están garantizados normativamente conforme al sistema general de causas de justificación.<sup>36</sup> A continuación se examina de forma breve en qué consiste el referido juicio de ponderación de bienes para, acto seguido, proceder a un examen detallado de cómo los principios de autonomía y solidaridad configuran los baremos de predominio de una esfera frente a otra en las situaciones de conflicto.<sup>37</sup>

#### **3.2. La ponderación de los bienes jurídicos en juego**

Una vez cribado el sentido del juicio de ponderación general de intereses tal y como lo entiende la doctrina mayoritaria, excluyendo del mismo, entre otros factores, la provocación

---

<sup>34</sup> Cfr. *infra* apdo. II, 4.

<sup>35</sup> Cfr. WILENMANN, *InDret*, (3), 2014, pp. 4 y ss.

<sup>36</sup> En este sentido, vid. KLESCZEWSKI, *AT*, 2ª ed., 2012, nm. 368 y ss., 370.

<sup>37</sup> El examen de la relación intersubjetiva que aquí se pretende es común a las situaciones en las que los dos sujetos pacientes se encuentran en situación de necesidad y aquellas en las que solo uno de los dos ocupa directamente una posición de necesitado. Esta distinción, como se verá, cobra únicamente sentido tras comprobar que entre los dos sujetos implicados no media ninguna relación de competencia especial por la situación de conflicto. Cfr. *infra* apdo. II, 4.4.

de la situación de necesidad y las posiciones especiales de deber, así como la prioridad temporal, se ha afirmado que al nivel de atribución de valor al objeto de ponderación pertenecen únicamente aquellos factores inmediatamente vinculados con el valor específico de los bienes jurídicos en colisión.<sup>38</sup> Aunque por cuestiones expositivas se presenta aquí primero el juicio de ponderación material, no debe olvidarse que éste se enmarca en unos parámetros prefijados a través del juicio normativo de competencia por la solución del conflicto. En realidad, primero se determina el umbral que resuelve el conflicto y acto seguido tiene lugar la ponderación de los intereses en juego. En este segundo nivel sistemático, que es el que ahora nos ocupa, se trata de atribuir una concreta valía a los intereses en juego a partir de los siguientes tres factores: el concreto valor de los bienes jurídicos en liza, la intensidad de la lesión esperable y, finalmente, la probabilidad de lesión y la dimensión de la oportunidad de su salvación.<sup>39</sup> La reducción de la ponderación de intereses *stricto sensu* a este grupo de elementos permite reconducir a valores conmensurables el juicio estricto de ponderación. Veamos todo ello con algo más de detalle.

En primer lugar, a fin de concretar el valor del objeto de ponderación debe estarse siempre al concreto valor que se atribuye aisladamente a los bienes jurídicos afectados.<sup>40</sup> Se trata de aprehender del conjunto del Ordenamiento jurídico todos aquellos factores que permitan una valoración específica de tales bienes,<sup>41</sup> teniendo en todo caso presente el carácter eminentemente instrumental de éstos. Es decir, el valor del bien jurídico lo determina en última instancia su capacidad para servir a la autorrealización personal de su titular.<sup>42</sup> Los marcos penales, como parámetro objetivo de su valor normativo, suponen un importante indicio, aunque la absolutización de la función indiciaria de los marcos penales sería un error, pues el “sí” y el “cómo” se protege un bien jurídico no depende única y exclusivamente del valor general atribuible a dicho bien.<sup>43</sup> «La suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden social, y, por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación con él mismo, sino solo en conexión con todo el orden

---

<sup>38</sup> Se trata, en cierta medida, de una vuelta a la antigua ponderación de bienes jurídicos, aunque sin desterrar por completo el resto de factores que la teoría de la ponderación de intereses asume como relevantes, que pasan ahora a cumplir una función sistemática distinta en un plano también distinto. Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, pp. 754 y ss.; o WELZEL, *StrafR*, 11ª ed., 1969, § 14, pp. 90 y ss.

<sup>39</sup> Vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 141 y s., con múltiples citas a la doctrina en las notas 45 y 46; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 74; Así también, ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 23 y ss., quien distingue entre el criterio de la ponderación, donde operan los factores normativos y los criterios de ponderación, en donde son los aspectos vinculados al bien jurídico los que son tomados en consideración.

<sup>40</sup> Al respecto, con detalle, MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, pp. 229 y ss.; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 71 y ss.; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/20 y ss.; o LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª ed., 2012, p. 429.

<sup>41</sup> Cfr. ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 111.

<sup>42</sup> Cfr. Cap. 3, apdo. III, 3.3.

<sup>43</sup> Otra cuestión relevante en este punto, pero que por ahora puede quedar aparcada es la posibilidad de agregar bienes jurídicos de distintos titulares en cada uno de los lados de la balanza, de modo que la suma de aquellos pueda alterar el valor global del interés que se pondera. Al respecto, vid. Cap. 5, apdo. II, 4. Y otro problema algo distinto, que tampoco ha sido suficientemente tematizado en la discusión jurídico-penal es el de la posibilidad de agregar bienes intrapersonalmente, tomando en consideración, además del daño directo que amenaza, el daño de rebote. El precario estado de desarrollo de la valoración del daño en la discusión jurídico-penal invita aquí a examinar con detalle la discusión jurídico-civil, desde donde antaño viene desarrollándose con detalle la noción de daño a los efectos de ser indemnizado. Cfr. REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de responsabilidad civil*, 5ª ed., 2014, v. I, pp. 328 y ss., sobre la certeza del daño, pp. 330 y ss.; sobre el daño corporal y sus consecuencias, pp. 367 y ss.; y sobre el daño reflejo o por rebote, pp. 393 y ss.

social». <sup>44</sup> El marco penal responde igualmente a determinados intereses político-criminales que nada tienen que ver con el valor abstracto del bien. <sup>45</sup> Aunque no podemos detenernos en este punto, tal y como sugiere JAKOBS, urgen aquí reglas generales de jerarquía normativa entre los bienes. En este sentido, cabría en primer lugar establecer una distinción básica entre bienes de primer rango, como los elementos que constituyen a la persona, y bienes de segundo rango, entre los cuales, a su vez, debería distinguirse entre bienes sustituibles, como el patrimonio, e insustituibles, como la integridad moral. <sup>46</sup> Aunque ello se desarrollará en el próximo capítulo, sí cabe afirmar ahora que, a los efectos de resolver los conflictos entre razones de obligación, el número de bienes de distinta titularidad involucrados en el conflicto y, en particular, el número de vidas humanas resulta irrelevante, pues no es posible la determinación del objeto de ponderación a partir de razonamientos agregacionistas. <sup>47</sup> A propósito de las vidas humanas es igualmente irrelevante el hecho de que estén inmediatamente abocadas a su perdición, es decir, una vida condenada a perderse no vale menos que la del joven con toda una vida por delante. <sup>48</sup> Algo distinto rige cuando están en juego bienes no personalísimos, en especial, cuando está en juego la propiedad. El coche que de todas maneras se perderá en un incendio, vale en el juicio de ponderación menos que un modelo idéntico que todavía puede ser salvado. <sup>49</sup> Ello, en realidad, obedece a la propia dinámica cambiante del valor patrimonial. <sup>50</sup>

En segundo lugar, debe tomarse aquí en consideración la intensidad y medida del daño que amenaza. <sup>51</sup> Es decir, en el caso de los bienes que admiten distintos grados de lesión, por ejemplo, la integridad física o el patrimonio, resulta indudable que el peso relativo de los bienes que ponderar depende también del grado específico de lesión que amenaza con producirse. <sup>52</sup> Los distintos marcos penales previstos para un mismo hecho lesivo en función de la dimensión del daño patrimonial o en la integridad física constituyen aquí un punto de referencia esencial. Con razón admite la doctrina la justificación de mínimas lesiones en la

---

<sup>44</sup> Cfr. WELZEL, *StrafR*, 11ª ed., 1969, § 1, pp. 4 y s.

<sup>45</sup> Vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, nm. 13/20, quien se refiere a los marcos penales como «un punto de apoyo necesitado de retoques»; ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 27; ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 111.

<sup>46</sup> Vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, nm. 13/20; o LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª ed., 2012, p. 429, quien relativiza el valor de la regla general de preferencia de los bienes individuales frente a los comunitarios, pues no es descartable que la infracción de estos últimos tenga «mayor trascendencia social, reflejada en el mayor desvalor jurídico-penal». Lo cierto es que, en vez de intentar desarrollar reglas claras en este sentido, la doctrina ha optado por centrar esencialmente su estudio en un aspecto muy concreto del problema, el del valor de la vida humana en situaciones de conflicto. Ello queda claramente de manifiesto en los comentarios al § 34 de NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 73 y ss.; o de ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 116 y ss.

<sup>47</sup> Cfr. Cap. 5, apdo. II, 3.3, d). En este sentido, fundamental, KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 51 y ss., pp. 57 y ss.

<sup>48</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/23.

<sup>49</sup> Así, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/23; 20/41: «si el bien sobre el que se interviene ya no tiene posibilidad de subsistir, disminuye la importancia del interés sobre él, siempre que se trate de un bien cuantificable».

<sup>50</sup> Sobre la noción de perjuicio y el carácter esencialmente dinámico del patrimonio, con detalle, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, «Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?», *InDret*, (1), 2015, pp. 17 y ss.

<sup>51</sup> Hasta donde alcanzo, nadie duda de la relevancia de este factor en la ponderación propia del estado de necesidad. Entre otros muchos, vid. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 32; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 79; ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 28; o ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 114.

<sup>52</sup> Vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, nm. 26 b).

integridad física para salvaguardar bienes patrimoniales especialmente importantes.<sup>53</sup> En los bienes materiales, la comparación de la intensidad o de la medida de la lesión esperable es relativamente sencilla. No así en el caso de los bienes inmateriales, en donde el cotejo se torna más complejo. Habrá que estar aquí, además de a la intensidad de la lesión inmediata, a la duración y persistencia de aquélla,<sup>54</sup> pues definen irremediabilmente la intensidad global del daño esperable.<sup>55</sup> La reparabilidad o irreparabilidad de la pérdida sufrida es igualmente un factor a tener en cuenta a la hora de analizar la intensidad y medida de la lesión esperable.<sup>56</sup> Más discutible resulta, en cambio, la posibilidad de determinar la intensidad y medida del daño a partir de la relevancia funcional individual de los bienes. En todo caso, una comprensión de los bienes jurídicos como instrumentos para la autorrealización personal parece llevar a afirmar que la intensidad del daño que amenaza a un pianista que puede perder la movilidad en uno de sus dedos es superior a la de una persona para la que esa afectación no resulta ser biográficamente relevante.<sup>57</sup>

Finalmente, en tercer y último lugar, la ponderación de los intereses queda co-determinada asimismo por la noción de probabilidad, y ello, en un doble sentido. Relevante es, por un lado, la probabilidad de realización efectiva de la lesión que amenaza y, por el otro, la probabilidad de realización eficaz de las expectativas de salvación inherentes a la acción necesaria.<sup>58</sup> Adviértase que en las situaciones de necesidad, por lo general, la lesión de los bienes implicados aparece siempre como una probabilidad, más o menos cierta, pero nunca segura. Del mismo modo, la acción salvadora candidata a la justificación trae consigo desde una perspectiva *ex ante* únicamente una posibilidad concreta de evitación del resultado lesivo.<sup>59</sup> Adviértase además que la incertidumbre no guarda relación solo con el “sí” de la lesión, sino que generalmente se tratará de una incerteza vinculada también con la dimensión del daño esperable. Así las cosas, resulta obligado tomar en consideración a la hora de proceder a ponderar los bienes en juego, además de la concreta probabilidad de lesión efectiva del bien que se desea salvar, la probabilidad de éxito de la acción salvadora y la probabilidad en su caso de que el riesgo al que se someten los bienes de quien soporta la

---

<sup>53</sup> Cfr., por ejemplo, ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 28.; y ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 114; KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 8, nm. 121.

<sup>54</sup> Vid. en detalle, ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 115.

<sup>55</sup> Parece igualmente importante a la hora de valorar el bien jurídico en juego a partir del daño que amenaza tener en cuenta no solo el perjuicio inmediato sino las eventuales consecuencias perjudiciales que pueden irse sucediendo en el largo plazo.

<sup>56</sup> Cfr. MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, p. 237.

<sup>57</sup> De parecida opinión, vid. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., A § 16, nm. 71. Y sobre la dimensión funcional indemnizable del daño en el ámbito civil, con detalle, REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de responsabilidad civil*, 5ª ed., 2014, v. I, pp. 344 y ss., 364 y ss.

<sup>58</sup> Cfr. MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, pp. 250 y ss.; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 80 y s.; ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 129 y ss.; o ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 28. Sobre la probabilidad de éxito de la medida curativa en el ámbito de los conflictos médicos, con detalle, vid. DÖNICKE, *Strafrechtliche Aspekte der Katastrophenmedizin*, 1987, pp. 85 y ss.; y VOB, *Kostendruck und Ressourcenknappheit*, 1999, pp. 183 y ss., quien distingue a su vez entre la probabilidad de éxito de la medida, el alcance curativo de la misma y la persistencia de su eficacia en el tiempo.

<sup>59</sup> Sobre los problemas para la ponderación en supuestos en los que es prácticamente imposible pronosticar las probabilidades de salvación, vid. solo HILGENDORF, «Zwischen Humanexperiment und Rettung ungeborenen Lebens - Der Erlanger Schwangerschaftsfall», *JuS*, 1993, pp. 97 y ss., 101.

injerencia justificada se realice en un daño efectivo.<sup>60</sup> Todo ello, teniendo en cuenta siempre la concreta medida e intensidad de lesión esperable. Aunque sería quimérico tratar de matematizar el papel de los distintos grados de probabilidad relevantes, resulta en todo caso obligado no preterir en la ponderación la toma en consideración de todos ellos.<sup>61</sup>

Así las cosas, una vez efectuado este primer juicio de ponderación, es posible establecer una diferencia estrictamente material entre el interés de cada uno de los dos agentes beneficiarios. Puede afirmarse, por ejemplo, que el interés de (A) es mínimamente superior al de (B), que el de (B) es esencialmente superior al de (A), o que ambos son idénticos. Se trata ésta siempre de una relación gradual. Lo primero acontecería, por ejemplo, en el supuesto en el que (A) corre un peligro moderado de sufrir unas importantes lesiones y (B) un peligro mínimo de sufrir esas idénticas lesiones. Podríamos afirmar que el interés de (A) prepondera esencialmente sobre el de (B) cuando el primero corre un peligro moderadamente alto de morir y (B) un peligro seguro de sufrir unas lesiones mínimas. Finalmente, podríamos afirmar la equivalencia entre los intereses en juego, por ejemplo, en el caso de los dos niños de escasa edad que acaban de zozobrar en alta mar junto a su padre.

### **3.3. La determinación formal de los umbrales de primacía entre esferas jurídicas en conflicto**

#### **a) Introducción**

En consonancia con la visión eminentemente formal de la colisión entre esferas jurídicas que subyace a la concepción de los conflictos aquí defendida, se trata de concretar en lo que sigue las condiciones bajo las cuales una esfera puede ser estimada como preferente frente a su oponente. Si resulta que todos los factores vinculados con el bien jurídico son tomados en cuenta en el juicio de ponderación de intereses, parece lógico que a la hora de determinar el umbral de prevalencia de una esfera frente otra sean los factores tradicionalmente tildados de “normativos” los que deban desempeñar un papel esencial. Como ha quedado patente en el

---

<sup>60</sup> La valoración de la conducta de quien para llevar al hospital a su amigo y evitar con ello que éste muera desangrado decide circular a una velocidad muy por encima de la máxima permitida dependerá directamente del riesgo de muerte y lesiones al que sometan a eventuales participantes en el tráfico rodado. En Alemania, se asume, por ejemplo, la justificación de la conducción bajo los efectos del alcohol cuando ello resulta necesario para salvar una vida o evitar importantes lesiones físico-corporales, siempre y cuando no se someta a ningún otro participante a un peligro concreto para su vida o integridad física. Sobre todo esto, vid. con ulteriores referencias, NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 81; y con detalle, ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 131 y ss.

<sup>61</sup> Pese a que en la doctrina penal se afirma en ocasiones que la probabilidad de éxito de la medida salvadora sería irrelevante cuando están en juego vidas humanas, en el ámbito médico, en donde se plantea con más frecuencia el conflicto, la distribución de recursos escasos a partir de un principio de eficiencia parece ser un lugar común. Al respecto, vid. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 57 y ss. El médico que solo puede atender a uno de los dos pacientes puede, según KÜPER, escoger a cuál atiende, también cuando uno tiene una opción segura de salvación en caso de disponer del medio de salvación mientras que el segundo dispone en ese caso de una probabilidad mínima (p. 60, n. 128). En el mismo sentido, LENCKNER, «Ärztliche Hilfeleistungspflicht und Pflichtenkollision», *Medizinische Klinik*, (21), 1969, pp. 1000 y ss. Sin embargo, que las probabilidades de éxito juegan un papel fundamental en la distribución escasa de recursos en el ámbito médico lo pone en evidencia VOB, *Kostendruck und Ressourcenknappheit*, 1999, p. 183; y en el mismo sentido, MERKEL, «Die chirurgische Trennung sogenannter siamesischer Zwillinge», en ROXIN/SCHROTH (ed.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4ª ed., 2010, pp. 631 y s., n. 69.

primer capítulo de este trabajo,<sup>62</sup> son básicamente dos los criterios “normativos” a los que la doctrina mayoritaria recurre a la hora de ponderar los deberes en situaciones de conflicto: la provocación de la situación de conflicto y las posiciones especiales de deber de los implicados.<sup>63</sup> Aunque la doctrina no explicita las razones por las que deberían ser tomados en consideración,<sup>64</sup> que sean precisamente estos dos los factores jurídico-normativo relevantes no resulta en absoluto casual.

Bien mirado, con el reconocimiento de estos dos elementos se está sujetando la revisión del comportamiento del autor en el ámbito de la justificación a los dos principios fundamentales que legitiman las normas penales, esto es, a los principios de autonomía y solidaridad.<sup>65</sup> Con la toma en consideración de la provocación en la ponderación se está atribuyendo *de facto* un grado superior de competencia por la situación de necesidad al responsable de la organización de esa situación; mientras que con las genéricas alusiones a las posiciones de deber especiales se alude asimismo a posiciones de competencia especial por la conjura de la situación de necesidad, ya tengan aquéllas un fundamento negativo (actos de asunción), ya sean institucionales positivas (funcionarios públicos y padres respecto a sus hijos). Si resulta que todo deber penal puede ser reconducido en su fundamento a alguno de los dos referidos principios, y que las colisiones entre razones de deber obligan a una reformulación normativa de las razones en liza una vez constatada la imposibilidad de imponer legítimamente a un

---

<sup>62</sup> Vid. Cap. 1, apdo. III, 3.

<sup>63</sup> Vid. Cap. 1, apdo. III, 3. Como se ha mostrado en el primer capítulo, en la doctrina se alude igualmente en ocasiones a la prioridad como factor relevante a la hora de ponderar los intereses en juego en la situación de conflicto de deberes. Ello se muestra como un factor correctivo imprescindible desde ópticas materialistas del conflicto de deberes. El médico no puede arrebatar la bombona de oxígeno al paciente que hace uso de ella cuando entra en el hospital un segundo paciente necesitado igualmente de un tratamiento de oxigenoterapia. Desde la óptica de aprehensión de los conflictos aquí defendida, en cambio, no es necesario incluir en la ponderación la prioridad temporal como factor de jerarquización relevante. En un Ordenamiento jurídico liberal, en el que se reconoce la privatización de la desgracia y de los medios para su conjura, la posición jurídica de quien goza de un mecanismo de salvación es *in abstracto* preferente a la del posterior necesitado: *prior tempore potior iure*. Sobre esto mismo, con detalle, vid. *infra*, apdo. II, 4.

<sup>64</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 3.

<sup>65</sup> Cfr. Cap. 3, apdo. III, 2.2. Por otro lado, adviértase que se niega aquí cualquier relevancia directa en la jerarquización a algunos otros factores normativos que sí han sido tradicionalmente incluidos en el juicio de ponderación de intereses propio del estado de necesidad, como pueden ser la lesión de la autonomía o de la autodeterminación de un sujeto, la perturbación del Ordenamiento jurídico, la actuación de parte del injusto o la existencia de regulaciones específicas legales. Al respecto, vid. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, A § 16, nm. 26 y ss. La existencia de regulaciones legales específicas que solucionen el conflicto, evidentemente, no puede ser incluida en el juicio de ponderación, sino que determina ya su solución (MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, p. 248 y s.). Por otro lado, la actuación de parte del injusto es un criterio igualmente irrelevante, pues no hay razón que justifique —en el caso del estado de necesidad agresivo— una hipotética merma de la pretensión de solidaridad del sujeto coaccionado frente al resto de sus conciudadanos (MEIBNER, *ob. cit.*, p. 255). Tampoco cabe arrojar al juicio de ponderación la “no perturbación del Ordenamiento jurídico”, pues este factor es tomado en cuenta precisamente a la hora de establecer el baremo de justificación en las situaciones de estado de necesidad agresivo. (Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 143; y MEIBNER, *ob. cit.*, p. 227). La prevalencia del derecho negativo frente al positivo se plasma en un baremo que exige una diferencia esencial entre los intereses en juego en favor de quien ostenta la pretensión negativa. En caso de darse esa diferencia, el ejercicio de la pretensión positiva no perturba el Ordenamiento jurídico, pues es conforme a Derecho. Finalmente, tampoco cabe incorporar al juicio de ponderación el principio de autonomía en detrimento de los intereses de la víctima de la injerencia necesaria. También este factor encuentra plasmación en la concreta formulación de las condiciones exigidas para que la injerencia esté justificada, de modo que no puede ser nuevamente tenido en consideración en el juicio de ponderación (así, con razón, vid. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 61; o NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 66.).

sujeto dos deberes de imposible cumplimiento, parece evidente que han de ser también esos dos principios los que rijan la aprehensión formal del conflicto entre esferas jurídicas.<sup>66</sup>

Ahora bien, asumiendo que efectivamente el baremo de imposición de una esfera jurídica frente a otra encuentra su apoyo último en los dos principios referidos, la cuestión es examinar de qué modo cabe extraer de ambos axiomas baremos concretos y claros de vencimiento entre las esferas en conflicto. Lo que aquí se propone es tomar en consideración ambos principios para establecer grados parciales de competencia por la situación de conflicto en cuestión. Se trata de examinar a qué sujeto de los dos implicados, ya sea por la posibilidad de imputar el surgimiento del conflicto a su actuar auto-responsable previo, ya sea por la posibilidad de atribuirle una competencia especial por la conjura del conflicto en virtud de ciertos deberes también especiales, le corresponde asumir destacadamente los costes del mismo.<sup>67</sup> Se trata de un examen bilateral de ambas posiciones desde el prisma dual referido, tomando a su vez en consideración el carácter necesariamente gradual de la incumbencia por una situación de necesidad. Ni todas las provocaciones son iguales, ni todos los deberes de asumir riesgos en situaciones de necesidad son equivalentes. Estos distintos grados de ejercicio de autonomía o de densidad institucional positiva condicionan también decisivamente el análisis intersubjetivo de la relación entre los agentes implicados.

Adviértase ahora también que la determinación de las posiciones de competencia especial a los efectos de resolver el conflicto entre razones de obligación se corresponde en lo esencial con la concreción de las posiciones de competencia a los efectos de legitimar auténticos deberes jurídico-penales. Es decir, las condiciones bajo las cuales, por ejemplo, un sujeto es considerado preferentemente competente por una situación de necesidad, otorgando entonces al necesitado una facultad especialmente intensa de defensa frente a él, son las mismas bajo las cuales se afirma una posición de competencia preferente a los efectos de legitimar un deber de salvamento de especie intermedia.<sup>68</sup> Un mismo actuar precedente peligroso, por ejemplo, imprudente, determina una única posición de competencia preferente, que genera, en su caso, un deber de salvamento de especie intermedia para el responsable del peligro, o un deber de tolerar la acción defensiva del necesitado (o de un auxiliante necesario). Ambos deberes constituyen formas de representación de un único y mismo deber, su infracción, bien mirado, merece idéntica respuesta penal. Y esta misma relación de correspondencia se aprecia en la concreción de posiciones de competencia especial en virtud de la existencia de deberes especiales entre los necesitados.

---

<sup>66</sup> Y esto último, dicho sea de paso, rige también para todo el sistema clásico de causas de justificación, fundamentado igualmente en la dupla de principios de autonomía y solidaridad. Ello fue tempranamente puesto de relieve entre nosotros por BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, *passim*. En el mismo sentido, además, COCA VILA, *InDret*, (1), 2011, pp. 25 y ss.; y en los últimos tiempos, así también, WILENMANN, *InDret*, (3), 2014, pp. 2 y ss.

<sup>67</sup> Por competencia especial se alude aquí a aquella posición de competencia por la conjura de la situación de necesidad que va más allá de la general, determinada por las reglas del estado de necesidad agresivo.

<sup>68</sup> Sobre todo ello, con detalle, vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Noistand*, 2002, pp. 276 y ss.

Sin embargo, NEUMANN sostiene que la doctrina mayoritaria se equivoca cuando modula el derecho de defensa de un sujeto frente a su garante.<sup>69</sup> El deber de garante, entiende este autor, afecta únicamente a la cuestión de bajo qué pena se obliga a un sujeto a actuar en caso de necesidad, equiparando un deber de solidaridad mínimo con una injerencia activa en la posición del garantizado. Ahora bien, cuando se trata simplemente de valorar la injerencia activa en la posición jurídica del garante, el correspondiente deber de garante carece de toda trascendencia.<sup>70</sup> Lo contrario, señala NEUMANN, conduce al absurdo de que el garante ostentaría un derecho de defensa superior frente a terceros que frente a sus propios garantizados. Sería, pues, inaceptable negar al responsable de un grupo de esquidores el derecho de lesionar levemente a uno de sus garantizados para evitar un riesgo para su propia vida en una maniobra de frenado de emergencia y, en cambio, aceptar esa misma maniobra cuando supusiera la lesión de un miembro de otro grupo distinto.<sup>71</sup> En idéntico sentido, señala KÜPER que no ve motivo alguno por el que derivar de la existencia de un deber de garante deberes de tolerancia superiores en caso de injerencias activas.<sup>72</sup> La solidaridad, como fundamento, explicaría en la teoría de las posiciones de garante únicamente el nacimiento de un deber de actuar y el carácter de esa garantía, esto es, su cualidad como deber de evitación de un resultado. Sin embargo, de aquí no se extrae que los bienes del garante en la relación interna con su garantizado merezcan una menor protección que la que ostentan extramuros de esa relación de solidaridad.<sup>73</sup>

Hasta donde alcanzo, el error que subyace a los planteamientos de NEUMANN y KÜPER es el de advertir en el deber de evitar un resultado lesivo el denominador común entre los deberes de garante y las posiciones de competencia especial en el marco del sistema de causas de justificación. Sin embargo, el punto común al que reconducir ambos subsistemas es precisamente el de la teoría general de las posiciones de competencia, fundamentada en la distinción entre deberes negativos y positivos y, en especial, las tres categorías de razón de obligación en atención a su especie. Al mismo tiempo que el principio de autonomía o solidaridad cristaliza en un deber de competencia plena que obliga a un agente a evitar un resultado lesivo, aquél se plasma en un deber de tolerancia intensificado equivalente, que nos permite determinar qué esfera jurídica y en qué medida debe soportar los costes del conflicto. Se trata, en realidad, de las dos caras de una misma moneda.<sup>74</sup> Lo relevante es el grado de competencia que se atribuye un sujeto por los intereses ajenos, y ello, con independencia de si el correcto desempeño de esa posición de competencia exige *in concreto* actuar salvando u omitir tolerando la acción salvadora por parte del necesitado garantizado o su auxiliador. El garante está obligado a lanzar el flotador a su garantizado cuando peligra ahogarse (art. 11 CP – 138 CP), o a no impedir que quien está a punto de lanzarlo lo haga. El deber es

---

<sup>69</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 32», NK, 4ª ed., nm. 102.

<sup>70</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 32», NK, 4ª ed., nm. 102: «Un deber de garante ensancha la posición jurídica del beneficiario, en la medida en que le otorga a aquél una pretensión garantizada jurídico-penalmente de prestación de auxilio activa; pero no refuerza su posición jurídica, esto es, no determina una intensificación de sus derechos de defensa».

<sup>71</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 32», NK, 4ª ed., nm. 103: «el deber de solidaridad de los miembros de grupos ajenos no puede ir más allá que el deber de los miembros del propio grupo».

<sup>72</sup> Vid. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 108.

<sup>73</sup> Vid. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 108.

<sup>74</sup> Vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 279.



materialmente el mismo. Por lo tanto, cuando NEUMANN afirma que resulta inaceptable que el garante pueda injerirse en mayor grado en la esfera de un tercero que en la de su garantizado, olvida que es el propio Ordenamiento jurídico el que distingue entre vínculos obligacionales, protegiendo la esfera de un sujeto de manera más intensa en su relación con el garante, que en su relación con el resto de ciudadanos.<sup>75</sup> El garantizado ostenta una mejor posición frente a su garante que la que pueda ostentar un tercero. Tanto es así, que en caso de estar el garantizado y el tercero en idéntico peligro, el garante habrá de salvar a su garantizado y el tercero tolerar su fatal destino. Las condiciones de legitimación de los deberes (de actuar) y los deberes de tolerancia son exactamente las mismas, pues constituyen modalidades específicas de representación de una misma idea obligacional. La medida en la que un sujeto puede injerirse en la esfera de un tercero es la misma en la que ese tercero está obligado a sacrificarse en favor del primer sujeto.

En lo que sigue, se lleva a cabo un examen detallado de los posibles escenarios de competencia especial en situaciones de conflicto entre razones de obligación. En primer lugar, se analizan los baremos de imposición de esferas a partir de la determinación de posiciones de competencia especial por la provocación de la situación de conflicto. En segundo lugar se analiza cómo las posiciones especiales de deber, tanto de corte negativo como institucional positivo, fijan grados distintos de competencia por el conflicto. Finalmente, en tercer y último lugar, se examina de qué modo afecta la combinación de posiciones de competencia especial en virtud de una provocación y una posición especial de deber a la determinación de los baremos para la imposición de una esfera frente a otra en la relación intersubjetiva del conflicto entre razones de obligación.

## **b) Competencia especial por la determinación responsable de la situación de conflicto**

Como se ha mostrado en el primer capítulo de este trabajo,<sup>76</sup> no toda la doctrina está de acuerdo en incorporar en el juicio de jerarquización de los deberes la noción de provocación de la situación de conflicto.<sup>77</sup> «A diferencia de la ponderación de intereses en el marco del § 34, la provocación por parte de uno de los sujetos en peligro de su propia situación de riesgo no desempeñaría papel alguno en un supuesto de colisión de deberes».<sup>78</sup> Mientras que en el marco del estado de necesidad la justificación del comportamiento típico del necesitado se explica por un vínculo de solidaridad con el afectado por la injerencia, vínculo que quedaría modulado (a la baja) en atención a la posible responsabilidad del necesitado, en los supuestos de colisiones de deberes no se trata de deberes de solidaridad entre los potenciales beneficiarios de una acción salvadora, «sino de una solidaridad voluntaria o conforme a deber ejercida por el salvador para con los salvados. La afirmación de la relevancia de una

<sup>75</sup> Vid. NEUMANN, «§ 32», NK, 4ª ed., nm. 129.

<sup>76</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 3.

<sup>77</sup> En este sentido, entre otros, vid. RUDOLPHI/STEIN, «Vor § 13», SK-StGB, 8ª ed., nm. 47; NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 131; SATZGER, «Die rechtfertigende Pflichtenollision», JUR-A, (10), 2010, p. 756; RÖNNAU, «Vor § 32», LK, 12ª ed., nm. 122; EL MISMO, «Rechtfertigende Pflichtenollision», JuS, (2), 2013, p. 114; o LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», Schönke/Schröder, 29ª ed., nm. 74.

<sup>78</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 131.

provocación supondría aquí para el salvador, en última instancia, una prohibición de salvar al “culpable”». <sup>79</sup> Resultaría totalmente irrelevante para el obligado a actuar si alguno de los dos titulares de los bienes jurídicos en peligro en favor de los que debe actuar es responsable por la situación de colisión. «Este punto de vista puede influir en el peso de los intereses en la relación entre los dos titulares de los bienes jurídicos, pero no en la relación existente entre dicho titular y el que está obligado a actuar». <sup>80</sup>

Frente a este modo de ver las cosas, sin embargo, cabe afirmar que la pretensión de comprender el conflicto intersubjetivo al margen de eventuales posiciones de competencia especial por la causación responsable del conflicto implica, además de una materialización del conflicto inasumible, que es reducido a un mero conflicto entre intereses o bienes, una marginación del parámetro rector esencial de todo el sistema de separación de esferas de libertad. Los conflictos no se explican —o no esencialmente— como el conflicto entre intereses fáctico-valorativos, sino como la colisión de dos esferas de libertad que pretenden en un caso concreto vigencia efectiva. <sup>81</sup> Resulta, pues, inaceptable valorar normativamente el merecimiento *in concreto* de protección de dos esferas en situación de peligro sin tomar en consideración en qué medida esa situación le es atribuible a cada uno de los agentes implicados. En un Ordenamiento jurídico en el que las nociones de autovinculación y responsabilidad por el propio comportamiento libre se erigen en principios fundamentales de delimitación de esferas de libertad no se puede prescindir del grado de responsabilidad por el surgimiento del conflicto de cada sujeto paciente a la hora de su resolución. Quienes niegan relevancia a la provocación podrían objetar frente a lo anterior que ello se predica única y exclusivamente respecto a las colisiones de deberes, donde confluyen dos razones de obligación provisionales. Y efectivamente podría quizá negarse toda relevancia a la provocación si la solución a las colisiones de deberes, a diferencia del resto de conflictos justificantes, se obtuviera al margen de la concreta relación normativa que existe entre los dos sujetos implicados. Obviamente, no es esto lo que defienden NEUMANN o RUDOLPHI, quienes en absoluto relegan la resolución del conflicto a una comparación entre las especies de los deberes en conflicto. Lo que pretenden ambos autores es vincular la solución a los conflictos a un examen exclusivo de la diferencia de intereses.

En lo que sigue, se aborda la relevancia de la provocación de la situación de conflicto por parte de alguno de los dos sujetos beneficiarios de las razones en liza a los efectos de

---

<sup>79</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 131. En un sentido prácticamente idéntico, vid. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 122; LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 74. Del mismo modo, recurriendo a un argumento de “pendiente resbaladiza” en el ámbito de la medicina niega KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht*, 1992, p. 330 y s., la posibilidad de preferir un interés frente a otro equivalente por el mero hecho de ser su titular responsable de la situación de necesidad. El adicto a la nicotina, dice KÜNSCHNER, tiene también derecho a beneficiarse de un trasplante de corazón.

<sup>80</sup> Cfr. RUDOLPHI/STEIN, «Vor § 13», *SK-StGB*, 8ª ed., nm. 47.

<sup>81</sup> La distribución primigenia de esferas de libertad solo puede ser vista como una solución conforme a los principios de autonomía y solidaridad de los hipotéticos conflictos puramente materiales que se darían antes de la parcelación inicial básica de la libertad en sociedad. Los conflictos excepcionales que posteriormente se puedan producir no retornan a los titulares de las esferas jurídicas en colisión a un estatus pre-jurídico desformalizado, sino que exigen una reformulación de la parcelación inicial de libertad conforme a los mismos principios de autonomía y solidaridad.

determinar la relación intersubjetiva entre aquéllos.<sup>82</sup> Aunque tradicionalmente la doctrina ha abordado este problema de un modo unitario, cabe distinguir aquí analíticamente entre dos escenarios aparentemente distintos: por un lado, aquél en el que un agente provoca su propia situación de necesidad, determinando con ello el conflicto de deberes; y por el otro, aquél en el que un agente provoca la situación de necesidad ajena, provocando así igualmente una situación de conflicto de deberes.<sup>83</sup> Mientras que el primer escenario nos traslada a la dogmática clásica de la provocación en situaciones de estado de necesidad agresivo, el segundo guarda relación con la dogmática de la legítima defensa y del estado de necesidad defensivo, en definitiva, con las situaciones de conjura de un mal a costa de los bienes de quien es en cierta medida responsable de su ocasionamiento. Este epígrafe concluye con el análisis de aquellos conflictos en los que los dos sujetos pacientes son en alguna medida responsables por la situación.

### *i) Competencia especial por la provocación de la propia situación de necesidad*

Es ampliamente compartida en la doctrina la afirmación según la cual, aquél que de forma auto-responsable se coloca en una situación de necesidad dispone de un derecho de necesidad más débil que el que le corresponde al que se ve inmerso sin culpa alguna en una situación de riesgo idéntica.<sup>84</sup> Ya HENKEL mostró tempranamente con claridad lo “parcial” que sería la resolución de un conflicto entre dos esferas que no otorgara ningún valor a la provocación.<sup>85</sup> Ello no empece para que tanto el grado de relevancia de la provocación en situaciones de conflicto, como el modo en el que este factor debe ser tomado en consideración sean todavía objeto de profunda controversia en la doctrina contemporánea. Por un lado, se discute vivamente acerca del objeto de referencia de la provocación, esto es, si por provocación debe entenderse la causación responsable de un peligro, o si guarda relación con la misma causación de la situación de colisión de intereses en la que es necesario lesionar el interés

---

<sup>82</sup> Un problema distinto que no abordaremos aquí es el de cómo valorar penalmente la provocación por parte del obligado de la posterior situación de conflicto entre razones de obligación (“*omissio libera in causa*”). Con un ejemplo: un socorrista, tras consumir la noche anterior una gran cantidad del alcohol, no está en disposición física —a primera hora de la mañana siguiente— de salvar a tiempo a los dos turistas que a escasos metros de la playa peligran morir ahogados. En condiciones normales podría haber salvado sin problemas a ambos, pero en su estado actual solo puede salvar a una de las dos víctimas. Aquí, entiende JOERDEN que, en la medida en que la situación de conflicto es imputable a un acto previo negligente del socorrista, parece posible imputar al socorrista un homicidio también cuando salve a uno de los dos turistas. Cfr. JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, pp. 49 y ss., p. 52. Si el socorrista opta en la situación de conflicto provocada por no salvar a ninguna de las dos víctimas, en buena lógica, habría que concluir que el socorrista comete, además de un primer homicidio imprudente, un segundo homicidio doloso. En cambio, poniendo en evidencia las dificultades para encontrar una solución justa a estos supuestos sin conculcar el principio de simultaneidad y el axioma del *impossibillum nulla obligatio*, vid. HRUSCHKA, *AT*, 2ª ed., 1988, pp. 57 y ss., pp. 383 y ss., p. 64.

<sup>83</sup> Por razones expositivas, en lo que sigue abordaremos el problema desde la óptica del que es en alguna medida responsable por el conflicto, para establecer así los baremos que nos permitirían afirmar su preeminencia en la situación de colisión.

<sup>84</sup> Las referencias a la doctrina pueden leerse en KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand*, 1983, p. 27; o JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/27 y ss.; ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 62, y más recientemente, en PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 286, n. 35.

<sup>85</sup> Cfr. HENKEL, *Der Notstand*, 1932, p. 137, analizando con detalle la provocación en el estado de necesidad y en supuestos de auxilio necesario, pp. 135 a 149.

ajeno para salvaguardar el propio.<sup>86</sup> A partir de aquí, introduciendo la variante del título subjetivo de la provocación (dolo/imprudencia) cabe distinguir cuatro escenarios de provocación distintos. Esta clasificación puede complicarse a su vez dando entrada a formas varias de dolo e imprudencia, y a grados distintos de infracción de meras incumbencias de auto-protección.<sup>87</sup> Por otro lado, cabe advertir en la doctrina una importante indeterminación acerca del modo en el que canalizar dogmáticamente el papel de este factor en las situaciones de conflicto. En esencia, se advierten aquí dos maneras de operar radicalmente distintas: por un lado, hay autores que abogan por tomar la provocación en consideración en el marco de la concreta causa de justificación. A su vez, es posible distinguir entre quienes creen que la provocación modifica el valor de los intereses en un juicio de ponderación,<sup>88</sup> quienes ubican el problema en la cláusula de adecuación del § 34. II StGB o en el art. 20.5.º III,<sup>89</sup> quienes niegan el elemento subjetivo de la justificación en los casos de provocación dolosa del conflicto<sup>90</sup> y, finalmente, quienes, como aquí ya se ha defendido, entendemos que la competencia preferente por la provocación del conflicto determina el concreto umbral para la justificación una vez determinada la diferencia de intereses.<sup>91</sup> Por el otro, hay quien desde concepciones utilitaristas del estado de necesidad agresivo le niega a esta circunstancia toda relevancia en el ámbito de la justificación, abogando por canalizar dogmáticamente el problema a través de la figura de imputación de la *actio illicita in causa*.<sup>92</sup>

Aunque en este lugar no es posible abordar en profundidad cada una de las cuestiones acabadas de referir, de lo que no hay duda es que la provocación ha de ser un factor siempre relevante a la hora de resolver situaciones de conflicto entre razones de obligación. Que la mera desgracia, *per se*, no determina quién es el jurídicamente llamado a soportar las pérdidas que amenazan lo demuestra el reconocimiento mismo del estado de necesidad agresivo.<sup>93</sup> Quien en virtud de su comportamiento precedente organizativo coloca sus propios bienes en una situación de conflicto se encuentra en una posición de necesidad normativamente más débil que la de quien, encontrándose en esa misma situación, nada tiene que ver con el peligro

---

<sup>86</sup> El problema lo pone claramente de manifiesto KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand*, 1983, pp. 20 y s., con múltiples citas a la doctrina alemana. Vid. además, NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 93 y ss. En la doctrina española, sobre todo ello, vid. ROPERO CARRASCO, *La provocación del estado de necesidad*, 2002, pp. 148 y ss.; LUZÓN PEÑA, «*Actio illicita in causa* y provocación en las causas de justificación», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho penal (libro homenaje a Claus Roxin)*, 1997, pp. 243 y ss.

<sup>87</sup> Sobre las incumbencias de auto-protección y la relevancia de su infracción a la hora de determinar la justificación del hecho típico del autor, vid. MITSCH, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, 2004, pp. 43 y ss.

<sup>88</sup> Así, por ejemplo, ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 62 y ss., NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 95; o ERB, «§ 34», MK, 2ª ed., nm. 142, ambos con ulteriores citas a la doctrina.

<sup>89</sup> Así, por ejemplo, LANGE, «Ist Schuld möglich?», *FS-Bockelmann*, 1979, p. 274. Al respecto, con detalle, vid. ROPERO CARRASCO, *La provocación del estado de necesidad*, 2002, pp. 319 y ss.

<sup>90</sup> Cfr. ZIESCHANG, «§ 34», LK, 12ª ed., nm. 70.

<sup>91</sup> Cfr. ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt. Renzikowski StGB*, nm. 36 y ss.

<sup>92</sup> Cfr. HRUSCHKA, *AT*, 2ª ed., 1988, p. 359; EL MISMO, «Das Strafrecht neue durchdenken!», *GA*, 1981, p. 248; EL MISMO, «Anmerkung zu OLG Karlsruhe», *JZ*, 1984, p. 243. De *lege ferenda*, reconoce HRUSCHKA la conveniencia de prever tipos especiales de peligro que sancionen la provocación culpable de las situaciones de necesidad. En un sentido parecido, vid. MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, pp. 252 y s.

<sup>93</sup> Señala KÜPER que, en cierta medida, la toma en consideración de la provocación de la situación de necesidad se legitima a partir de un argumento *ad maiore ad minus*, en relación con el principio del *casum sentit dominus*. Es decir, si resulta que cada uno de nosotros debemos soportar los peligros no imputables a terceros que nos amenazan, con mayor razón, deberemos tolerar esos peligros cuando seamos nosotros mismos los responsables de su desencadenamiento. Vid. KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand*, 1983, p. 27.

que le amenaza.<sup>94</sup> Esto, en contra de lo que generalmente se afirma,<sup>95</sup> no significa que los intereses del provocador valgan menos, sino que su posición jurídica se ve por los propios actos organizativos debilitada frente a la de su oponente en el conflicto. El sinalagma de la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias determina que aquél que de algún modo es responsable por la situación de conflicto sea, a su vez, llamado de forma señalada a soportar los riesgos del mismo.<sup>96</sup> Lo contrario, como señala KÜPER, sería prescindir en la valoración del conflicto del principio básico de coordinación de esferas de libertad en nuestro Ordenamiento, el principio de autonomía.<sup>97</sup>

Sentado lo anterior, es momento ahora de abordar las dos cuestiones prácticas fundamentales para lo que aquí interesa: en primer lugar, debe concretarse bajo qué condiciones cabe atribuir al necesitado una posición de competencia especial por la solución del conflicto que ha provocado. En segundo lugar, debe especificarse en qué medida una posición de competencia especial derivada de la auto-puesta en peligro responsable del necesitado limita el derecho de necesidad del sujeto responsable. A decir verdad, ambas preguntas no pueden encontrar una única y definitiva respuesta. Dado que la atribución de una posición de competencia preferente se fundamenta en la intensidad específica del ejercicio de la libertad organizativa del agente provocador, factor eminentemente gradual,<sup>98</sup> son diferenciables asimismo distintos tipos de posición de competencia especial por la propia provocación de la situación de necesidad.<sup>99</sup> Ello, claro está, determina a su vez una multiplicidad de umbrales normativos sobre los que determinar la preferencia de una esfera jurídica frente a su opuesta.

### **α) Competencia plena por la provocación de la propia necesidad**

Asumiendo como criterio analítico de presentación el grado de ejercicio de autonomía en el acto organizativo que desencadena la situación de conflicto, el primer supuesto al que ahora debemos referirnos es aquél en el que el agente necesitado se coloca de forma plenamente

---

<sup>94</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 95. En lo que sigue, se trata siempre de la provocación propia de la situación de conflicto por parte de uno de los dos sujetos involucrados como potenciales beneficiarios en la situación de conflicto. Es decir, el que sea el padre el responsable de la situación de conflicto no afecta a la relación entre los dos necesitados, sino solo a la que le une a él con cada uno de los necesitados. Ésta, sin embargo, queda caracterizada por la especie del deber, y ha de ser tomada en consideración en un plano analítico distinto. Cfr. *infra* apdo. III, 2.

<sup>95</sup> Cfr. ROXIN, AT, v. II, 2003, § 16 A, nm. 62.

<sup>96</sup> Cfr. MÜSSIG, «§ 35», MK, 2ª ed., nm. 47.

<sup>97</sup> Cfr. KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand*, 1983, pp. 27 y s. La provocación, pues, no puede incorporarse sin más al macro-juicio de ponderación de intereses. La posibilidad de encuadrarla sistemáticamente en la cláusula de adecuación o en el apartado segundo del art. 20.5.º CP solo resultaría aceptable si no se comprende tales cláusulas como cláusulas de todo o nada, pues una coherencia armónica de las posiciones jurídicas en conflicto resulta imposible desde tal óptica. Al respecto, señalando la inoperatividad de la cláusula de adecuación para ventilar dogmáticamente el problema de la provocación, vid. KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand*, 1983, pp. 34 y s.; y en el mismo sentido, con razón, NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 95. Sobre esto mismo, a propósito de la ubicación sistemática de la colisión entre razones de obligación en el Derecho positivo español, vid. Cap. 5, apdo. IV.

<sup>98</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 57.

<sup>99</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 292 y ss., p. 295, quien pese a distinguir entre dos clases de provocación, la vinculable a la infracción de una norma de comportamiento y la apreciable en crasas infracciones de incumbencias defiende su tratamiento unitario, a partir del baremo de la notable preponderancia esencial

responsable en la situación de peligro para, de este modo, poder lesionar el interés ajeno de manera no antijurídica (*Absichtsprovokation*).<sup>100</sup> A modo de ejemplo:

Un montañista, con la intención de pasar la noche en un cálido y acogedor refugio de montaña se retrasa a conciencia en el descenso de modo que no logra regresar al pueblo antes de la puesta de sol. Para evitar sufrir congelaciones, se guarece en el referido refugio.

(A), joven envidioso de 16 años y que no sabe nadar, al ver como su padre se zambulle en el agua para evitar que se hunda en el mar el reloj de su hermano menor (B), decide sorpresivamente tirarse al agua, con la intención de que el padre se vea obligado a salvarle a él y se pierda definitivamente el reloj de (B).

¿Qué relevancia tiene en la valoración intersubjetiva de las esferas implicadas en una situación de conflicto la provocación de la propia situación de necesidad? Es conocida la solución propuesta por BINDING, que resume el propio autor de manera lacónica al afirmar que «quien se coloca a sí mismo en peligro, debe perecer en él».<sup>101</sup> El Derecho exigiría en tales casos que el necesitado tolerara incluso su propia muerte, de modo que el desplazamiento del mal constituiría siempre un hecho delictivo, con independencia de que la provocación hubiera sido intencionada o meramente negligente.<sup>102</sup> Un rigorismo similar se advierte en nuestro vigente art. 20.5.º II, que parece negar toda posibilidad de justificación cuando la situación de necesidad ha sido provocada intencionadamente por el sujeto necesitado.<sup>103</sup> Todavía hoy un importante sector doctrinal defiende en España y Alemania que la provocación dolosa o intencional de la situación de colisión excluye la posibilidad de trasladar el daño esperable a un tercero.<sup>104</sup> Quien origina la situación de conflicto para lesionar así el interés ajeno perdería por lo tanto toda pretensión jurídica de salvamento. El niño envidioso que para evitar que su padre salve el reloj de su hermano se tira al agua perdería, pues, toda pretensión de ser salvado, el padre debería evitar que el caro reloj acabe en el fondo del mar. En cambio, en el resto de supuestos, esto es, allí donde no se provoca intencionadamente la situación de colisión, la doctrina dominante suele relegar la toma en consideración de la provocación al

---

<sup>100</sup> Cfr. ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 37; KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 8, nm. 142; o ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 141. Además, con detalle, sobre la provocación intencional tanto en la legítima defensa como en el estado de necesidad, vid. RIGGI, *Interpretación y ley penal*, 2010, pp. 185 y ss., 201 y ss.

<sup>101</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 778.

<sup>102</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 778.

<sup>103</sup> Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, pp. 484 y ss., nm. 77 y ss.

<sup>104</sup> En este sentido, vid. KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand*, 1983, p. 33, quien afirma que el merecimiento de protección en tales supuestos se reduce a la nada; ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 37; ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 141; KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 8, nm. 142; ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 62. Distinguiendo en función del carácter de los bienes jurídicos, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/27, quien señala que «la puesta en peligro dolosa de un bien disponible excluye completamente la solidaridad», si bien «un bien no enteramente disponible nunca se «pierde en el juego» del todo». Un análisis exhaustivo de la interpretación doctrinal española del término «intencionadamente» del art. 20.5.º CP puede leerse en ROPERO CARRASCO, *La provocación del estado de necesidad*, 2002, pp. 124 y ss., abogando por limitar la provocación relevante a la búsqueda intencional de la situación de necesidad, p. 148, pp. 183 y ss. Cfr. además, LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª ed., 2012, p. 432.

juicio de ponderación de intereses,<sup>105</sup> de modo que la provocación no excluye la justificación de una injerencia salvadora, pero sí aminora el valor de los intereses propios.<sup>106</sup>

En mi opinión, ambas formas de proceder resultan desacertadas. Que la provocación no puede ser incorporada a un juicio de intereses, sino que determina precisamente las condiciones de imposición de unos intereses frente a otros es algo que ya ha quedado arriba señalado. Pero por otro lado, tampoco es de recibo la exclusión absoluta de un derecho de necesidad en caso de provocación dolosa o intencional de la situación de conflicto.<sup>107</sup> La posición de competencia preferente más intensa es la de quien orienta sus actos organizativos a la provocación de una situación de conflicto para, amparado por una causa de justificación, lesionar los intereses ajenos. Quien configura la situación justificante para lesionar así los intereses ajenos perdería cualquier pretensión de solidaridad pues, en realidad, lo único que pretende el necesitado aquí es lesionar intereses ajenos amparado por una causa de justificación. Estructuralmente, se trataría de un supuesto semejante al fraude de ley<sup>108</sup> Sin embargo, esta conclusión no resulta convincente. Es cierto que el grado de responsabilidad del necesitado por el conflicto es pleno, y es cierto que se trata del intento de ampararse en una causa de justificación para lesionar intereses ajenos impunemente. Ahora bien, tal y como establece el art. 6.4 del CC, los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido no impiden la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado eludir. Bien mirado, en los casos de provocación intencional del conflicto estamos ante un acto plenamente responsable, siendo posible advertir en el acto necesario posterior una injerencia antijurídica dolosa —prácticamente— equiparable a una conducta desencadenante de un derecho de legítima defensa en sentido estricto.<sup>109</sup> En tales supuestos la posibilidad de una acción defensiva necesaria se presenta como el correlato lógico de los derechos de legítima defensa en supuestos de notable desproporción.<sup>110</sup> Aunque la agresión sea entonces plenamente responsable, agresor y agredido, en tanto que ciudadanos de una misma comunidad en Derecho, mantienen lazos que van más allá en el tiempo de la mera relación

---

<sup>105</sup> Vid. KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 8, nm. 142; ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16, nm. 53. Un análisis detallado de las distintas posturas acerca del papel que la provocación desempeña en la justificación por estado de necesidad puede leerse en KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand*, 1983, pp. 18 y ss.

<sup>106</sup> Con otras muchas referencias a la doctrina, vid. ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 37; ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 141; o ZIESCHANG, «§ 34», *LK*, 12ª ed., nm. 70 y ss.

<sup>107</sup> Así también, vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 294 y s.; y en el mismo sentido, RIGGI, *Interpretación y ley penal*, 2010, pp. 208 y s., «[e]sta última solución conduciría naturalmente a un resultado político-criminalmente insatisfactorio».

<sup>108</sup> Cfr. KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand*, 1983, p. 33; y RIGGI, *Interpretación y ley penal*, 2010, pp. 209 y ss., 215 y ss.

<sup>109</sup> Y digo prácticamente equiparable porque es posible todavía constatar en los ejemplos propuestos una diferencia respecto a los supuestos clásicos de legítima defensa. En éstos, el responsable de la situación de necesidad no domina el curso del riesgo en tanto se mantiene la situación de conflicto, sino que pierde su control en un momento previo a la acción defensiva. El sujeto que se lanza al agua para impedir que su padre salve el reloj de su odiado hermano determina la situación de necesidad de aquél de forma plenamente autorresponsable, pero en tanto se mantiene la “agresión”, aquél ya no la domina, ni puede detenerla o revocarla. Consecuentemente, el baremo que se propone aquí para las situaciones de máxima responsabilidad pero sin actualidad no puede ser el de la legítima defensa (extrema desproporción), sino uno levemente más respetuoso con los intereses del responsable del conflicto (notable desproporción).

<sup>110</sup> Así, entre otros, NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 96 y PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 294.

intersubjetiva presente.<sup>111</sup> No obstante, a diferencia de lo que acontece en los supuestos clásicos de legítima defensa, en los que el agresor domina a través de la actualidad el curso lesivo, y en donde el baremo que limita el derecho de defensa es entonces el de la *extrema desproporción*; en los supuestos que ahora nos ocupan, el que ha provocado intencionalmente la situación de necesidad para lesionar los intereses ajenos conserva un derecho de solidaridad algo mayor,<sup>112</sup> que limita el derecho de defensa del agredido en supuestos de *notable desproporción*.<sup>113</sup> Por lo tanto, en el ejemplo clásico del montañero que configura la situación de necesidad para poder pasar la noche en un refugio de montaña, cuando está en juego su vida, el hecho típico seguiría estando justificado y, por la misma razón, el conflicto de deberes del padre que tiene que escoger entre salvar el reloj de su hijo o la vida del adolescente egoísta se resuelve en favor de este segundo deber.<sup>114</sup>

### β) Competencia preferente por la provocación de la propia necesidad

Sin embargo, la importancia práctica de los supuestos acabados de mencionar resulta más bien escasa. Por ello, la doctrina se ha centrado de manera muy razonable en abordar aquellos casos en los que el posterior necesitado lo es en virtud de un comportamiento previo auto-responsable no tendente directamente a la creación de la situación de necesidad. Es decir, se provoca directamente el peligro, pero no la situación de conflicto, que ni se prevé ni se desea. A los efectos que aquí interesan, es obligado distinguir en este punto entre dos grandes grupos de casos. En primer lugar, cabe distinguir aquellos supuestos en los que el posteriormente necesitado provoca la situación de conflicto a través de un acto organizativo en sentido fuerte, aunque no tendente a la destrucción de los bienes ajenos. Me refiero ahora a aquellos supuestos en los que el sujeto necesitado, pese a no provocar la situación de un modo equivalente a los supuestos de legítima defensa, es decir, no controlar de forma actual y plenamente responsable el curso de (auto)lesión, es responsable por el conflicto, como mínimo, en términos análogos a los del estado de necesidad defensivo. Cabe pensar aquí tanto en aquellos casos en los que el necesitado de forma consciente ha colocado con

<sup>111</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 245 y s.

<sup>112</sup> Este derecho de solidaridad excepcional lo explica PAWLIK como un premio por una fidelidad al derecho pasada y acicate para que esa sea la actitud del ahora agresor en un futuro. Consecuentemente, cuando el acto presente de desprecio del Derecho no se muestra como algo aislado, sino como una actitud de deslealtad para con el Ordenamiento definida en el pasado y que se proyecta hacia el futuro, el agente perdería incluso su mínimo derecho de solidaridad. Vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 246 y s.

<sup>113</sup> En un sentido muy parecido, vid. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 96.

<sup>114</sup> Sobre la así llamada restricción ético-social en la legítima defensa, fundamentándola también desde la óptica solidarística, vid. PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 341 y ss. Difícil de explicar resulta la aceptación de un deber de solidaridad como el descrito, de modo que no cabría legítima defensa frente a la acción necesaria, pero al mismo tiempo negar la conformidad a Derecho de la acción salvadora. Así, por ejemplo, ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 141, quien a propósito del ejemplo propuesto por NEUMANN del nadador que se lanza al mar con el objetivo de, una vez agotadas sus fuerzas, verse “obligado” a allanar una isla de propiedad privada, afirma que efectivamente el propietario no podría empujar al necesitado al agua cuando intenta alcanzar suelo firme, pero éste tampoco actuaría de forma justificada. La imposición de un deber de tolerar la propia muerte como éste no es asumible y pretender corregir los más que contraintuitivos resultados a los que se llega negando la legítima defensa supone una quiebra sistemática inexplicable. ERB entiende, sin embargo, que los resultados no serían realmente tan insostenibles, pues el agente se decidiría —pese a la norma— a comportarse de forma antijurídica y, al haber negado el derecho de legítima defensa, el necesitado lograría salvarse, aunque recibiendo la pena correspondiente por el hecho antijurídico cometido. Ahora bien, la pretensión de solucionar problemas dogmáticos asumiendo que el obligado infringirá la norma de comportamiento resulta a todas luces inaceptable.



conocimiento, incluso con intención, sus propios bienes en una situación de peligro; así como en aquellos supuestos en los que el provocador expone sus bienes al peligro de forma gravemente negligente, desencadenándose en ambos casos una situación de colisión entre razones de obligación.<sup>115</sup> La posición de competencia preferente se deriva aquí materialmente del concreto ejercicio de libertad organizativa que justifica a posteriori la imposición agravada de los costes de solución de un conflicto. Repárese en el siguiente ejemplo:

(A) conduce su automóvil a una velocidad claramente superior a la máxima permitida, de modo que acaba finalmente estrellándose contra un árbol. A escasos metros del lugar del accidente un facultativo se dispone a atender a un anciano (B) que acaba de sufrir un infarto. En ese instante, el médico advierte que (A) se encuentra igualmente malherido y debe decidir a quién atiende.

En este último ejemplo, el conductor ha de ser hecho destacadamente competente para la solución de un conflicto con un tercero igualmente necesitado. Ante una eventual colisión de intereses, no puede desconocerse que uno de los agentes implicados ha contribuido a su surgimiento en el ejercicio de su libertad de forma preferente.<sup>116</sup>

Por otro lado, deben también ser tomadas aquí en consideración aquellas autopuestas en peligro que determinan situaciones de conflicto reconducibles a actos organizativos de menor intensidad, aunque de carácter especial. Es decir, pese a no ser constatable ningún acto de apartamiento objetiva o subjetivamente imputable de un estándar de comportamiento jurídico-penal, el sujeto en cuestión acaba determinando el conflicto a partir de un ejercicio especial de su libertad de actuación. Por ejemplo:

---

<sup>115</sup> En todo caso, hasta donde alcanzo, lo fundamental a los efectos de determinar una posición de competencia preferente no es el hecho de que el agente coloque sus bienes en peligro a través de la infracción de una norma de comportamiento o de la infracción de incumbencias de auto-protección. Señala acertadamente que la atribución de responsabilidad responde en ambos supuestos a una misma lógica, a la de la libertad de organización, MÜSSIG, «§ 35», *MK*, 2ª ed., nm. 53. En cambio, definiendo la provocación relevante a partir de las nociones de infracción de deber e infracción crasa de incumbencias, vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 292 y ss.

<sup>116</sup> En este sentido, en el marco de las colisiones de deberes, muy claramente KLESCEWSKY, *AT*, 2ª ed., 2012, nm. 369. Especialmente interesantes son aquí los supuestos en los que ejercicios despóticos de la propia libertad someten a terceros al riesgo constante de tener que tolerar injerencias salvadoras en sus derechos o incluso, tener que actuar en la salvaguarda del necesitado. ¿Hasta qué punto debe sacrificar sus propios intereses un pescador en aras de salvar al surfista que diariamente se expone a riesgos vitales en una zona rocosa de la costa mediterránea? Parece plausible afirmar que, aunque el surfista prevea la situación de conflicto, con ello no pierde un eventual derecho a ser rescatado conforme al art. 195 CP cuando el pescador puede salvarlo alterando por un corto espacio de tiempo su ruta y lanzándole un flotador. Ahora bien, ¿sigue siendo exigible esta conducta salvadora cuando el surfista se expone al riesgo diariamente y obliga al pescador a desviar su ruta y salvarlo un par de veces por semana? (El caso lo tomo de SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA/CORCOY BIDASOLO, *Casos de jurisprudencia penal*, 2ª ed., 1997, pp. 235 y s.). MERKEL («La filosofía, ¿«convidado de piedra» en el debate del Derecho penal?», en *La insostenible situación del Derecho penal*, p. 201) se ha pronunciado explícitamente al respecto en los siguientes términos: «[h]a de aludirse finalmente a un problema hasta el momento, según aprecio, todavía no discutido: si con las conductas en estado de necesidad que se suceden en el tiempo pero contra los mismos destinatarios de la intromisión, debería darse en cada nueva situación de necesidad una especie de «efecto de reincidencia», que prolongaría en cada siguiente intromisión una relevancia *eo ipso* creciente —por lo menos, si se trata en cada caso también del mismo autor en situación de necesidad (lo que sería posible, por ejemplo, en las relaciones de vecindad), o si el autor posterior sabe de las intromisiones de los anteriores. La idea fundamental más arriba discutida, del estado de necesidad como un principio moral entre personas singulares, parece dar lugar claramente a tal efecto acumulativo intertemporal en el lado de la intromisión: una especie de desgaste paulatino del deber mínimo de solidaridad ciudadana a través de su reiterada utilización».

El inexperto montañista (A), que inicia una ascensión alpina sin informarse sobre el estado meteorológico de la zona y es sorprendido por una importante y prevista tormenta de nieve, es competente preferente por la situación de necesidad; a diferencia de (B), quien había iniciado días atrás su expedición y se encuentra en la misma situación de necesidad pero como consecuencia de un accidente completamente fortuito. (C) solo tiene una manta térmica para prestar y ha de escoger si se la facilita a (A) o a (B).

¿Qué consecuencias tiene la mera puesta en peligro de los propios bienes que desencadena un conflicto de intereses no previsto? En los supuestos en los que el posteriormente necesitado pone en peligro de forma cuasi plenamente responsable sus intereses, aunque no prevea la situación posterior de conflicto, aquél resulta sustancialmente competente por el conflicto en cuestión. A través de un acto organizativo fuerte ha colocado sus bienes en peligro y debe, por lo tanto, asumir en gran medida las consecuencias que de ello se derivan. Sin embargo, no cabe tampoco desconocer que la puesta en peligro plenamente responsable de los bienes no es equiparable a un acto organizativo autónomo actual tendente a su destrucción. Si resulta que incluso en supuestos de auténtica legítima defensa, se reconoce un mínimo derecho de solidaridad del agresor frente al agredido, limitando el derecho de defensa de este último en los casos de extrema desproporción, parece razonable admitir que, también en auto-puestas en peligro dolosas, el sujeto necesitado conserva un derecho de necesidad.<sup>117</sup> Ante actos organizativos de naturaleza intermedia, equivalentes a los que dan pie a deberes de competencia preferente en sentido fuerte, el sujeto cuasi-responsable solo podrá desplazar el mal a un tercero cuando su interés prevalezca de forma *esencialmente preponderante* frente al interés que se lesiona. Se trata, pues, del baremo inverso al propio de las situaciones de necesidad agresivas. Es decir, el conductor accidentado solo podría exigir ser salvado antes que el anciano cuando su interés prepondere esencialmente frente al del peatón. En cambio, en las situaciones de competencia preferente más débiles, en las que el ejercicio de autonomía del necesitado es inferior,<sup>118</sup> cabe afirmar en consonancia con lo dicho ya en este trabajo a propósito de los deberes de competencia preferente,<sup>119</sup> que el necesitado puede recurrir a los intereses ajenos siempre y cuando los suyos preponderen, aunque sea de forma mínima. El baremo, pues, es aquí el de la *mínima preponderancia*.<sup>120</sup> El inexperto montañista puede por lo tanto exigir ser salvado solo cuando su interés prepondere sobre el del segundo accidentado que también desea hacerse con la manta térmica.

---

<sup>117</sup> Así, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 293.

<sup>118</sup> Una cuestión especialmente controvertida en este punto es la relevancia que en el ámbito médico deberían tener las conductas autolesivas de los pacientes. Aunque no puedo abordar aquí el problema en detalle, hasta donde alcanzo, deben distinguirse en este punto claramente dos cuestiones. Entiendo que la posición de deber del médico no varía en modo alguno frente al paciente alcohólico crónico, ni está obligado para con éste en menor medida de lo que lo está con el sano deportista. Sin embargo, lo anterior no es óbice para reconocer trascendencia a las conductas autolesivas cuando se trata de distribuir entre dos agentes un bien — excepcionalmente— escaso. Es decir, allí donde un médico está obligado a decidir quién se beneficia de un recurso *in concreto* escaso, la provocación de uno de los pacientes sí puede ser tomada en cuenta como un factor relevante para la resolución del conflicto. Cuestión distinta es decidir qué auto-puestas en peligro son tomadas en cuenta a la hora de solucionar el conflicto. Al respecto, vid. por ejemplo, KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht*, 1992, pp. 330 y s.

<sup>119</sup> Cfr. Cap. 3, apdo. IV, 3.

<sup>120</sup> En este mismo sentido, vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 325.

*ii) Competencia especial por el ocasionamiento de la situación de necesidad ajena*

Además de la provocación de la propia situación de necesidad, la responsabilidad (en sentido lato) de quien acaba soportando la acción necesaria defensiva por la situación de conflicto debe ser igualmente tenida en cuenta a la hora de enjuiciar el conflicto en cuestión. Antes de analizar en qué consiste y qué consecuencias trae consigo a la hora de valorar un conflicto este hecho, debe señalarse nuevamente que ocasionar solo puede ser interpretado de forma normativa, de modo que se trata siempre de la creación de un peligro en una u otra medida imputable a un agente, esto es, reconducible a un acto organizativo evitable. La mera causalidad, como tal, no constituye a estos efectos provocación de la situación de necesidad.<sup>121</sup> Por otro lado, debe advertirse igualmente aquí que la posibilidad de distinguir entre grados de responsabilidad por la generación del conflicto, así como la necesidad de tomar en consideración el grado de responsabilidad de todos los implicados en dicho conflicto determina nuevamente la existencia teórica de una multitud de situaciones de competencia disímil.<sup>122</sup> Ello no impide distinguir nuevamente entre dos situaciones básicas de competencia especial en virtud de la provocación del conflicto:<sup>123</sup> la competencia plena, que da lugar a un deber de tolerar prácticamente ilimitado, como correlato similar al amplio derecho de legítima defensa; y la competencia preferente, que determina un deber de tolerancia algo menos intenso, fruto del también más estrecho derecho de defensa en las situaciones de estado de necesidad defensivo.

**α) Competencia plena por el ocasionamiento del peligro**

Es legítima la atribución de una posición plena de competencia cuando el sujeto paciente provoca la situación de necesidad ajena a través de un comportamiento plenamente autónomo. Aquí, hasta donde alcanzo, cabe distinguir en esencia dos escenarios distintos. El primero, con menor trascendencia práctica en el ámbito de las colisiones de deberes es aquél en el que uno de los beneficiarios genera la situación de conflicto poniendo en peligro a su oponente en consonancia con los requisitos de la situación básica de legítima defensa. En éste, la máxima intensidad del ejercicio de autorresponsabilidad se establece a partir de dos criterios esenciales, uno normativo y otro temporal. El primero de ellos, el criterio puramente normativo, consiste en la constatación del cuestionamiento plenamente imputable por parte del agresor de una norma de comportamiento,<sup>124</sup> de modo que quepa advertir un ejercicio

---

<sup>121</sup> Así, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 304 y s.; COCA VILA, *InDret*, (1), 2011, *passim*. Recientemente, con detalle, WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 279 y ss.

<sup>122</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 312 y s.

<sup>123</sup> Al respecto, por todos, vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 43 y ss., *passim*.

<sup>124</sup> Así PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 306, quien en un primer momento aludía a una organización de la propia esfera jurídica contraria a Derecho, aunque posteriormente niega la necesidad de constatar un hecho contrario a deber, pues son suficientes «creaciones de peligro conforme Derecho cualificadamente peligrosas» (*qualifiziert gefährliche rechtmäßige Gefahrschaffungen*). En este último sentido, vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 241. Ello es perfectamente coherente con la admisión de auténticos deberes negativos de salvamento tras un actuar precedente conforme a Derecho. La misma crítica que se efectuó al planteamiento de PAWLIK (cfr. Cap. 3, apdo. IV, 3.3.), esto es, su falta de distinción entre los diversos niveles de ejercicio de libertad que

abusivo máximo de la libertad. De forma impropia se habla aquí de una infracción dolosa y culpable.<sup>125</sup> El segundo, el criterio temporal, vincula la posición de competencia plena a aquellas creaciones de peligro de las que el autor no puede razonablemente distanciarse en el tiempo. Solo en el marco de una agresión actual cabe atribuir al agresor un deber de tolerancia (casi)absoluto, pues solo mientras dura efectivamente la agresión cabe ver en ella una negación incuestionable de su deber negativo.<sup>126</sup> En tales situaciones, como ya se ha afirmado, el agresor debe tolerar la reacción defensiva necesaria con un único límite, el de la *extrema desproporción*.<sup>127</sup>

El segundo escenario ahora planteable es aquél en el que es posible reconducir la situación de necesidad ajena a un actuar autorresponsable de uno de los dos beneficiarios, pero sin que sea posible hablar en sentido estricto de una situación de legítima defensa, al haber dejado de ser actual la agresión antijurídica. Por ejemplo:

(A) quiere acabar con la vida de (B). (A) ataca sorpresivamente a (B) en una escalera, de modo que logra dejarlo malherido, aunque acaba cayendo también por la escalera sufriendo heridas igualmente graves. A los pocos minutos llega el médico, que debe escoger entre salvar la vida a (B) o hacer lo propio con la de (A).

El deber negativo general de no interferencia obliga no solo a no injerirse activamente en esferas ajenas, sino a neutralizar los focos de peligro que de la propia esfera emanen. Quien de forma plenamente responsable quiebra la separación dada de esferas, queda gravado conforme al mismo deber negativo a soportar todos los costes que sean necesarios para evitar la lesión de los intereses de quien ve amenazada su autonomía, el deber de neutralización del autor muta así en un deber de tolerancia con idéntico alcance y fundamento axiológico.<sup>128</sup> A diferencia de lo que acontece en el ámbito de la legítima defensa, donde la máxima responsabilidad vinculada al carácter actual de la agresión se plasma en el baremo de la *extrema desproporción*, en los supuestos en los que cabe constatar un ejercicio máximo de libertad no vinculable a una agresión actual el baremo aplicable es el de la *notable desproporción*. Como ya se ha señalado anteriormente, el principio de solidaridad opera limitando de forma mínima el derecho de defensa del agredido.<sup>129</sup> El médico de nuestro ejemplo, pues, debe atender de forma preferente a la víctima de la agresión.

---

explican el nacimiento de deberes negativos, es la que explica que se niegue ahora la atribución de una posición de competencia plena ante “agresiones” conforme a Derecho.

<sup>125</sup> Cfr. LESCH, «Die Notwehr», *FS-Dahs*, 2005, pp. 95 y ss. Para una aproximación crítica del recurso a las categorías clásicas de la teoría del delito para determinar el grado de responsabilidad en el marco de las situaciones defensivas, vid., PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 268 y s. En el mismo sentido, crítico con la confusión entre ambos planos, WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 314 y ss., quien entiende necesaria la atribución de sentido a las creaciones de peligro en el marco del conflicto de un modo sencillo, al margen de tecnicismos, de modo que el necesitado pueda fácilmente comprender el alcance de su derecho de defensa (pp. 320 y s.). Así las cosas, una agresión no sería puesta en peligro dolosa, sino una mera lesión intencional (dolo e incluso culpa consciente) de bienes jurídicos.

<sup>126</sup> En un sentido parecido, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 306.

<sup>127</sup> En detalle, sobre el alcance del derecho de defensa en la legítima defensa, vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 241 y ss., limitando dicho derecho de defensa por razones solidarísticas en los casos de extrema desproporción, pp. 244 y ss.

<sup>128</sup> Cfr. PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 209 y ss.; o PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 237 y ss.

<sup>129</sup> Cfr. PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 341 y ss.

## β) Competencia preferente por el ocasionamiento del peligro

Aunque no es posible aquí un estudio detallado de la dogmática del estado de necesidad defensivo, sí resulta conveniente señalar que, en esencia, bajo la etiqueta de la referida causa de justificación se agrupan aquellos supuestos en los que la conducta defensiva debe dirigirse frente a quien es responsable de un modo mitigado por el peligro que determina la situación de conflicto.<sup>130</sup> Se trata, en definitiva, de una estructura de competencia intermedia —LESCH la denomina la “pequeña” legítima defensa („Kleine” Notwehr)—<sup>131</sup> en la que el agente necesitado dirige su defensa frente al sujeto en cuya esfera se encuentra el foco de peligro, que es por lo tanto considerado competente por el conflicto de modo preferente. Con dos ejemplos:

(A), desobedeciendo los requerimientos de su acompañante (B), continúa circulando por una carretera nacional a una velocidad superior a la máxima permitida. Justo en el momento en el que (B) le requiere para que detenga el vehículo y poder así apearse, (A) pierde el control del vehículo sufriendo un accidente y quedando ambos ocupantes malheridos. El médico, nuevamente, solo puede atender a uno de los dos necesitados.

(A), al volante de su automóvil deportivo advierte como de forma inesperada el sistema de frenado del vehículo no reacciona, de modo que acaba por atropellar al peatón (B). El médico llega al lugar del siniestro encontrándose a (A) y (B) en una situación crítica idéntica. Solo puede atender a uno de los dos antes de que el segundo accidentado fallezca.

Estos dos ejemplos reflejan las dos situaciones de competencia intermedia básicas en estado de necesidad defensivo. El primero de los dos ejemplos nos remite a una posición de competencia preferente por el ocasionamiento del peligro de la máxima intensidad (estado de necesidad defensivo primario), en donde es posible establecer un vínculo normativo fuerte entre el actuar de (A), quien se comporta de forma antijurídica, y la situación de peligro para (B). El segundo, nos remite a aquellas situaciones de necesidad en las que el peligro es reconducible normativamente al sujeto que acaba por sufrir la acción defensiva, pero de un modo más tenue (estado de necesidad defensivo secundario), basado en un acto de libertad previo que no constituye un apartamiento objetivo o subjetivamente imputable de un estándar de comportamiento jurídico-penal. Dado que el grado de autonomía al que reconducir el deber de tolerancia es distinto en uno y otro escenario, es también distinto el deber de tolerancia que se impone al responsable del peligro en cada una de las situaciones descritas. Mientras que en los supuestos de estado de necesidad defensivo primario, el necesitado puede recurrir al responsable por el peligro para salvaguardar sus intereses con el único límite de la *preponderancia esencial* de lo lesionado frente a lo salvado,<sup>132</sup> en las situaciones de estado de necesidad defensiva secundarias, el necesitado solo puede defender sus intereses en la medida en que aquellos *preponderen*, aunque sea de forma *mínima*, sobre los que precisa lesionar.

---

<sup>130</sup> Al respecto, con detalle, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 23 y s., pp. 170 y ss.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 312 y ss.; COCA VILA, *InDret*, (1), 2011, pp. 25 y ss.; y recientemente, WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 205 y ss.

<sup>131</sup> Cfr. LESCH, *Notwehrrecht*, 2000, pp. 48 y s.

<sup>132</sup> En este sentido, vid. KLESCEWSKY, *AT*, 2ª ed., 2012, nm. 369.

*iv) Competencia especial de todos los agentes implicados en el conflicto por su provocación*

Más complejo parece responder a la pregunta de quién debe preferentemente asumir los costes de solución de un conflicto en el que los dos agentes involucrados son, en cierta medida, responsables por aquél. A diferencia de lo que acontece con los supuestos de competencia especial por parte de un único afectado, son prácticamente inexistentes las referencias en la doctrina al problema de la responsabilidad especial de todos los involucrados en la solución de conflicto.<sup>133</sup> Veamos el problema de la mano de alguno ejemplos:

(A) y (B), ambos propietarios de dos perros con reconocida tendencia a escaparse de sus respectivas jaulas no se percatan que han cerrado de forma incorrecta sendas jaulas. A los pocos minutos, ambos animales consiguen abandonar sus encierros, encontrándose en la calle y enzarzándose en una pelea que acabará previsiblemente con la muerte de ambos canes.

El experimentado escalador (A), sobrevalorando las capacidades del principiante (B), le convence para que le acompañe en una expedición de riesgo. En el curso de la misma, (B), presa del pánico, desobedece gravemente una orden de (A) y cae en una profunda grieta de hielo, arrastrando en su caída a (A). Para evitar sufrir congelaciones, (A) le arrebató a (B) sus guantes.

(A), mayor de edad, futbolista profesional y amante de los fuegos artificiales, decide lanzar algunos cohetes en el salón de su casa. A los pocos segundos el salón de la casa arde en llamas. (B), vecino y fiel seguidor de (A), no duda ni un momento en entrar a rescatar a (A). Como era de prever, ambos quedan rodeados por las llamas. La única manera que tiene (B) de salvarse es arrebatando entonces a (A) la única máscara de oxígeno disponible.<sup>134</sup>

(A) se refugia sin consentimiento de la propietaria en un granero, donde pasa la noche. A la mañana siguiente, al encender su mechero para intentar ver la hora de su reloj de pulsera, prende fuego al granero, empezando a arder también sus ropas. (A) intenta huir accediendo a la casa principal, sin embargo, topa en su huida con (B), la propietaria, quien armada con una horca pero desconociendo de la existencia del fuego en el granero permanece quieta impidiendo el paso a (A). Tras arrebatarle (B) la horca y propinarle un primer golpe, se enzarzan ambos en una pelea. Finalmente, (A) consigue reducir a (B), a quien lanza al suelo, retomando entonces su huida. Al extinguirse el incendio, (B) aparece muerta.<sup>135</sup>

Hasta donde alcanzo, la determinación de las posiciones de competencia especial por la situación de conflicto parece venir también aquí necesariamente de la mano de un atento análisis al concreto grado de responsabilidad de cada uno de los agentes implicados en la

---

<sup>133</sup> Se refiere al problema JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, nm. 12/52 y 53 (provocación plural en la legítima defensa) y en los nm. 13/47 (en el marco del estado de necesidad defensivo), y sobre este segundo grupo de casos, con algo más de detalle, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 318 y ss. Sobre la provocación encadenada en la legítima defensa, con ulteriores referencias doctrinales, fundamental, MITSCH, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, 2004, pp. 143 y ss. Además, aunque en el marco del estado de necesidad exculpante, vid. MÜSSIG, «§ 35», *MK*, nm. 56; EUE, «Anmerkung zu BGH», *JZ*, (15-16), 1990, pp. 763 y ss.; o recientemente, LERMAN, «Zuständigkeitskollision in Fällen des entschuldigenden Notstandes», *ZStW*, (127), 2015, pp. 296 y ss., 298 y ss.

<sup>134</sup> Asumamos aquí que, dado el grave peligro para la propia vida, (B) no tenía deber de socorrer a (A), de modo que el acto de salvación supererogatorio constituye una auto-puesta en peligro normativamente relevante. Desde la óptica de la colisión de deberes, el supuesto en cuestión se completaría al introducir al bombero que debe decidir a quién de los dos necesitados salva.

<sup>135</sup> BGH, 14.13.1989, 1 Str 25/89 (Tübingen).

situación de conflicto.<sup>136</sup> Así las cosas, cabrá por lo general distinguir aquí entre dos grandes escenarios: aquél en el que los dos involucrados son idénticamente responsables por el conflicto y aquél en el que es posible establecer una divergencia entre el grado de responsabilidad de los sujetos. Retomando el ejemplo propuesto de los dos perros. La pregunta entonces es, asumiendo que el perro de (A) acabará por matar al perro de (B), ¿puede (B) evitar la muerte de su perro matando al fiero can de (A)? La respuesta pasa por concretar cuál es la posición de competencia atribuible a cada implicado en el conflicto en virtud de su actuar precedente negligente. Si (B) no fuera en modo alguno responsable por la situación de conflicto, estaríamos ante un supuesto clásico de estado de necesidad defensivo. (B) podría matar al perro de (A), pues el interés de este último no prepondera esencialmente sobre el de (B), quien sería entonces el único competente por la situación de conflicto. ¿Cómo afecta sin embargo la co-responsabilidad de (B) en la determinación de los derechos de necesidad? A los efectos de resolver los conflictos entre razones de obligación, el escenario más habitual parece ser aquél en el que ambos agentes involucrados son únicamente competentes de forma parcial por el peligro. Así las cosas, tomando de nuevo la distinción entre organización fuerte y organización débil esbozada al abordar el estado de necesidad defensivo, aparecen —en el plano de las estructuras— dos grandes escenarios dignos de consideración: o bien los dos co-responsables por la situación de peligro lo son en idéntico grado, ya sea a través de actos organizativos fuertes o débiles, o bien lo son en un grado distinto. Veamos en primer lugar este segundo escenario.

### **α) Competencia dispar**

Cuando sea posible atribuir cierto grado de responsabilidad por el conflicto a ambos implicados, la solución pasará por una relativización de las posiciones de competencia clásicas en las estructuras de estado de necesidad defensivo en atención a los distintos grados apreciables de responsabilidad. Bien mirado, los supuestos que aquí nos interesan son exactamente los mismos que se analizan bajo el *topos* de la concurrencia de riesgos, aunque no a los efectos de decidir la imputación del resultado, sino a los efectos de concretar quién debe asumir preferentemente los costes de solución del conflicto.<sup>137</sup> El distinto grado de responsabilidad es el factor que determinará finalmente el umbral de imposición de una esfera jurídica frente a otra.<sup>138</sup>

Retomando el ejemplo del escalador experimentado (A) que insta a un principiante (B) a que le acompañe en una expedición de riesgo, en el curso de la cual este último desobedece una orden arrastrando en su caída a (A), cabe advertir dos posibles conductas salvadoras, así como dos baremos distintos de determinación de la licitud de tales conductas. En el supuesto en el que el tercero auxiliante se plantea salvar a aquél agente que ostenta una posición de competencia plena, por ejemplo, a (B), si entendemos que éste de forma gravemente

<sup>136</sup> Cfr. EUE, *JZ*, (15-16), 1990, p. 767.

<sup>137</sup> Lo cual, dicho sea de paso, viene siendo tematizado desde antaño en la dogmática penal bajo distintas denominaciones en el marco de la imputación objetiva del resultado Cfr. ROXIN, *AT*, v. II, 4ª ed., 2006, § 11/106 y ss.; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 7/72 y ss.

<sup>138</sup> Al respecto, aunque en el ámbito del estado de necesidad exculpante, vid. MÜSSIG, «§ 35», *MK*, 2ª ed., nm. 56.

negligente ha desobedecido una orden de (A), el baremo de autorización de la conducta salvadora debería encontrarse a caballo entre el de la *preponderancia esencial* y el de la *mínima preponderancia*. Este baremo es algo más laxo que el propio de las situaciones estándar de estado de necesidad defensivo, al haber instado (A) de forma mínimamente responsable a (B) a emprender la expedición de riesgo, pero superior al de las situaciones de competencia mínima. Se trata aquí, en definitiva, de operar con los distintos baremos reconocidos arriba para buscar soluciones intermedias a tenor del distinto grado de responsabilidad por la situación de conflicto atribuible a cada uno de los agentes necesitados.

### **β) Competencia equivalente**

*A priori*, parece todavía más compleja la decisión acerca de quién debe soportar primariamente los costes de un conflicto cuando los dos agentes co-responsables por la situación de conflicto lo son en una medida idéntica. Hasta donde alcanzo, son tres las propuestas de solución formuladas en la doctrina ante este problema. Por orden cronológico, el primer autor que se pronunció sobre este problema fue EUE, en un breve pero lúcido comentario de sentencia al caso arriba presentado en el que un sujeto se vio obligado a golpear a la mujer que no le dejaba huir tras haber provocado él mismo el incendio.<sup>139</sup> EUE asume que, a diferencia de lo que acontece en los supuestos de estado de necesidad agresivo, cuando el agente posteriormente lesionado es responsable —en alguna medida— por el conflicto, aunque no plenamente responsable, el necesitado puede defenderse frente al cuasi-responsable lesionando lo necesario con el límite de la preponderancia esencial de los intereses lesionados. Ahora bien, este punto de vista ya no sería sostenible cuando la responsabilidad por la situación no solo recae en un lado del conflicto, sino que tanto el necesitado como aquel sujeto que sufre la acción necesaria son responsables por la situación de peligro.<sup>140</sup> Ante este escenario resultaría palmaria la necesidad de limitar la facultad de defensa del necesitado respecto del derecho defensivo característico en el estado de necesidad defensivo.<sup>141</sup>

En principio, cuando los dos agentes son responsables, «de está permitido al necesitado en todo caso una injerencia que salva bienes jurídicos equivalentes o superiores». A partir de aquí, asumiendo que la responsabilidad del necesitado que ha provocado el incendio se mantiene constante, distingue EUE —en atención al grado de competencia de la propietaria que cierra el paso al causante negligente— entre dos posibles variaciones del caso antes señalado. Si se estima que la mujer es solo responsable por cerrarle el paso al necesitado sin percatarse ni haberse podido percatar de la situación de necesidad de aquél, el sujeto necesitado solo podría actuar justificadamente cuando salvaguardara un interés superior. Aquí la responsabilidad de los implicados sería distinta, considerando EUE superior la del necesitado. Ahora bien, cuando quepa afirmar que la mujer que le cerraba el paso al necesitado sí podía haberse percatado de la situación de conflicto en toda su dimensión, el

---

<sup>139</sup> Vid. EUE, *JZ*, (15-16), 1990, pp. 763 y ss., pp. 766 y ss.

<sup>140</sup> Cfr. EUE, *JZ*, (15-16), 1990, p. 767.

<sup>141</sup> Cfr. EUE, *JZ*, (15-16), 1990, p. 767.



necesitado actuaría justificadamente cuando lesiona intereses equivalentes. A los efectos que aquí interesan, la constatación de una doble negligencia de rango idéntico determina la aplicación del baremo del interés equivalente. El necesitado podría en ese caso matar incluso a la propietaria que debía advertir su situación de peligro para salvar su propia vida.<sup>142</sup> Su especial responsabilidad parece derivarla EUE, además del hecho de impedirle en un primer momento el paso, del hecho de no haber advertido acto seguido la dimensión de la necesidad del peligro. Así las cosas, ante situaciones de auténtica equivalencia en el grado de responsabilidad por la situación de conflicto, ya la mera equivalencia entre los intereses justificaría la acción defensiva.<sup>143</sup>

JAKOBS ha abordado también, aunque de forma parcial y sintética, el problema que ahora nos ocupa. En el ámbito del estado de necesidad defensivo, señala JAKOBS que «si es el propio amenazado por el peligro quien es responsable de que aquél le afecte, o un tercero ha dirigido el peligro al amenazado, para la intervención en la cosa que supone un peligro rigen las reglas del estado de necesidad agresivo [...], dado que falta la responsabilidad predominante del titular de la cosa».<sup>144</sup> Por lo tanto, «si alguien provoca a un perro ajeno hasta que éste termina por atacar, la defensa que hiera al perro sólo está permitida cuando el interés protegido *prepondera esencialmente* sobre el interés lesionado».<sup>145</sup> Así las cosas pareciera que para JAKOBS quien da pie o provoca que un tercero lo ponga en peligro de forma no plenamente responsable (estado de necesidad defensivo) pierde con su acto previo de provocación su derecho de defensa. En ese caso, si bien no se diluye la separación de esferas conforme al principio de autonomía, desaparece la pretensión jurídica especial propia del estado de necesidad defensivo, regresando a la situación básica y, por lo tanto, a las condiciones generales de desplazamiento del mal a un tercero no responsable.<sup>146</sup>

PAWLIK ha sostenido posteriormente que cuando los dos afectados por el conflicto son competentes especiales por éste de un modo simétrico, el necesitado sobre el que se cierne el mal podría desplazárselo a la contraparte, siempre y cuando con ello se produzca un saldo de bienes general mínimamente positivo.<sup>147</sup> Señala PAWLIK que, en tales situaciones, ninguno de los dos afectados puede desde un punto de vista jurídico-abstracto exigir un trato de favor, pues el conflicto se reconduce a la infracción por parte de ambos de sus respectivos deberes

---

<sup>142</sup> Cfr. EUE, *JZ*, (15-16), 1990, p. 767.

<sup>143</sup> Crítico con este planteamiento, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 319, n. 140, señalando que, a diferencia de lo que acontecería en la colisión de deberes, no se trataría aquí de la concurrencia de dos deberes de idéntico rango, sino de la defensa del propio bienestar frente al ajeno, lo cual solo se justificaría cuando al mismo tiempo se favorece el interés general.

<sup>144</sup> Vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/47.

<sup>145</sup> JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/47 [cursiva en el original].

<sup>146</sup> En otras palabras, la doble responsabilidad de los involucrados se contrarresta, retornando ambos a la situación básica. El *dominus* solo puede entonces desplazar el mal a su cuasi-agresor conforme al parámetro del estado de necesidad agresivo, esto es, cuando su interés prepondera esencialmente sobre el que lesiona. Vid. además JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/12, en donde analiza el nivel de sacrificio propio exigible al garante en virtud de responsabilidad por organización cuando la persona protegida es también por su parte responsable del peligro. Aquí, sostiene JAKOBS que «el garante es libre ya en caso de interés de la misma importancia». Es más, en ese caso, el garante solo tendría que actuar conforme al baremo del § 34 StGB, es decir, que solo cuando los intereses del garantizado preponderaran esencialmente sobre los suyos nacería un deber de actuar o un deber de tolerar.

<sup>147</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 319.

negativos.<sup>148</sup> Con ello, ambos agentes neutralizarían de forma recíproca sus pretensiones de libertad jurídico-abstracta,<sup>149</sup> de modo que la conformidad a Derecho de la conducta del necesitado estaría vinculada a condiciones mucho más estrictas que las propias de una situación estándar de estado de necesidad defensivo. Dado que el actuante no aventaja desde la óptica del derecho abstracto a su oponente, su derecho de injerencia solo puede justificarse desde el punto de vista del derecho concreto, del bienestar. «Mientras que el derecho abstracto guarda relación con la persona *individual*, la moralidad tomaría en consideración el bienestar de *todos* los sujetos afectados».<sup>150</sup> O, expresado de forma todavía más sencilla, cuando desde la óptica del merecimiento no es posible jerarquizar las posiciones jurídicas, solo queda la utilidad como criterio idóneo para la solución del conflicto. Por todo ello, entiende PAWLIK que, en una situación como ésta, el Derecho solo se podría inclinar por la solución que maximiza los bienes jurídicos, con total independencia de sus titulares.<sup>151</sup> Así pues, la provocación responsable de los dos agentes supondría la disolución momentánea de las esferas jurídicas implicadas (*In extrema necessitate omnia sunt communia*), de modo que el conflicto pasaría entonces a ser contemplado de un modo puramente material, como la mera concurrencia de una pluralidad de intereses pertenecientes a un único propietario que, de forma racional, opta por solventar el conflicto maximizando los bienes en liza.<sup>152</sup> El necesitado puede entonces desplazar el mal al segundo co-responsable cuando con ello se logre un saldo mínimamente positivo.

Hasta donde alcanzo, para establecer una regla de jerarquía clara y coherente desde un punto de vista axiológico y sistemático con todo lo dicho hasta el momento resulta obligado plantearnos ahora qué papel desempeña el principio del *casum sentit dominus* cuando ambos implicados son responsables por el conflicto. Si no voy errado, son dos aquí las posibles soluciones: o bien entendemos que el principio del *casum* es una regla que solo opera en situaciones de estado de necesidad agresivo puras, es decir, cuando ninguno de los dos agentes es responsable por el conflicto y se trate simplemente de decidir bajo qué condiciones puede un inocente desplazar el mal que sobre él se cierne a otro inocente; o, por el contrario, asumimos que la distribución natural del peligro juega siempre y en todo caso un papel, gravando la posición jurídica de aquel a quien el destino ha marcado como llamado a soportar el mal. El primer camino parece ser el que adopta PAWLIK, al afirmar que habiendo provocado ambos agentes involucrados el conflicto, sus pretensiones negativas se disuelven, de modo que el conflicto habría de resolverse entonces de la mano de la solución que maximizara los bienes jurídicos o intereses en liza. Que en los supuestos en los que solo un agente provoca la solución de conflicto, la separación de esferas hasta entonces existente no desaparece resulta evidente. Ello es lo que acontece en la legítima defensa, donde la solución

---

<sup>148</sup> PAWLIK limita el estudio del problema a los supuestos en los que el conflicto se desencadena como consecuencia de una doble organización antijurídica, sin que se plantee en ningún momento el supuesto en el que ambos agentes organizan el peligro de un modo débil. Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 318 y ss.; y en el mismo sentido, WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, p. 365, n. 516.

<sup>149</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 318.

<sup>150</sup> Vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 319.

<sup>151</sup> Vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 319.

<sup>152</sup> Sobre la perspectiva colectivizadora del Derecho al bienestar, vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 167 y s.

al conflicto queda claramente determinada por el principio de autonomía, sin que el derecho al bienestar o la solidaridad de los implicados apenas sea tomado en cuenta. Ahora bien, aun cuando se acepte con PAWLIK que ante ejercicios equivalentes de la propia organización que desencadenan situaciones de conflicto las pretensiones de respeto de la autonomía se contrarrestan y desaparecen, queda todavía por resolver la cuestión fundamental en este punto. Se trata de decidir si solo se contrarrestan los ejercicios concretos de libertad que desencadenan el conflicto y, por lo tanto, regresamos en ese caso a la situación de competencia básica inicial, o si, como parece sostener PAWLIK, la concurrencia de actos autónomos que contribuyen al conflicto afectaría también a la separación básica de esferas de libertad, alterando la forma relacional primigenia.

Pues bien, si como PAWLIK sugiere, la doble responsabilidad altera la separación básica de esferas de libertad, surge entonces la duda de por qué razón se exige una mínima diferencia, esto es, por qué razón la mera equivalencia no faculta ya al titular del perro a socorrer a su animal.<sup>153</sup> PAWLIK responde aquí que el titular del animal solo puede ver protegido su derecho al bienestar cuando éste coincide con el derecho al bienestar de la generalidad. Posteriormente, completa su respuesta afirmando que permitir al necesitado la imposición de su interés ya en caso de equivalencia de los intereses en juego supondría preferir la posición del que se decide por imponer su interés en un primer lugar frente al segundo agente involucrado en el conflicto, privilegiando así entre competentes iguales la capacidad fáctica de intervenir evitando el curso de lesión para los propios intereses.<sup>154</sup> Ahora bien, ¿por qué se le reconoce al perro que previsiblemente matará a su adversario su derecho al bienestar cuando aquél no representa tampoco el derecho al bienestar de la comunidad? En definitiva, ¿por qué preferir el mantenimiento de un *status quo* dado si de lo único que se trata en estos supuestos es de encontrar una solución eficiente?<sup>155</sup> Más plausible parece afirmar con JAKOBS que, ante contribuciones autorresponsables equivalentes a la solución del conflicto, normativamente, ambas se contrarrestan plenamente, de modo que las alteraciones de las correspondientes reglas generales de justificación se retrotraen, presentándose nuevamente la situación de conflicto conforme a los parámetros normativos generales. El *dominus* conserva su estatus y el conflicto no queda desformalizado, sino que, muy al contrario, se rige entonces por las reglas generales, en este caso, las del estado de necesidad agresivo. El Derecho, tampoco cuando los dos involucrados puedan ser responsables por el conflicto en idéntica medida, prescinde de la separación de esferas para resolver el conflicto. El propietario del perro que previsiblemente morirá solo puede en ese caso salvarlo matando al agresor bajo el parámetro del estado de necesidad agresivo. Si, por el contrario, ambos perros peligran morir, la regla general de atribución de la posición de competencia al *dominus* resulta como veremos más adelante absurda,<sup>156</sup> de modo que la mera equivalencia permitiría justificar ya el no cumplimiento de una razón de las dos razones de obligación equivalentes.

---

<sup>153</sup> Cfr. PAWLIK, «Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte», *GA*, 2003, p. 24.

<sup>154</sup> Cfr. PAWLIK, *GA*, 2003, pp. 23 y s.

<sup>155</sup> Cfr. PAWLIK, *GA*, 2003, pp. 23 y s.

<sup>156</sup> Cfr. *infra* apdo. II, 4.4.

### c) Competencia en virtud de posiciones especiales de deber

Además de la provocación de la situación de colisión, también las eventuales posiciones especiales de deber entre los afectados desempeñan un papel relevante a la hora de resolver el conflicto. Aunque esta cuestión ha pasado ampliamente desapercibida en la discusión sobre la colisión de deberes,<sup>157</sup> la trascendencia de las posiciones de competencia especial sí ha sido pródigamente tematizada a propósito de la justificación y la exculpación en estado de necesidad.<sup>158</sup> No obstante, lo anterior no quita que todavía hoy siga siendo profundamente controvertido, por un lado, el tipo de deberes que podrían fundamentar posiciones de competencia especial para la conjura del peligro y, por el otro, el modo en el que canalizar dogmáticamente la relevancia de tales deberes a la hora de valorar la posible justificación de una conducta defensiva.<sup>159</sup> Con carácter general, distingue la doctrina entre deberes especiales de tolerar peligros vinculados al desempeño de actividades profesionales de riesgo y deberes emanados de posiciones de garantía comunes ante un bien jurídico.<sup>160</sup>

Respecto a los primeros, de forma ampliamente compartida, se afirma que el desempeño de actividades profesionales de riesgo (bomberos, médicos, policías, jueces, soldados, etc.) implica un deber especial de asumir los peligros propios de la profesión que, a su vez, determina una disminución del derecho corriente de salvaguarda de los propios intereses en estado de necesidad.<sup>161</sup> También parece haber acuerdo al afirmar que lo anterior rige siempre y cuando el obligado se encuentre en situación de necesidad por la amenaza de un peligro propio o consustancial al desempeño de la profesión en cuestión;<sup>162</sup> así como en la limitación de los deberes especiales de tolerar peligros a situaciones en las que el desempeño de la actividad profesional no comporta una muerte segura.<sup>163</sup> Más controvertido resulta, en cambio, el modo en el que canalizar dogmáticamente la influencia del deber especial de tolerar peligros en el ámbito de las causas de justificación. Mientras que PAWLIK ha defendido la imposibilidad de que los obligados positivos recurran a la regla general del § 34 StGB, pues sería siempre el Derecho de la institución concreta el que regularía el alcance del sacrificio exigible de sus intereses,<sup>164</sup> la doctrina se muestra dividida entre quienes abogan por tomar en

<sup>157</sup> Cfr. solo SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 93 y ss.; y Cap. 1, apdo. III. 3.1.

<sup>158</sup> Cfr. por ejemplo, KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 105 y ss.; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 99 y ss.; ZIESCHANG, «§ 34», *LK*, 12ª ed., nm. 67; o PERRON, «§ 34», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 34. Y sobre la relevancia de las posiciones especiales de deber vinculadas al desempeño de profesiones de riesgo para la exculpación conforme al § 35 StGB, recientemente, LERMAN, *ZStW*, (127), 2015, pp. 286 y ss.

<sup>159</sup> Así lo afirma, con razón, NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 99, con ulteriores referencias doctrinales.

<sup>160</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/28.

<sup>161</sup> En este sentido, por ejemplo, KÜPER, «Die sog. „Gefahrtragungspflichten“ im Gefüge des rechtfertigenden Notstandes», *JZ*, 1980, pp. 755 y ss.; ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 39; ZIESCHANG, «§ 34», *LK*, 12ª ed., nm. 67; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/28 y ss., 15/15; o PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 215 y ss.

<sup>162</sup> Así, por ejemplo, vid. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 106 y s.; LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, pp. 39 y ss.; ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 150; ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 39; LERMAN, *ZStW*, (127), 2015, p. 286, n. 4.

<sup>163</sup> Se afirma por lo general que los deberes especiales de tolerar peligros guardan relación con riesgos, pero no con resultados ciertos. En este sentido, por ejemplo, vid. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 107; ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 65 y s.; o ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 150.

<sup>164</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 215 y ss.; y en un sentido parecido, cuando el obligado especial es el titular del bien sobre el que el necesitado se injiere, vid. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 105.

consideración este dato en el ámbito de la ponderación de intereses,<sup>165</sup> y quienes relegan al problema al ámbito de la cláusula de adecuación del § 34 StGB,<sup>166</sup> en consonancia con lo establecido en el art. 20.5.º III CP.

El debate doctrinal respecto a los deberes de garante de custodia es todavía si cabe más complejo. Mientras que la doctrina mayoritaria acepta deberes intensificados de tolerar el peligro también en estos supuestos,<sup>167</sup> relegando por lo general el problema a la ponderación de intereses, un sector doctrinal minoritario niega cualquiera relevancia a la posición de garante a estos efectos.<sup>168</sup> En este último sentido, señala por ejemplo NEUMANN que en el marco de relaciones de garantía no vinculadas intrínsecamente a peligros, por ejemplo, la relación paterno-filial, el deber de garante carece de toda incidencia a la hora de determinar el derecho de necesidad del necesitado (garante) frente a su garantizado.<sup>169</sup> Tal deber determina solo un deber especial de actuar en favor de un sujeto, pero no altera en absoluto el grado de solidaridad que le debe el garante al sujeto paciente protegido. El garante no tendría, pues, frente a su garantizado un deber incrementado de sacrificio, ni un menor derecho de defensa que el que pueda tener frente a cualquier otro sujeto.<sup>170</sup>

---

<sup>165</sup> En este sentido, por ejemplo, vid. ZIESCHANG, «§ 34», *LK*, 12ª ed., nm. 67 y ss.; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/28, 15/15 y ss.; o ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 65.

<sup>166</sup> Así, por ejemplo, STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 9, nm. 117; o ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 39.

<sup>167</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/28, 15/12 y ss.; ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 65 y s.; ZIESCHANG, «§ 34», *LK*, 12ª ed., nm. 67; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 279; o LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, pp. 43 y s.

<sup>168</sup> En este sentido, vid. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 102 y s.; o ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 151. Para KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 104 y ss., resultaría obligado distinguir entre posiciones de garantía vinculadas al desempeño de actividades de riesgo y el resto de posiciones de garantía. En el primer caso, piénsese en la actividad policial o en la de los bomberos, efectivamente, el obligado por un deber especial habría de tolerar lesiones en sus propios intereses más allá del umbral general y abstenerse de emprender acciones defensivas susceptibles de ser justificadas al margen de un deber especial como el que le obliga. Desde una perspectiva dogmática, señala KÜPER que los intereses del obligado merecen menor protección que los mismos intereses de quien no está especialmente obligado a tolerar el peligro. «En las fronteras del deber de soportar el peligro, el bien vinculado al deber no representa, pues, ni un interés “preponderante”, ni tampoco uno “equivalente”, sino siempre un mero interés “de escaso valor”» (p. 106). Esto, claro está, es válido únicamente en la medida en que el deber especial guarde relación con el concreto riesgo que amenaza, deber que, por otro lado, exige únicamente asumir riesgos, nunca resultados lesivos seguros. A la pregunta de cómo cristaliza dogmáticamente el deber especial de asumir un peligro en el mundo de las causas de justificación, sostiene KÜPER, en consonancia con la doctrina mayoritaria, que ello acontece en el marco de la ponderación de intereses (p. 106, n. 258). Por el contrario, el tratamiento dogmático de los deberes de garante no vinculados al desempeño de actividades típicamente de riesgo, por ejemplo, la relación-paternofilial, en nada se asemejaría a lo dicho hasta ahora. Aquellos deberes especiales se dirigen desde un comienzo a la asunción de tales riesgos, de modo que la asunción del peligro es un elemento original, constitutivo y, por tanto, necesario del mismo deber. Sin embargo, en el resto de deberes de garante, la propia auto-puesta en peligro es un elemento extraño a la posición de garantía, una consecuencia excepcional del ejercicio de una función de custodia que no prevé tales situaciones de conflicto (p. 107). La solidaridad opera únicamente como criterio de legitimación de un deber de actuar tendente a la evitación de un resultado, pero nada más. Con ello, el garante no coloca sus bienes a disposición del garantizado de un modo especial, ni aquellos merecen menos protección que los del garantizado. Éste solo podría injerirse en la esfera de su garante en el marco de los límites generales estándar de la justificación (estado de necesidad agresivo).

<sup>169</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 99 y ss., 102. Lo contrario, dice NEUMANN, conduce al absurdo de que el garante tendría un derecho de defensa más intenso frente a un tercero que frente a su garantizado (nm. 103). En sentido contrario, con razón, vid. LERMAN, *ZStW*, (127), 2015, p. 287.

<sup>170</sup> La crítica de NEUMANN, en verdad, se enmarca en una concepción general de la trascendencia de los deberes especiales particular (NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 99 y ss.). Hasta el momento se ha aludido simplemente a situaciones de necesidad en las que uno de los dos agentes implicados ocupa una posición de garantía frente al

Sentado lo anterior, y antes de comenzar a analizar cómo los distintos deberes especiales inciden en la valoración de la relación intersubjetiva entre los agentes involucrados en una situación de conflicto, deben subrayarse todavía dos cuestiones previas básicas. En primer lugar, en contra de lo sostenido por NEUMANN y algún otro autor, cabe ahora afirmar que es irrelevante el hecho de que la situación de necesidad del garante obedezca a la obligación de actuar que sobre él recae o que tenga un origen extraño a la concreta situación de garantía.<sup>171</sup> La distinción entre situaciones de necesidad reconducibles al deber de actuar y situaciones de necesidad externas a la relación obligacional es normativamente irrelevante, pues la determinación de la situación de necesidad del garante es en ambos casos equivalente.<sup>172</sup> Con otras palabras, tan necesitado es el bombero que peligra sufrir lesiones entre las llamas si no desplaza el peligro sobre un tercero al que debía salvar, como el bombero que corre el riesgo de sufrir lesiones si inicia el deber que le obliga a salvar a quien se encuentra dentro de la casa en llamas.<sup>173</sup> El estado de necesidad no justifica solo injerencias activas, sino que legitima

---

segundo sujeto implicado. NEUMANN y algún otro autor entienden que la relevancia de tales deberes depende decisivamente, por un lado, de si es el garante o el garantizado el que está en peligro y, por el otro, de si la situación de peligro para el garante se explica precisamente por el deber que tiene éste que cumplir o si el mal que sobre él se cierne nada tiene que ver con el sacrificio propio que el deber de actuar le impone al garante. Muy resumidamente, el planteamiento de NEUMANN es el siguiente: en primer lugar, debería distinguirse entre las situaciones en las que el garante está en peligro y aquellas en las que lo está el garantizado. Dentro de las primeras, a su vez, distingue NEUMANN dos escenarios, aquél en el que el garante desempeña una actividad profesional de riesgo, y aquél en el que está obligado por un deber de custodia de un bien jurídico. En el primer caso, la decisión normativa en los supuestos en los que el garante profesional obligado a una conducta salvadora se encuentra en situación de peligro tendría lugar en el ámbito del tipo, determinado el sacrificio exigible al garante en tal situación (*ob. cit.* nm. 100; y en el mismo sentido, RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 72; o ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 150). Solo cuando la necesidad del garante no se explica por el deber de actuar en favor del garantizado tendría sentido recurrir al § 34 StGB, en concreto, a la cláusula de adecuación, que vedaría al garante la posibilidad de recurrir a los intereses del garantizado para salvaguardar los suyos. En el segundo caso, es decir, cuando el garante lo está por un deber de custodia de un bien jurídico, habría que distinguir nuevamente entre aquellas situaciones en las que la necesidad del garante obedece al deber de actuar, lo cual se solventaría de nuevo en el ámbito del tipo, y aquellas en las que el garante está en situación de peligro con independencia de su obligación para con el garantizado. En este supuesto, es decir, a la hora de valorar una injerencia activa del garante en la esfera del garantizado, entiende NEUMANN que la posición de garante sería absolutamente irrelevante. «Un deber de garante amplía la posición jurídica del garantizado en la medida en que le otorga una pretensión jurídicamente asegurada de socorro activo; pero no fortifica su posición jurídica, esto es, no conduce a una intensificación de sus derechos de defensa» (*ob. cit.* nm. 102; y en el mismo sentido, ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 151, aunque basando este último su argumentación en que, generalmente, el garante necesitado verá su deber especial de tolerancia compensado con el deber especial de tolerancia de su garantizado. Es decir, el marido que se injiere en la esfera de su mujer no ve alterado su derecho de defensa porque su deber especial se contrarresta con el de su mujer). En definitiva, el garante puede injerirse en los intereses de su garantizado del mismo modo en el que puede hacerlo en los intereses de cualquier tercero. Finalmente, en el segundo escenario arriba descrito, esto es, allí donde es el garantizado el que está en situación de peligro, también en contra de la doctrina mayoritaria, asegura NEUMANN que no cabe formular variaciones de las reglas generales de justificación en el marco del § 34 StGB. La cuestión debería solucionarse siempre en sede de determinación del alcance de las concretas posiciones de garantía, pues de la existencia de un deber de garante no se deriva sin más un deber de sacrificio especial (*ob. cit.* nm. 104).

<sup>171</sup> Así, con razón, ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 40.

<sup>172</sup> En este sentido, vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 215 y s., n. 166. En cambio, incorrectamente, RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 71: «Solange der Handlungspflichtige untätig bleibt, liegt noch keine Notstandslage vor, da aus seiner Untätigkeit für ihn keine Gefahr erwächst». Su omisión, constituye normativamente un desplazamiento del mal que le acecha. La pregunta es solo si ese desplazamiento es o no justificable a partir de la diferencia de intereses en juego.

<sup>173</sup> Todavía más, resulta que si el bombero está obligado a entrar en una casa en llamas para socorrer al niño en peligro, asumiendo que ello le generará al bombero mínimas lesiones, lo cierto es que el verdadero necesitado, normativamente, es única y exclusivamente el bombero. El menor incorpora en su esfera una pretensión de garantía que impide hablar en puridad de una situación de necesidad.

derechos de injerencia excepcionales allí donde el obligado con carácter general a asumir el peligro puede valerse de un derecho-deber de solidaridad de un segundo agente.<sup>174</sup> El cómo se valga de este derecho-deber, es decir, que el segundo agente activamente le socorra o que sea él el que se injiera activamente en los intereses del obligado a socorrer resulta normativamente irrelevante.<sup>175</sup> Del mismo modo que la relación de garantía impone un nivel de sacrificios al garante superior, esa relación coarta también de forma proporcional su derecho de injerencia en los intereses del garante. Se trata, en definitiva, de las dos caras simétricas de la misma moneda.<sup>176</sup>

Y en segundo lugar, resulta igualmente conveniente apartarnos de la sistemática seguida en este punto por la doctrina mayoritaria y abordar en lo que sigue los distintos supuestos de conflicto en los que concurren situaciones de deber especial al margen de la distinción entre posiciones de garantía vinculadas al desempeño de actividades profesionales y posiciones de garantía de custodia de bienes jurídicos.<sup>177</sup> Así pues, tomando nuevamente en consideración la distinción de deberes en atención a su especie, se propone analizar la relevancia de tales deberes a partir de la bipartición entre deberes de competencia plena y deberes competencia preferente. A su vez, a partir del fundamento mediato de tales deberes, se distingue en función de su carácter negativo o positivo. Una vez analizadas las dos situaciones básicas en las que median deberes especiales entre los agentes involucrados en el conflicto, se abordan igualmente aquellas situaciones en las que concurren múltiples deberes especiales en el seno de una misma relación intersubjetiva.

---

<sup>174</sup> En cambio, vid. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 71.

<sup>175</sup> Por otro lado, la cuestión de si debe ubicarse el problema en el tipo o en la justificación resulta estrictamente analítica, carece de trascendencia material. Con razón, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 216, n. 166. Sobre esto mismo, vid. Cap. 2, apdo. III, 4.

<sup>176</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 215 y ss.; ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 40; o HRUSCHKA, *JuS*, 1979, pp. 385 y ss., p. 386; EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 1988, pp. 144 y ss.

<sup>177</sup> La doctrina mayoritaria suele operar aquí a partir de la distinción entre deberes de soportar peligros vinculados al ejercicio de actividades profesionales de riesgo y deberes de garante de protección, básicamente, la relación paterno-filial. Véase por ejemplo, PERRON, «§ 34», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 34; ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 39 y s.; ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 149 y ss.; o NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 99 y ss. Sin embargo, esta división carece de un verdadero sustento axiológico. Todas las posiciones de garantía, entendidas ahora como deberes de garante, traen consigo un deber incrementado de soportar peligros en relación con el deber mínimo de solidaridad general. Los deberes de tolerar riesgos asociados a actividades profesionales no gozan de un fundamento común, así, el soldado y el socorrista desempeñan actividades de riesgo, pero el primero es un obligado positivo mientras que el segundo lo está por un deber negativo. Por los mismos motivos, tampoco resulta asumible la distinción de LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, pp. 44 a 47, quien pretende diferenciar entre deberes incrementados de asumir peligros resultantes de una especial relación jurídica y los derivados de un deber especial de custodia. Así, el garante por una relación jurídica especial estaría gravado con un deber de protección especial frente a la generalidad (soldados, bomberos, marineros, policías, jueves y fiscales...). Frente a los mismos se situarían los garantes de custodia especial, cuyo deber de protección les obligaría únicamente frente a los titulares de bienes jurídicos concretos (padres respecto a sus hijos o los miembros de una comunidad de peligro entre sí). El garante en relación jurídica especial sería a su vez garante de custodia frente a cada particular, pero no al revés. Esta distinción carece de toda relevancia en el planteamiento de LUGERT en el marco de situaciones de necesidad agresivas, en las que el garantizado no ha provocado el peligro. Vid. *ob. cit.*, p. 76. El único supuesto en el que la distinción cobra sentido es allí donde el garante infringe su deber para con quien ha provocado el peligro anteriormente, siendo el interés salvaguardado mínimamente superior al lesionado. Aquí, el obligado por un deber custodia especial actuaría conforme a Derecho cuando no cumple su deber, a diferencia del obligado por una relación jurídica especial, que actuaría siempre de forma antijurídica.

### *i) Deberes de competencia plena*

Como ha quedado mostrado en el capítulo anterior, atendiendo a su fundamento, cabe distinguir en el seno de los deberes de competencia plena entre dos grandes grupos: los deberes negativos y los deberes positivos.

#### **α) Deberes negativos de competencia plena**

En esencia, lo que ahora nos interesa es analizar cómo el hecho de que entre los dos agentes involucrados en la situación de conflicto medie una relación de garantía negativa reconducible a un acto de asunción previo modifica su estatus y el umbral de imposición de una esfera frente a otra en la situación de conflicto.<sup>178</sup> A modo de ejemplo:

El guardaespaldas (A) advierte como su protegido (B) se encuentra en una situación de grave peligro. Pese a haberse comprometido contractualmente, ante el temor de ser golpeado por los agresores de (B), (A) decide esconderse debajo de una mesa, dejando así a su protegido a su suerte, quien finalmente acaba siendo brutalmente asesinado. (A) podría haber repelido eficazmente las agresiones contra (B), aunque ello le hubiera supuesto asumir graves lesiones físicas.

La primera pregunta que debemos responder aquí es si y en qué medida un sujeto que ha asumido una posición de garantía de custodia o protección frente a un segundo agente puede injerirse activa u omisivamente en la esfera de su garantizado para la salvaguarda de sus propios intereses. Frente a un sector minoritario que niega toda relevancia a esta clase de posiciones de garantía a la hora de configurar los derechos de defensa del garante,<sup>179</sup> coincide la doctrina en afirmar que quien asume tal posición tiene frente al garantizado un deber de asumir la lesión de intereses propios superior al estándar,<sup>180</sup> es decir, su derecho a desplazar el mal que sobre él se cierne al garantizado se ve —conforme a su deber— proporcionalmente reducido, y ello, como ya se ha señalado, con independencia de que la situación de necesidad del garante se explique por el deber que le obliga a actuar o por razones ajenas a la concreta relación obligacional.<sup>181</sup>

---

<sup>178</sup> El resto de deberes de garante de corte negativo y, en especial, los deberes de aseguramiento ya han sido abordados arriba al analizar la provocación de la situación de necesidad ajena. Cfr. *supra* apdo. II, 3.3, b).

<sup>179</sup> En este sentido, vid. NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 102 y ss.

<sup>180</sup> A decir verdad, la discusión no reside ya en el “sí”, sino en el “cómo”. Mientras que para algunos autores los deberes especiales habrían de ser tomados en consideración a la hora de decidir la adecuación de la conducta salvadora (vid. por todos ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 39), otros, la gran mayoría, optan por tomar en consideración el criterio en el ámbito de la ponderación de intereses (vid., por ejemplo, ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 65; o SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, p. 96). Aquí, como ya se ha fundamentado, el criterio del deber especial es tomado en consideración para determinar el umbral que permite desplazar el mal. En este último sentido, vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 282 y ss.; y, recientemente, a propósito del § 35 StGB, LERMAN, *ZStW*, (127), 2015, p. 287.

<sup>181</sup> Puede quedar aquí a un lado la discusión acerca de si el problema debe ser abordado ya en el plano de la tipicidad, o si se trata de un problema de justificación. Como se ha sostenido en el capítulo anterior (Cap. 2, apdo. III, 4) se trata ésta de una decisión de conveniencia analítica. Reconduciendo todo el problema a la determinación del comportamiento típico, vid. por todos, FREUND, «§ 13», *MK*, 2ª ed., nm. 194 y ss.; en sentido opuesto, la doctrina mayoritaria, por todos, vid. FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, pp. 313 y ss., nm. 55 y ss.



Sea como fuere, hasta donde alcanzo, y dejando a un lado la posición de garantía del soldado en caso de guerra,<sup>182</sup> es pacífico afirmar en la actualidad que todo aquél que asume una posición de garantía a través de un acto de asunción queda obligado a sacrificar sus intereses de forma limitada, es decir, no existiría en el ámbito de las posiciones de deber asumidas un deber de sacrificio absoluto.<sup>183</sup> El problema queda entonces circunscrito a la decisión acerca del alcance de los daños asumibles en cumplimiento del propio deber y, por tanto, del alcance del derecho de necesidad frente al garantizado por el deber principal.

Una primera forma de abordar el problema consiste en afirmar, simplemente, que el nivel de sacrificio exigible al garante queda determinado por el propio acto de asunción, de modo que no cabría desarrollar baremos generales para la justificación de la infracción del deber de garante. Un vistazo a la concreta posición de garantía nos permitiría decidir si el garante debe o no tolerar en la situación concreta el daño esperable.<sup>184</sup> Pues bien, aun siendo cierto que toda posición de garantía por asunción queda determinada necesariamente de un modo individual y particular, la verdad es que tampoco parece que la dogmática penal pueda prescindir de la búsqueda de parámetros generales con la esperanza de que las relaciones individuales de asunción se configuren de una forma lo suficientemente precisa como para establecer los niveles de sacrificio del garante en situaciones conflictivas. Más bien, parece evidente que resulta cuanto menos ilusorio pretender encontrar preestablecida en cada posición de garante por asunción, además de una determinación de los concretos riesgos que

---

<sup>182</sup> Cfr. PAWLIK, «§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?», *JZ*, (21), 2004, p. 1053, n. 88, quien afirma que los soldados sí están obligados sacrificar su vida, lo cual sería desde una óptica jurídico-constitucional algo indubitado en la doctrina alemana, como también lo podrían estar en situaciones de necesidad excepcionales los civiles, allí donde la defensa nacional fuera imposible sin exigir tales sacrificios.

<sup>183</sup> Ello no significa que el deber se configure únicamente como un deber de asumir peligros y no daños. Así, por ejemplo, KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 105; EL MISMO, *JZ*, 1980, p. 756; o ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 65 y s. En contra de lo que se suele afirmar, por regla general, el garante queda gravado por un deber de asumir daños efectivos, no solo riesgos. El socorrista que se compromete a vigilar a los bañistas en una piscina privada asume sin lugar a dudas el deber de soportar una lesión efectiva de su libertad de actuación cuando uno de sus garantizados amenaza con ahogarse, como también debe asumir lesiones ciertas mínimas en su integridad física. Bien mirado, parece que el alcance del deber de sacrificio solo puede determinarse a partir de un análisis concreto de los bienes jurídicos implicados, la probabilidad y la intensidad de la lesión esperable. No cabe por lo tanto formular juicios apriorísticos de exigibilidad. En cambio, vid. OTTO, *Rechtswidrigkeitssurteil*, 3ª ed., 1978, p. 90, n. 36, quien señala que el desempeño de determinados roles obligaría en situaciones críticas a cumplir el deber también cuando las probabilidades de supervivencia fueran muy escasas. El límite de exigibilidad lo sitúa OTTO en la muerte segura; o JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/12 y s., quien afirma que el garante en virtud de responsabilidad por organización responde de la anulación del riesgo, siendo que «la medida de su esfuerzo puede llegar en caso de necesidad hasta el sacrificio», si bien en los casos de asunción «se garantiza una prestación de la misma cualidad que la que, sin asunción, se le habría proporcionado al bien por parte de terceros». En un sentido parecido, afirma SILVA SÁNCHEZ, «Sobre las actuaciones en una «situación de necesidad» que no implican deberes de tolerancia», en LUZÓN PEÑA (ed.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, pp. 180 y s., que «a un sujeto que ha adquirido un compromiso de contención de riesgos para bienes de un tercero le sería exigible comprometer su integridad para salvar la vida del tercero, si es que hasta ahí alcanza su compromiso de contención de riesgos. Pues en la misma medida, si todos somos responsables (por la propia lógica del sistema) de nuestra no injerencia en esferas de autonomía de terceros, nos será exigible soportar el menoscabo de nuestros bienes de valor inferior antes de incumplir el compromiso de no injerencia en la esfera jurídica de terceros, lesionando bienes superiores de éstos».

<sup>184</sup> Es decir, se trataría de un problema de determinación del alcance de la posición de garantía, a resolver de forma individualizada en cada caso, sin posibilidad de establecer reglas generales. Apuntan en este sentido, NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 100; o ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt. Renzikowski StGB*, nm. 39.

el garante ha de asumir, el concreto nivel de sacrificio específico exigible.<sup>185</sup> Con otras palabras, la pregunta de si el responsable de una expedición de montaña puede evitar graves lesiones en su integridad física a costa de abandonar al excursionista principiante a su suerte solo puede ser respondida a través de una interpretación dogmática específica de la posición de competencia asumida, en la que se atribuye a partir del concreto acto de asunción el nivel de sacrificio propio exigible. Indudablemente, el acto de asunción es fundamental para solucionar el problema, pero ello no convierte en superflua la determinación de un baremo genérico que determine el nivel de sacrificio exigible al garante por asunción en la conjura de riesgos vinculados a su compromiso previo.

Sentado lo anterior, en primer lugar, debe quedar claro aquí que únicamente sufre alteraciones el baremo de justificación general cuando se trata de la conjura de un mal en el marco de la específica relación de garantía.<sup>186</sup> Más allá de los límites personales y materiales de la asunción, quien asume dispone de los mismos derechos y queda gravado con los mismos deberes que cualquier otro agente.<sup>187</sup> La posición jurídica del responsable de una expedición de montaña se ve mermada únicamente frente los expedicionarios que conforman su grupo, no frente a terceros, y solo en la medida en que los riesgos que le amenazan sean los propios que justifiquen su posición de garantía. Así pues, la posibilidad de admitir la justificación de la infracción del deber, ya sea a través de una injerencia activa, ya sea por omisión, resultará realmente excepcional.<sup>188</sup> Dado que se tratará siempre de la no asunción de un riesgo de lesión previsible, en la medida en que resulta un riesgo propio del ámbito de gestión que se asume, la posterior negativa a cumplir su deber de actuar o la pretensión del garante de desplazar el mal que sobre él se cierne a un tercero constituye un *venire contra factum proprium* de difícil justificación, en definitiva, la pretensión de incumplir las condiciones de lo acordado de forma unilateral.<sup>189</sup> Es por eso por lo que, como señala PAWLIK, el garante únicamente podrá incumplir su palabra, cuando su interés sea *notablemente desproporcionado* con respecto al interés que lesiona (activa u omisivamente).<sup>190</sup> No basta, pues, la mera preponderancia esencial, sino que se exige una diferencia de intereses cercana a la de la extrema desproporción que justifica el nacimiento de un deber de solidaridad en el marco de situaciones de legítima defensa.

---

<sup>185</sup> En este mismo sentido, vid. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, p. 90, quien aboga por recurrir a las correspondientes expectativas sociales que la generalidad asocia a la concreta posición de garantía.

<sup>186</sup> Y aquí, nuevamente, es fundamental una lectura *ad-hoc* de las condiciones específicas de la posición de garantía en cuestión. Aunque no puede tampoco emprenderse en este trabajo, resulta fundamental concretar, como mínimo en las posiciones de garantía más usuales, el círculo de riesgos propios de cada posición. Hasta donde alcanzo, un criterio interesante que pudiera servir de base para tal análisis puede advertirse en las concretas medidas de precaución especiales propias de la posición de garantía que se ostenta. Los riesgos frente a los que el garante no está prevenido de forma especial, no son propios del desempeño de su posición de garantía. El guía de montaña no lleva un arma para evitar que un bandido robe a sus garantizados, pero quizá sí esté obligado especialmente a defenderlos frente a los ataques de la fauna salvaje del lugar.

<sup>187</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 101; o KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 106; EL MISMO, JZ, 1980, p. 756.

<sup>188</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 283.

<sup>189</sup> Vid. solo SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 464 y ss.

<sup>190</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 284, quien exige una “superioridad notable” sobre la preponderancia esencial común. En un sentido parecido, WOHLERS/GAEDE, «§ 13», NK, 4ª ed., nm. 17, señalando que el deber de actuar del garante no es exigible cuando «estuviera vinculado con menoscabos desproporcionados para el afectado».

Así pues, el responsable de la expedición podría dañar la mochila de uno de los miembros del grupo valorada en 450 € para evitar sufrir unas graves lesiones, pero no para salvar sus esquís valorados en 1000 €. Con lo anterior se resuelve también la pregunta de bajo qué condiciones puede el (necesitado) garantizado recurrir a los intereses del garante para conjurar su situación de necesidad. Nuevamente, claro está, se trata solo de averiguar si el derecho estándar de defensa sufre modificaciones en el marco de la concreta relación de garantía establecida, pues, más allá de la misma, el derecho de defensa del garantizado se corresponde con el general. El alumno que aprende junto a su profesor a navegar en una embarcación láser no tiene ningún derecho de necesidad especial frente a éste cuando un grupo de piratas los abordan y le pretenden robar sus pertenencias. El problema que ahora nos ocupa se plantea cuando el alumno sufre un percance como consecuencia de la realización de un riesgo propio del aprendizaje de la navegación a vela. Aquí cabe afirmar que el alumno tiene un derecho de defensa especial, más intenso, frente a su garante. En realidad, no se trata ahora de nada distinto a lo dicho al analizar el nivel de sacrificios propios que el garante debe tolerar. Se trata de la otra cara de la misma moneda. Si el garante debe tolerar la pérdida de sus intereses propios hasta el límite de la *notable desproporción*, resulta que el necesitado garantizado podrá recurrir a los intereses de su garante para conjurar los riesgos que aquél había asumido contener hasta ese mismo límite, es decir, el de la *notable desproporción*.<sup>191</sup>

### **β) Deberes positivos de competencia plena**

A diferencia de lo que sucede con los casos acabados de describir, las posiciones de garantía institucional positivas han recibido una mayor atención en la doctrina, tanto las que consisten en el desempeño de funciones públicas de riesgo, como la relación de garantía paterno-filial. De hecho, la clasificación estándar en la doctrina entre los deberes especiales de soportar peligros distingue entre los deberes vinculados a actividades profesionales de riesgo y los vinculados a la custodia de bienes jurídicos, en donde la relación paterno-filial se presenta como la subcategoría con mayor relevancia práctica.<sup>192</sup>

La primera cuestión que debemos resolver en este punto es si y, en su caso, bajo qué condiciones puede un obligado positivo por un deber de garante dejar de cumplir su deber o trasladar el mal que sobre el mismo se cierne a su garantizado para salvaguardar con ello propios intereses. Como ya ha quedado de manifiesto en este trabajo, la posición de garantía institucional positiva integrada por deberes de competencia preferente es de forma paradigmática la relación paterno-filial.<sup>193</sup> Se trata, pues, de decidir ahora bajo qué condiciones el garante puede dejar de cumplir su deber positivo o injerirse activamente en la esfera del garantizado para salvaguardar intereses propios. Para ello resulta fundamental dar respuesta a las dos cuestiones siguientes: en primer lugar, resulta obligado concretar la extensión de la

---

<sup>191</sup> En todo caso, por lo general, la no conjura del mal por parte del garante será vista como una provocación de la situación de necesidad, ya sea con plena responsabilidad (legítima defensa frente al garante), ya sea con responsabilidad débil (estado de necesidad defensivo contra el garante). En tal caso, rigen reglas parcialmente distintas, que toman en consideración la provocación de la situación de conflicto y la condición de garante del provocador.

<sup>192</sup> Cfr. ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 39 y 40; o ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 150 y s.

<sup>193</sup> Cfr. Cap. 3, apdo. IV, 3.

posición de garantía paterno-filial, es decir, determinar el alcance del deber de garante vinculado a la patria potestad; en segundo lugar, ya en el marco de los riesgos propios de dicha posición de deber, se trata de decidir la intensidad del deber en atención a los intereses propios que el garante debe sacrificar.

No puede ser este el lugar en el que analizar en profundidad el alcance de la posición de garantía paterno-filial.<sup>194</sup> Por lo general, la doctrina admite aquí un deber de protección del menor muy amplio, que no solo se limita a evitar la lesión de los intereses del garantizado frente a toda clase de riesgos, sino que obliga además al garante a mejorar el estatus del garantizado. Pese a que la institución está regulada en el Ordenamiento jurídico-civil, es ilusorio pensar que la extensión de la posición de garantía puede extraerse sin más de los arts. 143 y ss., 154 y ss. CC.<sup>195</sup> Sea como fuere, resulta pacífico afirmar que los padres deben alimentar y cuidar a sus hijos, buscar asistencia médica, así como evitar peligros para su vida e integridad, tanto los peligros de autolesión, como los provenientes de terceros.<sup>196</sup> MÜSSIG habla aquí de un “cuidado integral”.<sup>197</sup> No obstante, aun cuando se acepte la existencia de una posición de garantía en sentido estricto, resulta todavía incierta la determinación concreta de la intensidad del deber. ¿Deben los padres de un hijo enfermo hipotecar todos sus bienes para poder pagar los honorarios del más afamado médico especialista? Dado que no existe algo así como un *corpus* de derechos de injerencia en la relación paterno-filial,<sup>198</sup> resulta imprescindible encontrar también un estándar mínimo de prestaciones debidas en atención a los sacrificios en los intereses propios que aquéllas traen consigo.

En este sentido, parece plausible afirmar que el deber de los padres de vigilancia, custodia y mejora implica que aquellos solo puedan bajo condiciones excepcionales desplazar a sus hijos el mal que sobre ellos se cierne,<sup>199</sup> ya sea omitiendo cumplir la prestación para con sus hijos debida, ya sea desplazando activamente sobre aquellos el mal que les amenaza.<sup>200</sup> No resultan por lo tanto admisibles aquí los argumentos de KÜPER dirigidos a negar el incremento intensivo del deber de tolerancia de los garantes en las relaciones paterno-filiales. A diferencia de lo que acontecería con las posiciones de garantía vinculadas al desempeño de actividades de riesgo, entiende KÜPER que el obligado en el marco de una relación paterno-filial no está gravado por deberes de tolerancia intensificados, pues el hecho de que el garante paterno-filial

---

<sup>194</sup> Monográficamente, BÖHM, *Garantenpflichten*, 1006, pp. 19 y ss. Además, vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 29/57 y ss.; o VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 366 y ss.

<sup>195</sup> Sobre la obligación de alimentos entre los ascendientes y descendientes desde la perspectiva jurídico-privada, vid. Díez-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, v. IV, 11ª ed., 2012, pp. 50 y s.; y sobre los deberes vinculados a la patria potestad, pp. 272 y ss., 275 y ss.

<sup>196</sup> JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 29/60.

<sup>197</sup> Vid. MÜSSIG, «§ 35», *MK*, 2ª ed., nm. 64.

<sup>198</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 281 y ss.

<sup>199</sup> En este sentido, ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, A § 16, nm. 66; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/28; HRUSCHKA, *AT*, 2ª ed., 1988, pp. 145 y ss.; o KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 8, nm. 149. En cambio, vid., LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, p. 62, quien pretende aquí aplicar el baremo general del estado de necesidad agresivo, de modo que si el interés del garante prepondera de forma esencial, podría ya injerirse en la esfera ajena o no cumplir con su deber de actuar. Negando asimismo que los deberes paterno-filiales amplíen el deber de tolerancia de los padres respecto a sus hijos, KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 107.

<sup>200</sup> Remarcando acertadamente que es indiferente si los padres se injerieren activamente en la esfera de sus hijos o si omiten una acción debida en atención a los riesgos para sus propios intereses que aquélla exige, vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 281 y s.

se vea inmerso en una situación de necesidad constituye una situación excepcional, ajena al normal desempeño de la posición de garantía.<sup>201</sup> Así las cosas, el garante puede omitir justificadamente una acción salvadora siempre y cuando el riesgo de lesión de los propios intereses no sea desproporcionadamente inferior.<sup>202</sup> Sin embargo, olvida KÜPER, en primer lugar, que las situaciones de necesidad no son en absoluto una excepción en el marco de una relación de garantía como la paterno-filial, piénsese por ejemplo en el deber de los padres de evitar que su hijo se ahogue en el mar.<sup>203</sup> En segundo lugar, pasa por alto que precisamente el fundamento de la posición de garantía paterno-filial es el que determina la necesidad de que los garantes soporten pérdidas superiores en sus propios intereses.<sup>204</sup> El deber de soportar peligros es precisamente el coste que debe soportar el agente para sustentar la institución que protege al menor. Y en tercer lugar, como ya se ha mostrado, no hay razón que justifique quebrar la correspondencia entre deber de actuar y deber de tolerar, para rebajar las pretensiones de salvación del garantizado hasta niveles mínimos.

Más bien, de forma análoga a lo establecido en el ámbito de las posiciones de garantía por asunción, parece plausible afirmar que solo cuando el interés del garante prepondere de forma *notablemente desproporcionada* sobre el garantizado, aquél podrá omitir una acción salvadora o desplazar al garantizado el mal que sobre él se cierne.<sup>205</sup> Es decir, el padre tiene el deber de llevar a cabo la conducta salvadora debida también cuando el interés suyo prepondere esencialmente sobre el del menor. Solo cuando se supere esta diferencia, cesa el deber de actuar, de modo que el padre puede omitir su acción y el hijo —o un auxiliante necesario— injerirse activamente en la esfera del padre para salvaguardar sus intereses. ¿Significa esto que, como sostuviera OTTO, los padres quedan gravados frente a sus hijos con auténticos deberes de sacrificio?<sup>206</sup> En mi opinión, como afirma correctamente la doctrina mayoritaria, los padres no tienen un deber absoluto de sacrificio para salvaguardar los bienes de sus hijos,<sup>207</sup> tampoco cuando se acepte el baremo que aquí se presenta.<sup>208</sup> Allí donde una prestación generalmente debida en el marco de la patria potestad exija a los padres sacrificar su vida o soportar lesiones irreparables en su integridad física no cabe legitimar ni un deber de actuar, ni un deber de tolerar las injerencias activas del menor. El padre sí debe donar sangre a su hijo cuando aquél está en peligro de muerte, pues su deber de garantía alcanza lesiones reparables

---

<sup>201</sup> Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 107. Aunque en la n. 262 acepta la posibilidad de tales deberes incrementados de soportar el peligro cuando el garante haya asumido de forma expresa o concluyente soportar riesgos de auto-lesión en el desempeño de su posición de garantía.

<sup>202</sup> KÜPER, KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 110.

<sup>203</sup> Nuevamente se plantea aquí la cuestión del alcance de los riesgos que deben ser contenidos en el marco de una relación de garantía especial. Con carácter general, solo cabe afirmar que quedan siempre excluidos aquellos riesgos que afectan al menor y que no son reconducibles en modo alguno a la organización institucional de los progenitores. Por ejemplo, los padres no tienen un deber de exponer su vida para salvar la de su hijo cuando como consecuencia de un terremoto el primero amenaza con morir.

<sup>204</sup> Vid. la acertada crítica de HIRSCH, «§ 34», *LK*, 11ª ed., nm. 67.

<sup>205</sup> En el mismo sentido, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 282.

<sup>206</sup> Cfr. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 1ª ed., 1965, p. 99, si bien en las posteriores ediciones de su monografía matizó esta solución en el epílogo, al afirmar que los padres no tendrían ya un deber de sacrificar su propia vida en favor de la de sus hijos (OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 2ª ed., 1974, p. 118).

<sup>207</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/15; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 266; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 282, n. 23; o KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 8, nm. 148.

<sup>208</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/15.

de su integridad física y éstas no superan el umbral de la preponderancia esencial rotunda<sup>209</sup> pero, en cambio, ningún padre tiene que donar un riñón a su hijo, pues su posición de garantía no alcanza hasta esos extremos y las reglas generales de la justificación, claro está, no autorizan al hijo a injerirse activamente en la esfera del padre.<sup>210</sup> Es decir, el padre que no dona su riñón al hijo necesitado no omite típicamente, no hay ninguna infracción de deber *prima facie* que justificar.

## *ii) Deberes de competencia preferente*

Aquí nuevamente cabría distinguir entre deberes de competencia preferente de corte negativo y positivo. Sin embargo, en lo que sigue se analiza únicamente el escenario en el que entre los agentes necesitados media una relación de competencia preferente de corte positivo. Los deberes negativos de salvamento que nacen tras un actuar no plenamente responsable han sido ya tematizados arriba, al referirnos a la posición de competencia preferente de quien provoca la situación de necesidad ajena.<sup>211</sup> El problema que ahora nos ocupa, posiblemente el de mayor trascendencia práctica, es el de las situaciones de necesidad en las que se ve inmerso el obligado positivo en el ejercicio de funciones institucionales. Suele aludirse aquí a los soldados, policías, bomberos, médicos, jueces o fiscales.<sup>212</sup> Este sería precisamente el ámbito indiscutido en el que cabría advertir deberes de tolerar peligros intensificados.<sup>213</sup> Todos ellos, obligados positivos, asumen el desempeño de un concreto rol al que van asociados necesariamente un conjunto de riesgos para los propios intereses que, por lo general, deben tolerar. A diferencia de las posiciones de garantía por asunción, en atención al momento en el que se legitima un deber en concreto, el acto de autonomía del obligado es mínimo, pues éste se ciñe a la libre decisión de entrar a formar parte de la institución. Ya en el marco de aquella, cada agente queda obligado conforme a su específico rol institucional de forma idéntica, al margen de cualquier acto particular de asunción y con independencia del comportamiento de los agentes garantizados. Desde la perspectiva del destinatario del deber, a diferencia de los deberes de garante por asunción o en el marco de la institución paterno-filial, se trata aquí de deberes para con la generalidad, esto es, los agentes garantizados son desde un comienzo múltiples e indeterminados.<sup>214</sup>

Lo pretendido aquí no puede ser analizar en detalle cada una de las posiciones de garantía institucionales en cuestión,<sup>215</sup> sino esbozar simplemente cuál es, con carácter general, la relación que media entre tales garantes y los sujetos garantizados en situaciones de necesidad.

<sup>209</sup> Cfr. HRUSCHKA, *AT*, 2ª ed., 1988, pp. 144 y ss.

<sup>210</sup> Los ejemplos los tomo de PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 282, n. 23.

<sup>211</sup> Cap. *supra* apdo. II, 3.3, b).

<sup>212</sup> Cfr. ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 150. Al respecto, con múltiples ejemplos, vid. OTTO, *Rechtswidrigkeitssurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 89 y ss.

<sup>213</sup> LUGERT afirma que resulta indiscutible el hecho de que el desempeño de ciertas actividades profesionales trae consigo deberes de soportar peligros intensificados. Vid. LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, p. 40. Como señala ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt. Renzikowski StGB*, nm. 40, la discusión se centra únicamente en si también los deberes especiales de custodia podrían determinar el deber incrementado de soportar peligros. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1978, pp. 106 y ss., acepta los primeros y niega los segundos.

<sup>214</sup> Cfr. LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, pp. 44 y ss., p. 47; y PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 217, n. 171; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 187 y ss.

<sup>215</sup> Al respecto, vid. por todos, MÜSSIG, «§ 35», *MK*, 2ª ed., nm. 59 y ss.

En este sentido, es pacífico afirmar que quien desempeña profesionalmente una concreta actividad a la que se asocian inevitablemente riesgos para los propios intereses debe tolerar en una medida superior a la normal las pérdidas ineludibles para cumplir su deber.<sup>216</sup> Lo contrario haría imposible el mantenimiento de instituciones sociales básicas. Los bomberos no pueden dejar de apagar incendios por el remoto riesgo de sufrir quemaduras y los policías no pueden dejar de practicar detenciones por el riesgo de sufrir lesiones. Obviamente, esto vale única y exclusivamente en la medida en que el obligado en cuestión esté ejerciendo efectivamente su profesión y el riesgo que le amenaza represente un peligro propio de su función institucional.<sup>217</sup> Por otro lado, parece posible afirmar ya hoy que, con carácter general, los obligados positivos tampoco tienen un deber absoluto, ni su conducta *prima facie* debida queda determinada completamente al margen del coste personal que el cumplimiento del deber trae consigo.<sup>218</sup> Así pues, la pregunta es entonces hasta qué punto deben asumir lesiones en sus propios intereses para desempeñar su específica actividad profesional de manera adecuada.

Como ya se ha señalado, la respuesta de la doctrina mayoritaria consiste en afirmar que tales deberes especiales deben ser tomados en consideración en el juicio de ponderación, llegando incluso éstos a despojar al bien en cuestión de todo merecimiento de protección.<sup>219</sup> Sin embargo, en los últimos tiempos, de forma coherente con el abandono de la teoría del interés preponderante como fundamento general de la justificación, han aumentado las voces en la doctrina que niegan la posibilidad de ofrecer criterios comparativos generales para justificar el decaimiento del deber en el marco de posiciones de garantía institucionales.<sup>220</sup> En este sentido, señala PAWLIK que un funcionario público no podría en ningún caso recurrir al § 34 StGB para intentar justificar una acción u omisión típicas, pues la propia configuración de la institución vedaría el recurso a la regla general de justificación. Es decir, cada posición de garantía institucional regularía de forma específica la resolución de los conflictos en los que el obligado podría verse sumido en el ejercicio de sus funciones públicas.<sup>221</sup> Así pues, el nivel de

---

<sup>216</sup> Por todos, vid. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 65 y ss.; o JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/15.

<sup>217</sup> Cfr. LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, p. 42.

<sup>218</sup> Las opiniones contrarias en la doctrina clásica pueden leerse en LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, pp. 66 y ss., sobre los supuestos de “muerte segura”, vid. pp. 70 y ss.

<sup>219</sup> Paradigmático KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 106; EL MISMO, *JZ*, 1980, p. 756; KREY, «Fall zu Problemen des rechtfertigenden und entschuldigenden Notstandes», *JURA*, 1979, p. 320 o LENCKNER, «Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung», *GA*, 1985, p. 311. Más recientemente, en el mismo sentido, vid. KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 8, nm. 147; ZIESCHANG, «§ 34», *LK*, 12ª ed., nm. 67; ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 66.

<sup>220</sup> En este sentido, entre otros, RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 71; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 281, y en detalle, pp. 215 a 218; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 100; o ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt. Renzikowski StGB*, nm. 39. LUGERT defiende en este punto la tesis contraria, al afirmar que el “obligado por una relación jurídica especial”, tiene también un derecho de necesidad frente a su garantizado, en el caso de las situaciones agresivas, equivalente al de cualquier sujeto, mientras que en las situaciones de estado de necesidad defensivo el garante debería soportar el peligro salvo que el interés propio preponderara de forma esencial sobre el del lesionado (Vid. LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, p. 81).

<sup>221</sup> Los deberes especiales positivos no suponen un *minus* en un juicio de ponderación, sino que se trata de factores externos al estado de necesidad, a tomar en consideración a la hora de legitimar la concreta norma de comportamiento. Es decir, o la posición de garantía institucional obliga a soportar un concreto peligro, y entonces no hay posibilidad de rehuirlo, o bien no lo hace, y no hay hecho típico que justificar. Sistemáticamente, se aboga entonces por tomar en consideración tales deberes especiales en la cláusula de adecuación del § 34. II StGB, de modo que toda eventual justificación en estado de necesidad decaea por no

sacrificios propios exigibles al obligado institucional lo determinaría la regulación específica de cada institución, normas de derecho público, pero no un baremo general como el del § 34 StGB o el de los arts. 20.5.º o 20.7.º CP.<sup>222</sup> Sin lugar a duda, tiene razón PAWLIK cuando afirma que los límites de asunción de riesgos en el desempeño de actividades institucionales quedan determinados de forma individualizada y que es la propia regulación de la institución la que determina en primera instancia cuál es el concreto nivel de sacrificios que el funcionario público debe asumir en el desempeño de su actividad.<sup>223</sup>

Ahora bien, como el propio autor reconoce, resulta realmente extraordinario encontrar en las regulaciones jurídico-públicas de las distintas instituciones reglas claras de determinación de los niveles de tolerancia exigibles.<sup>224</sup> Por lo general, el *corpus* jurídico-positivo de la institución no se ocupa de determinar eventuales situaciones de conflicto y, cuando lo hace, la regulación se mantiene en un plano de abstracción y vaguedad tal que impiden tomarla como verdadera respuesta legislativa a los juicios específicos de conflicto.<sup>225</sup> No es ya solo que no determinen suficientemente la intensidad del sacrificio propio exigible al funcionario, sino que tampoco aparece con claridad el alcance de los riesgos que deben asumir. ¿Forma parte del haz de riesgos propios del desempeño de la actividad jurisdiccional el verse sometido a amenazas de muerte por parte de los procesados? ¿Hasta qué punto? Aunque por lo general las normas constitutivas de la institución ofrecen información acerca del tipo de riesgos propios de aquéllas, tales normas suelen callar acerca de la intensidad de los riesgos asumibles para el cumplimiento de las funciones públicas. Por todo ello, parece recomendable, aun cuando se reconozca la primacía de la regulación específica de la institución,<sup>226</sup> tratar de ofrecer algún criterio general que permita solucionar situaciones conflictivas en ausencia de parámetros definidos en la ley. Así, parece posible afirmar que el funcionario público que en el desempeño de sus funciones institucionales ve sometido sus intereses a un riesgo de lesión, a falta de un criterio específico legal, deberá tolerar dicho riesgo hasta el límite de la *preponderancia esencial* de sus intereses frente a los que debería salvaguardar.<sup>227</sup> Con ello, se abre la posibilidad a que los funcionarios públicos puedan justificadamente salvaguardar intereses propios en casos de una preponderancia masiva de éstos respecto a los que debieran ser salvados. Así pues, el policía que en el curso de un tiroteo se queda sin munición y se ve

---

constituir la omisión típica un medio adecuado conforme al § 34.II StGB. En este sentido, NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 100; ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 39 o STRATENWERTH/KÜHLEN, AT, 6ª ed., 2011, nm. 117. Esto mismo es también lo que destila el planteamiento en este punto de OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 90 y ss., p. 94, quien trata de concretar a partir de multitud de ejemplos si el garante está obligado o no a soportar el peligro en cuestión.

<sup>222</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 281, y en detalle, pp. 215 a 218.

<sup>223</sup> Así PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 215 y s.; y en el mismo sentido, remarcando la variabilidad de la dimensión e intensidad de los deberes institucionales, cfr. JAKOBS, AT, 2ª ed., 1993, 15/15.

<sup>224</sup> Vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 216 y s., n. 168.

<sup>225</sup> A modo de ejemplo, una lectura de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en concreto, del art. 5.2 c), según el cual los agentes “En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance” es suficiente para comprender que la determinación del alcance del sacrificio exigible a un policía en el ejercicio de sus funciones no está predeterminado de manera suficiente en el texto legal.

<sup>226</sup> Al respecto, vid. Cap. 3, apdo. V, 4.

<sup>227</sup> En este mismo sentido, ERB, «§ 34», MK, 2ª ed., nm. 150.



obligado a allanar la morada de un vecino para refugiarse actuaría conforme a Derecho. Este baremo, nuevamente, no solo determina el momento en el que obligado institucional puede dejar de cumplir su deber de actuar, sino también el alcance del derecho de necesidad de un potencial garantizado que se injiere activamente en los intereses del obligado positivo.

### *iii) Posiciones de deber especial concurrentes*

Finalmente, debe asimismo abordarse aquí aquel escenario de conflicto en el que los dos agentes involucrados en la situación de necesidad ocupan posiciones de competencia basadas en deberes especiales. Aunque es posible distinguir entre situaciones de conflicto en las que ambos necesitados ocupan una posición de deber especial idéntica y aquellas en las que los deberes especiales son distintos, este último escenario carece de verdadera trascendencia práctica, pues apenas son imaginables situaciones en las que los dos agentes involucrados en el peligro ocupen posiciones especiales de deber de distinta naturaleza con plena pretensión de vigencia en el caso concreto.<sup>228</sup>

No sucede lo mismo en relación con el primer grupo de conflictos. Entre los autores que aceptan que los deberes de garante modifican el reparto habitual de cargas en situaciones de necesidad hay quienes han advertido la posibilidad de que los deberes incrementados de tolerancia se presenten a ambos lados del conflicto.<sup>229</sup> Piénsese, por ejemplo, en los eventuales conflictos que puedan surgir entre los dos cónyuges, entre dos obligados positivos en el ejercicio de sus funciones o entre dos escaladores que en el marco de una comunidad de peligro se ven involucrados en una situación de conflicto. La cuestión pasa ahora por decidir si un bombero únicamente puede dejar de salvar a otro compañero para evitar la lesión de intereses propios cuando su interés prepondere de forma extrema, o si, por el contrario, el hecho de que el necesitado esté también obligado a asumir especiales peligros permite descargar antes al bombero del deber de salvar a su compañero. En definitiva, se trata de valorar cómo las posiciones especiales de deber del necesitado co-determinan la exigibilidad del deber que obliga al garante.

La doctrina que se ha pronunciado al respecto ha tratado de negar en tales casos cualquier relevancia a los deberes especiales de tolerancia. El deber de garante de un sujeto (A) frente a (B), obliga al primero a llevar a cabo una prestación activa en favor del segundo, pero no significa que (A) vea mermado su derecho de solidaridad frente a (B). Es decir, se asume un deber de actuar, pero ello no implica la merma del propio derecho de defensa frente al

---

<sup>228</sup> Por ejemplo: el socorrista (A) se lanza al agua para salvar a su hermano (B), quedando ambos asidos a una roca al no poder regresar a la orilla. Asumiendo que (B) ocupa una posición de competencia preferente por razón de su vínculo familiar, todo parece indicar que su derecho de necesidad especial frente a (A), garante, se ve en una situación como esta levemente mitigado. La solución al problema se deriva aquí de los mismos principios que inspiran todo el sistema. Se trata de analizar la intensidad normativa de cada uno de los deberes contrapuestos, mitigando de forma proporcional la intensidad de cada uno de ellos.

<sup>229</sup> Cfr. a propósito de la legítima defensa entre cónyuges, PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 359 y ss.; y en situaciones de estado de necesidad, cfr. ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 40; o ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 151. Y en el marco del estado de necesidad exculpante, recientemente, cfr. LERMAN, *ZStW*, (127), 2015, pp. 296 y ss.

garantizado.<sup>230</sup> Es más, en el marco de relaciones de garantía recíprocas, si resulta que (A) está obligado a soportar pérdidas especialmente intensas de sus intereses para salvar a su mujer (B), ello tiene que valer igualmente cuando para salvar a (A) fuera necesario injerirse en la esfera de (B). Es decir, que si (A) está en peligro, su derecho de necesidad frente a (B) no solo no es inferior al general, sino que es incluso superior. El hecho de que (B) además de garante, fuera el garantizado de (A), resultaría aquí del todo irrelevante.<sup>231</sup>

Sin embargo, esta solución no resulta convincente, pues se asienta sobre una premisa incorrecta. Como se ha mostrado ya, el deber de soportar una pérdida especialmente intensa en los intereses propios a la hora de actuar en favor de otro agente implica necesariamente un debilitamiento del derecho de necesidad del garante frente a su garantizado.<sup>232</sup> Es decir, el derecho de necesidad del padre frente al hijo queda reducido de forma proporcional al incremento del sacrificio propio exigible cuando actúa en favor de aquél.<sup>233</sup> Así las cosas, parece plausible afirmar que cuando los dos agentes del conflicto estén obligados de forma especial e idéntica a tolerar pérdidas incrementadas en los intereses propios, ambas pretensiones especiales de defensa se contrarrestan, de modo que cada uno de los implicados tiene frente al otro un derecho de defensa idéntico al general, al mismo tiempo que el deber de actuar se reduce hasta el nivel del deber de solidaridad general.<sup>234</sup> El baremo que determina aquí la mayor dignidad normativa de una esfera frente a otra es el de la *preponderancia esencial*. Consecuentemente, el agente que solo puede evitar una lesión de sus intereses patrimoniales injiriéndose en la esfera de su cónyuge solo podrá hacerlo conforme al parámetro general del estado de necesidad agresivo. E idéntica solución merecen los supuestos, posiblemente con mayor importancia práctica, en los que dos obligados positivos en el ejercicio de actividades de riesgo se ven involucrados en una situación de necesidad, en la que, por ejemplo, un bombero trata de evitar unas importantes lesiones en su integridad física a costa de la integridad física de un segundo compañero. Esto vale, claro está, tan solo en el marco de las lesiones asumibles en el desempeño de la propia profesión.

#### **d) Competencia en virtud de la provocación del conflicto y de posiciones especiales de deber**

Una vez analizados los dos factores esenciales a la hora de establecer alteraciones relevantes en el seno del sistema de resolución de conflictos entre esferas jurídicas, debe concretarse cómo afrontar aquellos conflictos en los que aparecen como relevantes ambos factores normativos. Es decir, en lo que sigue se trata de examinar cómo afrontar colisiones entre esferas cuando es posible advertir grados especiales de responsabilidad, así como posiciones especiales de deber, en uno o ambos lados del conflicto. Dado que un análisis completo y exhaustivo de todas y cada una de las combinaciones imaginables complicaría sobremanera el

<sup>230</sup> Vid en este sentido, por ejemplo, ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 151.

<sup>231</sup> En este sentido, vid. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 264 y ss.; y ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 151.

<sup>232</sup> *Pars pro toto*, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/33.

<sup>233</sup> O como señala ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 40, la posición de garantía del padre respecto a los bienes de su hijo se expresa de forma idéntica con independencia de si tales bienes se encuentran en el lado de la injerencia necesaria o en el lado de los bienes salvaguardados.

<sup>234</sup> Parece apuntar también en esta dirección ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 40.

análisis, en lo que sigue se trabaja con un concepto unitario de determinación responsable del conflicto (estado de necesidad defensivo) y con un único concepto de posición especial de deber. Aún así, es posible distinguir analíticamente entre ocho escenarios posibles distintos:

Nº	<i>Necesitado</i>	<i>Potencialmente afectado</i>
1	Provocación / Deber especial	—
2	Provocación / Deber especial	Provocación
3	Provocación / Deber especial	Deber especial
4	Provocación / Deber especial	Provocación/Deber especial
5	Provocación	Deber especial
6	Provocación	Provocación/Deber especial
7	Deber especial	Provocación
8	Deber especial	Provocación/Deber especial

A decir verdad, el problema acabado de plantear ha pasado prácticamente inadvertido por la doctrina. Hasta donde alcanzo, solo LUGERT, le ha dedicado cierta atención en el marco de su interesante monografía sobre los deberes incrementados de soportar peligros en el estado de necesidad.<sup>235</sup> El caso en el que centra sus esfuerzos LUGERT es el número 7, aquél en el que el necesitado ostenta un deber de custodia para con el posterior afectado que, previamente, ha determinado la situación de necesidad del garante. Aquí, en consonancia con la distinción entre obligados por un deber de custodia especial y obligados por una relación jurídica especial, LUGERT divide su análisis en dos grupos de supuestos. Para abordar las situaciones de concurrencia entre un deber de custodia especial y la provocación de la situación de necesidad, recurre este autor al caso de la perforación, en el que un feto pone en peligro a la madre (estado de necesidad defensivo), de modo que ésta se vería obligada a abortar para evitar su propia muerte.<sup>236</sup> Aquí, el feto provocaría (en un sentido lato) la situación de necesidad, pero la madre estaría obligada por un deber de custodia especial frente al feto.<sup>237</sup> LUGERT trata de resolver el caso a partir del derecho positivo alemán regulador del aborto, para acabar afirmando que éste solo es antijurídico cuando el interés salvado fuera inferior al que se lesiona. Es decir, el deber positivo de la madre le impide reaccionar contra el que provoca el peligro conforme a la regla del estado de necesidad defensivo, que autorizaría la

<sup>235</sup> Cfr. LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, *passim*.

<sup>236</sup> Vid. LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, pp. 52 y ss.

<sup>237</sup> Las razones por las que no cabe hablar en este supuesto de una verdadera situación de estado de necesidad defensivo en COCA VILA, *InDret*, (1), 2011, pp. 6 y ss.: la mera causalidad no fundamenta como tal ninguna posición de competencia especial.

lesión de todo lo necesario con el único límite de la preponderancia esencial.<sup>238</sup> En segundo lugar, aborda LUGERT el mismo problema cuando se trata de un obligado por una relación jurídica especial.<sup>239</sup> El ejemplo que propone, es el siguiente:

El propietario de una vivienda (W) ha provocado por un descuido el incendio de su propia casa. El bombero (F) sufre durante su acción salvadora una grave intoxicación por el humo y trata de ponerse a salvo en el tejado de la casa en llamas. Sobre el tejado de la casa planea un helicóptero de rescate que ha arrojado una cuerda con un gancho de salvamento al que ya se ha asido (W). (F) golpea a (W), se apodera del gancho y es finalmente rescatado. (F) muere entre las llamas.

Aquí, resulta que (W) ha provocado la situación de peligro de forma negligente, pero el bombero es un obligado especial por el desempeño de una función institucional positiva. De no tratarse de un bombero, estaríamos ante un supuesto normal de estado de necesidad defensivo, en donde podría estar justificada incluso la muerte de (W).<sup>240</sup> Para LUGERT, el homicidio del bombero es antijurídico. Éste ocupa una posición de garantía frente a la generalidad, no frente a un agente en particular, de modo que es irrelevante si el concreto beneficiario de la acción salvadora ha provocado o no el peligro que le amenaza.<sup>241</sup> «Es evidente que un deber de protección especial para con la generalidad requiere e implica también un deber para con la persona de cuya esfera resulta el peligro que determina la necesidad».<sup>242</sup> Así las cosas, entiende LUGERT que los deberes de tolerancia propios de los obligados institucionales quedan determinados absolutamente al margen del origen del peligro. Dicho de otro modo, no hay ninguna diferencia entre el supuesto en el que el bombero salva sus intereses a costa del provocador (estado de necesidad defensivo) y aquél en el que el bombero se salva a costa de un tercero no responsable por el peligro (estado de necesidad agresivo). En ambos supuestos, el nivel de sacrificios propios exigibles es el mismo: el obligado institucional debe tolerar la pérdida de intereses propios salvo que éstos preponderen de forma esencial sobre los que lesiona al trasladar el mal.<sup>243</sup>

---

<sup>238</sup> Vid. LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, pp. 54 y ss., p. 55., p. 60.

<sup>239</sup> Cfr. LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, pp. 71 y ss.

<sup>240</sup> En todo caso, este supuesto plantea un problema adicional todavía no suficientemente tratado en la doctrina penal. Me refiero ahora al problema del alcance temporal del ejercicio de un derecho de defensa en estado de necesidad defensivo. Con un ejemplo: si (A), en un estado de plena inimputabilidad, me propina una brutal paliza y la única manera que tengo de salvar mi vida es matando a (A), el homicidio estaría justificado en estado de necesidad defensivo. En cambio, si (A) me ha dejado malherido y la única manera que tiene de salvarme el médico que me atiende en el hospital es matando a (A), quien se encuentra detenido, para implantarme acto seguido uno de sus riñones, parece evidente que esta reacción defensiva en auxilio necesario no podría nunca estar justificada. ¿Por qué razón? El peligro, que no la agresión, sigue siendo actual. Hasta donde alcanzo, al igual que sucede en el ámbito de la legítima defensa, los derechos de necesidad se legitiman subsidiariamente. Allí donde el Estado pone en marcha sus canales de solución del conflicto, los particulares quedan privados de sus derechos de defensa particulares, incluso cuando la institucionalización del conflicto resulte perjudicial para la víctima. Nadie puede —en estado de necesidad defensivo— extraer un órgano al agresor detenido, tampoco cuando ello sea el único medio para salvar la vida del agredido. Y aunque ello requiere un estudio más detallado, todo parece indicar que es el principio de dignidad el límite deontológico que explica aquí la solución institucional dada a estos conflictos. Tampoco al agresor plenamente responsable cabe extraerle un órgano para salvar la vida de su víctima.

<sup>241</sup> Cfr. LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, pp. 73 y s.

<sup>242</sup> Cfr. LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, p. 74.

<sup>243</sup> Cfr. LUGERT, *Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, p. 75.

Sentado lo anterior y antes de analizar críticamente el planteamiento de LUGERT, parece conveniente abordar de manera ordenada la totalidad de los casos arriba propuestos. Solo entonces será posible extraer alguna conclusión general acerca del problema de la concurrencia de posiciones de competencia especial por provocación y deber especial.

1) El primero de ellos es el supuesto en el que un mismo agente, además de haber provocado la situación de conflicto, es obligado especial frente a quien resulta destinatario idóneo de la acción salvadora que precisa para salir indemne. Ejemplo:

(B), vecino de una zona costera sabe de la existencia ocasional de fuertes corrientes en el mar. Antes de entrar al agua, pregunta a (A), socorrista de guardia, por el estado de la mar. Éste, quien al haber llegado tarde a su puesto de trabajo no ha tenido tiempo de leer los mapas del estado de la mar, al divisarla en calma le asegura a (B) que no hay ningún peligro. (B) se adentra en el mar y a los pocos minutos, advierte a (A) que (B) es arrastrado por una fuerte corriente mar adentro. El riesgo de que (A) muera al intentar salvar a (B) es muy alto.

2) El segundo grupo de casos es aquél en el que un agente además de ser obligado especial para con el segundo agente involucrado, es responsable por la concreta situación de necesidad. Aquí, a diferencia del supuesto anterior, el segundo agente involucrado es también co-responsable por la situación de conflicto.

(A), cocinero de un establecimiento hotelero, provoca negligentemente un incendio en la cocina del hotel situada en el sótano del hotel. (B), bombero profesional, se adentra a ciegas en el sótano saturado por el humo. Infringiendo una regla de cuidado básica en una operación de este tipo, (B) pierde la guía que le conduce hasta la salida, de modo que pese a alcanzar a (A), no es capaz de encontrar la salida al exterior. A los pocos minutos, (A) amenaza con morir intoxicado, así que le arrebató la máscara antihumo a (B).

3) El tercer grupo de casos es aquél en el que el provocador obligado por un deber especial se ve obligado a desplazar el mal que sobre él se cierne al segundo agente involucrado en el conflicto que, a su vez, está también obligado de forma especial con aquél.

(A), bombero, se adentra a ciegas en un sótano saturado por el humo. Infringiendo la regla de cuidado básica en una operación como esta, a saber, no perder la guía que le conduce hasta la salida, pese a lograr alcanzar a (B), un segundo bombero que había quedado atrapado por el desplome repentino de una viga, no es capaz de encontrar la salida al exterior. A los pocos minutos, (A) se ve obligado a entregar su oxígeno a (B) para evitar que este muera. Con ello, (A) sufre un riesgo importante de intoxicación.

4) El cuarto grupo de casos es aquél en el que el provocador y obligado por un deber especial se ve obligado a desplazar el mal que sobre él se cierne al segundo agente involucrado en el conflicto que, además de ser co-responsable por la situación de conflicto, está también obligado de forma especial con aquél.

(A), bombero, se adentra a ciegas en un sótano saturado por el humo. Al perder negligentemente la guía que le conduce hasta la salida, pese a lograr alcanzar a (B), un segundo bombero que había quedado atrapado al entrar de forma precipitada en el edificio en llamas, (A) no es capaz de encontrar la salida al exterior. A los pocos minutos, (A) se ve obligado a entregar su oxígeno a (B) para evitar su muerte. Con ello, (A) se expone a un riesgo notable de morir intoxicado.

5) El quinto grupo de casos es aquél en el que el agente necesitado ha provocado la situación de conflicto y el agente sobre el que podría descargar el mal que sobre él se cierne resulta ser un obligado especial. En realidad, se trata del supuesto más habitual en el que se ven sumidos los obligados positivos en el marco de instituciones de salvamento.

(B), turista alemán, desatendiendo la bandera amarilla que ondea en una cala mallorquina, se adentra en el mar. A los pocos minutos, pelagra morir ahogado como consecuencia de las fuertes corrientes. (A), socorrista de guardia, se ve obligado entonces a exponer su vida para salvar a (B).

6) El sexto grupo de casos es aquél en el que el necesitado ha provocado la situación de necesidad, pero el llamado a soportar el desplazamiento del mal, además de haber coprocurado la situación de necesidad, es un obligado especial.

(A), cocinero negligente, prende fuego a la cocina donde trabaja. (B), bombero, se precipita a la hora de entrar a salvar a (A), olvidando llevar una segunda máscara anti-humo para que pueda alcanzar la salida junto a su víctima. (A) le arrebató a (B) la máscara y logra salvar así su vida.

7) El séptimo grupo de casos es aquél en el que el necesitado está obligado por un deber especial frente al segundo agente involucrado, siendo que éste último ha provocado la situación de necesidad.

El propietario de una vivienda (W) ha provocado negligentemente el incendio de su propia casa. El bombero (F) sufre en el curso de la acción salvadora una grave intoxicación por el humo y trata de ponerse a salvo en el tejado plano de la casa en llamas. Sobre el tejado de la casa planea un helicóptero de rescate que ha arrojado una cuerda con un gancho de salvamento al que ya se ha asido (W). (F) golpea a (W), salvando su vida. (F) muere entre las llamas.

8) El octavo y último grupo de casos es aquél en el que el necesitado está obligado por un deber especial frente al segundo agente involucrado que, además de haber provocado la situación de necesidad, está obligado para con el necesitado en virtud de un deber especial.

(A), bombero, se adentra a ciegas en un sótano saturado por el humo con el objetivo de salvar a su compañero (B), también bombero quien, infringiendo reglas de cuidado básicas ha quedado atrapado en un edificio en llamas. Tras derrumbarse parte del edificio en llamas, la única opción que tiene de salvarse (A) pasa por abandonar inmediatamente el edificio, dejando morir a (B).

Obviamente, no puede aquí llevarse a cabo un análisis exhaustivo de toda la fenomenología de casos imaginable. En todo caso, sí es posible ofrecer a partir de tres conclusiones fundamentales un principio de solución general para los supuestos acabados de plantear. En primer lugar, tiene razón LUGERT cuando afirma que los sujetos que desempeñan funciones institucionales y están obligados para con la generalidad deben actuar —con carácter general— con independencia del origen del peligro que amenaza. La exigibilidad del deber de soportar riesgos de un bombero se determina al margen del grado de responsabilidad de la víctima, como mínimo, ante puestas en peligro no especialmente responsables. O formulado de un modo distinto, los servicios institucionales de contención del riesgo no solo están proyectados para la conjura del caso fortuito. Ahora bien, en contra de lo sostenido por dicho autor, parece razonable afirmar que también en el marco de relaciones institucionales positivas de custodia, básicamente, la relación paterno-filial, carece igualmente de

trascendencia el concreto grado de atribución causal del peligro al menor. Tanto unas como otras relaciones de garantía surgen precisamente para contrarrestar situaciones de necesidad estadísticamente esperables, tanto atribuibles al garantizado, a terceros o a la pura desgracia.<sup>244</sup> Unos y otros deberes institucionales se determinan de manera estable y con carácter general, como mínimo, ante causaciones no plenamente responsables de la situación de necesidad.<sup>245</sup> Y esto mismo vale para los supuestos en los que la posición de garantía se fundamenta en un acto previo libre de asunción. El grado de sacrificio propio exigible al responsable de un grupo de excursionistas no varía por la leve negligencia de uno de los miembros del grupo, precisamente esa leve infracción de una incumbencia propia esperable justifica la presencia del garante. El instructor de vela no ve reducido su deber de tolerancia por el hecho de que el novato en su primer día provoque una situación de necesidad, pues es precisamente el riesgo de que así sea lo que justifica los deberes especiales del instructor para con su alumno. Así las cosas, cabe solucionar ya los supuestos número 5), 7). El turista que desatiende la bandera amarilla tiene una pretensión de salvación frente al socorrista equivalente a la que tendría cualquier otro bañista. La posición de garantía del socorrista es inmune a los distintos grados de responsabilidad mínima de los agentes que se ponen en peligro. Por idéntica razón, el bombero no puede golpear al propietario levemente negligente de la vivienda en llamas. Solo puede dejar de cumplir su deber, cuando su interés prepondere de forma esencialmente rotunda.<sup>246</sup>

En segundo lugar, resulta obligado plantearse aquí qué consecuencia tiene a la hora de determinar el riesgo propio exigible de un garante por un deber especial el hecho de ser el responsable por la situación de conflicto. De ello depende la solución a los casos 1) y 3). Esto es, se trata de decidir si el grado de sacrificios propios exigible aumenta por la acumulación en un mismo agente de las posiciones de obligado especial y responsable por el conflicto. Aquí se ha afirmado ya que un obligado especial, por ejemplo, un socorrista, cuando de la conjura de un riesgo propio de su actividad se trate, está obligado a lesionar sus propios intereses hasta el límite de la preponderancia esencial rotunda, esto es, la preponderancia esencial de sus intereses le obliga todavía a actuar (o a tolerar), no ya la extrema desproporción. Así las cosas, el pretender incrementar el deber de tolerancia del garante negligente implicaría asimilar normativamente en el juicio de distribución de costes su negligencia, sumada a una

---

<sup>244</sup> Esto resulta ampliamente compartido en relación con la posición de garantía del empresario respecto a las auto-puestas en peligro de sus propios trabajadores. Cfr. por ejemplo, BOLEA BARDON, «Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales: cuotas de responsabilidad», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, 2009, pp. 281 y ss., 289 y ss.

<sup>245</sup> Así también, con razón, LERMAN, *ZStW*, (127), 2015, p. 299: «Der entscheidende Punkt ist damit nicht in der Frage zu suchen, ob eine Zuständigkeit größeres Gewicht hat als eine andere. Die auf unterschiedliche Umstände zurückgehenden Zuständigkeiten müssen im Einzelfall mit Blick daraufhin untersucht werden, ob die Zuständigkeit des Notstandstäters es einschließt, auch gegenüber denjenigen Personen Gefahren hinzunehmen, die diese zu verantworten haben und deswegen ihrerseits gegenüber Dritten gefahrtragungspflichtig sind».

<sup>246</sup> Aunque tampoco puedo detenerme en este punto, sí parece posible afirmar que la posición de competencia especial pierde intensidad frente a quienes de forma plenamente auto-responsable se pone en peligro. La pretensión de salvaguarda de quien desobedeciendo la bandera roja y las constantes indicaciones del socorrista se adentra en el mar sí parece sufrir alteraciones a la baja, también frente al socorrista. Todo parece indicar que las posiciones de garantía frente a actividades de riesgo asumen como irrelevante un margen de error, vinculado a la infracción de incumbencias básicas, pero no la provocación absolutamente consciente de la situación de necesidad.

posición de deber especial, a una agresión antijurídica y culpable. Ello, sin embargo, no resulta convincente. Falta aquí una responsabilidad plena actual, que permita concebir la acción defensiva como un auto-lesión responsable del propio agresor. El socorrista que de forma imprudente autoriza el baño a un turista está, pues, obligado conforme al baremo general de lesión de sus propios intereses vinculado a su posición de garantía. Esto es, deberá invertir todo lo necesario hasta el límite de la desproporción rotunda. Por esta misma razón, cabe afirmar que en el supuesto 3), el hecho de que el bombero (A) haya sido negligente en su actuación no le obliga más allá de su deber específico institucional. En el caso en cuestión, pues, el supuesto quedaría reducido al conflicto entre dos obligados positivos, regido conforme a los principios generales del estado de necesidad agresivo.

En tercer y último lugar, cabe a partir de los dos principios acabados de referir resolver los cuatro grupos restantes de casos, esto es, los grupos 2), 4), 6), y 8). El supuesto 2), en el que un bombero negligente debe salvar a un cocinero negligente, puede ser conforme a lo dicho notablemente simplificado. El hecho de que el cocinero haya sido mínimamente negligente es irrelevante a los efectos de determinar el deber del bombero. Como también se ha dicho, cuando el obligado especial es además responsable de la situación de necesidad, el baremo de tolerancia no se incrementa, sino que aquél debe actuar conforme al baremo clásico de la obligación especial. Así las cosas, en el caso 2), el bombero solo podrá dejar de cumplir su deber cuando su interés prepondere de forma notablemente desproporcionada sobre el del cocinero. Lo mismo vale para el caso 4). Aquí, ambos agentes son obligados especiales y co-responsables por el conflicto. Ambos factores se anulan, de modo que el conflicto se resuelve conforme a las reglas generales del estado de necesidad agresivo. El bombero negligente debe salvar al segundo bombero negligente salvo que el baremo del estado de necesidad agresivo le permita omitir su acción salvadora. Conforme al mismo razonamiento debe resolverse el supuesto número 6). El bombero debe salvar al cocinero con independencia de que aquél hubiera sido responsable por la situación de necesidad, sin que el hecho de haber co-provocado con su posterior negligencia su propia situación de necesidad incremente su deber de tolerancia. Y finalmente, lo mismo rige en el último de los supuestos planteados, 8) El bombero tiene que exponer sus intereses propios salvo que aquellos preponderen de forma extremadamente rotunda sobre los de su compañero negligente.

### **3.4. Conclusiones provisionales**

Hasta aquí la presentación de las distintas situaciones de competencia especial en el marco de la relación intersubjetiva entre los dos agentes protagonistas en las situaciones de conflicto de deberes. Como se ha señalado, a la hora de determinar la relación intersubjetiva se trata, en esencia, de analizar la posibilidad de que alguno de los dos beneficiarios goce de un auténtico derecho subjetivo de necesidad frente a su oponente. Aquel agente al que la dogmática de las causas de justificación le reconoce un derecho de necesidad en la situación de conflicto es, pues, el que goza también a los efectos de la colisión de deberes de una posición jurídica preferente, como mínimo en lo que a la valoración de la relación intersubjetiva se refiere.



Ahora bien, antes de analizar qué trascendencia tendría la especie del deber una vez analizada la relación intersubjetiva debemos responder todavía a una última cuestión en el marco de este primer plano analítico en el que se ha descompuesto el conflicto en razones de obligación. ¿Qué sucede cuando el análisis aquí propuesto no arroja diferencia alguna de rango entre las esferas implicadas? Es decir, ¿qué posición jurídica resulta preferente cuando ninguno de los dos agentes implicados tiene frente a su contrincante un derecho de necesidad jurídicamente reconocido? Con dos ejemplos: (P) está obligado a salvar a sus dos hijos, (X) e (Y), siendo el salvamento cumulativo imposible y sin que ninguno de los dos menores sea en modo alguno responsable por la situación de conflicto; o bien (P) solo puede salvar a su hijo (X) disparando mortalmente a (Z), de modo que (X) puede valerse de la canoa que solo soporta el peso de una persona. En ambos casos, conforme a lo dicho hasta ahora, ninguno de los agentes involucrados tiene un derecho reconocido de defensa frente a su oponente. En el primer ejemplo propuesto, ninguno de los dos menores ostenta una posición de competencia especial por el peligro, ninguno goza de un derecho subjetivo de defensa frente a su contrincante, de modo que la relación intersubjetiva no parece arrojar ninguna diferencia normativamente relevante entre los dos agentes implicados.

A esta conclusión es a la que llega la inmensa mayoría de la doctrina a partir de la teoría del interés preponderante. Ahora bien, las cosas parecen presentarse de un modo más complejo en el segundo ejemplo propuesto. La imposibilidad de constatar entre (X) y (Z) una relación de preferencia basada en la dogmática clásica de las posiciones de competencia especial parece sugerir una equivalencia normativa en la relación intersubjetiva entre ambos agentes. Ni (X) puede salvar su vida a costa de (Z), ni (Z) ostenta aparentemente un mejor derecho conforme al desarrollo de los principios de autonomía y solidaridad hasta aquí formulado. ¿Significa esto que la relación intersubjetiva arroja en ambos casos una equivalencia absoluta? ¿Puede por lo tanto el padre disparar a (Z) para salvar a su hijo? Adviértase que en este supuesto, si asumimos que se trata del conflicto entre dos razones de obligación equivalentes en su especie (deberes de competencia plena), parecería que estamos ante un conflicto entre razones plenamente equivalentes, a resolver otorgando un derecho de elección al obligado.

En el siguiente epígrafe se tratará de demostrar el por qué no cabe, tampoco en el ejemplo acabado de referir, hablar de una plena equivalencia en el plano intersubjetivo entre las dos esferas jurídicas implicadas. Conforme a lo que aquí se sostiene, la relación intersubjetiva en los conflictos en los que solo uno de los dos sujetos ostenta la condición normativa de necesitado, por definición, siempre arrojará un rango jerárquico determinado, pues, por defecto, conforme a la clásica regla del *casum sentit dominus* es preferente la posición del sujeto no necesitado.

## 4. El principio del casum sentit dominus en la valoración de la relación intersubjetiva entre los dos beneficiarios en situación de conflicto

### 4.1. Introducción

La dogmática de las situaciones de conflicto ha sido desarrollada históricamente casi de forma exclusiva a propósito de un mismo y único escenario. Se trata, en esencia, del análisis de los presupuestos bajo los cuales un agente al que amenaza un peligro puede desplazar conforme a Derecho el mal que le amenaza sobre un segundo agente, cuyos intereses se ven constreñidos por primera vez en el momento en el que el autorizado a desplazar dicho mal se vale de su facultad.<sup>247</sup> Se trata, pues, de situaciones en las que de los dos agentes involucrados, solo uno aparece primariamente como necesitado, de modo que la dogmática de la justificación se encarga de analizar las condiciones bajo las que legitimar el desplazamiento del mal a la esfera de un agente hasta entonces no involucrado en la situación de peligro. Estos supuestos eran analizados en la discusión de principios del S. XX bajo la etiqueta de las “comunidades de peligro secundarias”,<sup>248</sup> y hoy en día constituyen el objeto de clásico de análisis en el ámbito de las causas de justificación.

Sin embargo, ya en el estudio de las causas de justificación estándar y, en especial, del estado de necesidad, la doctrina viene desde antaño advirtiendo un segundo escenario conflictivo en el que, no si profunda controversia, parece que habrían de regir reglas parcialmente distintas.<sup>249</sup> Me refiero ahora a las “comunidades de peligro primarias”,<sup>250</sup> es decir, a aquellas situaciones de conflicto en la que los dos sujetos involucrados aparecen desde un comienzo como sujetos necesitados. Estos supuestos vienen discutiéndose actualmente bajo el *topos* de la “comunidad de peligro”, distinguiéndose a su vez entre aquellas situaciones en las que los dos necesitados tienen la opción empírica de superar la situación de necesidad (“comunidad de peligro simétrica o auténtica”) y aquellas en las que uno de los dos necesitados carece de toda opción de salir indemne de la situación de necesidad (“comunidad de peligro asimétrica o aparente”).<sup>251</sup> Mientras que el problema de las “comunidades de peligro primarias”

---

<sup>247</sup> Cfr. CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, p. 36.

<sup>248</sup> Cfr. BROGLIO, *Der strafrechtliche Notstand*, 1928, p. 21, pp. 31 y ss.; HENKEL, *Der Notstand*, 1932, p. 90; y BAUMGARTEN, «Der Deutsche Strafgesetzentwurf vom Jahre 1919», *MSchrKrim*, (14), 1923, pp. 97 y ss., p. 101. Negando cualquier trascendencia práctica a esta diferencia, vid. KÖHLER, *Der Notstand im künftigen Strafrecht*, 1926, pp. 26 y ss.; o WOLFF, *Lehre vom übergesetzlichen Notstand*, 1936, p. 37, quien entiende que la noción de desplazamiento del mal es el rasgo característico de toda comunidad de peligro. Y en la doctrina contemporánea, fundamental, BERNSMANN, «*Entschuldigung durch Notstand*», 1989, pp. 41 y ss., p. 53.

<sup>249</sup> Al respecto, por ejemplo, ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, A § 16, nm. 35 y ss.; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/23 y ss.; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 76 y ss.; ROBLES PLANAS, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 445 y ss.; o con carácter monográfico, fundamental, OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 76 y ss.; LADIGES, *Die Bekämpfung*, 2ª ed., 2013, pp. 420 y ss.; o ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 297 y ss., y *passim*.

<sup>250</sup> Cfr. BROGLIO, *Der strafrechtliche Notstand*, 1928, p. 21.

<sup>251</sup> Sobre la diferencia entre una y otra clase de comunidad de peligro, por todos, con múltiples referencias doctrinales, vid. BERNSMANN, «*Entschuldigung durch Notstand*», 1989, pp. 41 y ss., p. 53; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 76; y en profundidad, vid. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 299 y ss.

desempeña un papel secundario en la dogmática clásica de las causas de justificación,<sup>252</sup> la situación es precisamente la inversa en la discusión sobre los conflictos de deberes. Aquí, el escenario paradigmático es precisamente aquél en el que los dos agentes involucrados, además, ostentan la condición normativa de necesitados. Ello se torna evidente para quien concibe el instituto a partir del conflicto exclusivo entre mandatos. El padre que solo puede salvar a su hijo robando un medicamento a un tercero no se encuentra en una situación de colisión de deberes, sino que su acción se valora conforme a las reglas generales del estado de necesidad agresivo; a diferencia de lo que acontece en el tantas veces citado caso del padre que se ve obligado a escoger a cuál de sus dos hijos salva, dejando de ese modo morir al otro hijo.

Lo pretendido en el presente epígrafe es examinar si, efectivamente, ambos grupos de casos merecen un tratamiento distinto, y más concretamente, si a la hora de valorar la relación intersubjetiva entre los dos potenciales beneficiarios del deber, el hecho de que sean dos o uno los sujetos necesitados determina efectivamente rangos de prelación disímiles. En la terminología clásica, se trata de valorar si existe en el marco de los conflictos entre razones de obligación una diferencia relevante entre los conflictos secundarios, es decir, entre aquellos en los que solo un sujeto de los dos beneficiarios aparece como necesitado desde un primer momento, y los primarios, aquellos en los que los dos potenciales beneficiarios del deber aparecen desde un primer momento como sujetos necesitados.

#### **4.2. La perspectiva del problema en la doctrina mayoritaria: breve revisión crítica**

##### **a) Obligatorio solo es aquello que está permitido**

Como ha quedado patente en el primer capítulo de este trabajo, la doctrina dominante aborda el problema de la colisión de deberes de un modo tal que la cuestión acabada de plantear carece de sentido.<sup>253</sup> Dado que el conflicto entre razones de obligación se define como la colisión entre dos deberes de actuar, esto es, entre dos mandatos, los dos hipotéticos beneficiarios de la conducta del obligado siempre aparecen, además, como agentes necesitados. El supuesto en el que uno de los dos beneficiarios no se encuentra en peligro, es decir, nuevamente en los términos de la doctrina mayoritaria, aquél en el que uno de los dos beneficiarios está protegido por una prohibición, no constituye un conflicto de deberes, sino un supuesto más normal de estado de necesidad en auxilio necesario.<sup>254</sup>

---

<sup>252</sup> Lo que no significa que el problema del estado de necesidad en situaciones de comunidad de peligro no haya sido desde antaño tematizado. No es casualidad que ya HENKEL aludiera a la comunidad de peligro (*Gefahrgemeinschaft*) y al estado de necesidad de deberes (*Pflichtennotstand*) como «casos especiales de estado de necesidad» en su monografía sobre el estado de necesidad publicada a principios del S. XX (*Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigen Recht*, 1932, pp. 89 y ss.). E igualmente se ocuparon de forma temprana de este problema BROGLIO, *Der strafrechtliche Notstand*, 1928, pp. 20 y ss.; y unos años antes, BAUMGARTEN, *Notstand und Notwehr*, 1911, pp. 57 y ss.

<sup>253</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 2.2, b).

<sup>254</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 2.2, b).

Como también se ha puesto de manifiesto al principio de este trabajo, son dos los argumentos esgrimidos por la doctrina mayoritaria en favor de reducir conceptualmente el problema al conflicto entre mandatos.

Por un lado, se sostiene que el carácter obligatorio o potestativo de una acción de salvaguarda no puede ampliar el deber de tolerancia de terceros<sup>255</sup> y, por lo tanto, no puede modificar la relación entre el agente obligado y aquél no directamente involucrado en el conflicto que aparece protegido por una prohibición. Solo cuando la víctima de la injerencia esté obligada a tolerar la afectación en su esfera conforme a la regulación general del estado de necesidad agresivo cabe legitimar un mandato de salvaguarda del interés contrapuesto.<sup>256</sup> En caso contrario, el mandato nunca llega a nacer, pues nadie puede estar obligado a hacer aquello que está prohibido (*Geboten ist nur, was erlaubt ist*),<sup>257</sup> o como lo expresa WALTER, no existe ningún deber de actuar de forma antijurídica.<sup>258</sup> A quien debe soportar los costes de solución del conflicto no se le puede exigir más cuando quien actúa lo hace de manera obligada que cuando se trata de un mero comportamiento supererogatorio.<sup>259</sup> La regulación del estado de necesidad agresivo, en última instancia, establece, pues, una regla de preferencia del deber de omitir frente al de actuar. Éste último solo podría imponerse bajo las estrictas condiciones del § 34 StGB, esto es, cuando sirviera a intereses esencialmente preponderantes respecto de los que activamente se lesionan.<sup>260</sup> En definitiva, las «colisiones de deberes típicas son las denominadas “colisiones de deberes de acción”. Las referidas “colisiones de deberes de acción y omisión” lo son en mucha menor medida, de modo menos claro, y, desde luego, no hay en ellas tal “colisión de deberes” en los supuestos en que lo que colide son bienes de entidad igual o próxima».<sup>261</sup>

Y por el otro lado, íntimamente ligado con este primer argumento, NEUMANN viene desde antaño sosteniendo la posibilidad de apreciar una diferencia axiológica esencial entre los conflictos entre mandatos y los que surgen entre mandatos y prohibiciones que, a su vez,

---

<sup>255</sup> Así entre otros muchos, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 5; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/8; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 381 y s., n. 109; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 241 y 243; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 215; NEUMANN, «Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen», *FS-Roxin*, 2001, pp. 421 y ss., 425 y 427; EL MISMO, «Die Moral des Rechts», *JRE*, (2), 1994, pp. 81 y ss., 101 y s.; RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 113; PERRON, «§ 34», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 4.; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/8; GROPP, *AT*, 3ª ed., 2005, § 6, nm. 157, 160; KÜPER «Noch einmal: rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung», *JuS*, (9), 1971, p. 475; o WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, p. 145.

<sup>256</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/8.

<sup>257</sup> Cfr. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 120.

<sup>258</sup> Cfr. WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, p. 145.

<sup>259</sup> En palabras de SILVA SÁNCHEZ: «[e]n el caso de quien no tiene otra alternativa que matar a un tercero, o lesionarlo gravemente, para salvar a un individuo, aunque se trata de alguien frente a quien el autor se encuentre en una posición de garantía, no se puede hablar de colisión de deberes. Pues ciertamente hay un “deber” de “omitir matar”, cuya vulneración daría lugar a un homicidio típico activo. En cambio, no hay un “deber de salvar”, pues el matar o lesionar al tercero —únicas conductas posibles para aquella salvación— no pueden contemplarse como *conductas salvadoras* exigibles». Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 381 y s.

<sup>260</sup> Cfr. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 120; o JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/8, quien, sin embargo, matiza esta regla de preferencia en supuestos excepcionales (n. 15). En cambio, crítico con el proceder de la doctrina mayoritaria, vid. solo VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 110.

<sup>261</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, p. 382.

justificaría el distinto tratamiento dogmático de uno y otro grupo de supuestos.<sup>262</sup> La premisa de partida fundamental del planteamiento de NEUMANN reza así: tras la colisión de deberes se esconden siempre única y exclusivamente intereses.<sup>263</sup> Sin embargo, la regla del estado de necesidad agresivo, para que pueda justificar la infracción de una prohibición, exige que el interés salvaguardado preponderara esencialmente sobre el lesionado. Este estricto baremo no parece de recibo en las colisiones de deberes entre mandatos, en donde la mera equivalencia otorga al obligado la facultad de escoger qué deber desea cumplir. Ahora bien, ¿por qué nos parece suficiente para admitir la justificación en la colisión de deberes con que el obligado cumpla con un deber equivalente al que infringe? Dado que los deberes no protegen sino intereses y, por ende, estado de necesidad y colisión de deberes comparten naturaleza en este punto, no vale aquí afirmar que en un caso coliden intereses y en el otro deberes.<sup>264</sup>

NEUMANN ofrece en este punto una respuesta doble. Por un lado, como primera diferencia estructural, alude al hecho de que en los casos de colisión de deberes, el obligado ha de actuar necesariamente en un sentido u otro, pero no puede soportar él mismo el peligro.<sup>265</sup> Por otro lado, y aquí reside la respuesta principal a la pregunta que ahora nos ocupa, advierte NEUMANN una segunda diferencia normativa-estructural básica entre los conflictos que se dan entre mandatos y los que surgen entre un mandato y una prohibición:<sup>266</sup> el Ordenamiento jurídico garantiza a cada individuo la inviolabilidad de sus bienes jurídicos frente a las injerencias activas por parte de terceros; sin embargo, no garantiza, y tampoco puede hacerlo, el mantenimiento de los intereses frente a riesgos que traen causa en la desgracia o el accidente. Tales menoscabos los ha de soportar aquél a quien el “destino” ha señalado, lo que significa a su vez que nadie puede desplazar a terceros los menoscabos que le amenazan para proteger sus propios intereses.<sup>267</sup>

Así las cosas, el § 34 StGB se presenta como una institución excepcional, que viene a limitar la autonomía del sujeto a quien afecta la acción necesaria por razones de solidaridad. Este carácter excepcional se plasma en el estricto baremo de justificación del § 34 StGB, esto es, en la exigencia de una preponderancia esencial de los intereses salvaguardados frente a los lesionados.<sup>268</sup> Solo bajo esta estricta condición es admisible la relativización del principio de autonomía.

---

<sup>262</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 124 a 127; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, pp. 421 y ss.; EL MISMO, *JRE*, (2), 1994, pp. 81 y ss.

<sup>263</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 125; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, p. 423; EL MISMO, *JRE*, (2), 1994, p. 102. En idéntico sentido, ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 128; o CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 257.

<sup>264</sup> Cfr., NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 125.

<sup>265</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 424. En este mismo sentido, vid. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 119. Rebatendo expresamente esta distinción, vid., ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 127, señalando que en las colisiones entre deberes de actuar y deberes de omitir el § 34 StGB no amplía el espacio de actuación, lo que hace dicho precepto es suspender el mandato que le obliga a salvar a su familia, permitiendo así al obligado comportarse conforme a Derecho.

<sup>266</sup> Cfr., NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, pp. 421 y ss.; posteriormente, en el mismo sentido, NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 125. Idénticamente, RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 119.

<sup>267</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 426.

<sup>268</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 426.

Pues bien, lo anterior regiría sin excepción en el supuesto en el que un agente, para dar cumplimiento a un mandato, se injiere en una esfera ajena infringiendo una prohibición.<sup>269</sup> El baremo de justificación propio del estado de necesidad agresivo está configurado de un modo tan estricto porque precisamente debe servir para justificar con carácter excepcional conductas lesivas que, además de suponer el menoscabo de intereses materiales, vienen a quebrar la distribución dada de esferas, lesionando la posición jurídica autónoma del afectado. Sin embargo, en la colisión de deberes (entendida como la colisión entre deberes de actuar), no se trata de habilitar injerencias en esferas ajenas, sino de decidir acerca de la salvaguarda de intereses en peligro, susceptibles de ser salvados alternativa, pero no cumulativamente.<sup>270</sup> «La diferencia normativa decisiva entre los casos de colisión de deberes por un lado, y los del § 34 por el otro, se corresponde con la que existe entre la omisión de la salvación de un interés en peligro por un lado, y la lesión activa de intereses jurídicamente garantizados por el otro».<sup>271</sup> Solo mediante una injerencia activa cabe lesionar una posición jurídica, pues esa conducta activa no solo lesiona bienes jurídicos, sino que supone además una lesión normativa de la posición jurídica garantizada *erga omnes*.<sup>272</sup>

Desde esta perspectiva, la pregunta que encabeza este epígrafe carece obviamente de sentido. La relación intersubjetiva en los casos en los que solo un agente está en peligro son contemplados como conflictos entre un mandato y una prohibición y, por lo tanto, desde la óptica propia del estado de necesidad, generalmente, agresivo. La especie del deber es siempre irrelevante. O bien el garantizado por la prohibición tiene el deber de tolerar una injerencia en sus intereses conforme a la regla general del estado de necesidad agresivo, y en ese caso, el obligado debe actuar sin que su mandato colida con una prohibición, que ya no existe; o bien no cabe aceptar tal deber de tolerancia, de modo que el obligado solo lo está a respetar la prohibición para con el agente que no está en peligro.

#### **b) La irrelevancia de la distinción entre deberes de actuar y de omitir en la resolución de los conflictos entre razones de obligación**

Ahora bien, en mi opinión, la reducción conceptual del instituto de la colisión de deberes propuesta por la doctrina mayoritaria, como ya se ha defendido en este trabajo, no es correcta.<sup>273</sup> No cabe extraer consecuencias dogmáticas para la resolución de los conflictos ni de la distinción que media entre deberes en atención a su operador deóntico, ni de la que media en atención a la forma fenomenológica activa u omisiva de la conducta que exigen.<sup>274</sup> Como se ha mostrado, la razón que lleva a la doctrina dominante a reducir el instituto penal al conflicto entre dos mandatos es precisamente la supuesta primacía de los deberes de omitir

---

<sup>269</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 427.

<sup>270</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 125; y EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, p. 427.

<sup>271</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 125.

<sup>272</sup> Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 426. En un sentido parecido, vid. además BOTT, *In dubio pro Straffreibei*, 2011, p. 116: «Anders als die Verletzung einer Unterlassungspflicht, die gegenüber *jedermann* geschützte Rechtspositionen begründet, betrifft die Verletzung der Handlungspflicht nur Interessen, die gegenüber dem *konkret* durch den Handlungspflichtigen zu Begünstigten eine normative Position festlegen». [cursiva en el original]

<sup>273</sup> Cap. 2, apdo. IV, 2.

<sup>274</sup> Cap. 2, apdo. IV, 2.

frente a los de actuar.<sup>275</sup> A la tantas veces repetida afirmación de que solo es obligatorio aquello que está permitido subyace esa misma idea. En el ejemplo del padre que solo puede salvar la vida de su hijo injiriéndose en la esfera de un tercero, por ejemplo, acabando con su vida, la afirmación de que el mandato de salvaguarda no nace porque existe una prohibición que a ello se opone supone asumir implícitamente la existencia de una prohibición frente a la que no podría nacer mandato alguno.<sup>276</sup> Sin embargo, es justamente la existencia de tal norma prohibitiva o del mandato que a ella se opone el resultado del proceso de jerarquización de razones de obligación en conflicto, es decir, la existencia de esa prohibición constituye justamente el resultado de un proceso de valoración normativa de las posiciones jurídicas implicadas. En el fondo, la doctrina mayoritaria presupone la existencia de un “mundo previo” de prohibiciones, en el que posteriormente —y siempre y cuando no se perturbe el “mundo” de los deberes de omitir— se incrustarían los mandatos. Pero con ello, en realidad, no se responde a la cuestión verdaderamente relevante aquí: ¿por qué razón los mandatos deberían nacer bajo estricto respeto de las prohibiciones? ¿por qué no debería ser a la inversa? ¿por qué no afirmar que todo el mundo tiene derecho a injerirse en la esfera de terceros salvo que ello no sea necesario para cumplir ningún mandato contrapuesto?

Como ha sido expuesto en el capítulo segundo de este trabajo, cabe agrupar en dos grandes bloques los argumentos esgrimidos por la doctrina en favor de la tesis de la preferencia general de los deberes de omitir frente a los de actuar.<sup>277</sup> En primer lugar, desde una perspectiva axiológica se sostiene que los deberes de omitir gozan de un mayor estatus de liberalidad: ya sea en virtud de la asociación entre deberes de actuar y deberes positivos y a su vez, entre los deberes de omitir y deberes negativos; ya sea a partir de razonamientos de corte cuasi-ontológico que advierten en los deberes de omitir siempre formas obligacionales que socavan en menor medida la libertad del obligado; o ya sea a partir de la entronización de la noción del *status quo* y la vinculación de su respeto con los deberes de omitir. En segundo lugar, desde una perspectiva *iuspositivista* hay quienes, por un lado, advierten en la cláusula potestativa del § 13.2 StGB la plasmación del menor rango de los deberes de omitir; y por el otro, quienes advierten en la regulación del estado de necesidad agresivo (§ 34 StGB) una cláusula de subordinación general de los deberes de actuar frente a los de omitir.

Aunque no repetiré aquí los argumentos esgrimidos ya en este trabajo en contra de estas tesis,<sup>278</sup> cabe simplemente recordar que se ha llegado allí a la conclusión de que no es posible establecer una regla de primacía general de los deberes de omitir frente a los de actuar. En primer lugar, porque no cabe leer en el Derecho positivo ninguna metarregla de preferencia, más bien nuestro artículo 11 CP consagra el criterio puesto. Además, tampoco cabe advertir en la regulación del estado de necesidad la consagración de la primacía del deber de omitir frente al de actuar (art. 20.5.º CP), sino más bien una regla excepcional que habilita injerencias

---

<sup>275</sup> Cfr. Cap. 2, apdo. IV, 2.4.

<sup>276</sup> A excepción de los supuestos en los que el estado de necesidad agresivo permite la justificación de la infracción de la prohibición, donde sí nace el mandato en cuestión. Cfr. solo ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 29, n. 87.

<sup>277</sup> Vid. Cap. 2, apdo. IV, 2.3.

<sup>278</sup> Vid. Cap. 2, apdo. IV, 2.4.

en esferas jurídicas ajenas (activas u omisivas) para la salvaguarda de intereses en casos de extrema necesidad por razones de solidaridad. Y en segundo lugar, desde el prisma prepositivo antes referido, tampoco cabe establecer una jerarquía general de los deberes de omitir frente a los de actuar. Los deberes negativos o de abstención pueden ser infringidos tanto por acción como por omisión,<sup>279</sup> del mismo modo que cualquier deber positivo puede ser infringido tanto por acción como por omisión. Así pues, no cabe extraer del carácter deóntico del deber conclusión alguna sobre el mayor o menor marchamo liberal del deber. Además, tampoco son decisivos los argumentos que tratan de vincular el mayor carácter liberal de los deberes de omitir a razones puramente empíricas. Ni es cierto que los deberes de omitir siempre exijan al obligado menor energía, ni que las prohibiciones coarten menos la libertad del obligado en todo caso, ni tampoco, y esto es lo fundamental, que el mayor o menor liberalismo de un deber guarde relación directa con los dos anteriores datos empíricos. Y en último lugar, no resulta posible asociar sin más la omisión al respeto del *status quo* dado y la acción a la alteración de aquél. Con independencia de si efectivamente el mantenimiento de dicho *status* es un valor normativamente relevante *per se*, la asociación sobre la que se asienta la supuesta mayor dignidad normativa de los deberes de omitir es errónea. En pocas palabras, parece igualmente posible respetar el destino por acción, así como alterarlo por omisión.

Como también se ha mostrado ya, la tesis de la irrelevancia del carácter activo u omisivo de la conducta debida en la resolución de los conflictos de deberes no es en absoluto novedosa. Un sector doctrinal —aunque a día de hoy minoritario— sigue abogando por una definición amplia del instituto a partir de la equiparación normativa entre una y otra clase de deberes.<sup>280</sup> Así, a propósito de los conflictos entre vidas humanas, dado que un «deber de acción y uno de omisión son, como tales, jurídicamente equivalentes»,<sup>281</sup> podía sostener Harro OTTO que el padre que activamente mataba a un tercero ajeno al peligro o a un sujeto con el que le unía una mera relación de garantía contractual no actuaba antijurídicamente cuando ello era condición necesaria para salvar a su propio hijo.<sup>282</sup> Sea como fuere, prácticamente todos aquellos autores que han aceptado la equivalencia normativa entre los deberes de actuar y omitir se han visto al mismo tiempo obligados, casi a modo de tasa ineludible, a negar auténtica fuerza justificante (con deber de tolerancia) a la situación de conflicto de deberes, como mínimo, cuando coliden mandatos y prohibiciones.<sup>283</sup> Así, se acepta la posibilidad de que el obligado mate activamente a un tercero para salvar a un hijo propio, pero la infracción de la prohibición no es plenamente conforme a Derecho, sino que queda situada en un espacio libre de Derecho, se excluye únicamente el injusto penal, o queda tan solo exculpada.<sup>284</sup> En ningún caso debería la víctima tolerar la injerencia del obligado. Con ello se

---

<sup>279</sup> Cfr. Cap. 2, apdo. IV, 2.4.

<sup>280</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 2.2, c).

<sup>281</sup> Cfr. OTTO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 8, nm. 205.

<sup>282</sup> Cfr. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 1ª ed., 1965, pp. 99 y ss., p. 101; 102 y ss. Ello, siempre y cuando la acción salvadora se produzca con la intención de salvar al familiar y éste no ha asumido de forma libre y consciente el peligro que le amenaza (p. 104). El tercer requisito al que inicialmente condiciona OTTO la solución a estos casos, a saber, que el actuante no pueda conjurar la situación de peligro para el hijo a costa de sacrificar su propia vida fue posteriormente abandonado en la adenda a la segunda edición de su monografía. Vid. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, «Nachtrag», pp. 118 y s.

<sup>283</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 4.2.

<sup>284</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 4.2.



consigue eludir la insoportable imposición de un deber de tolerancia de soportar la propia muerte a quien nada tiene que ver con la situación de peligro del agente al que el injerente pretende salvar, aunque sin renunciar a la tesis de la equivalencia normativa entre los deberes de actuar y omitir.

Ahora bien, en este trabajo, además de la tesis de la irrelevancia normativa de la distinción acción-omisión, se ha defendido la necesidad de resolver todos y cada uno de los conflictos entre razones de obligación en el momento de la determinación definitiva de la norma de comportamiento.<sup>285</sup> Todos los conflictos pueden y deben resolverse en el ámbito del injusto, a partir de un juicio normativo sobre el modo en el que compatibilizar las dos pretensiones jurídicas en liza entre sí,<sup>286</sup> y éstas, a su vez, con la posición jurídica del obligado a satisfacerlas. Resuelto el conflicto entre razones de obligación, sobre un agente recae un único deber y el sujeto damnificado debe tolerar el incumplimiento de la razón de obligación que solo *prima facie* le amparaba. Así las cosas, pudiera parecer que estas dos premisas de partida fundamentales determinan la construcción de un sistema de resolución de los conflictos difícilmente asumible. Si resulta que la distinción mandato-prohibición es irrelevante, y se asume que, por un lado, hay supuestos en los que la relación de deber (especie) puede ser equivalente y, por el otro, que los principios de autonomía y solidaridad no permiten establecer posiciones de competencia especial entre los dos agentes involucrados, pareciera estar afirmándose aquí que el padre que solo puede salvar a su hijo matando a un tercero que nada tiene que ver con el peligro está también obligado por dos razones de deber equivalentes. O con un ejemplo por todos conocido: el médico que solo puede salvar a su paciente extrayendo forzosamente un órgano vital a quien espera plácidamente en la sala de espera de un hospital se enfrentaría a dos deberes equivalentes, en este caso, dos deberes de competencia plena, de modo que pareciera que el Derecho le otorga a aquél la facultad de escoger qué obligación desea cumplir, y ello, no se olvide, imponiendo a su vez un deber de tolerancia al damnificado por la decisión del obligado.<sup>287</sup> Es decir, en aquellos supuestos en los que ni la relación intersubjetiva, ni la relación de deber (especie) arrojan diferencia alguna, el obligado podría desplazar el mal que se cierne sobre un sujeto a un tercero que nada tiene que ver con el peligro, infringiendo así un deber de competencia plena, formulado mediante una prohibición, para satisfacer otro deber de idéntica especie, formulado ahora mediante un mandato.

Ahora bien, las consecuencias a las que conduce esta interpretación de las anteriores premisas resultan tan descabelladas que no parece siquiera necesario continuar explorando un sistema de resolución de los conflictos entre razones de obligación así comprendido.<sup>288</sup> Un Ordenamiento jurídico no puede imponer con carácter general un deber de sacrificio a quien simplemente resulta ser útil o necesario para la salvación de un tercero al que un agente está

---

<sup>285</sup> Cfr. Cap. 2, apdo. II, 4.3.

<sup>286</sup> Sobre el problema de los deberes de tolerancia en el marco de situaciones de conflicto entre razones de obligación equivalentes, vid. Cap. 5, apdo. II, 3.3.

<sup>287</sup> Cfr. Cap. 2, apdo. II, 4.3; y Cap. 5, apdo. II, 3.3.

<sup>288</sup> Cfr. VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, p. 118.

*prima facie* obligado a salvar.<sup>289</sup> O bien alguna de las dos —o las dos— premisas de partida son erróneas, o bien de las anteriores premisas no se deriva sin más la posibilidad de entender conforme a Derecho una injerencia que traslada el peligro a quien no está afectado por el mismo.

Pues bien, hasta donde alcanzo, lo insostenible de los resultados acabados de referir no se explica por la incorrección de las dos premisas aquí acogidas, sino precisamente por preterir en el análisis de la relación intersubjetiva entre los dos agentes involucrados una circunstancia no derivable —o mejor dicho, no directamente— de los principios de autonomía y solidaridad pero decisiva a la hora de resolver los conflictos. Me refiero a la incumbencia básica por la situación del peligro previa al análisis del concreto grado de competencia especial, en definitiva, a la competencia básica impuesta a un agente conforme al axioma clásico del *casum sentit dominus*. Hasta donde alcanzo, la relación intersubjetiva entre los dos necesitados queda determinada de forma original por un regla de distribución del riesgo en situaciones de necesidad: *casum sentit dominus*, lo que determina a su vez dos subsistemas parcialmente distintos de jerarquización de las razones de obligación en atención a la vigencia o no de dicho principio en una situación de conflicto concreta.

En lo que sigue se concreta a qué nos referimos cuando aludimos al principio del *casum sentit dominus*. Acto seguido se analiza su fundamento y los criterios de atribución de la posición de *dominus*. Aceptando como aquí se hará la posibilidad de distinguir situaciones de conflicto en las que todos los agentes involucrados aparecen como portadores del papel de *dominus* y aquéllas en las que solo uno de los dos agentes involucrados está directamente afectado por el peligro, se presentará en último lugar qué papel desempeña la anterior distinción en el análisis de la relación intersubjetiva en las situaciones de conflicto entre razones de obligación.

---

<sup>289</sup> En cambio, vid. el provocativo trabajo de HARRIS, «The Survival Lottery», *Philosophy*, (50), 1975, pp. 81 y ss., en donde se propone un sistema de redistribución social de órganos. Resumidamente, propone HARRIS, como la solución más racional a ojos de todos los miembros de una comunidad, sortear entre éstos a quién le corresponde sacrificar su vida en aras de salvar a un número mayor de vidas. Entiende HARRIS que la no instauración de este sistema, igual que su efectiva instauración, supone necesariamente el homicidio de sujetos inocentes. No podrían, sin embargo, beneficiarse del sistema aquellos agentes responsables de su propia enfermedad. Una breve crítica a la “lotería de la supervivencia” puede leerse en BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 213 y ss. En todo caso, lo interesante es que el problema presentado por HARRIS cristaliza ya en particulares problemas ético-jurídicos de muy difícil solución. En este sentido, léase por ejemplo el trabajo de ORTEGA DEBALLON/RODRÍGUEZ-ARIAS VAILHEN/DE LA PLAZA HORCHE, «Donación en asistolia en emergencias versus reanimación cardiopulmonar no convencional: ¿obtenemos órganos o intentamos salvar vidas?», *Emergencias*, (24), 2012, pp. 488 y ss., en donde los autores se plantean la necesidad de establecer estándares claros de praxis médica en los supuestos en los que, resumidamente, el facultativo duda entre someter al paciente en parada cardiorrespiratoria a un programa de reanimación pulmonar no convencional, o bien optar por iniciar el programa de donación de órganos tras parada cardiaca no esperada.

### 4.3. El principio del *casum sentit dominus* ante los conflictos entre razones de obligación

#### a) El principio del *casum sentit dominus* como axioma jurídico fundamental

Aunque el principio del *casum sentit dominus* es de sobras conocido en la discusión científica penal actual y, en concreto, en el ámbito de las causas de justificación, a nadie se le escapa que dicho principio, además de ser objeto impercedero de la discusión filosófica y ética,<sup>290</sup> fue importado por la ciencia penal desde el Derecho civil,<sup>291</sup> que, a su vez, reconoce el origen del axioma en el Derecho privado romano.<sup>292</sup> «De los accidentes y la muerte de animales, si suceden sin culpa, así como de las fugas de los esclavos que no suelen estar atados, de los robos, tumultos, incendios, inundaciones y asaltos de bandidos, no responde nadie».<sup>293</sup> El *casus*, es decir, aquellos acontecimientos no reconducibles a ningún acto de la voluntad humana, los debía soportar con carácter general el propietario de la cosa dañada, el *dominus*.<sup>294</sup> Aunque dicho principio no gozaba de una validez absoluta, ni su fundamento último estaba exento de toda controversia,<sup>295</sup> lo cierto es que entre los *iusprivatistas* romanos, ya fuera como la juridificación resignada de «un *ultimum refugium*, esto es, como una renuncia necesaria a una distribución de los bienes vitales justa en el más alto sentido del término»,<sup>296</sup> o ya fuera como la concreción del deber de respeto escrupuloso a la decisión de la diosa

---

<sup>290</sup> Sobre el azar (*casus*) y la suerte o fortuna (*fortuna*) como “causas” referidas a acontecimientos extraordinarios en la discusión filosófica, muy ilustrativo, FERRATER MORA, «Azar», *Diccionario de filosofía*, v. I, 2ª ed., 2009, pp. 290 y ss.

<sup>291</sup> Así lo reconocen NEUBECKER, *Zwang und Notstand*, 1910, p. 130; o FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 3, nm. 67.

<sup>292</sup> Cfr. RÜMELIN, *Die Gründe der Schadenszurechnung*, 1896, pp. 4, 13 y s.; HÜBNER, *Schadenszurechnung*, 1974, p. 56; o MEDER, *Schuld, Zufall, Risiko*, 1993, p. 20. En cambio, escéptico sobre el papel del principio en el Derecho romano, vid. WEYERS, *Unfallschäden*, 1971, pp. 486 y s.; y HARKE, «Casum sentit dominus?», *Orbis Iuris Romani: journal of ancient law studies*, (9), 2004, pp. 33 y ss., pp. 39 y ss., quien cuestiona su verdadera vigencia en el Derecho romano. Este principio es enunciado en los mismos términos en el Derecho anglosajón de daños. Así, por ejemplo, HOLMES, *Common Law*, 1990, p. 94: «The general principle of our law is that loss from accident must lie where it falls, and this principle is not affected by the fact that a human being is the instrument of misfortune».

<sup>293</sup> D. 50, 17, 23 (*Ulp. 30. Sab.*).

<sup>294</sup> Este mismo principio general se expresaba a partir de una gran cantidad de fórmulas, todas ellas reconducibles a una misma idea básica: el infortunio lo sufre el propietario. Ello lo pone de manifiesto LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln*, 7ª ed., 2007, p. 42, 209, 212. Por ejemplo, mediante el principio *Res perit domino*, según el cual, la cosa perece para su dueño, es decir, que la ruina de una cosa afecta con carácter general a su propietario. [Cod. Just. 4, 24, 9 (Dioleciano)]. El principio del *casum* puede leerse todavía expresado en términos más generales: *Casum sentit is, quem tangit*, esto es, el accidente lo sufre aquél al que le afecta, es decir, aquél cuyos derechos son afectados; *Casus a nullo praestantur*: no hay nadie competente por los accidentes [Dig. 50, 17, 23 (Ulpiano)]. Al respecto, vid. WÄCHTER, «Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?» *AcP*, 1832, p. 116, quien entiende que este segundo principio viene a completar el principio general del *impossibilium nulla obligatio est*. Es decir, el deudor que ya no puede cumplir una prestación por causa fortuita, no tiene el deber de hacer aquello que es imposible y tampoco tiene el deber de hacer algo distinto en sustitución de la prestación original que deviene imposible. Mientras que el principio del *impossibilium* no admite nunca excepción, el del *casus* sí podría en ocasiones ser exceptuado. El principio del *casum* presupone o implica a su vez el siguiente principio: *Dammum sine injuria esse potest*, es decir, que existen daños que no provienen de un injusto y, por lo tanto, por los que nadie es responsable. (LIEBS, *Ob. cit.*, p. 60). Prácticamente idéntico significado cabe atribuirle al siguiente adagio: *Quae sine culpa accidunt, a nullo praestantur*, es decir, aquello que sucede sin culpa no responde nadie. [Dig. 50, 17, 23, (Ulpiano)].

<sup>295</sup> Sobre todo ello, RÜMELIN, *Die Gründe der Schadenszurechnung*, 1896, pp. 14 y s.

<sup>296</sup> Cfr. RÜMELIN, *Die Gründe der Schadenszurechnung*, 1896, p. 14.

Fortuna, instancia competente para la distribución del infortunio,<sup>297</sup> era común el recurso al axioma del *casum sentit dominus* para atribuir los costes de la desgracia en situaciones de conflicto en las que no cabía determinar ningún agente humano responsable por el daño acaecido.<sup>298</sup>

En la actualidad, es asimismo ampliamente compartida entre los civilistas continentales la vigencia del principio referido como dogma esencial del sistema de responsabilidad civil.<sup>299</sup> «I. *Casum sentit dominus*. Los daños que, o por azar o por culpa propia, caen sobre el individuo, deben en general ser soportados por éste».<sup>300</sup> El § 1311 del Código civil austríaco recoge

---

<sup>297</sup> Cfr. MEDER, *Schuld, Zufall, Risiko*, 1993, pp. 22 y s. El cristianismo también asumiría que la vida humana no está puesta en manos de un destino ciego e impersonal, sino en las de Dios, cuya providencia se extendería hasta el más pequeño detalle biográfico del ser humano. Vid. *Catecismo de la Iglesia Católica*, 1993, nm. 302 y ss.: «302 La creación tiene su bondad y su perfección propias, pero no salió plenamente acabada de las manos del Creador. Fue creada "en estado de vía" ("In statu viae") hacia una perfección última todavía por alcanzar, a la que Dios la destinó. Llamamos divina providencia a las disposiciones por las que Dios conduce la obra de su creación hacia esta perfección: Dios guarda y gobierna por su providencia todo lo que creó, "alcanzando con fuerza de un extremo al otro del mundo y disponiéndolo todo con dulzura" (Sb 8, 1). Porque "todo está desnudo y patente a sus ojos" (Hb 4, 13), incluso lo que la acción libre de las criaturas producirá (Cc. Vaticano I: DS 3003)». De ahí que también en la religión católica haya sido en ocasiones criticada, por ejemplo, la figura del contrato de seguro, como un mecanismo humano de alteración de la distribución divina del daño en la tierra. El hombre debería soportar el daño patrimonial, la enfermedad y la muerte, como pruebas o penas divinas. Sobre todo esto, vid. EBEL, «Glücksvertrag und Versicherung. Zur Geschichte der rechtstheoretischen Erfassung des Versicherungsverhältnisses», *ZVersWiss*, 1962, p. 64; SCHMITT-LERMANN, *Der Versicherungsgedanke im deutschen Geistesleben*, 1954, pp. 1 y ss. Todavía a fines del S. XIX negaban las aseguradoras la correspondiente indemnización en caso de daños ocasionados por rayos en el marco de tormentas secas, pues aquellos eran comprendidos como «Pena y vara de Dios». Cfr. ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 2ª ed., 1969, p. 84, n. 6. Sobre el concepto de *casus* en la filosofía escolástica, KNEBEL, «Zufall», en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, v. XII, 2004, pp. 1413 a 1415. Por otro lado, es interesante ver como la misma idea de lo fortuito es nuevamente puesta en cuestión en el marco del idealismo alemán. La absolutización de la razón llevó a algunos a autores a sostener que el accidente, como tal, no existía, se trataba simplemente de una contingencia todavía por conocer y descifrar. Así, señala SPINOZA, *Ética*, 1998, Parte I, Prop. XXIX, que: «En la naturaleza no hay nada contingente, sino que, en virtud de la necesidad de la naturaleza divina, todo está determinado a existir y obrar de cierta manera»; [cursiva en el original] y Prop. XXXIII: «una cosa se llama «contingente» sólo con respecto a una deficiencia de nuestro conocimiento. En efecto, una cosa de cuya esencia ignoramos si implica contradicción, o de la que sabemos bien que no implica contradicción alguna, pero sin poder afirmar nada cierto de su existencia, porque se nos oculta el orden de las causas». Al respecto, con ulteriores citas en este mismo sentido, vid. DEPENHAUER, «Zufall als Rechtsprinzip? - Der Losentscheid im Rechtsstaat», *JZ*, (4), 1993, p. 174; y CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 38 y s.

<sup>298</sup> Cfr. MEDER, *Schuld, Zufall, Risiko*, 1993, pp. 21 y ss., quien señala que no es hasta el nacimiento de la República cuando el concepto del *casus* se comienza a liberar de su fundamento teológico, comenzándose entonces a vincular la atribución del mal a quien primeramente lo sufre a la noción de individuo plenamente soberano. De él se espera que tenga la fortaleza suficiente para resistir sin ayuda externa el mal que un tercero no culpable genera.

<sup>299</sup> El recurso a dicha fórmula como punto de partida del sistema de responsabilidad por daños es una constante en la doctrina civilista. Así, por ejemplo, ENNECCERUS/NIPPERDEY, *AT*, v. II, 15ª ed., 1960, § 208; DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2ª ed., 1996, p. 1, nm. 1; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, v. II-2, 13ª ed., 1994, § 75 I, 2a, p. 351; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, v. I, 8ª ed., 1998, § 2 III, pp. 34 y s.; FUCHS, *Deliktsrecht*, 7ª ed., 2009, pp. 1 y s.; MEDER, «Risiko als Kriterium der Schadensverteilung», *JZ*, (11), 1993, p. 541, 543; REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de responsabilidad civil*, v. I, 5ª ed., 2014, pp. 265 y s.; DíEZ-PICAZO, «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», *ADC*, 2000, p. 1027; SCHRAMM, *Haftung für Tötung*, 2010, p. 17; MANSEL, «Eigen- und Fremdverantwortung im Haftungsrecht – zu den außerjuristischen Triebkräften der Haftungsverschärfung», *FS-Henrich*, 2000, p. 426.

<sup>300</sup> Cfr. ENNECCERUS/NIPPERDEY, *AT*, v. II, 15ª ed., 1960, § 208; REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de responsabilidad civil*, v. I, 5ª ed., 2014, pp. 265 y s.: «Esa «razón suficiente» [para la reparación del perjuicio acaecido] la ha constituido tradicionalmente el principio de la culpa, de manera que el punto de partida de la responsabilidad por daños se construiría sobre la base del principio «*casus sentit dominus*», según el cual las consecuencias de un suceso accidental o fortuito deben ser soportadas por quien las sufre».

incluso el principio de forma expresa,<sup>301</sup> y nuestro art. 1105 CC contiene una regla prácticamente idéntica, al establecer que “[f]uera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables.” El principio del *casum sentit dominus*, no solo constituye una descripción de un estado de cosas (el propietario sufre la pérdida de la cosa), sino al mismo tiempo una regla de atribución de la competencia por el daño que,<sup>302</sup> junto con el principio de responsabilidad por culpa, constituyen los dos pilares esenciales del sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual.<sup>303</sup> Consecuentemente, se define la noción de accidente de un modo negativo, como todo aquel acontecimiento lesivo no atribuible a un acto autónomo.<sup>304</sup>

Sea como fuere, pese a la aparente sencillez del referido axioma, la doctrina civilista reconoce que tras el principio del *casum* se esconde una decisión normativa de gran calado.<sup>305</sup> No es expresión de la resignación frente al infortunio,<sup>306</sup> sino expresión de un liberalismo político que cristaliza en el levantamiento de barreras normativas entre las esferas jurídicas de los miembros de una misma comunidad.<sup>307</sup> La desgracia la soporta el sujeto al que primariamente afecta, sin que tenga éste con carácter general una pretensión jurídica de socialización del daño.<sup>308</sup> Ello, no sería, «en contra de un extendido malentendido, una mera solución de necesidad, sino que, al contrario, se mostraría como un razonamiento elemental de justicia, pues vendría a expresar la obviedad de que todo el mundo debe soportar el “riesgo general de la vida” y que no se puede desplazar sin más ese riesgo a otros sujetos privados».<sup>309</sup> Los agentes involucrados en un conflicto no se encuentran en un plano de igualdad: mientras que el lesionado es competente por todas las lesiones que sufren sus bienes jurídicos, también las puramente fortuitas, el que causa el daño en la esfera ajena, en principio, solo es considerado competente por el mismo cuando pueda ser hecho por alguna razón (culpa, responsabilidad

---

<sup>301</sup> 1311 ABGB: Der bloÙe Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. Hat aber jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlaÙt; hat er ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten; oder, sich ohne Noth in fremde Geschäfte gemengt; so haftet er für allen Nachtheil, welcher auÙer dem nicht erfolgt wäre. Al respecto, vid. HARRER, «§ 1311», Praxiskommentar zum ABGB, 2ª ed., 1997, nm. 2; o WOLFF, «§ 1311», Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, v. VI, 2ª ed., 1951, pp. 1311 y ss.

<sup>302</sup> Cfr. LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten*, 1999, p. 121; o MARTÍN CASALS, «Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”», *InDret*, (2), 2005, p. 11: «[e]l punto de partida de la norma fundamental es la vieja idea de casum sentit dominus: cada cual tiene que pechar con el daño que sufra, a menos que exista una razón jurídica que le permita trasladar las consecuencias de ese daño a otra persona».

<sup>303</sup> Cfr. MEDER, *JZ*, 1993, p. 541; REGLERO CAMPOS/BUSTO LAGO, *Tratado de responsabilidad civil*, v. I, 5ª ed., 2014, p. 266.

<sup>304</sup> Cfr. MEDER, *Schuld, Zufall, Risiko*, 1993, pp. 14 y ss.

<sup>305</sup> Acertadamente, HÜBNER, *Schadenszurechnung nach Risikosphären*, 1974, p. 59, quien señala que desde la perspectiva del principio de responsabilidad, no existe alternativa alguna al principio del *casum*, reconociendo que se trata éste de un principio de imputación y, por lo tanto, de algo más que una mera consecuencia derivada de la naturaleza de las cosas. En el mismo sentido, vid. WEYERS, *Unfallschäden*, 1971, p. 487.

<sup>306</sup> En cambio, en este sentido, vid. MÄDRICH, *Das allgemeine Lebensrisiko*, 1980, p. 124, quien señala que el Derecho se limita a reconocer aquello que la naturaleza determina de forma inexorable.

<sup>307</sup> Cfr. FUCHS, *Deliktsrecht*, 7ª ed., 2009, p. 2.

<sup>308</sup> Cfr. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, v. I, 8ª ed., 1995, § 2 III, 1, p. 35.

<sup>309</sup> Vid. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, v. II-2, 13ª ed., 1994, § 75 I, 2d, p. 352.

por el peligro...) responsable por el daño.<sup>310</sup> A cada sujeto se le garantiza un ámbito vital propio, pero ello exige al titular de cada esfera que se abstenga de injerirse en la de los demás, también cuando sobre él se cierne un mal no imputable a terceros.<sup>311</sup> El principio del *casum*, no pretende resolver un problema de justicia distributiva, es decir, no sirve como regla operativa para una distribución equitativa de los bienes o intereses de los miembros de una comunidad.<sup>312</sup> «Por el contrario, el principio del *Casum sentit dominus* guarda relación con un problema de *justicia conmutativa*, a saber, la distribución del daño entre dos o más sujetos privados. En esta relación, el hecho de que sea el “amo” de los bienes jurídicos quien en caso de daños accidentales soporte el daño es “justo”, pues su traslado a otro sujeto de derecho privado no puede justificarse normativamente».<sup>313</sup>

Frente a este modo de ver las cosas, en la doctrina privatista no han cesado las voces críticas contra el principio del *casum*, como regla de atribución de los daños fortuitos.<sup>314</sup> ¿Por qué razón debe soportar los costes de un accidente aquel agente sobre el que el mal se realiza? ¿Por qué habría el Derecho de atribuir el coste del accidente a quien no es responsable por su acaecimiento? Asumiendo que la mera causalidad o el mero *status quo* dado no pueden ser el criterio de distribución normativa de costes, la aceptación del *casum sentit dominus* constituiría una amarga renuncia por parte del Derecho a una distribución justa de bienes.<sup>315</sup> «Desde un fatalismo como éste se llegaría a la conclusión de que ante un accidente no culpable siempre tendría un mejor derecho aquél que tuviera unos huesos más fuertes o un automóvil más estable [...]».<sup>316</sup> Autor y víctima se sitúan frente al daño en una posición normativamente idéntica, de modo que el Derecho no puede limitarse a reconocer el designio natural.<sup>317</sup> Un Derecho racional no habría de acoplarse a una realidad injusta, no podría dejar en manos de la casualidad la distribución de bienes, sino que precisamente el Derecho se relaciona con el accidente en un sentido inverso: el Derecho ordena el mundo conforme a leyes de la razón.<sup>318</sup>

Como se ha señalado, en la actualidad también la doctrina penalista se refiere al principio del *casum* como regla básica de imputación de la desgracia. Tan pronto como en la ciencia jurídico-penal se advierte que el fundamento último de las distintas causas de justificación y, en particular, del estado de necesidad agresivo, no puede verse en un paradigma utilitarista-colectivizador y que, por lo tanto, no es la maximización de intereses en liza el patrón de decisión del Derecho en situaciones de conflicto,<sup>319</sup> resulta obligado fundamentar de algún

---

<sup>310</sup> Cfr. LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten*, 1999, p. 117, n. 7.

<sup>311</sup> Al respecto, sobre el principio del *casum sentit dominus* como un principio de atribución de riesgos vitales, vid. HÜBNER, *Schadenszurechnung nach Risikosphären*, 1974, pp. 63 y ss., 65.

<sup>312</sup> Cfr. LOOSCHELDERS, «Bewältigung des Zufalls durch Versicherung?», *VersR*, 1996, p. 534; EL MISMO, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten*, 1999, p. 123.

<sup>313</sup> Vid. LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten*, 1999, p. 123.

<sup>314</sup> Así lo remarca LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten*, 1999, p. 123, n. 134. En este sentido crítico, por ejemplo, GIERKE, *Die soziale Aufgabe*, 1943, p. 25; o RÜMELIN, *Schadenszurechnung*, 1896, pp. 13 y ss.

<sup>315</sup> Cfr. RÜMELIN, *Schadenszurechnung*, 1896, p. 14.

<sup>316</sup> Cfr. ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 2ª ed., 1969, p. 71.

<sup>317</sup> Cfr. ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 2ª ed., 1969, p. 73.

<sup>318</sup> Sobre esto mismo, con detalle, DEPENHAUER, *JZ*, (4), 1993, p. 175, con ulteriores referencias a la doctrina.

<sup>319</sup> En el marco de un sistema jurídico netamente utilitarista, lo cierto es que un principio como el del *casum* no parece tener cabida. El accidente lo debería soportar siempre aquel agente que absorba el mal de la manera socialmente más eficiente, y dicho agente, claro está, no tiene por qué ser necesariamente el propietario de la cosa o aquél sobre el que se cierne el peligro.

modo el deber de tolerar las situaciones de necesidad cuando el Ordenamiento prohíbe su desplazamiento. ¿Por qué quien no es responsable por un peligro no puede desplazarlo a un tercero, incluso cuando el mal que con ello origina es inferior al que evita?<sup>320</sup> ¿Y en caso de equivalencia entre los males? La respuesta vendría precisamente de la mano del principio del *casum sentit dominus*.<sup>321</sup> Nuestro actual Ordenamiento jurídico se asentaría sobre un subprincipio general de asunción personal de los riesgos no imputables a esferas organizativas ajenas, que, en realidad, no sería más que una manifestación específica en forma negativa del principio general del *neminem laedere*. Es decir, la garantía de un Derecho abstracto basado en una separación estable y fiable de esferas de libertad no solo se basa en la atribución de responsabilidad a cada uno de los titulares de una esfera por sus propios actos organizativos, sino que también exigiría la asunción por parte de cada agente de los males fortuitos que se ciernen sobre uno.<sup>322</sup> «Forma parte del mismo concepto de libertad (externa) el que cada uno deba asumir por sí mismo las ampliaciones o restricciones responsables o accidentales de sus propios posibilidades de actuación».<sup>323</sup> Esto significa, pues, que el principio de autonomía no solo encuentra su correlato en la responsabilidad por los propios actos organizativos, sino que también opera atribuyendo los costes esperables fruto de la mera desgracia a quien aquella amenaza.<sup>324</sup> Dicho principio, concretado en una regla de cierre del sistema de distribución de posiciones de competencia por los peligros reza como sigue: «todo sujeto debe cargar personalmente con los peligros que amenazan su esfera de intereses, siempre que tales peligros no sean de alguna forma jurídicamente imputables a terceros –en alguna medida atribuibles jurídicamente al comportamiento organizador de otro sujeto–».<sup>325</sup> El principio del *casum*, «principio operativo de segundo nivel, que se deriva de la idea rectora de la autonomía individual, se halla inequívocamente inmanente en nuestro Ordenamiento Jurídico y, ya desde antiguo, ha encontrado reflejo en diversos sectores del mismo. Atendiendo a la tradición jurídica de nuestro entorno y a la propia es difícil prescindir de la idea del *casus sentit dominus* en sentido amplio, salvo que existan buenas razones para ello».<sup>326</sup>

Así las cosas, este principio, junto con los de autonomía y solidaridad, cerraría la terna de axiomas rectores del sistema de causas de justificación.<sup>327</sup> Todos los peligros que amenazan a un agente, o bien pueden ser atribuidos a un sujeto a partir de los principios de autonomía o solidaridad, o bien le competen a quien amenazan en aplicación de la regla defectiva del *casum*

---

<sup>320</sup> Cfr. CONINX, «Zufall und Verteilungsgerechtigkeit- Grundlagen für eine kontraktualistische Begründung von rechtlichen Solidaritätspflichten in Notstandssituationen», en VON HIRSCH et al. (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 176; o ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 158 y s.

<sup>321</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 61 y s.; o ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 458 y ss.

<sup>322</sup> Vid. HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 85 y s.; pp. 258 y s.; KÖHLER, «Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand», *FS-Schroeder*, 2006, p. 257; o ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 160 y s.

<sup>323</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 282.

<sup>324</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 179, n. 91.

<sup>325</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 62; GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, p. 282; o ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 175.

<sup>326</sup> Vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 62.

<sup>327</sup> Es frecuente mantener el carácter dual de los principios rectores del sistema de justificación, derivando el axioma del *casum sentit dominus* del principio de autonomía. En este sentido, p. ej., vid. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 282.

*sentit dominus*. De este modo se logra configurar un sistema de legitimación de derechos y deberes de tolerancia en situaciones de necesidad cerrado y omnicomprendivo.<sup>328</sup>

Pues bien, teniendo en cuenta que la importación del mundo del Derecho privado del principio del *casum sentit dominus* se llevó a cabo en su momento para explicar exclusivamente la competencia defectiva u original del sujeto sobre el que se cierne un peligro en situaciones de necesidad unilaterales, es decir, allí donde un único agente está en situación de peligro, lo pretendido a continuación es examinar qué virtualidad tiene esta regla de atribución normativa de la posición de competencia por el peligro ante situaciones de conflicto entre razones de obligación. Para ello, en primer lugar, merece la pena aquí examinar cuál es el fundamento último del *casum sentit dominus*, entendida esta fórmula como un principio de atribución de la competencia por el peligro. En segundo lugar, parece igualmente obligado preguntarnos precisamente cuáles son las condiciones de atribución de la posición de *dominus*. ¿Quién es a los efectos jurídico-penales *dominus*? Solo entonces estaremos en disposición de concretar qué relevancia tiene este principio a la hora de resolver los conflictos en los que los dos sujetos aparecen como necesitados y aquellos en los que solo uno de los sujetos pacientes involucrados es además necesitado.

## **b) El fundamento de la privatización de la desgracia**

Para quien no entienda la regla del *casum* como una pura descripción de lo fenomenológico, sino como un principio de atribución de la competencia por un peligro imputable a la desgracia, resulta obligada su fundamentación. Se trata, en definitiva, de explicar por qué nuestro Ordenamiento jurídico atribuye la competencia normativa por el peligro a un único sujeto concreto, individualizando así la competencia por la desgracia.<sup>329</sup> Aunque la pregunta pueda parecer desatinada, adviértase que es igualmente imaginable un sistema jurídico que, aun basándose en los principios de autonomía y solidaridad, optara por no individualizar aquellos peligros que no son atribuibles a ningún agente conforme a estos dos principios generales.<sup>330</sup> En un mundo incapaz de alterar el reparto de la suerte y la desgracia, al Ordenamiento jurídico no le quedaría otra salida que reconocer la distribución natural de la

---

<sup>328</sup> Cfr. WILENMANN, «El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal», *InDret*, (3), 2014, pp. 4 y ss.

<sup>329</sup> Como señala ROXIN, «Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand», *FS-Jescheck*, v. I, 1985, p. 471: «en principio, cada cual debe soportar los golpes del destino no atribuibles contra los que la previsión humana nada puede hacer». Sobre esto mismo, además CONINX, en VON HIRSCH/NEUMANN/ SEELMANN(eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 175 y ss., p. 178.

<sup>330</sup> Sobre los distintos modos teóricamente disponibles de asignación de recursos en situaciones trágicas, vid. CALABRESI/BOBBITT, «*Reine Allokationsverfahren*», en LÜBBE (ed.), *Tödliche Entscheidung*, 2004, pp. 55 y ss., quienes distinguen entre cuatro modelos esenciales de asignación de recursos en situaciones de escasez: el libre mercado, el procedimiento político, la lotería, y lo que llaman el procedimiento consuetudinario o evolutivo. Sobre todo ello, extensamente, CALABRESI/BOBBITT, *Tragic Choices*, 1978, *passim*. ¿Por qué razón no sortear entre todos los ciudadanos quién debe donar el riñón que precisa (A), abstemio deportista de impecables hábitos alimenticios? Una interesante y reciente crítica a los postulados utilitaristas en la ética de la asignación general de recursos escasos puede leerse en LÜBBE, *Nonaggregationismus*, 2015, pp. 95 y ss. Otra opción imaginable de distribución del accidente podría ser la regla del “*cheapest cost avoider*”, desarrollada en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual y que atribuye la competencia por el daño a la parte que puede prevenirlo con menor costo. Al respecto, vid. CALABRESI, «Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts», *Yale Journal of Law*, (70), 1961, p. 499.



desgracia. Sin embargo, tan pronto como el ser humano comienza a desarrollar mecanismos de contención o de redistribución del accidente, resulta obligado explicar por qué siendo técnicamente posible la distribución de la desgracia ésta debe sin embargo soportarla un concreto sujeto.<sup>331</sup> Si resulta que el agente sobre el que se cierne el peligro no es por definición responsable por su ocasionamiento, ¿por qué razón debe aquél soportar su realización? ¿por qué no socializar la desgracia o hacer competente por aquélla al que está en mejor disposición para su conjura? La noción de desgracia, como tal, no justifica que deba permanecer donde amenaza con realizarse en un primer momento.<sup>332</sup> Hasta donde alcanzo, esta pregunta, que apenas ha sido formulada en la discusión jurídico-penal,<sup>333</sup> antecede a la que clásicamente ha interesado a los penalistas, a saber, la de bajo qué condiciones puede el competente por el peligro imputable a la desgracia desplazar el mal que le amenaza a un tercero. A esta pregunta responde precisamente el instituto del estado de necesidad agresivo. Con un ejemplo: la dogmática del estado de necesidad agresivo nos dice que el paciente necesitado de un riñón no puede extraer forzosamente el órgano a un tercero, tampoco cuando esté en juego su vida. *Sensu contrario*, afirmamos que le compete a él soportar el peligro natural que le amenaza. Ahora bien, ¿por qué motivo?

En ocasiones se responde afirmando simplemente que el mal lo debe soportar precisamente aquél sobre el que amenaza realizarse el peligro. Hay quien intenta eludir esta falacia naturalística elevando la categoría de lo “natural” al estatus de parámetro de valoración de la corrección moral o jurídica de una situación de hecho o de una conducta humana.<sup>334</sup> Sea lo que se entienda por natural,<sup>335</sup> a ello, y más concretamente a la distribución natural de la desgracia, le corresponde *per se* un valor digno de respeto, de modo que el reconocimiento normativo de la individualización de la desgracia contribuye a la realización de ese valor,<sup>336</sup> al

---

<sup>331</sup> Vid. CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 38 y ss., quien niega la posibilidad de que en el marco de un Ordenamiento jurídico moderno y secular pueda legitimarse la distribución natural de la desgracia a partir de argumentos de corte metafísico, consistentes en advertir la determinación de la desgracia en la voluntad de instancias divinas o supranaturales. Además, sobre cómo los avances de la técnica generan problemas éticos hasta entonces inexistentes, y sobre la necesidad de encontrar reglas (normativas) de contención a su avance, vid. HABERMAS, *El futuro de la naturaleza humana*, 2002, pp. 38 y ss.; y VAN DEN DAELE, «Die Natürlichkeit des Menschen als Kriterium und Schranke technischer Eingriffe», *Wechsel Wirkung*, junio/agosto, 2000, pp. 24 y ss.: «los controles morales deben hacer normativamente indisponible aquello que la ciencia hace técnicamente disponible». Vid. además MOLINA FERNÁNDEZ, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica», *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 81 y ss., quien señala que son tres las posibilidades a la hora de repartir el daño no imputable: «no intervenir, dejando que el azar reparta suerte; desplazar el daño, total o parcialmente, a un tercero con apoyo en algún criterio de justicia; o distribuirlo universalmente entre todos los ciudadanos».

<sup>332</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 290, quien señala que en el marco de un Ordenamiento liberal es el criterio del merecimiento el argumento con mayor prestigio a la hora de distribuir recursos.

<sup>333</sup> Y cuando se ha formulado, con carácter general, se ha hecho a propósito de la fundamentación del estado de necesidad eximente de la responsabilidad penal, así, por ejemplo, vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 355 y ss., 360 y ss., señalando que, en tales casos, la distribución de la desgracia, esto es, de los roles de los sujetos implicados, resulta ser absolutamente accidental o arbitraria: «la víctima actual podría haberse encontrado perfectamente en el rol del que actúa en estado de necesidad y viceversa».

<sup>334</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 290; y BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, p. 123; y con detalle, sobre la naturaleza como criterio del actuar humano, vid. EL MISMO, «“Natur“ als Maßstab menschlichen Handelns», *Zeitschrift für philosophische Forschung*, (45), 1991, pp. 64 y s., 68 y ss.

<sup>335</sup> Al respecto, con detalle, BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 123 y ss.; y EL MISMO, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, (45), 1991, pp. 64 y s.

<sup>336</sup> Sobre la naturalidad (*Natürlichkeit*) como principio que explica la plausibilidad psicológica de esta tesis, y la prevalencia del suceder natural frente a la alteración humana que no mejora la situación final, vid., BIRNBACHER,

acoplarse el Derecho al mundo natural, a lo objetivamente correcto,<sup>337</sup> respetando así su discurrir armónico. Hasta donde alcanzo, son esencialmente dos los argumentos esbozados en favor de atribuir un valor positivo al *status quo* dado o a la no alteración de los cursos de acontecimientos naturales. Una primera forma de comprender el valor del quietismo y del respeto al *status quo* viene de la mano de concepciones teológicas que ven en la realidad natural la plasmación de los designios divinos.<sup>338</sup> El competente por el peligro es aquél sobre el que se cierne porque esa ha sido la voluntad divina. Distribuir el daño es burlar la decisión de la instancia competente. Por otro lado, en la actualidad, los argumentos enaltecedores del quietismo y del valor de lo dado parecen advertir en el misma naturaleza un criterio ético, de la mano de lo que se ha venido a denominar el naturalismo ético (*ethische Naturalismus*).<sup>339</sup> El ser humano tendría el deber de respetar y seguir a la naturaleza,<sup>340</sup> de modo que apartarse del curso natural, alterarlo, sería moralmente reprochable, como mínimo, *prima facie*. Con ello, la individualización de la desgracia se torna axiomática, la desgracia debe realizarse allí donde surge de manera natural.<sup>341</sup>

En la discusión jurídico-penal actual parecen entremezclarse los dos argumentos acabados de referir a la hora de fundamentar el principio del *casum sentit dominus*. Así, bajo la ética de la prohibición de jugar al destino (*Schicksalspielen*), o a ser Dios (*Gottspielen*),<sup>342</sup> se sostiene que «la

---

*Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 123 y ss. En la psicología social se habla del “sesgo del *status quo*”, en virtud del cual los humanos tendemos a exagerar el valor del *status quo* vigente, negándonos a mínimos riesgos susceptibles de ser desencadenados activamente, asumiendo así (omisivamente) otros mayores. Al respecto, JUNGERMANN/SLOVIC, «Charakteristika individueller Risikowahrnehmung» en KROHN/KRÜCKEN (eds.), *Riskante Technologien: Reflexion und Regulation*, 1993, pp. 79 y ss.

<sup>337</sup> Cfr. BIRNBACHER, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, (45), 1991, pp. 64 y s.

<sup>338</sup> *Pars pro toto*, MEDER, *Schuld, Zufall, Risiko*, 1993, pp. 21 y ss.

<sup>339</sup> Vid. BIRNBACHER, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, (45), 1991, pp. 68 y ss.; y sobre la ética evolutiva y la pretensión de legitimar principios y deberes sobre la base del ser, vid. VOSENKUHL, «Die Unableitbarkeit der Moral aus der Evolution», en KOSLOWSKI et al. (eds.), *Die Verführung durch das Machbare*, 1983, pp. 141 y ss., poniendo de relieve como el naturalismo ético parece entroncar con la ética de la evolución y la pretensión de algunos autores de vincular toda ley moral a las leyes de la evolución. El *topos* de la prohibición de jugar a ser Dios es igualmente fundamental en la discusión sobre los límites éticos al avance de la ciencia. En particular, sobre los límites éticos a la biología sintética, vid. p. ej.2, el interesante análisis de LINK, «Playing God and the Intrinsic Value of Life: Moral Problems for Synthetic Biology?», *Sci Eng Ethics*, (19), 2013, pp. 443 y ss., p. 436: «The ethical concerns in question comprise issues connected to the concept of life: is synthetic biology blurring a boundary between the natural and the artificial? How would our attitude towards life change if life could be produced artificially in the future? What value does that which is ‘natural’ and life in general have? Furthermore, there are certain fears that synthetic biologists are ‘tampering with nature’ or ‘playing God’. Should synthetic biologists be allowed to create new life forms intentionally, or are they in doing so crossing a crucial line?».

<sup>340</sup> Cfr. BIRNBACHER, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, (45), 1991, p. 69, quien advierte en el naturalismo ético una secularización del deber de autodeterminarse vitalmente conforme al patrón divino, sustituyendo la figura divina por la naturaleza, cuyos entresijos iría progresivamente desvelando la ciencia natural. Por otro lado, a propósito de la necesidad de poner límites normativos al avance de la genética molecular reproductiva, se plantea HABERMAS la conveniencia de mantener una cierta medida de contingencia o naturalidad (en el engendramiento). Ello «no sería expresión de ninguna imprecisa resistencia antimoderna. Sería más bien un acto político de acción moral autorreferente para garantizar la existencia de unas *condiciones de conservación* de la autocomprensión práctica de la modernidad». Cfr. HABERMAS, *El futuro de la naturaleza humana*, 2002, p. 41.

<sup>341</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 22 F, nm. 165: «lo que el destino impone no es imputable al ser humano. Se sabe que muchas personas deben morir porque no hay suficientes corazones y riñones disponibles para ser trasplantados. Pero ello se asume porque también en otros casos cada cual debe soportar su —a veces— triste destino. Solo el intento de corregir el destino a costa de personas no implicadas perturbaría la paz jurídica. Por eso, debe impedirse bajo pena».

<sup>342</sup> Al respecto, en la literatura penal, entre otros: SCHMIDT, «Anmerkung OGH f. d. Brit. Zone, Urteil v. 5.3.49 – StS», *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, (4), 1949, p. 565; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 27, 81;

protección del status quo frente a una modificación de este —siempre y cuando no fuera aplicable el precepto del estado de necesidad— constituiría la razón más fuerte de obligación». <sup>343</sup> En la relación del hombre con su entorno natural, por principio, sería preferible omitir, dejar que las cosas sigan su curso antes que injerirse artificialmente en el curso del acontecimiento natural previsible. Allí donde coliden dos intereses de forma irreconciliable, a falta de un argumento específico que prefiera alguno de los intereses concurrentes, el Derecho penal otorgaría primacía general a la omisión que salvaguarda el *status quo*. <sup>344</sup> «El actuar se toma la libertad de jugar al “destino” o a “ser Dios”, mientras que el omitir se muestra como el devoto apego al destino». <sup>345</sup> El desplazamiento activo de un mal, por alguna razón, perturbaría el Ordenamiento jurídico, a diferencia de la no evitación de ese mismo mal.

Sea como fuere, en la doctrina penal actual no parece advertirse en la fundamentación del *casum* una defensa férrea y decidida de la necesidad de respetar el destino o la voluntad divina, ni tampoco de la absoluta primacía del acontecer natural. Más bien, la fundamentación del *casum sentit dominus* parece constituir una amarga necesidad, una solución defectiva ante la imposibilidad de encontrar criterio alguno para la atribución normativamente bien fundada de la competencia por el peligro. <sup>346</sup> Allí donde no hay razón específica para desplazar el mal, ¿por qué razón debería desplazarse? A falta de una razón concreta que permita resolver un conflicto, al Derecho solo le quedaría aferrarse a lo puramente fáctico, asumiendo la distribución natural de la fortuna y la desgracia. <sup>347</sup>

---

MANGAKIS, «Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts», *ZStW*, (84), 1972, p. 476; OTTO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., pp. 82 y s.; PEÑA-WASAFF, *Der entschuldigende Notstand*, 1979, p. 163; NEUMANN, *JRE*, (2), 1994, p. 90; GROPP, «Die „Pflichtenkollision“: weder eine Kollision von Pflichten noch Pflichten in Kollision», *FS-Hirsch*, 1999, p. 213; EL MISMO, «Der Radartechniker-Fall – ein durch Menschen ausgelöster Defensivnotstand?», *GA*, 2006, pp. 284 y ss.; JOERDEN, *Menschenleben*, 2003, pp. 130 y s.; EL MISMO, *JRE*, (5), 1997, p. 48, EL MISMO, *Logik im Recht*, 1ª ed., 2005, p. 75; JÄGER, «Die Abwägbarkeit im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie», *ZStW*, (115), 2003, p. 779; MITSCH, «Flugzeugabschüsse und Weichenstellungen», *GA*, 2006, p. 22; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 159 y ss., 175 y ss., 407 y ss.; MERKEL, *Frühethanasie*, 2001, pp. 582 y ss.; o CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, (43), 1990, p. 506. Y en la discusión filosófico-moral, además, vid. BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, pp. 123 y ss.; y con detalle, sobre la naturaleza como criterio de valoración moral, EL MISMO, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, (45), 1991, pp. 60 y ss., 68 y ss. En un sentido prácticamente idéntico, resolviendo los conflictos entre deberes positivos y negativos en favor de estos últimos, «en caso contrario, el Derecho no sería ya posible», vid. SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, 5ª ed., 2010, § 3, nm. 42. Crítica con el carácter metafísico del razonamiento del destino en el ámbito del Derecho penal, impropio de un Ordenamiento jurídico moderno y racional, cfr. CONINX, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 179 y s.

<sup>343</sup> Vid. JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, p. 48.

<sup>344</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 159, pp. 175 y ss., 407 y ss.; y en el mismo sentido, vid. MITSCH, *GA*, 2006, p. 22, quien llega a afirmar incluso que «el criterio decisivo para el castigo o la impunidad es, pues, la intromisión en el curso del acontecer, que el hombre no puede desviar si no está en disposición de lograr con ello un resultado que merezca una valoración jurídica más positiva que la que merece el resultado alternativo determinado por el destino».

<sup>345</sup> Cfr. BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, p. 124; y en este mismo sentido, vid. DÖNICKE, *Strafrechtliche Aspekte der Katastrophenmedizin*, 1987, p. 147: «Genaugenommen übernimmt der Pflichtenträger, der nicht alle Pflichten, sondern nur eine oder einige erfüllen kann, nicht die Rolle des vernichtenden Schicksals. Er verwirklicht vielmehr die Rettungschancen einiger Gefährdeter und überläßt die anderen ihrem Schicksal, d. h. er mischt sich in ihr Schicksal gar nicht ein».

<sup>346</sup> Vid. MITSCH, *GA*, 2006, p. 22.

<sup>347</sup> Vid. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 159, n. 579, p. 161.

La segunda respuesta que ofrece la doctrina a la pregunta que ahora nos ocupa, desarrollada como superación de la antigua visión supra-natural de la distribución de la desgracia en el marco de las concepciones ilustradas del sistema jurídico,<sup>348</sup> reza como sigue: el principio de autonomía no solo guarda relación con la libertad de autodeterminación de un ciudadano, es decir, no solo implica el deber de asumir las consecuencias de los propios comportamientos auto-responsables, sino que también exige asumir las consecuencias de los accidentes o de los acontecimientos naturales.<sup>349</sup> «[C]uando un peligro que amenaza a una esfera organizativa autónoma no sea reconducible a comportamiento alguno de otra esfera individual autónoma que genere responsabilidad por organización, parece que deberá prevalecer la libertad organizativa de los demás miembros del sistema social [...]. Todo ello constituye una consecuencia más a deducir de la idea rectora de separación entre esferas organizativas «autónomas»».<sup>350</sup> La razón específica que fundamenta la atribución de los costes ínsitos en un mal fortuito a quien amenaza fue esbozada tempranamente NEUBECKER como sigue: «a quien disfruta las buenas gotas, le corresponde asumir también las malas».<sup>351</sup> Es decir, dado que cada ciudadano se aprovecha en exclusiva de la privatización de los bienes, cuando la naturaleza amenaza con destruirlos no puede exigir la socialización de los costes esperables; o como lo expresa MOLINA FERNÁNDEZ, «[c]ada uno disfruta de lo bueno que le toque en la vida, pero también carga con lo malo, y entre ellos se produce generalmente un cierto equilibrio».<sup>352</sup> El sujeto llamado a soportar la desgracia *debe ser* aquél que hasta este momento se ha valido de las ventajas inherentes al reconocimiento por parte del Derecho de una esfera jurídica privada en la que auto-organizarse de forma libre.<sup>353</sup> Lo contrario, esto es, desplazar el mal que va a recaer sobre uno, también cuando no haya sido provocado por el sujeto al que se traslada, conculcaría la exigencia de igualdad entre esferas jurídicas, pues se estaría garantizando la indemnidad de la propia esfera a costa de menoscabar los bienes de quien tampoco es competente por el peligro.<sup>354</sup>

Esto último cobra un sentido especial atendiendo al fin último del Derecho penal. Como señala RENZIKOWSKI, si resulta que el Ordenamiento jurídico no pretende asegurar el mundo de bienes jurídicos existente, sino coordinar las esferas jurídicas de los distintos ciudadanos de un modo justo conforme al principio de autonomía, parece evidente que el *casum*, como

---

<sup>348</sup> Al respecto, con detalle, vid. CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 41 y ss., señalando que la absolutización del principio de autonomía y la visión del ser humano como un sujeto radicalmente autónomo llevó durante la ilustración a la exclusión conceptual del Derecho de la misma idea de accidente o desgracia. Sobre esto mismo, con detalle, DEPENHEUER, *JZ*, (4), 1993, p. 175.

<sup>349</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 179.

<sup>350</sup> Vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 62.

<sup>351</sup> Vid. NEUBECKER, *Zwang und Notstand*, 1910, p. 130.

<sup>352</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM*, (4), 2000, p. 81, donde resume pros y contras de la distribución natural del daño. Ésta no es manipulable y, por lo tanto, imparcial. Además, es muy económica. En su contra habla, sin embargo, que puede ser injusta y contraproducente.

<sup>353</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 179; y en el mismo sentido, con detalle, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 61 y ss., quien considera el *casum sentit dominus* como un tercer principio operativo, junto con el principio de autodefinition de intereses propios y el de responsabilidad por el propio comportamiento originador de riesgos para terceros, a modo de «elemento de cierre de los mismos».

<sup>354</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 179; y en un sentido parecido, KÖHLER, *AT*, 1997, p. 282, señalando que la relación jurídica entre personas libres excluye con carácter general la posibilidad de derivar en terceros los riesgos existenciales que a uno le amenazan.

aquella contingencia no imputable que se mueve en el marco de una esfera jurídica, no supone un auténtico problema jurídico-penal. «Forma parte del mismo concepto de libertad (externa) el que cada uno deba asumir el ensanchamiento o la limitación responsable o accidental de sus posibilidades de acción».<sup>355</sup> El Derecho prohíbe la injerencia en una esfera ajena para su conjura, de modo que, *sensu contrario*, atribuye al agente sobre el que recae la competencia por dicho peligro.<sup>356</sup> Esta posición de competencia, generalmente fundamentada de modo negativo, la ha tratado de fundar positivamente KÖHLER, para quien la causalidad, al ser parte de la libre existencia, es también objetivamente imputable a ella.<sup>357</sup> La existencia personal estaría determinada desde su base —desde la fase embrionaria— por la propia capacidad de actuar libremente bajo reglas y condiciones morales y estaría al mismo tiempo empíricamente condicionada por su conformidad con las leyes de la existencia. Así las cosas, el axioma del *casum sentit dominus* no solo representa una constatación empírica, sino que además envuelve o lleva aparejado un juicio de imputación objetiva.<sup>358</sup>

Pues bien, aunque no es posible en este trabajo llevar a cabo un estudio profundo de las razones normativas que justifican la privatización de la desgracia, sí que puede afirmarse ahora que, efectivamente, el principio del *casum sentit dominus* es inequívocamente inmanente a nuestro Ordenamiento jurídico y que éste, además, encuentra su fundamento en una reflexión auténticamente normativa. El Derecho no reconoce en la naturaleza un patrón moral incuestionable, ni prohíbe la alteración del destino por razones metafísicas. El Derecho que eleva a la categoría de regla esencial de relación de esferas el principio de autonomía reconoce como parte del individuo también su contingencia, también el accidente y la desgracia tienen un único dueño, al que se le garantiza en su gestión la facultad de exclusión de terceros.<sup>359</sup> Solo un Ordenamiento que particulariza con carácter general la desgracia puede garantizar una delimitación estable de esferas de libertad, ello pese a que puedan posteriormente socializarse de forma coyuntural ciertas clases de accidente. «La necesidad es para todos una cosa propia. La necesidad está localizada. Afecta, a quien afecta. Casum sentit dominus, casus a nullo praestantur. [...] El individuo está solo, este es su poder, esta es también entonces su

---

<sup>355</sup> Vid. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 282.

<sup>356</sup> Vid. RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 179. Recientemente, de la misma opinión, DWORKIN, *Justicia para erizos*, 2014, pp. 365 y s.

<sup>357</sup> Vid. KÖHLER, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 264 y ss.

<sup>358</sup> Cfr. KÖHLER, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 264 y ss. Lo anterior supone, por un lado, que en situaciones de necesidad existenciales no se puede desplazar el riesgo a un sujeto inicialmente ajeno al peligro y, por el otro, que nazca un deber activo de limitación del riesgo o, en su defecto, un deber de tolerar la injerencia que conjura el peligro ocasionado. Por ende, la constatación de que el peligro emana de una concreta esfera, supone imputar objetivamente el daño provocado al titular de la esfera de peligro que lo desencadena, justificando así la imposición de un deber de tolerancia intensificado.

<sup>359</sup> Y adviértase que no solo el Ordenamiento jurídico privatiza la desgracia, con carácter general, también la gracia, entendida como aquella concesión sin merecimiento particular, se privatiza. Así, el art. 610 CC establece que se adquiere por ocupación la propiedad de los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas, ello pese a no existir una razón basada en la idea de merecimiento que explique esta individualización y privatización de la fortuna. La ocupación, como modo más antiguo de adquirir el dominio, está basada igualmente en un momento de arbitrio idéntico al que subyace al principio del *casum sentit dominus*. Sobre la ocupación como mecanismo de adquisición de la propiedad, recientemente, vid. ALBIEZ DOHRMANN, *Ocupación, Hallazgo y Tesoro*, 2014, pp. 19 y ss.

fragilidad».<sup>360</sup> Solo desde la radical solitud del hombre con su desgracia es posible construir un sistema de distribución estable de esferas de libertad, en el que cada ciudadano sea realmente soberano y pueda gozar de un margen dominante de libertad en su esfera.<sup>361</sup> «Esto suena brutal, y es absolutamente necesario».<sup>362</sup> Sería erróneo rechazar una formalización de las relaciones jurídicas como ésta tildándola de inhumana. Tan solo una vez se individualizan esferas de libertad en donde lo que acontece es, por defecto, competencia de a quien afecta se le abre al individuo la posibilidad de dirigir su propia vida, esto es, de poder mantener a través de sus propios actos la forma que ha elegido de auto-representación, y solo entonces tiene sentido plantearse la posibilidad de descargar al individuo excepcionalmente —y cuando así lo desee aquél— de la contingencia. De la individualización de la desgracia nace la solidaridad. Es precisamente en la privatización original de la desgracia donde con mayor claridad se advierte la comedida función de un Ordenamiento jurídico liberal: lo único que le compete al Derecho es lograr una armónica coordinación de esferas en las relaciones entre personas iguales en Derecho.

### c) Criterios de atribución de la posición de *dominus*

#### i) *Algunos ejemplos controvertidos*

A decir verdad, la doctrina jurídico-penal tampoco ha prestado demasiada atención a esta segunda cuestión. Como decía al principio, al penalista le ha interesado históricamente solo una pregunta posterior, vinculada con la dogmática de las causas de justificación. Esto es, la de bajo qué condiciones puede un “*dominus*” desplazar el mal —de forma no antijurídica— a la esfera de un tercero. En la medida en que por *dominus* solo se entienda aquel sujeto sobre el que cierne un peligro no reconducible normativamente a ninguna otra esfera, la pregunta anterior constituye el objeto capital de estudio de la dogmática del estado de necesidad agresivo.

Lo anterior no resulta controvertido en la medida en que en la mayoría de supuestos es posible la designación de un *dominus*, entendido como aquel sujeto llamado a soportar el peligro fortuito o natural, de manera sencilla, alcanzando resultados ampliamente compartibles sin necesidad de explicitar los fundamentos últimos de atribución de tal estatus. El montañero que tras varios días sin comer se ve obligado a sustraer los alimentos guardados en una tienda de campaña de un desconocido es —sin duda alguna— el llamado primariamente a soportar el mal que le acecha (*dominus*), la pregunta relevante es solo si su conducta autosalvadora, consistente en desplazar el mal a un tercero, puede o no estar

---

<sup>360</sup> Cfr. NEUBECKER, *Zwang und Notstand*, 1910, p. 130.

<sup>361</sup> Posiblemente al reconocimiento de la imposibilidad de alterar una distribución más o menos natural de la desgracia en ausencia de buenas razones subyace la voluntad de aceptar un auténtico espacio de libertad. Como señala HABERMAS, la libertad solo se puede aprehender a partir del respeto a algo no natural e indisponible, pues de otro modo, no podríamos seguir viéndonos a nosotros mismos como autores de nuestras vidas y, por consiguiente, como miembros iguales en el marco de una comunidad moral. Cfr. HABERMAS, *El Futuro de la naturaleza humana*, 2002, pp. 44 y ss. Es decir, la desgracia, o mejor dicho, el respeto de la distribución de la desgracia es precisamente aquello que nos hace sentirnos libres.

<sup>362</sup> Cfr. NEUBECKER, *Zwang und Notstand*, 1910, p. 130.

justificada conforme a las reglas del estado de necesidad agresivo. E igualmente sencillo parece determinar quién debe *ab initio* ser considerado competente por el peligro ante desgracias puramente naturales. El competente por el peligro que representa una insuficiencia pulmonar es precisamente el paciente que necesita un trasplante, sin que entren en consideración de forma seria otros eventuales candidatos.<sup>363</sup> Ahora bien, sería un error creer que la figura del *dominus* se revela siempre con esta misma sencillez y naturalidad. Como prueba de ello baste con presentar aquí algunos ejemplos demostrativos de lo complejo que puede llegar a ser determinar la posición de *dominus* en situaciones trágicas:

Caso 1: Un conductor se aproxima con su vehículo hacia un relajado grupo de peatones, pudiendo aún determinar a grandes rasgos la dirección de su vehículo, pero ya no frenarlo.<sup>364</sup>

Este ejemplo, propuesto por JAKOBS para evidenciar lo arbitrario que resulta dar preferencia general a los deberes de omitir frente a los de actuar, plantea la duda de si todos los peatones que conforman el grupo en cuestión son considerados *domini*, o si únicamente lo es aquél frente al que el automóvil se dirige en un primer instante. Con razón, afirma JAKOBS que «resulta difícil de fundamentar el favorecimiento de aquellos peatones que casualmente, de omitir, se verán beneficiados, con respecto a aquellos que, de omitir, se verán afectados».<sup>365</sup>

Caso 2: (X) ha perdido el control de su camión y se dirige cuesta abajo directamente contra el todoterreno de (Y), quien está maniobrando para aparcar su automóvil. Detrás del automóvil de (Y), en medio de la calzada, se encuentran dos niños, (Z) y (A), quienes juegan plácidamente con un balón. Al advertir (Y) que (X) se dirige contra él, aun habiéndose percatado de la presencia de los dos niños, detiene su maniobra y retira —mediante una rápida aceleración— su automóvil de la calzada, de modo que (X) acaba atropellando mortalmente a los dos niños. De haber impactado (X) contra (Y), ambos hubieran sufrido importantes lesiones, pero ninguno de los dos hubiera resultado muerto. Los dos niños hubieran resultado en ese caso ilesos.

En este supuesto, que he configurado a partir de un ejemplo similar propuesto por ROXIN,<sup>366</sup> se nos plantea la duda de si debemos considerar *dominus* a (Y), de modo que su maniobra evasiva ha de ser considerada como un desplazamiento del mal que a él le competía arrostrar o si, por el contrario, son los niños los que deberían aquí ostentar la posición de *domini*, con todo lo que ello implicaría a los efectos de evaluar la maniobra evasiva de (Y).

---

<sup>363</sup> Ello, desde la óptica penal, incluso cuando el mal que sufre el sujeto es reconducible en un primer momento a un comportamiento humano previo. Razones deontológicas llevan a atribuir igualmente la posición de *dominus* a quien sufre el mal allí donde éste ha sido responsablemente provocado por un tercero, como mínimo, parcialmente. Piénsese, por ejemplo, en la persona que sufre una insuficiencia renal fruto del golpe que un tercero le ha propinado. El autor queda obligado civilmente a resarcir el daño, pero su posición de competencia por el mal queda limitada, la víctima no tiene derecho a exigirle su riñón, tampoco cuando ésta sea la única medida de salvación posible.

<sup>364</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/8, n. 15.

<sup>365</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/8, n. 15.

<sup>366</sup> El ejemplo, levemente modificado, en ROXIN, *FS-Jescheck*, v. I, 1985, p. 471. El ejemplo original propuesto por ROXIN presenta una estructura algo más sencilla, pues únicamente se pregunta si está o no justificado en estado de necesidad defensivo el que (Y) retire su automóvil, de modo que (X) acabe despeñándose mortalmente por un precipicio. Al margen de que no parece de recibo atribuir una posición de competencia preferente al conductor del camión que ha quedado inconsciente, de modo que no cabe aquí defenderse en estado de necesidad defensivo (sobre todo ello, COCA VILA, *InDret*, (1), 2011, pp. 25 y ss.), lo interesante es que ROXIN está de facto atribuyendo la posición de *dominus* a (Y), para justificar acto seguido el desplazamiento del mal a quien naturalísticamente le compete asumirlo.

Caso 3: el conductor (A) conduce en un día de lluvia con el limitador de velocidad activado y a una velocidad adecuada por una carretera nacional, cuando de repente el peatón (X), sale de detrás de un árbol sin mirar y comienza a cruzar la carretera. Solo un frenazo repentino y enérgico puede salvar la vida de (X). No obstante, en ese caso se produciría con una probabilidad rayana en la certeza la muerte del motorista (Y), que circula detrás de (X) sin respetar la distancia de seguridad y que no tendrá tiempo de evitar la colisión con el coche de (A).<sup>367</sup>

En este supuesto, propuesto en un primer momento por OTTO para evidenciar la imposibilidad de establecer una regla de preferencia general del deber de omitir frente al de actuar,<sup>368</sup> cabe nuevamente preguntarse a quién compete primariamente asumir la desgracia por la situación de conflicto, es decir, quién es aquí el *dominus*, ¿quién se encuentra delante del automóvil? ¿quién circula tras el automóvil? ¿o acaso son los dos sujetos *dominus*?

Caso 4: (A), conforme al plan de operaciones ferroviarias preestablecido,<sup>369</sup> desvía un tren que se dispone a entrar en la estación a una vía secundaria, evitando así que colisione con un segundo tren que se encuentra detenido en la vía por la que el primero transita. Desgraciadamente, tal y como había advertido (A), en la vía secundaria se encuentran dos trabajadores ferroviarios que resultan mortalmente arrollados.

Esta variante del clásico caso del guardagujas presentado en su día por WELZEL pone nuevamente en cuestión la sencillez de la atribución de la posición de *dominus* a los efectos jurídico-penales.<sup>370</sup> ¿Son *domini* los trabajadores que están en la vía secundaria? ¿Por qué no considerar *domini* a los pasajeros del primer tren frente al que amenaza con chocar el tren que entra en la estación antes de proceder al cambio de vía?

Caso 5: (B) advierte bajando un puerto de montaña que su camión se ha quedado sin frenos, de modo que la única opción que tiene de evitar un resultado trágico es dirigir el convoy al carril de frenado que divide a pocos metros. Justo en el momento en el que se dispone a efectuar la maniobra de emergencia advierte que unos niños han ocupado el carril de frenado con la intención de construir castillos de arena.

¿Es (B) el *dominus* en esta situación de necesidad o son los niños los llamados primariamente a soportar la desgracia?

Caso 6: Un alud de nieve se dirige valle abajo, amenazando con arrastrar a un grupo de seis escaladores, cinco de los cuales se encuentran en el lado derecho frente a un desfiladero mientras que el sexto escalador algo rezagado se encuentra en el lado izquierdo. El guía de montaña puede, sin embargo, valerse de un sistema de protección frente a los aludes (*Lavinengatter*) que le permite desviar hacia la derecha o izquierda el alud, de modo que, en vez de los seis escaladores, mueran o bien los cinco que se encuentran a la derecha, o bien el escalador rezagado que se encuentra en el lado izquierdo.

---

<sup>367</sup> Cfr. OTTO, «Nachtrag», *Pflichtenollision und Rechtswidrigkeiturteil*, 3ª ed., 1978, p. 121, EL MISMO, *Grundkurs Strafrecht*, 7ª ed., 2004, § 8, nm. 198, p. 148.

<sup>368</sup> Cfr. OTTO, «Nachtrag», *Pflichtenollision und Rechtswidrigkeiturteil*, 3ª ed., 1978, p. 121, EL MISMO, *Grundkurs Strafrecht*, 7ª ed., 2007, § 8, nm. 198, p. 148.

<sup>369</sup> Es decir, (A) desvía el tren conforme a los patrones de conducta preestablecidos, aunque en el caso específico, el cumplimiento de su deber supone contribuir causalmente a la muerte de los dos trabajadores ferroviarios.

<sup>370</sup> Cfr. WELZEL, «Zum Notstandsproblem», *ZStW*, (63), 1951, pp. 47 y ss., p. 51.



En este ejemplo, propuesto por el filósofo VON DER PFORDTEN,<sup>371</sup> parece ponerse de relieve como ciertas conductas activas no ameritan el calificativo de desplazamiento de un mal, aun cuando determinen causalmente el concreto resultado en la situación de conflicto.

Los anteriores ejemplos deberían evidenciar que, por un lado, la atribución de la posición de *dominus* no es siempre tan sencilla como parece creer la doctrina penalista y, por el otro, que no resulta descabellada o descartable la posibilidad de atribución en determinados casos de la condición de *dominus* a más de un agente implicado en una situación de conflicto. Para tratar de despejar ambas incógnitas es obligado analizar a continuación cuáles son los criterios manejados por la doctrina para la atribución de la posición de *dominus* en estos supuestos.

### *ii) La atribución físico-natural de la posición de dominus*

Una primera respuesta a la pregunta que ahora nos ocupa reza como sigue: el *dominus* es aquel sujeto sobre el que el peligro se cierne, es decir, aquél que va a sufrir el accidente conforme a un juicio de probabilidad físico-natural. Esta parece ser la respuesta que mayoritariamente ofrece, aunque no de forma explícita, la doctrina penal contemporánea a la cuestión que ahora nos ocupa. El llamado a soportar el peligro es aquél que suprimiendo mentalmente todos los hipotéticos cursos humanos de alteración del peligro acabará por sufrir la realización del peligro en su propia esfera. Se trataría, pues, de un juicio de imputación del peligro basado en un juicio de causalidad hipotético, regido por juicios particulares de previsibilidad conforme a las leyes de la naturaleza. Como señala ZIMMERMANN, el Derecho decide aquí a partir de meros datos fácticos que, en la mayoría de las ocasiones, obedecen al puro azar y que pueden acabar decidiendo en casos extremos sobre la vida y la muerte de personas.<sup>372</sup> Elevar a la categoría de normativo aquello que simplemente sucede o peligra suceder constituye, así ZIMMERMANN, un proceder usual en nuestro Ordenamiento, indispensable allí donde éste carece de otros elementos valorativos para la atribución o distribución de la desgracia. En definitiva, «cuando el peligro para la vida no dimana de la esfera de ninguno de los dos implicados en la situación de necesidad, a falta de un criterio de decisión adicional, es la dirección fáctica del peligro en el momento de su génesis (“destino”) lo decisivo para el establecimiento de una primacía normativa».<sup>373</sup>

No obstante, retomando los ejemplos arriba referidos, la atribución puramente fáctica de la condición de *dominus*, por un lado, conduce a resultados materialmente insatisfactorios en la distribución final de la desgracia y, por el otro, supone negar la posibilidad de que sean una pluralidad los agentes a los que se les atribuye la posición de *dominus* en supuestos en los que parece materialmente justo que así sea. En el ejemplo propuesto por ROXIN, si resulta que el llamado a soportar el peligro es aquél sobre el que éste se cierne en términos puramente naturalísticos, no hay duda de que retirar el automóvil constituye una maniobra defensiva de desplazamiento del mal sobre los niños que resulta antijurídica. Y a la misma conclusión habríamos de llegar en el clásico ejemplo del guardaguasas. Si los llamados a soportar el peligro

<sup>371</sup> Vid. VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, p. 120.

<sup>372</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 160.

<sup>373</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 175.

en términos naturalísticos son los pasajeros que se encuentran en el convoy detenido, el cambio de aguja conforme al plan preestablecido constituye un desplazamiento del mal a terceros inocentes, no justificable conforme a las reglas clásicas del estado de necesidad agresivo. Además, como digo, el planteamiento puramente fáctico impide afirmar la presencia de más de un *dominus* en supuestos como el propuesto por OTTO. El conductor está en ese caso obligado a continuar la marcha y atropellar a quien se encuentra frente a él, pues lo contrario constituye desplazar el mal al motorista que le sigue, algo injustificable conforme a las reglas del estado de necesidad. Y, en todo caso, lo que los defensores de una atribución estrictamente fáctica de la posición de *dominus* todavía no han logrado explicar es, precisamente, por qué razón la distribución conforme a las leyes de la naturaleza habría de ser la mejor de las soluciones imaginables a la hora de definir la privatización de la desgracia.<sup>374</sup>

### *iii) La atribución normativa de la posición de dominus*

Sin embargo, hasta donde alcanzo, también la atribución de la posición de *dominus* se basa en un juicio de atribución normativamente fundado.<sup>375</sup> De forma sintética: *dominus* es aquél que no puede legítimamente exigir a ningún otro sujeto que arrostre preferentemente un mal no imputable. La posición de *dominus* no se atribuye, o no solo, en atención a un juicio de previsibilidad naturalístico, sino, más bien, en atención a la libertad de actuación jurídicamente reconocida a todos los agentes involucrados en la situación de peligro con capacidad de alterar la concreción final de la desgracia. Esto significa, *sensu contrario*, que no necesariamente debe ser considerado a efectos jurídicos *dominus* aquél al que la naturaleza designa en un primer momento como llamado a soportar el peligro. Veámoslo con algo más de detalle.

Para lo que aquí interesa, la idea esencial es la siguiente: la posición de *dominus* solo queda determinada una vez se toma en consideración el margen de actuación —conforme a Derecho— de todos los agentes que puedan hipotéticamente interferir en el curso de realización del peligro. Solo tras descontar todas esas eventuales variaciones del curso de realización del peligro no antijurídicas cabe atribuir la posición de *dominus*. Así las cosas, la determinación de este estatus puede descomponerse analíticamente en tres fases: (1) en la primera fase el Derecho advierte cuál es el curso de lesión previsible que liberará el peligro en cuestión; acto seguido (2), el Ordenamiento introduce en el análisis todo el mundo de conductas conforme a Derecho que pueden llevar a cabo todos y cada uno de los agentes cercanos a la situación de peligro, ya se trate aquéllas de meras facultades, ya sean conductas obligatorias; solo entonces, (3) en tercer y último lugar, cabe instituir, de forma consecuente con el anterior análisis, la posición jurídica de *dominus*, como aquel agente competente por defecto por un peligro. Evidentemente, la cuestión central es entonces determinar las razones por las que determinadas conductas causalmente alteradoras de un curso de lesión previsible son tomadas en cuenta normativamente ya antes de determinar la posición de *dominus*,

---

<sup>374</sup> Hasta donde alcanzo, el único argumento esbozado en favor de esa tesis es el de la imposibilidad de manipular la distribución natural de la desgracia. Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/9, n. 15. En este mismo sentido, vid. además BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, 1995, p. 215; y MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM*, (4), 2000, p. 81, quien alude además a la imparcialidad del “daño natural”.

<sup>375</sup> Vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 20/42, nm. 66.

condicionando este juicio de atribución. Pues bien, parece plausible afirmar que la determinación de la posición de *dominus* se concreta a partir del curso de lesión esperado, descontando todos aquellos actos organizativos previsibles que se limiten a proseguir la gestión de esferas jurídicas de un modo *neutral*, tal y como estaba “previsto” de forma más o menos automática.<sup>376</sup> *Dominus* es, pues, aquél sobre el que recaerá el peligro si los agentes que tercián entre el peligro y el causalmente llamado a soportarlo se comportan conforme a un patrón razonable de conducta previsible y adecuada a Derecho.

Así las cosas, determinadas variaciones del curso causal, en la medida en que representan conductas ubicuas o cotidianas previsibles, no constituyen normativamente desplazamientos del mal, sino actos de intermediación neutrales para la concreción de la posición de *dominus*.<sup>377</sup> El carácter neutral será fácilmente determinable en ámbitos fuertemente normativizados, en los que las conductas de todos los potenciales intervinientes estén determinadas *ex ante* y el margen de actuación arbitraria sea mínimo. Ello será, claro está, más difícil donde no existan de antemano criterios normativos que determinen la conducta de tales agentes. Veamos todo ello a la vista de los casos más arriba presentados.

Comencemos con el ejemplo propuesto por ROXIN, en el que el ocupante de un todoterreno efectúa una maniobra evasiva que supone en términos naturalísticos desplazar el peligro sobre dos niños. Aquí, la posición de *dominus* la ocupan los dos niños, y no el conductor que con su presencia los ampara. Quien aparta su automóvil de la trayectoria del camión que ha perdido sus frenos no desplaza el mal a un tercero en estado de necesidad, ni agresivo, ni defensivo, pues, en realidad, no le incumbe a él soportar primariamente el mal. Los dos niños son *domini* porque no pueden exigir al conductor que no ejecute una maniobra evasiva que solo puede ser vista como un ejercicio de la libertad general de actuación en el ámbito de la propia esfera. El conductor que acelera y se retira de la trayectoria del camión no es, pues, el llamado normativamente a soportar el peligro, dado que el Derecho le reconoce la posibilidad de gestionar internamente su propia esfera.<sup>378</sup> Ciertos actos organizativos, que no suponen un acoplamiento o configuración del mal ajeno, sino una determinación de lo jurídicamente esperable, quedan *ab initio* garantizados.<sup>379</sup> Este derecho preexistente, fundamentado en la libre organización de la propia esfera puramente evasiva o no re-organizativa del peligro, explica, pues, que normativamente sean considerados desde un principio los dos niños como *domini*.

Y exactamente lo mismo cabe afirmar en el supuesto clásico del guardagujas que cambia la aguja del tren conforme al plan de servicio preestablecido. Como señala con razón JAKOBS, «lo que es manipulación de la fatalidad no se decide en función de si el autor actúa u omite,

---

<sup>376</sup> Con matices, esta es la idea a la que recurre SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1026 y s., para justificar la irrelevancia penal desde la óptica de los deberes negativos de ciertas interrupciones de cursos causales salvadores que solo pueden ser vistas como un comportamiento neutral continuador de un plan preestablecido que no supone una solidarización con el injusto que causalmente se determina. Sobre la noción de conducta neutral, fundamental, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 31 y ss., 304 y ss.; y EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 79 y ss., 96 y ss., p. 99.

<sup>377</sup> Vid. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 305.

<sup>378</sup> En este mismo sentido, ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 184 y s.

<sup>379</sup> De parecida opinión, JÄGER, *ZStW*, (115), 2003, pp. 768 y s.; o ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 184.

sino de la responsabilidad por las consecuencias del comportamiento». <sup>380</sup> Es decir, en la medida en que existe un plan preestablecido de actuación para el guardagujas, <sup>381</sup> su alteración fáctica del curso causal no constituye una alteración normativamente relevante, sino simplemente una concreción conforme a Derecho de la específica dirección del curso del accidente. Los agentes que se encuentran en la vía secundaria son *domini*, aun cuando el mal no se dirija causalmente contra ellos en un primer término, por lo que no pueden exigir al guardagujas que no organice conforme a lo preestablecido el curso de lesión esperable. <sup>382</sup> Aquél no organiza un nuevo peligro, ni su acto organizativo configura un desplazamiento del mal, sino que se trata de una conducta meramente neutral cuya conformidad a Derecho condenaba a los sujetos que se encuentran en la segunda vía a la condición de *dominus* desde un principio. Es decir, son los agentes que se encuentran en la vía los llamados a soportar primariamente el peligro porque, normativamente, es a ellos a los que, tomando en cuenta la conducta neutral y debida del guardagujas, se dirige en realidad el peligro. <sup>383</sup>

Y esto mismo vale para el ejemplo del camionero que solo puede salvar su vida valiéndose del carril del frenado ocupado por unos niños. Son éstos los que ocupan normativamente la posición de *dominus*, de modo que el camionero que se decide por salvar su vida utilizando el carril de frenado no desplaza normativamente el mal sobre un tercero, sino que realiza la opción normativamente reconocida para su salvación. En cambio, coincido con OTTO en que en el supuesto en el que un conductor de autobús tras una maniobra de emergencia se ve en

---

<sup>380</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 20/42, m. 66.

<sup>381</sup> El grado de vinculatoriedad de dicho plan es variable. Hasta donde alcanzo, no es imprescindible que se trate de un deber jurídico de alterar el curso de lesión previsible. Es suficiente con que esa conducta sea la esperable generalmente, de modo que su ejecución pueda ser vista como una conducta neutral.

<sup>382</sup> Soy consciente que no siempre será sencillo la delimitación de aquella conducta de alteración del curso que constituye una re-organización *ad-hoc* del curso lesivo frente a aquélla que constituye una mera concreción normativamente irrelevante. ¿Puede un conductor que ha perdido el control de su automóvil y que circula por el tercer carril de la autopista desviar el coche hasta el primer carril modificando así la víctima del impacto? Aquí, parece que la existencia de carriles supone en cierta medida una normativización del suceder esperable, de modo que el cambio no justificado parece implicar, ahora sí, una reorganización *ad hoc* del curso de lesión inasumible. Soy consciente de la vaguedad de la fórmula general que aquí se propone y de la necesidad de una mayor concreción. Hasta donde alcanzo, además del recurso a la teoría de la imputación objetiva y de las conductas neutrales, el camino para ello coincide parcialmente con el iniciado en el ámbito de la discusión sobre la interrupción de cursos causales salvadores y, más concretamente, sobre la cuestión de en qué momento el inicio de un curso salvador otorga al beneficiario una pretensión jurídicamente garantizada de ser salvado, de modo que la no prosecución o el entorpecimiento de la finalización de ese curso pueda ser vista como el desplazamiento injusto de un mal sobre el necesitado. Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 186, n. 694. Por ejemplo: (A) y (B) nadan hacia un único flotador que salvará la vida de aquél que primero lo alcance. (B) enseguida toma ventaja en la carrera a nado, sin embargo, instantes antes de que lo alcance, (C), quien contempla la trágica carrera desde una canoa que no puede soportar más peso, toma el flotador y se lo lanza a (A). ¿Esta (C) desplazando el peligro o concretando su realización entre dos *domini*? ¿Le está quitando aquí (C) a (A) una opción de salvación que le pertenece o está distribuyendo a su antojo aquella opción que no es de nadie? Al respecto, con detalle, JAKOBS, «La interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el § 216 StGB (homicidio a petición de la víctima)», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 416 y ss., quien distingue entre aquellas medidas salvadoras que forman parte del *status quo* del sujeto y aquéllas que no se integran en su ámbito de organización. Así, el médico que interrumpe un tratamiento médico que es considerado ya un elemento perteneciente al ámbito del paciente e independiente del médico, comete un homicidio a petición. Sobre esto mismo, con detalle, vid. LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, pp. 292 y ss.

<sup>383</sup> O en palabras de JAKOBS: «si en el ejemplo canónico del guardagujas, éste, en ejecución del plan de servicio, al acercarse un tren de mercancías, cambia las agujas para proteger a los viajeros del otro tren, tiene que hacerlo también aun cuando en la vía a la que dirige el tren de mercancías se hallen trabajadores ferroviarios. En esta medida, el guardagujas no actúa típicamente, es decir, lo hace lícitamente». Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 20/42, n. 66.

la disyuntiva de, o bien frenar bruscamente de modo que algunos ocupantes del vehículo morirán, o bien dirigirse contra un vehículo que circula de frente, son los integrantes del vehículo los que ostentan aquí la posición de *domini*, pues son ellos los que deben soportar en primera línea los riesgos propios del accidente de circulación.<sup>384</sup> En el hecho mismo de circular en el autobús se aprecia un grado mínimo de ejercicio de libertad que permite una privatización de la desgracia frente a quien nada tiene que ver con el concreto peligro que amenaza.

Una estructura algo distinta presenta el ejemplo propuesto por JAKOBS arriba citado en el que el conductor de un automóvil que ha perdido el control solo puede determinar la dirección de su vehículo, decidiendo a cuál de los peatones acaba atropellando mortalmente. Hasta donde alcanzo, la atribución de la posición de *dominus* sigue aquí las mismas reglas ya anunciadas. La cuestión fundamental reza en este punto como sigue: ¿es solo *dominus* aquel sujeto sobre el que se dirige el automóvil o lo son todos los integrantes del grupo de peatones que lo acompañan?, o visto desde la óptica de las consecuencias, ¿comete un homicidio el conductor cuando desvía mínimamente la dirección del automóvil para atropellar a un peatón distinto al que amenaza con morir en un primer momento? Nuevamente con JAKOBS cabe afirmar que, efectivamente, «resulta difícil de fundamentar el favorecimiento de aquellos peatones que casualmente, de omitir, se verán beneficiados, con respecto a aquellos que, de omitir, se verán afectados».<sup>385</sup> Allí donde el sujeto en cuya esfera se encuentra el peligro puede organizar todavía internamente la determinación final del peligro, sin que tales actos organizativos constituyan una reorganización *ad-hoc* de un mal, sino más bien una pura configuración interna de los detalles de la imagen final acabada del peligro que se proyecta al exterior,<sup>386</sup> ninguno de los miembros del grupo puede *ex ante* quedar excluido de la posición de *dominus*. Esto, claro está, no rige por ejemplo en el clásico ejemplo del cirujano que para salvar a su paciente decide extraer un órgano a quien está sentado en la sala de espera. Aquí ya no cabe hablar de un acto organizativo consistente en completar o rematar la configuración de un peligro, sino más bien, de un acto de desplazamiento sobre un tercero ajeno al peligro de un mal que inicialmente se cierne sobre un *dominus* único e individualizado. El médico reorganiza *ad hoc* el desplazamiento del mal involucrando a un completo *extraenunus*.

Finalmente, en el ejemplo de OTTO, nuevamente cabe afirmar que, pese a ser el peatón el llamado por la naturaleza a sufrir los costes del accidente, es decir, él es el que fallecería si suprimimos mentalmente al agente capaz de influir en la determinación final del riesgo, tampoco puede exigir el motorista que esa sea la solución que el conductor le depare

---

<sup>384</sup> Vid. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 105 y s.

<sup>385</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/9, nm. 15.

<sup>386</sup> El peligro y su dirección están ya determinados en sus requisitos esenciales, de modo que lo único que hace el conductor es completar o rematar los detalles de su configuración. Por ello, no cabe hablar de una manipulación del destino, no normativamente, pues el curso del destino se respeta en su sentido normativo, lo único que hace el sujeto en cuestión es determinarlo en toda su extensión. Y lo mismo cabría afirmar, por ejemplo, en el supuesto en el que un piloto que ha perdido el control de su aeronave tan solo puede decidir si aquella debe impactar contra la casa a la que ya se dirige o contra una segunda en caso de maniobrar (activamente) antes de saltar del avión. Este segundo ejemplo lo tomo de HOERSTER, *Abtreibung*, 2ª ed., 1995, p. 192. Crítico con la posibilidad de justificar acciones homicidas en el marco de conflictos entre dos deberes de omitir equivalentes, sin embargo, vid. BOTT, *In dubio pro Straffreiheit*, 2011, pp. 114 y s.

necesariamente al conflicto. Hasta donde alcanzo, tanto el peatón como el motorista ostentan en el caso en cuestión la condición de *dominus*, pues ambos están llamados alternativamente a sufrir un peligro no reconducible a un acto ilícito de organización. El conductor puede decidir dentro de su propia esfera de organización cómo concreta o determina el peligro abstracto que acecha, y ello no constituye un desplazamiento del mal del *dominus* a un tercero no involucrado. Frenar el automóvil para evitar atropellar al peatón no constituye, pues, un homicidio típico,<sup>387</sup> como tampoco lo es omitir detener la marcha y atropellar al peatón que cruza la calzada frente al automóvil. Y a la misma conclusión debe llegarse en el supuesto del alud de nieve arriba presentado. Desde un principio, los seis escaladores ocupan la posición de *dominus*, de modo que la acción consistente en desviar el alud hacia uno de los dos lados no puede ser vista como el desplazamiento de un mal hacia un sujeto no involucrado en el peligro,<sup>388</sup> sino como la concreción final de un mal que acecha a la totalidad de los sujetos pacientes.

Pues bien, en resumen, parece posible afirmar que también la atribución de la posición de *dominus* obedece a criterios normativos. Esta concepción de la posición de *dominus* determina además la posibilidad de que sean varios los agentes que ocupan *ab initio* tal posición. Es decir, determinadas alteraciones activas del concreto sentido del curso lesivo, aquéllas que se producen entre los *domini*, no pueden ser normativamente contempladas como alteraciones del destino relevantes, no suponen, pues, desplazamientos del mal vulneradores del axioma clásico del *casum sentit dominus*. Todo ello, como ahora veremos, tiene importantes consecuencias a la hora de resolver los conflictos entre razones de obligación.

#### 4.4. Los conflictos entre *domini* y los conflictos entre *dominus* y no *dominus*

Pues bien, llegados a este punto es momento de aclarar de qué modo la noción de *dominus* afecta en la valoración comparativa de las dos esferas jurídicas de los beneficiarios en el marco de una situación de conflicto de deberes. Hasta donde alcanzo, la valoración de la relación intersubjetiva entre los potenciales beneficiarios del deber depende en última instancia del carácter bilateral o unilateral de la situación de necesidad. Es decir, la valoración intersubjetiva de jerarquía de las dos posiciones jurídicas directamente afectadas por el conflicto estriba en si los dos sujetos potencialmente garantizados ostentan la condición de *dominus*, o si, por el contrario, solo uno de los dos agentes ostenta dicha condición.

---

<sup>387</sup> A la misma conclusión llega BOTT, *In dubio pro Straffreiheit*, 2011, p. 117, aunque intentando interpretar —sin éxito— el conflicto como una colisión entre dos deberes de actuar, esto es, el deber de frenar y el de mantener activamente la velocidad para evitar la muerte del motorista. Que en este supuesto no colide un deber de actuar y omitir resulta evidente. En vez de intentar reinterpretar un deber de omitir como si de un mandato se tratara, para poder así resolver el caso a partir de las reglas propias de los conflictos entre mandatos, parece más adecuado asumir que, en casos como el referido, son dos los *dominus* y que, por lo tanto, el obligado tiene la facultad de escoger qué obligación desea cumplir, con independencia del carácter activo u omisivo de las conductas debidas.

<sup>388</sup> Con razón señala VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 120 y s., que en este supuesto todos los escaladores están amenazados al mismo tiempo y de forma conjunta por un idéntico acontecimiento natural, de modo que constituyen lo que él denomina una “comunidad de destino de agentes llamados a morir”, en la que la acción indirectamente instrumentalizadora del que desvía el alud sería moralmente aceptable. Como veremos en el capítulo próximo, el número de vidas implicadas es irrelevante a la hora de resolver los conflictos entre razones de obligación. Cap. 5, apdo. apdo. II, 3.3, d).

Como se ha mostrado, la valoración de la relación intersubjetiva depende, en esencia, de un análisis de las eventuales posiciones de competencia especial de los agentes involucrados en la situación de conflicto. Este análisis concluye estableciendo si alguno de los dos agentes goza de un derecho jurídicamente reconocido de necesidad frente a su oponente. Allí donde esto sea posible, es decir, allí donde uno de los dos agentes pueda justificadamente injerirse en la esfera de su contrincante para salvaguardar sus propios intereses, conforme a lo que aquí se ha defendido, la relación intersubjetiva queda perfectamente establecida. El que ostenta tal derecho goza en tal relación de una posición preferente. Para resolver el conflicto entre razones de obligación nos queda entonces solo por ver qué importancia tiene la especie de las razones en conflicto. Sin embargo, es asimismo posible que, fruto del análisis de la relación intersubjetiva, se llegue a la conclusión de que ningún agente goza de un derecho de necesidad frente a su contrincante. Ello sucede, por ejemplo, en el clásico supuesto del padre que ha de salvar a sus dos hijos de corta edad tras un naufragio inesperado; o en el supuesto también clásico del médico que solo puede salvar a su paciente extrayendo forzosamente un riñón a quien espera en la recepción del hospital a que le atiendan por una leve gripe. Pues bien, es precisamente en este segundo escenario en el que la distinción referida entre conflictos bilaterales (con dos *domini*) y conflictos unilaterales (un solo *dominus*) cobra sentido.

Allí donde solo quepa advertir un agente en situación de necesidad, la imposibilidad de encontrar posiciones de competencia especial que determinen la jerarquía en la relación intersubjetiva no conduce automáticamente a afirmar la equivalencia de las dos esferas jurídicas involucradas en este plano sistemático. En tales supuestos, más bien, cabe fundamentar la preferencia normativa del agente involucrado no necesitado a partir de la posición de competencia general o defectiva, es decir, con base en el clásico axioma del *casum sentit dominus*.<sup>389</sup> Esto significa que, a falta de posiciones de competencia especial, el sujeto no necesitado es siempre preferente en la relación intersubjetiva. La posición jurídica de quien aguarda en la sala de espera del hospital prima sobre la del paciente ingresado que precisa inmediatamente de un riñón para seguir con vida. En tales supuestos, que hemos denominado “comunidades de peligro secundarias”, solo cabe obligar a un tercero a desplazar el mal dándose la diferencia de intereses que exige la dogmática del estado de necesidad agresivo, esto es, una preponderancia esencial.<sup>390</sup> El principio del *casum sentit dominus* opera como una regla de cierre en el sistema de atribución de posiciones de competencia por el conflicto. El necesitado, a falta de razones que modifiquen el juicio defectivo, es el competente por el conflicto.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando la relación intersubjetiva no arroja posiciones de competencia especial entre dos sujetos necesitados? A diferencia de lo que acontece en el supuesto del trasplante de riñón, el empate en la valoración intersubjetiva no puede ser superado en este supuesto mediante el recurso al axioma del *casum sentit dominus*. La razón es sencilla. Como veremos con detalle en el próximo capítulo,<sup>391</sup> dicho principio conduce —en

---

<sup>389</sup> Cfr. VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, p. 328.

<sup>390</sup> Cfr. BERNSMANN, »*Entschuldigung*« durch Notstand, 1989, pp. 53.

<sup>391</sup> Cap. 5, apdo. II, 3.

la mayoría de los supuestos—<sup>392</sup> a la única solución del conflicto injustificable desde cualquier óptica de razonabilidad práctica, pues cada necesitado tendría que soportar su propia desgracia, descargando el Derecho de todo deber al obligado y garantizando con ello la pérdida de todas las pretensiones en juego.<sup>393</sup> El principio del *casum sentit dominus* no opera allí donde los dos agentes son llamados a soportar primariamente la desgracia, es decir, donde los dos beneficiarios ostentan además la posición de necesitados. Así pues, solo ante estos conflictos cabe concluir el análisis de la relación intersubjetiva sin establecer rango alguno de preferencia entre las esferas de ambos necesitados. A la espera de analizar qué papel desempeña la especie de deber para resolver tales conflictos, cabe por ahora afirmar que son cuatro los grupos de casos en los que la relación intersubjetiva puede no resolver el conflicto en modo alguno.<sup>394</sup> El primer de ellos es el supuesto clásico en el que los dos sujetos necesitados están garantizados por dos razones de obligación que imponen un actuar, sin que medie entre ambos necesitados ninguna posición de competencia especial por el conflicto. Por ejemplo, el padre está obligado a salvar a sus dos hijos que peligran morir ahogados. El segundo escenario es aquél en el que, siendo el operador deóntico de las dos obligaciones distinto, ambos sujetos beneficiarios comparten estatus de *dominus*. Por ejemplo, el conductor no sabe si frenar y provocar la muerte del motorista que le sigue, o no frenar, y atropellar mortalmente al peatón que cruza delante de él. El tercer grupo de supuestos aquí encuadrable es el de las comunidades de peligro simétricas, en la que los dos bienes involucrados corren el peligro de perderse si uno no es salvado a costa del otro. La diferencia esencial entre este supuesto y el primero de los señalados reside en que, aparentemente, el obligado solo puede cumplir uno de los dos mandatos de salvaguarda, infringiendo una razón de obligación prohibitiva. Finalmente, en cuarto y último lugar, deben encuadrarse aquí también las comunidades de peligro asimétricas, en las que el obligado lo está con el sujeto que todavía puede ser salvado y con el abocado a morir de un modo puramente negativo (razón de obligación prohibitiva).

Sentado lo anterior, adviértase que el planteamiento que aquí se acoge, aunque en sus consecuencias guarde similitudes con la distinción de la doctrina mayoritaria entre colisiones de deberes auténticas, entendidas como las que surgen entre dos mandatos, e inauténticas, aquéllas en las que coliden mandatos y prohibiciones, se basa en una *ratio distinguendi* radicalmente distinta, sin que sea posible equiparar ambas distinciones en sus consecuencias dogmáticas. Conforme a lo que aquí se defiende, por ejemplo, el guía de montaña que solo puede salvar a uno de los dos escaladores que cuelgan de un frágil fisurero se encuentra frente

---

<sup>392</sup> Existen supuestos en los que, pese a ser compartida la posición de *dominus*, es fácticamente imposible que todos ellos acaben viendo defraudada su expectativa. Por ejemplo, en el caso propuesto por OTTO, haga lo que haga el conductor, frene o no, uno de los dos sujetos saldrá indemne de la situación de conflicto. Aquí, sin embargo, atribuir la posición de *dominus* a quien se verá favorecido por una omisión resulta difícilmente justificable.

<sup>393</sup> Lo absurdo de este proceder fue claramente puesto de manifiesto por Juan de Buridán a través de la paradoja del asno: «[u]n asno que tuviese ante sí, y exactamente a la misma distancia, dos haces de heno exactamente iguales, no podría manifestar preferencia por uno más que por otro y, por lo tanto, moriría de hambre». Al respecto, vid. FERRATER MORA, «Asno de Buridán», *Diccionario de filosofía*, v. I, 2ª ed., 2009, p. 255; y RESCHER, «Choice Without Preference: A Study of the History and of the Logic of the Problem of “Buridan’s Ass”», *Kant-Studien*, (51), 1960, pp. 142 a 175.

<sup>394</sup> Sobre la resolución de estos cuatro grupos de conflictos cuando los deberes son equivalentes, vid. Cap. 5, apdo. II, 3.3.



a una situación de conflicto en la que los dos agentes involucrados ostentan la posición de *dominus*, y ello, pese a que el único deber que le vincula para con el segundo escalador, el que está condenado a morir, sea un deber de omitir el homicidio que salvaría al primero. La colisión entre un mandato y una prohibición, en tanto que conflicto entre dos sujetos necesitados amerita, como veremos, exactamente el mismo tratamiento estructural que los conflictos “auténticos” en la denominación clásica de la doctrina mayoritaria.<sup>395</sup> En cambio, sí merecen el tratamiento que la doctrina mayoritaria les dispensa a los conflictos entre mandatos y prohibiciones aquellos conflictos entre deberes que garantizan a un *dominus* y un involucrado no necesitado. Aquí sí tiene sentido otorgar una primacía general al deber para con el agente no necesitado, pero ello nada tiene que ver con el carácter activo u omisivo de la conducta debida, sino con la vigencia en nuestro Ordenamiento jurídico de un principio básico de privatización de la desgracia (*casum sentit dominus*). Así las cosas, resulta que a los efectos de resolver los conflictos entre razones de obligación, la diferencia esencial no es la que media entre el carácter deóntico de las razones en liza, sino la que media entre las infracciones de razones prohibitivas que constituyen el desplazamiento del mal a un agente no involucrado en el conflicto, y aquellas que constituyen una mera redistribución o concreción de un mal en el marco de una comunidad de peligro normativamente configurada. Lo relevante no es si los deberes que coliden obligan a actuar u omitir, sino cuál es la relación de cada uno de los beneficiarios de tales obligaciones con el peligro que caracteriza la situación de conflicto. La discusión sobre el carácter activo u omisivo de los deberes en conflicto, en realidad, encubre el verdadero punto crítico de estos supuestos conflictivos, a saber, cuándo los dos beneficiarios ostentan una posición frente al peligro equivalente y cuándo, por el contrario, uno de los dos goza, desde un comienzo, de una posición jurídica preferente.

### **III. LA RELACIÓN OBLIGADO-BENEFICIARIO: LA ESPECIE DE LA RAZÓN DE OBLIGACIÓN**

#### ***1. Introducción***

En este trabajo se ha defendido que todo conflicto entre razones de obligación puede ser analíticamente descompuesto en dos planos conflictivos particulares, el de la relación intersubjetiva entre los beneficiarios de las razones en liza, y el que media entre el obligado y cada uno de los referidos beneficiarios. En el capítulo inmediatamente precedente se han sentado ya las bases conceptuales sobre las que proceder a establecer relaciones de jerarquía en atención a la relación obligado-beneficiario. Allí se ha señalado que el indicador normativo del peso de los deberes y, por lo tanto, el factor que permite su jerarquización en atención a la relación entre el obligado y el beneficiario es la especie del deber, como concepto normativo capaz de condensar el grado de auto-determinación o autovinculación al que reconducir la concreta obligación que se impone a un ciudadano. Se ha defendido igualmente que son tres las clases de deberes distinguibles en nuestro Ordenamiento a partir de su especie: los deberes de competencia plena, de competencia preferente y de competencia mínima.

---

<sup>395</sup> Cfr. Cap. 5, apdo. II, 3.3, c).

En esta tabla se recogen las distintas manifestaciones obligacionales de las instituciones penalmente relevantes y su especie de deber:

<i>Especie de la razón de obligación</i>	<i>Fundamento negativo</i>	<i>Fundamento positivo</i>
<i>Deberes de Competencia preferente</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Deberes de no dañar organizativamente</li> <li>- Deberes de salvamento tras asunción efectiva</li> <li>- Deberes del tráfico</li> <li>-Deberes de salvamento (y tole.) tras injerencia plenamente responsable</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deberes de custodia paterno-filial</li> <li>- Deberes estatales de sujeción especial</li> </ul>
<i>Deberes de Competencia Preferente</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deberes de salvamento (y tolerancia) tras injerencia no plenamente responsable</li> <li>- Deberes de salvamento (y tolerancia) tras injerencia conforme a Derecho</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deberes familiares de 2º grado</li> <li>- Deberes estatales de 2º grado</li> </ul>
<i>Deberes de Competencia mínima</i>		<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deberes estatales quivis ex populo</li> </ul>

En lo que sigue, se trata de examinar cómo proceder a establecer relaciones de jerarquía entre las razones en liza atendiendo únicamente a la relación que existe entre el obligado y cada uno de los dos beneficiarios. En el próximo apartado, una vez concretados los sistemas de jerarquización en cada uno de los dos planos sistemáticos en los que se manifiesta el conflicto, se aborda la tarea de compatibilizar ambos planos a fin de obtener una prelación definitiva de las razones en conflicto.

## *2. La jerarquización de las razones de obligación en atención a su especie*

Como digo, son tres las especies esenciales de deber conocidas por nuestro Ordenamiento jurídico. A los efectos que ahora interesan, el sentido de esta clasificación reside en que nos permite establecer en abstracto una prelación entre las razones de obligación en liza. Dejando ahora a un lado la relevancia de la relación intersubjetiva entre los beneficiarios a la hora de resolver los conflictos, desde la óptica unidimensional de la relación obligado-beneficiario cabe establecer a partir de la especie de la razón de obligación el siguiente orden de prelación: en la cúspide de la pirámide de deberes se sitúan siempre los de competencia plena, en tanto

que razones de obligación de la máxima intensidad. Su mayor entidad normativa, como ya se ha visto, trae causa del máximo ejercicio de autovinculación que explica su nacimiento. Inmediatamente a continuación se sitúan los deberes de competencia preferente, como fórmulas obligacionales de intensidad intermedia y, en un tercer y último escalón, los deberes de competencia mínima, reflejo del programa más laxo de garantía jurídico-penal conocido. En esta tabla aparecen los seis grupos de conflictos dables atendiendo a la especie de la razón de obligación:

Conflicto	Razón de obligación (I)	Razón de obligación (II)
1º	<i>Deber de competencia plena</i>	<i>Deber de competencia plena</i>
2º	<i>Deber de competencia plena</i>	<i>Deber de competencia preferente</i>
3º	<i>Deber de competencia plena</i>	<i>Deber de competencia mínima</i>
4º	<i>Deber de competencia preferente</i>	<i>Deber de competencia preferente</i>
5º	<i>Deber de competencia preferente</i>	<i>Deber de competencia mínima</i>
6º	<i>Deber de competencia mínima</i>	<i>Deber de competencia mínima</i>

## 2.1. El conflicto entre dos razones de obligación de competencia plena

El primer escenario de conflicto descrito en la tabla es aquél en el que coliden dos razones de obligación de competencia plena, es decir, aquél en el que entran en conflicto entre sí los deberes de competencia plena de no dañar activamente a otros, de salvamento tras asunción efectiva, deberes del tráfico o de salvamento tras injerencia plenamente responsable, deberes de socorro paterno-filial de la máxima intensidad institucional o ciertos deberes estatales de sujeción especial. A modo de ejemplo, (a) un guardabarreras observa durante la revisión del estado de las vías que en una de ellas, por la que se dispone a entrar en la estación el próximo tren, se encuentra un bloque de hielo de importantes dimensiones, siendo que en el mismo momento en el que se dispone a retirar el bloque de hielo para evitar que descarrile el tren, oye los gritos de auxilio de su hijo que se está ahogando en una charca cercana a la estación.<sup>396</sup> Igualmente forman parte de este grupo de conflictos aquellos en los que el obligado solo puede cumplir con su deber de competencia plena a costa de causar activamente la muerte de un tercero implicado directamente en la situación de peligro. Por ejemplo, (b) el guía de montaña solo puede salvar a uno de sus dos garantizados (A), pues (B) morirá irremediabilmente. Sin embargo, ello exige que el obligado corte la cuerda que une a los dos sujetos en peligro (A) – (B), acelerando la muerte de (B) al precipitarse al vacío.<sup>397</sup> Aquí colide el deber de competencia plena de salvamento tras asunción efectiva con el deber general de

<sup>396</sup> Hasta donde alcanzo, este caso lo propone por primera vez KÜHN, *Die Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1908, pp. 24 y s.; y al respecto, con detalle, OTTO, *Rechtswidrigkeiturteil*, 3ª ed., 1978, pp. 3, 52 y 102.

<sup>397</sup> Cfr. OTTO, *Rechtswidrigkeiturteil*, 3ª ed., 1978, p. 107.

aseguramiento del propio aparato psico-físico, en definitiva, con el deber de competencia plena que prohíbe dañar activamente a terceros. Y, (c), también deben entenderse aquí incluidos todos aquellos supuestos en los que la única forma que tiene el obligado de cumplir con su deber de competencia plena pasa por infringir un deber general de no dañar activamente a terceros no involucrados en la situación de peligro. Es decir, coliden igualmente dos deberes de competencia plena en el supuesto en el que (A) empuja dolosamente a (B) al agua, si bien inmediatamente después se arrepiente. La única forma que tiene de salvar a (B) es disparar a (C), quien tampoco sabe nadar y navega plácidamente con una canoa a escasos metros de (B). La canoa no puede soportar el peso de dos personas y (C) no está dispuesto a sacrificar su vida.<sup>398</sup> Finalmente, (d) también deben incluirse en este primer grupo aquellos supuestos en los que el obligado lo está por dos deberes de competencia plena negativos de no causar activamente daño a terceros. Por ejemplo, el conductor del camión (A), tras perder momentáneamente el control de su vehículo solo puede evitar colisionar con (B) desviándose a la cuneta, donde chocará —también mortalmente— con (C). (A) solo puede escoger quién debe morir, (B) o (C).

Pues bien, en todos estos casos la especie no permite jerarquizar las razones de obligación en modo alguno.<sup>399</sup> Allí donde las dos razones de obligación en liza comparten especie, no cabe establecer ninguna relación de jerarquía en atención a la relación que media entre el obligado y el beneficiario. Es cierto que en la doctrina penal existen algunas voces que abogan por estimar preferentes los deberes de competencia plena positivos en el marco de la relación paterno-filial frente a las obligaciones de competencia plena negativas por asunción.<sup>400</sup> Esta subregla de primacía podría incluso tratar de sostenerse en el marco del Ordenamiento jurídico-penal español a partir de la circunstancia mixta de parentesco regulada en el art. 23 CP. Sin embargo, si como aquí se entiende, la posición de garantía de los padres respecto a sus hijos trae causa precisamente del desempeño libre de una posición de garantía institucional paterno-filial y, por lo tanto, no se trata de una posición de garantía por asunción

---

<sup>398</sup> Igualmente cabe incluir aquí el supuesto propuesto por OTTO en el que un sujeto (A), conduce en un día de lluvia con el limitador de velocidad activado y a una velocidad adecuada por una carretera nacional, cuando de repente el peatón (X), sale de detrás de un árbol sin mirar y comienza a cruzar la carretera. Solo un frenazo repentino y fuerte puede salvar la vida de (X). No obstante, en ese caso se produciría con una probabilidad rayana en la certeza la muerte del motorista (Y), que circula detrás de (X) sin respetar la distancia de seguridad y que no tendría tiempo de evitar la colisión con el coche de (A). Vid. OTTO, «Nachtrag», *Rechtswidrigkeiturteil*, 3ª ed., 1978, p. 121, EL MISMO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 8, nm. 198, p. 148; y EL MISMO, «Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlich gleichrangiger Interessen», *JURA*, (7), 2005, p. 473.

<sup>399</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/7.

<sup>400</sup> En cambio, vid. por ejemplo PERDOMO-TORRES, *Die Duldungspflicht*, 2011, p. 55, n. 195, para quien en el seno de los deberes de garante, los deberes positivos priman con carácter general sobre los negativos. Y en un sentido parecido, afirma OTTO, *Rechtswidrigkeiturteil*, 3ª ed., 1978, p. 105, que el deber de garante familiar prima frente al deber de garante por asunción. En este último sentido, parece apuntar igualmente ROLDÁN BARBERO, «Estado de necesidad y colisión de intereses», *CPC*, (20), 1983, p. 543: «[s]i la colisión de obligaciones se presenta en relación a dos personas respecto a las cuales tiene un deber de garantía el que se encuentra en conflicto, la solución correcta dependerá de la más o menos considerable protección que el ordenamiento conceda a cada una de las relaciones jurídicas. Por ejemplo, si los dos niños que se están ahogando están unidos con el tercero, uno mediante una relación de familia (es su hijo); el otro, mediante una relación contractual (es el niño del que tiene encargado la custodia), sólo se actuará conforme al derecho si se salva al primer niño. Y esto es así porque en líneas generales el ordenamiento concede una mayor protección a las relaciones de familia que a las puramente contractuales».

en el sentido negativo clásico,<sup>401</sup> no parece posible tomar en consideración el vínculo familiar para fundamentar la posición de garantía y para agravar después el injusto en caso de infracción del deber. Es decir, de la infracción de un mismo deber institucional no puede fundamentarse el injusto y su agravación. Esta es precisamente la interpretación que correctamente viene sosteniendo en los últimos tiempos nuestro Tribunal Supremo.<sup>402</sup>

## 2.2. El conflicto entre una razón de obligación de competencia plena y una de competencia preferente

El segundo escenario imaginable es aquél en el que un deber de competencia plena entra en conflicto con un deber de competencia preferente. A grandes rasgos, ello acontece cuando cualquiera de los anteriores deberes de competencia plena entra en colisión con un deber de salvamento tras injerencia no plenamente responsable, o un deber familiar o estatal de carácter secundario. Por ejemplo, (a) el médico rural que al volante de su automóvil atropella imprudentemente a un peatón sigue obligado por su deber originario de competencia plena para con el necesitado en cuyo auxilio acudía, y lo está ahora por el nuevo deber de salvamento que surge tras su actuar precedente imprudente. Y variando levemente el

---

<sup>401</sup> Distinta será posiblemente la respuesta de aquellos autores que, como ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 118 y s., fundan la posición de competencia plena de los padres en el acto puro de asunción. Aquí, dado que el deber de garante nada tendría que ver con la relación paterno-filial como tal, podría sostenerse sin infringir el principio del *non bis in idem* que la madre que tras asumir una posición de garantía omite dar cumplimiento a su deber incurre en un injusto superior al propio de la infracción de un deber negativo general. Consecuentemente, podría también sostenerse que el deber de garante por asunción del padre respecto a su hijo prima sobre el deber de garante por asunción de aquél mismo sujeto respecto a un tercero desconocido. El padre que salvase al desconocido comete un homicidio agravado por la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP.

<sup>402</sup> Aunque es cierto que el Tribunal Supremo ha aplicado en alguna ocasión la agravante de parentesco para agravar el injusto de quien ostenta una posición de garante fundada en una relación paterno-filial, vid. p. ej., la STS 481/1997 de 15 de abril, ponente Soto Nieto, en los últimos tiempos viene negando de forma meridiana y fundada esta posibilidad. En este sentido, resulta fundamental la STS 20/2001 de 22 de enero, ponente Conde-Pumpido Tourón, en donde se afirma que: «la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP) es de aplicación cuando la relación familiar resulte relevante en relación con el tipo delictivo, y se aplica como atenuante o agravante atendiendo al mayor o menor grado de reprochabilidad que merece el comportamiento del autor por el hecho de existir la relación parental, conyugal o de análoga afectividad, pudiendo estimarse que un delito cometido entre familiares será más o menos reprochable que el cometido por extraños cuando el tipo de relación familiar concreta existente incremente o disminuya, en cierto modo, el vigor o entidad del mandato que lo impide así como los efectos sobre la víctima. [...] La agravación «aparece fundamentada en el aprovechamiento de circunstancias con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia, en la vulneración de normas de derecho privado relacionadas con los deberes inherentes a la patria potestad, o incluso, fundada en la mayor culpabilidad de quien, además de realizar el tipo vulnera exigencias éticas y morales de nuestra cultura» [...]. Pues bien, son precisamente estos mismos deberes derivados de la relación parental los que, como infracción de un especial deber jurídico del autor conforme a lo expresamente prevenido por el art. 11 del CP/1995, determinan la posición de garante y justifican la condena de la madre de la menor como autora por omisión. Derivar de la misma infracción de los deberes parentales una circunstancia de agravación adicional implica una doble valoración, en perjuicio del reo, de una misma infracción, por lo que vulneraría el principio «non bis in idem». Y en el mismo sentido, recientemente, la STS 64/2012 de 27 de enero, ponente Grandos Pérez, casa parcialmente la sentencia de instancia, pues «[e]n el presente caso, la agravante de parentesco se ha apreciado para este acusado por ser conviviente de la madre de la menor, y en ello y en los deberes que asumió, por esa relación afectiva, se ha sustentado, asimismo, su posición de garante, por lo que acorde con la jurisprudencia de esta Sala que se ha dejado mencionada, esa doble valoración de una misma situación no puede ser admitida, por lo que procede absorber la agravante de parentesco ya que la condena por el delito de homicidio ya integra el presupuesto de la agravación. Ello puede igualmente afirmarse en relación a la madre de la menor, lo que determina que proceda dejar sin efecto la agravante de parentesco en relación a ambos acusados».

supuesto arriba referido, (b) en esta misma clase de conflicto se ve sumido el socorrista que tiene que escoger entre salvar al niño peligrando de morir ahogado en la piscina donde presta sus servicios o salvar a su hermano pequeño, quien corre el riesgo de ahogarse en una piscina contigua como consecuencia de la grave negligencia de su común padre en la vigilancia. El deber de competencia plena tras asunción colide con un deber familiar de salvamento de intensidad menor, a determinar en nuestro Ordenamiento a partir del art. 195. 1 CP y la agravante genérica de parentesco del art. 23 CP. Y en idéntica situación (c) se ve inmerso el policía que en el mismo momento que ve como el ciudadano que acaba de detener amenaza con auto-lesionarse en el interior del vehículo policial, advierte como un sujeto comienza a golpear a una mujer con la intención de arrebatarse su bolso. Aquí el deber de competencia plena del funcionario en el marco de una relación de sujeción especial colide con el deber de competencia preferente de persecución del delito del art. 408 CP.

Ante esta clase de conflictos, la especie del deber sí que nos ofrece una prelación provisional o genérica entre las razones en conflicto. La mayor intensidad normativa con la que el Ordenamiento garantiza el cumplimiento de los deberes de competencia plena determina que, en caso de conflicto, éstos sean predominantes frente a los de competencia preferente. Ello, claro está, a la espera de analizar la concreta relación intersubjetiva entre los necesitados y la relevancia de aquélla en la jerarquización definitiva de las razones de obligación en liza.

### **2.3. El conflicto entre una razón de obligación de competencia plena y una de competencia mínima**

Esta ha sido tradicionalmente la clase de conflicto a la que ha recurrido la doctrina para mostrar la relevancia de la especie de deber en la resolución de los conflictos.<sup>403</sup> A modo de ejemplo: (a) un padre debe escoger entre salvar a su hijo o a un tercero desconocido cuando ambos corren peligro de morir ahogados; o (b) un sujeto solo puede cumplir con el deber de solidaridad mínima del art. 195.1 CP hurtando un coche para trasladar al necesitado a un centro sanitario próximo. En ambos supuestos, la relación de prelación en atención a la especie del deber es, si cabe, todavía más clara, el deber de competencia plena prima sobre el de competencia mínima.<sup>404</sup>

En la doctrina alemana es muy frecuente ver en la cláusula de la no infracción de otros deberes más importantes del § 323c StGB precisamente el reconocimiento legal de esta regla específica de jerarquía.<sup>405</sup> Esto mismo se ha sostenido también en nuestro país a propósito de la cláusula de inexigibilidad del art. 195 CP (“sin riesgo propio ni de terceros”). Señala MIR PUIG que «[a] veces se piensa también en los casos en que para salvar a una persona hay que

---

<sup>403</sup> Cfr. Cap. 2, apdo. III, 3.1, b).

<sup>404</sup> En este sentido, por todos, vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/7; o NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 129, con ulteriores referencias a la doctrina.

<sup>405</sup> Por todos, BEULKE, «„Pflichtenkollisionen“ bei § 323c StGB?», *FS-Kiiper*, 2007, pp. 1 y ss. El § 323c StGB reza como sigue: «Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft».

lesionar a otra, en donde concurriría un conflicto del deber de socorro con el deber de no lesionar la vida o la integridad de otro. Sin embargo, es discutible que en tales casos exista deber jurídico de socorro, pues no cabe derivar dicho deber del art. 195 CP, que exige para el delito de omisión de socorro que no hubiere riesgo propio ni de tercero». <sup>406</sup> Sea como fuere, lo que parece evidente es que los deberes de competencia plena, *ceteris paribus*, priman sobre los de competencia mínima.

#### 2.4. El conflicto entre dos razones de obligación de competencia preferente

El cuarto escenario posible es aquél en el que coliden dos razones de obligación de competencia preferente. En esta situación se ve inmerso, por ejemplo, (a) el policía que tras iniciar una rápida y peligrosa persecución para tratar de detener al secuestrador que huye con su víctima atropella de forma negligente a un peatón. Aquí colide nuevamente el deber de persecución el delito sancionado en el art. 408 CP y el deber de salvamento tras injerencia imprudente recogido en el art. 195.3 CP. Y lo mismo cabe afirmar (b) cuando la única manera que tiene el obligado de socorrer a su hermano consiste en incumplir su deber para con un tercero al que previamente había puesto en peligro tras un actuar precedente no plenamente responsable. Por ejemplo: (A), hermano de (B), propietario de un serpiente venenosa, desoyendo las indicaciones de aquél es mordido por la serpiente tras intentar acariciar al animal. Sin solución de continuidad, la serpiente abandona su jaula por un agujero advertido pero no reparado a tiempo por (B), y se dirige a un parque cercano, en donde muerde a un vecino (V) que también peligra morir como consecuencia de la diseminación sistémica del veneno. (B) solo dispone de un dispositivo mecánico de succión del veneno, que, o bien aplica a su hermano (A), o bien al tercero que acaba de ser mordido por el venenoso animal. Contemplando exclusivamente la especie del deber, no cabe aquí extraer o determinar ningún rango jerárquico entre los deberes en liza.

En las dos situaciones de conflicto acabadas de referir no cabe establecer relación alguna de prelación. Algo más compleja parece presentarse en el marco del Ordenamiento español aquella situación de conflicto en la que (c) colide un deber de salvamento tras injerencia imprudente (art. 195.3.II CP), con un segundo deber de salvamento tras injerencia fortuita (art. 195.3.I CP). Aunque en este trabajo se ha agrupado ambas clases de deberes en una categoría única de especie, lo cierto es que parece posible admitir una subregla de jerarquía del primero de los deberes referido frente al de salvamento tras injerencia fortuita. Así parece entenderlo el legislador español, pues protege ambas obligaciones de forma distinta, y parece posible explicar esta distinción a partir del criterio que aquí se ha adoptado para la gradación de los deberes, esto es, el de la autovinculación del obligado. Así las cosas, el mayor abuso de la libertad de quien imprudentemente crea una situación de peligro se traduce en un deber de competencia preferente levemente superior al emanado de un actuar organizativo especial pero conforme a Derecho. <sup>407</sup>

---

<sup>406</sup> Cfr. MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2015, p. 475, nm. 52.

<sup>407</sup> Aunque nada empece admitir aquí el reconocimiento de una cuarta especie de obligación, en aras de una mayor simplicidad del sistema global de jerarquización de las razones se opta aquí por mantener la tripartición,

## **2.5. El conflicto entre una razón de obligación de competencia preferente y una de competencia mínima**

En cambio, sí resulta posible jerarquizar las razones en liza allí donde el obligado lo está por una razón de obligación de competencia preferente y una de competencia mínima. A modo de ejemplo: (a) (X) tras provocar de forma imprudente un accidente se ve en la disyuntiva de, o bien salvar a (Y), víctima directa de la negligente conducta del obligado, o bien a (Z), quien como consecuencia del impacto psíquico que le supone presenciar el accidente sufre un infarto de miocardio. Aquí coliden el deber de competencia preferente de salvamento tras creación imprudente de la situación de peligro y el deber general de competencia mínima del art. 195.1 CP. La resolución del conflicto, atendiendo a la especie del deber, nos lleva a afirmar la supremacía de la primera razón de obligación. Los deberes de competencia preferente gozan en abstracto de un rango superior.

## **2.6. El conflicto entre dos razones de competencia mínima**

Y finalmente, el sexto y último escenario dable es aquél en el que coliden dos razones de obligación de competencia mínima. Aquí no es posible establecer en abstracto diferencia alguna de rango. A modo de ejemplo: (a) (X) camina por el paseo marítimo de una ciudad costera cuando, de repente, advierte como (Y) e (Z) peligran morir ahogados. Dada la distancia entre ambos, (X) solo puede salvar a uno de los dos. Y lo mismo cabe afirmar (b) allí donde el llamado a formar parte de una mesa electoral se ve obligado a incumplir su deber para socorrer a un tercero al que debe acompañar a un hospital cercano. Los conflictos entre razones de competencia mínima determinan igualmente la imposibilidad de establecer una prelación entre las obligaciones en atención a la relación entre el obligado y el beneficiario.

## ***3. Conclusión provisional***

Con ello se han presentado aquí todos los escenarios de conflicto imaginables en atención a la especie del deber. Hemos afirmado que cabe establecer en abstracto una relación de prelación entre los deberes en atención a su especie cuando las dos obligaciones en liza no presenten una intensidad normativa idéntica. Llegados a este punto, es momento de analizar ya cómo proceder a compatibilizar estas relaciones de jerarquía parciales, con las también parciales obtenidas a partir del análisis de la relación intersubjetiva entre los dos agentes beneficiarios. El establecimiento de una metarregla clara que compatibilice ambas soluciones parciales de jerarquía es lo que permite obtener prelación definitiva entre las razones de obligación en conflicto y, por lo tanto, resolver finalmente los conflictos.

---

aunque teniendo presente esta subregla de jerarquía en el seno de los deberes de competencia preferente. Cfr. *supra*, apdo. IV, 3.3, b).



## IV. LA COMPATIBILIZACIÓN DE LAS DIMENSIONES INTERSUBJETIVA Y DE LA ESPECIE DEL DEBER EN LA JERARQUIZACIÓN DE LAS RAZONES DE OBLIGACIÓN

### *1. Introducción*

El reconocimiento de un doble plano sistemático en la jerarquización de las razones en liza nos obliga, en último lugar, a examinar cuál es la relación que media entre ambos planos a los efectos de establecer conclusiones definitivas sobre el rango jerárquico entre las razones en liza. Hasta el momento se ha analizado separadamente cómo establecer juicios de jerarquía provisionales atendiendo única y exclusivamente, primero, a la relación intersubjetiva entre los beneficiarios de las razones en conflicto y, en segundo lugar, a la especie de las razones en liza como elemento esencial en la relación obligado-beneficiario. Tomando en consideración las soluciones de jerarquía posibles en cada uno de los dos planos referidos, cabe plantear, en esencia, cinco escenarios distintos: (1) es posible que la razón de obligación más importante sea la que garantice la posición jurídica preeminente en el conflicto intersubjetivo. Por ejemplo, el padre debe salvar a su hijo, quien ha sido puesto en peligro por un extraño que el padre tan solo debe salvar conforme al art. 195 CP. Aquí, ambos juicios parciales resuelven el conflicto en una misma dirección, es decir, ambos planos apuntan en su jerarquización parcial en una misma dirección; (2) siendo las razones en liza idénticas en su especie, el examen del plano intersubjetivo permite afirmar un rango jerárquico determinado. Por ejemplo, el socorrista debe decidir si salva al bañista que ha desobedecido reiteradamente sus órdenes de no adentrarse excesivamente en el mar o el anciano que, de forma imprevista, sufre un calambre que le impide nadar hasta la orilla; (3) siendo las razones de deber distintas en su especie, la relación intersubjetiva establece una situación de equivalencia normativa. El padre debe optar entre salvar a su hijo o a un tercero cuando, de forma inesperada, ambos sufren sendos calambres que les impiden regresar a la orilla; (4) la razón de obligación más importante garantiza precisamente la posición jurídica de quien en el análisis intersubjetivo merece menos protección jurídica. Es decir, cada uno de los planos individuales apunta en una dirección de jerarquía opuesta. Por ejemplo, el responsable de un grupo de excursionistas se ve en la disyuntiva de ayudar a su garantizado o un segundo excursionista perteneciente a otro grupo al que su pupilo ha colocado responsablemente en situación de peligro; y (5) siendo las razones de obligación idénticas en su especie, es posible que también el análisis de la relación intersubjetiva arroje una equivalencia plena entre los beneficiarios. Esta es la estructura en la que debe encuadrarse el tantas veces citado caso del padre que debe salvar a uno de sus dos hijos de corta edad.

Aunque en este epígrafe deben encontrar respuesta los cinco escenarios referidos, a los efectos que ahora importan, solo parecen ser realmente problemáticos los últimos dos. En el primer grupo de casos, las dos conclusiones provisionales de jerarquía apuntan en una misma dirección, de modo que, con independencia de cómo se pretenda armonizar teóricamente ambos planos, la solución final al conflicto parece clara. En los escenarios número dos y tres,

uno de los dos parámetros decisorios provisionales no resulta útil, pues atestigua una absoluta equivalencia, de modo que, como veremos, el segundo factor, que sí decide provisionalmente en una concreta dirección, adquiere en última instancia carácter decisorio. Sin embargo, el escenario número cuatro se caracteriza por la oposición de dos decisiones parciales de jerarquización contrapuestas, es decir, la relación intersubjetiva otorga primacía a la posición jurídica de quien está garantizado por la razón de obligación más débil.<sup>408</sup> La necesidad de adoptar en tales supuestos una decisión de compatibilización de los dos planos, el intersubjetivo y el de la especie del deber, resulta condición indispensable para tratar de encontrar una solución definitiva al conflicto en cuestión. Un problema distinto, aunque no menos relevante, es el que nos plantea el quinto escenario. Se trata de valorar allí si es posible establecer relaciones jerárquicas cuando, ni el plano intersubjetivo, ni el de la especie del deber establecen ninguna diferencia normativa relevante entre las partes implicadas en el conflicto.

Pues bien, el objetivo del presente apartado consiste en establecer el esqueleto estructural del sistema de jerarquización de razones de obligación en conflicto que aquí se presenta. Para ello, se analiza en primer lugar la relación que media entre los dos momentos parciales en los que se manifiesta el conflicto. Como veremos, la relación obligado-beneficiario, caracterizada por la noción de la especie de la razón de obligación, solo resulta relevante en la jerarquización de las razones de obligación cuando el análisis intersubjetivo no ofrece diferencia jerárquica alguna. En segundo y último lugar, en consonancia con la relación conceptual defendida entre ambos planos, se examina cómo proceder a la jerarquización final de las razones de obligación en conflicto de la mano de algunos casos ejemplificadores.

## *2. La relación de los dos momentos parciales del conflicto entre razones de obligación*

### **2.1. La confusión de ambos planos bajo el manto de la ponderación de intereses**

En este trabajo se ha examinado con detalle cómo concibe el grueso de la doctrina la jerarquización de los deberes en conflicto,<sup>409</sup> así como las razones por las que la pretensión de resolver los conflictos a partir de una ponderación general de los intereses en juego resulta inasumible.<sup>410</sup> Dejando ya en este momento a un lado las concepciones puramente materialistas que niegan toda relevancia a la dimensión de la especie del deber,<sup>411</sup> tampoco los autores que han reconocido la necesidad de distinguir entre los dos planos esenciales en los que cristalizan los conflictos se han ocupado de desarrollar un sistema cerrado capaz de armonizar ambos planos de un modo plausible.<sup>412</sup> Más allá de algunas reglas particulares aisladas de compatibilización de las diferencias entre la especie del deber y los intereses en

---

<sup>408</sup> O viceversa, el plano de la especie de deber arroja una relación de primacía contradictoria con la alcanzada en el análisis de la relación intersubjetiva entre el obligado y el beneficiario.

<sup>409</sup> Cap 1, apdo. III, 3.1.

<sup>410</sup> Cap. 3, apdo. II, 2 y 3.

<sup>411</sup> Cap 1, apdo. III, 3.1, b).

<sup>412</sup> Cfr. PERRON, en ESER/PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, v. III, 1991, pp. 79 y ss., pp. 98 a 100.

liza,<sup>413</sup> la cuestión que ahora nos ocupa no ha sido nunca planteada en los términos generales en los que aquí se hace. Es más, resulta imposible extraer de las conclusiones parciales defendidas en la doctrina juicios de valor sólidos acerca de cómo los respectivos autores entienden la relación de ambos mundos.<sup>414</sup> Todo ello encuentra su explicación última en el mismo método empleado para jerarquizar los deberes, esto es, en la teoría de la ponderación de intereses, que toma por igual de forma indiscriminada los factores pertenecientes a uno y otro plano para acabar obteniendo una solución aparentemente justa al caso concreto.

## **2.2. La relevancia de la especie del deber en la determinación final del estatus normativo del beneficiario**

Conforme a lo que aquí se ha defendido, los conflictos de deberes constituyen un problema de determinación definitiva de la norma de comportamiento que el Ordenamiento le dirige a un sujeto cuando dos razones de obligación aisladamente legítimas resultan de imposible cumplimiento y, por lo tanto, de imposible legitimación agregada en el caso concreto.<sup>415</sup> Ante este escenario, el Ordenamiento valora nuevamente la situación conforme a los mismos patrones que determinan aisladamente las razones en conflicto a fin de alcanzar una solución definitiva en forma de deber altamente personal, por lo tanto, de posible cumplimiento para el obligado. Se trata, en última instancia, de encontrar la solución al conflicto más justa a ojos de los tres agentes implicados, tomando en consideración en un plano de igualdad sus pretensiones. Dogmáticamente, esta armonización de las razones de obligación en conflicto se canaliza a través de un juicio de jerarquización, analíticamente dividido en dos planos, de modo que éste se torna permeable a las distintas pretensiones de los agentes implicados en la situación de colisión.

La necesidad de tomar en cuenta cuál es la relación intersubjetiva entre los dos agentes potencialmente beneficiarios del deber que se pretende legitimar apenas merece explicación. Resolver el conflicto al margen de la posición de ambos supone preterir en el análisis del conflicto la pretensión de la víctima directa de la solución que se le otorgue al conflicto. La relevancia de esta relación bilateral es tal, que son muchos los autores que solo están dispuestos a hablar de colisión de deberes cuando ésta es incapaz de ofrecer una diferencia normativa.<sup>416</sup> Mayores explicaciones requiere sin duda la inclusión en nuestro análisis de jerarquía de la dimensión de la especie de deber. De acuerdo con lo que ya se ha afirmado en este trabajo,<sup>417</sup> el merecimiento *in concreto* de la garantía de las posiciones jurídicas de los agentes involucrados en el conflicto solo puede explicarse a partir de una lectura normativa de la situación, que abarque la relación entre aquellos, esto es, la relación intersubjetiva, pero también la relación de deber con el obligado, pues, la posición jurídica, que no su interés, queda irremediabilmente co-determinada por la especie de la razón de obligación que la

---

<sup>413</sup> Así, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/7, afirma que el deber de garante prima sobre el de solidaridad mínima salvo que prepondere esencialmente el interés que no está asegurado mediante un deber de garante.

<sup>414</sup> Vid. solo BEULKE, *FS-Kiiper*, 2007, pp. 2 y ss.

<sup>415</sup> Cfr. Cap. 2, apdo. II, 4.3.

<sup>416</sup> Vid. por todos KINDHÄUSER, «§ 34», *LPK-StGB*, 6ª ed., nm. 60.

<sup>417</sup> Cap. 3, apdo. III, 3.2.

protege provisoriamente. Es decir, no tomar en cuenta la posible distinta especie del deber supone preterir un dato que es normativamente relevante para poder comprender en toda su extensión el estatus jurídico de quien se ve sumido en una situación de conflicto. Normativamente, pues, a la hora de definir mi esfera en una relación de conflicto, la relación que me une con el obligado co-determina mi estatus jurídico. Ello trae causa del carácter necesariamente situacional y dependiente del contexto de la determinación de las normas de comportamiento jurídico-penales.<sup>418</sup> Al igual que mi posición jurídica queda siempre de modo necesario determinada en atención a la del resto de personas que me rodean, la de cada uno de los beneficiarios no puede definirse sin tener en cuenta su relación con el segundo necesitado, con el obligado, y la que media entre el obligado y ese segundo necesitado. Todo esto fue tempranamente puesto de relieve por OTTO: «en el seno de la comunidad no solo se grava a un único sujeto con una posición de deber especial en la familia, sino que aquí reside también una decisión valorativa. La realización del pensamiento de lealtad recíproco es aprobado de forma omnicomprensiva por la comunidad jurídica».<sup>419</sup> En resumidas cuentas, la pretensión jurídica de garantía de cada uno de los dos agentes que protagonizan la situación de conflicto no puede establecerse completamente al margen del análisis de su relación con el agente obligado en el caso concreto.

### 2.3. La primacía absoluta del rango fundado en la relación intersubjetiva

Con lo anterior se logra explicar por qué razón la especie de deber es también relevante a la hora de jerarquizar las razones de obligación. Queda sin embargo por responder cuál es la relación entre dicho plano sistemático y la relación intersubjetiva entre los protagonistas de la situación de conflicto.

Hasta donde alcanzo, del mismo fundamento de la inclusión de la especie de la razón en el sistema de jerarquización se deriva la metarregla de subordinación de aquel factor frente a la relación intersubjetiva.<sup>420</sup> La toma en consideración de la especie del deber obedece única y exclusivamente a la necesidad de no preterir una circunstancia que co-determina el estatus jurídico de los dos agentes verdaderamente protagonistas en la situación de conflicto de razones de obligación. No se trata, o no en primer término, de tomar en consideración, por ejemplo, el derecho del padre a salvar a su hijo antes que a un extraño, sino de otorgar mayor peso a la pretensión de aquél al que el Derecho ha reconocido *ex ante* una pretensión de garantía más intensa de sus expectativas jurídicas. Es decir, la posición del obligado en la reconfiguración de las razones en conflicto, más allá del propio juicio de exigibilidad del deber que se le impone finalmente, no es tomada como tal en consideración. Los protagonistas del conflicto y, por lo tanto, frente a quienes se tiene que legitimar la solución primariamente, son los dos sujetos pacientes potencialmente beneficiarios de las razones en liza. No en vano son también ellos los perjudicados de la concreta decisión que se le depare al conflicto.

---

<sup>418</sup> Cfr. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 15 y ss.

<sup>419</sup> Cfr. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, p. 100.

<sup>420</sup> Sobre la noción de metarregla, como regla secundaria para la resolución de conflictos, vid. solo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Fundamentos de política criminal*, 2012, pp. 79 y ss., n. 118, con ulteriores referencias.

La relevancia indirecta de la especie del deber en la determinación del estatus de las posiciones jurídicas implicadas no puede, pues, alterar la resolución del conflicto basada en un análisis de la relación que media entre los agentes protagonista del conflicto.<sup>421</sup> Nada distinto puede valer en un Ordenamiento jurídico en el que cada ciudadano es contemplado como un agente libre y autorresponsable y en el que la distribución de recursos en situación de escasez se hace atendiendo de forma prioritaria al mérito individual de cada uno de los sujetos afectados por la decisión.<sup>422</sup>

Así las cosas, por muy estrecho que sea el vínculo que une al obligado con uno de los beneficiarios, si resulta que la posición del segundo necesitado es preferente en la relación intersubjetiva, no cabe justificar frente a éste último una decisión perjudicial para sus intereses. Del mismo modo que en el Derecho privado se asume con carácter general la eficacia relativa del contrato en relación con terceras personas,<sup>423</sup> el Derecho penal niega a la relación entre un obligado y un necesitado fuerza suficiente como para invertir o enervar la decisión jerárquica alcanzada en el examen de la relación intersubjetiva.<sup>424</sup> Siguiendo con la metáfora del Derecho civil: ante posiciones intersubjetivamente jerarquizables, la eficacia de los deberes es connaturalmente relativa, sin capacidad alguna para desplegar efectos frente a terceros.<sup>425</sup> Desde esta óptica cabe comprender la clásica referencia en la doctrina dominante a la imposibilidad de que un deber de salvamento amplíe el deber de tolerancia del segundo agente necesitado.<sup>426</sup> «La solución permanece también invariable cuando el que interviene para la salvación del beneficiado está *obligado* a ello: la relación interna entre el que interviene y el beneficiado no puede comportar deber alguno de tolerancia para la víctima de la injerencia».<sup>427</sup>

Bien mirado, lo anterior significa que donde la relación intersubjetiva ofrezca una diferencia de rango, el obligado opera simplemente a modo de representante (inexcusable) en favor de la posición jurídica privilegiada. Esto es, el obligado representa entonces la figura de un auxiliante necesario forzoso que, al igual que en cualquier supuesto estándar de auxilio necesario, únicamente puede actuar en el marco de lo que el Ordenamiento le permite a su

---

<sup>421</sup> Como aquí, vid. KLESCZEWSKI, *AT*, 2ª ed., 2012, nm. 370, señalando que la esposa debe salvar antes que a su marido al extraño al que éste ha puesto en peligro.

<sup>422</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 290.

<sup>423</sup> Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I, 6ª ed., 2007, § 3, pp. 527 y ss., p. 526: «[p]ara los terceros, se suele decir, el contrato es *res inter alios acta*, esto es, un asunto hecho entre otros. Por tal razón, el contrato no puede desplegar ninguna eficacia en la esfera jurídica de los terceros: ni en su beneficio, ni en su perjuicio (*nec prodest nec nocet*).

<sup>424</sup> En este sentido, VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, p. 123, p. 328.

<sup>425</sup> El fundamento civil de la relatividad de la eficacia del contrato lo expone como sigue Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I, 6ª ed., 2007, § 3, p. 526: «[e]l contrato es un acto de ejercicio de un poder de autonomía privada y la autonomía privada consiste en la posibilidad de dictar la ley —el precepto— por el cual se ha de regir la propia esfera jurídica. Un contrato con una eficacia en la esfera jurídica de terceras personas no sería un acto de autonomía, sino que constituiría una invasión de la esfera jurídica ajena».

<sup>426</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 126, n. 562. Así pues, con razón entiende VON DER PFORDTEN que el motivo por el que un marido debe optar por allanar una farmacia y robar el medicamento que salva la vida de su mujer reside, bien mirado, en el propio deber de solidaridad del farmacéutico para con la mujer en situación de peligro (VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, p. 123, p. 328).

<sup>427</sup> Así, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/24.

representado.<sup>428</sup> La actuación debida del obligado se presenta, pues, como la realización subsidiaria del derecho de necesidad que le asiste a quien no puede de propia mano valerse de aquél frente a su contrincante. Y, por lo tanto, allí donde el titular de la esfera preferente en la relación intersubjetiva renuncie autónomamente a su mejor derecho, el obligado quedará por consiguiente vinculado única y exclusivamente por la razón de obligación que garantiza a quien sí desea su realización.<sup>429</sup>

Así las cosas, la metarregla de compatibilización de los planos intersubjetivo y el de la especie de la razón de obligación reza como sigue: el establecimiento de una prelación entre las esferas jurídicas implicadas en la relación intersubjetiva decide siempre y en todo caso la jerarquía final de las razones de obligación en liza. Allí donde uno de los dos sujetos beneficiarios ostente frente a su contrincante un derecho subjetivo de necesidad, la especie del deber es irrelevante a la hora de disolver los conflictos. Y esto último vale con total independencia del carácter activo u omisivo de los deberes, y con independencia también del carácter bilateral o unilateral del conflicto en atención al número de agentes involucrados necesitados. Esto significa, recurriendo ahora a algunos de los ejemplos presentados a lo largo del trabajo que, por ejemplo, el marido debe salvar la vida al adulto al que su mujer ha colocado de forma responsable en situación de necesidad, también cuando ello le impida salvar la vida de su cónyuge;<sup>430</sup> o que el bombero que ha de escoger entre salvar a su compañero de sufrir unas leves lesiones o al menor al que su compañero intentaba en primera instancia salvar, debe salvar siempre y en todo caso al niño. Y esto también significa, en contra de lo que en un primer momento parecía sostener OTTO, que en ningún caso el padre puede matar a un tercero ajeno al peligro para salvar la vida de su propio hijo.<sup>431</sup> La especie del deber es irrelevante allí donde la regla del *casum sentit dominus* determine una primacía en el plano intersubjetivo.

---

<sup>428</sup> Con razón afirma CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 278 que «la colisión de deberes constituye siempre un auxilio necesario, pero el auxilio necesario no siempre representa una colisión de deberes», pues, el auxiliante actúa en los casos estándar de auxilio necesario ejerciendo una potestad, pero no jurídicamente obligado.

<sup>429</sup> Rigen aquí las reglas generales en materia de consentimiento y auxilio necesario. En este sentido, acertadamente, vid. KLESCZEWSKI, *AT*, 2ª ed., 2012, nm. 367.

<sup>430</sup> Con razón, KLESCZEWSKI, *AT*, 2ª ed., 2012, nm. 370.

<sup>431</sup> Cfr. OTTO, *Rechtswidrigkeitssurteil*, 1ª ed., 1965, pp. 99 y ss. Tras la publicación de su tesis doctoral, en la que OTTO defendía la imposición a los padres un deber de sacrificio en favor de sus hijos, añadió el referido autor en la segunda edición de su trabajo un breve apéndice en el que, sin demasiadas explicaciones y basándose en supuestos cambios sociológicos, modifica parcialmente su posición en lo que se refiere al alcance de sacrificios propios exigibles a los padres respecto de sus hijos necesitados. Los padres ya no tendrían el deber de sacrificar su vida en favor de la de sus hijos, sin embargo, sí deberían matar a terceros o agentes garantizados de confianza (asunción) para salvar la vida de aquéllos (OTTO, *Rechtswidrigkeitssurteil*, 2ª ed., «Nachtrag», pp. 118 y s.). Sobre este primer cambio de opinión, véanse las críticas de KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 85 y s. Posteriormente, en el año 2005, OTTO publicó un nuevo trabajo sobre el tema en la revista de formación jurídica JURA, en el que culmina la revisión de su tesis principal, a saber, que la posición de garantía familiar co-determina las posiciones jurídicas de los terceros, de modo que los padres deberían incluso matar activamente a un tercero para salvaguardar a sus propios hijos. Sin ofrecer explicación alguna, se limita el autor a reproducir los argumentos de la doctrina mayoritaria en contra de la que otrora fuera su tesis más impactante: la posición de garantía paterno-filial no autoriza a injerirse en la esfera de un tercero más allá del baremo general. Cfr. OTTO, *JURA*, (7), 2005, p. 479, señalando simplemente en una nota al pie que en la tercera edición de su monografía sostenía todavía lo contrario.

En resumen, para jerarquizar las razones de deber en conflicto, en primer lugar debe estarse a la relación normativa que media entre los dos agentes beneficiarios del deber. Esta primera visión parcial del conflicto nos puede situar ante alguno de los siguientes tres escenarios:

(1) En primer lugar, es posible que la relación intersubjetiva se presente de un modo tal que uno de los dos agentes disponga de un auténtico derecho subjetivo de salvaguarda propia a costa de los intereses del segundo agente necesitado. Por ejemplo:

Un médico (X) llega al lugar del accidente en donde advierte la presencia de dos heridos. El primero, (A), peligra morir si no recibe atención médica inmediata. El segundo, (B), presenta una dolorosa fractura de muñeca que no compromete su salud a medio y largo plazo.

Aquí, cabe advertir entre la posición jurídica de (A) y (B) una diferencia normativa suficiente como para otorgar a (A) un derecho de injerencia agresiva en la esfera de (B). Ante este escenario, la resolución del conflicto se determina única y exclusivamente en atención a la relación normativa entre los dos agentes involucrados. Es decir, la razón de obligación preferente es la que obliga al médico a salvar (A).

(2) El segundo escenario imaginable es aquél en el que existe una diferencia material entre las dos posiciones jurídicas de los necesitados, pero insuficiente como para legitimar en el seno de la referida relación un derecho de injerencia y el correspondiente deber de tolerancia. Por ejemplo:

Un médico (X) llega al lugar del accidente en donde advierte la presencia de dos heridos. El primero, (A), peligra morir si no recibe una atención médica inmediata. El segundo, (B), presenta una grave hemorragia que, de no ser detenida inmediatamente, puede provocarle graves lesiones físicas.

Pues bien, adviértase que aquí, en contra de lo sostenido por la inmensa mayoría de la doctrina, la mera diferencia material es insuficiente para establecer una diferencia de rango normativamente relevante en el examen de la relación intersubjetiva. La mera diferencia de intereses no permite *per se* establecer diferencias de rango entre las dos esferas implicadas normativamente relevantes. A la hora de jerarquizar los deberes y, más concretamente, a la hora de decidir el peso de la relación intersubjetiva en ese proceso, solo es relevante la posibilidad de admitir conforme a las reglas generales la prevalencia de una posición jurídica frente la otra. Aunque la doctrina dominante acepta la jerarquización de los deberes a partir de una mínima diferencia de los intereses en juego, nunca ha sido capaz de explicar convincentemente por qué razón un sujeto debe en ese caso tolerar la pérdida de sus intereses propios.<sup>432</sup> Allí donde las reglas generales de la justificación no ofrezcan ninguna relación de preferencia, normativamente, solo cabe afirmar la equivalencia axiológica de las posiciones de los dos agentes necesitados.<sup>433</sup> Ello nos conduce, pues, al tercer y último escenario posible.

---

<sup>432</sup> Como aquí, sin embargo, vid. KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 18, nm. 5 y s.

<sup>433</sup> No cabrá, pues, hablar de razones de obligación jerarquizables en el supuesto en el que un padre ha de escoger entre salvar el reloj de su primogénito valorado en 10 € o el del segundogénito valorado en 30 €. En

(3) Finalmente, es posible advertir situaciones de conflicto en las que la relación intersubjetiva no ofrece ninguna diferencia normativa, es decir, en las que no es posible resolver intersubjetivamente —conforme a las reglas generales de la justificación— el conflicto entre las razones de obligación. Por ejemplo:

Tras el naufragio de un crucero en las costas adriáticas, un padre empresario ha de escoger entre salvar la vida de su hijo y la de un tercero con quien está a punto de firmar un lucrativo contrato.

Aquí la relación intersubjetiva no arroja solución alguna a nuestro conflicto. Si suprimimos la figura del obligado, lo cierto es que ninguno de los necesitados podría argumentar frente a su oponente motivo alguno por el que su pretensión jurídica debiera ser preferentemente atendida. Ambos peligran morir y entre ellos no media ninguna relación de deber especial, ni ninguno es responsable por la situación de conflicto que les apremia. Bien mirado, la entronización de la relación intersubjetiva como dimensión decisoria en la jerarquización de las razones de obligación nos sitúa ante dos escenarios posibles, y arroja una cuestión teórica estrechamente vinculada con lo anterior. La cuestión que queda entonces por responder reza así: ¿significa lo anterior que la especie de deber carece de toda relevancia a la hora de jerarquizar las razones de obligación en conflicto? Tomando en consideración el doble escenario acabado de referir, esto es, aquél en el que la relación intersubjetiva decide la situación de conflicto y aquél en el que arroja una equivalencia normativa que impide establecer un rango entre las razones de obligación en conflicto, parece plausible afirmar que, efectivamente, la especie de deber desempeña también un papel, y lo hace precisamente ante conflictos irresolubles desde la óptica estrictamente intersubjetiva.

#### **2.4. La especie de la razón de obligación como factor de resolución en caso de equivalencia normativa en la relación intersubjetiva**

Absolutizar el valor de la relación intersubjetiva a la hora de jerarquizar las razones en conflicto supone preterir el segundo momento relevante en el sistema de jerarquización que aquí se propone. Es decir, considerar equivalentes todas aquellas razones de obligación que protegen a dos sujetos entre los que no media ningún derecho de defensa supone reducir el conflicto a una dimensión estrictamente bilateral, esto es, a la propia de la dogmática clásica de las causas de justificación. Sin embargo, como ya se ha mostrado, los conflictos entre razones de obligación son, por definición, conflictos tridimensionales, en los que las posiciones jurídicas de los dos potenciales beneficiarios no pueden quedar íntegramente definidas al margen de su relación normativa con el obligado. Aunque, como se ha señalado ya, el papel que desempeña la especie del deber en el sistema de jerarquización que aquí se propone es supletorio, ésta resulta fundamental allí donde la relación intersubjetiva no permite jerarquizar los deberes. Es entonces cuando la mejor pretensión de quien está vinculado con el obligado de un modo más intenso se torna exigible.

---

contra de lo que sostiene la inmensa mayoría de la doctrina, la desmaterialización del sistema de jerarquización que aquí se defiende conduce a afirmar en este supuesto la equivalencia entre las razones de obligación en juego. Ninguno de los dos menores tiene un auténtico derecho de necesidad frente al otro. El padre, como veremos, queda gravado con un deber disyuntivo que le obliga a salvar uno de los dos relojes. Cfr. Cap. 5, apdo. II, 3.2.



Ello resulta plenamente coherente con la comprensión individualista del conflicto que aquí se ha defendido, pues se trata de garantizar la mejor pretensión de las que coliden desde la óptica de su beneficiario. Y tampoco la víctima del conflicto puede en ese caso invocar razonablemente nada en contra de la decisión jerárquica basada en la especie del deber pues, desde un comienzo, su posición jurídica es normativamente más débil que la de su adversario, al estar garantizada por una razón de obligación de menor intensidad. No tomar en consideración la diferencia de especie ante conflictos equivalentes en la relación intersubjetiva supone desatender de forma injustificada una diferencia en la intensidad de la garantía normativa de las razones de obligación fundamental. Así pues, en el caso tantas veces citado del padre que ha de escoger entre salvar la vida de su hijo y la de un tercero, la decisión de paridad en la relación intersubjetiva de los dos necesitados no supone automáticamente la imposibilidad de jerarquizar las razones en liza. Aquí, la especie del deber determina un indubitado rango de jerarquía. El deber de competencia plena prima sobre el de competencia mínima, por lo que el padre deberá salvar a su hijo antes que al tercero.<sup>434</sup>

Hasta aquí las reflexiones sobre la compatibilización de los dos planos sistemáticos básicos en la jerarquización de las razones de obligación en conflicto. Evidentemente, con la configuración del sistema de jerarquización aquí esbozado no se define plenamente el sistema de solución de los conflictos, básicamente porque no es descartable que como fruto del anterior análisis se llegue a la conclusión de que las dos razones en liza son plenamente equivalentes. Es decir, cabe la posibilidad de que la relación intersubjetiva no arroje diferencia normativa alguna entre las dos esferas implicadas, siendo las especies de deber en conflicto idénticas. El modo en el que solucionar dogmáticamente los conflictos entre razones de obligación equivalentes será analizado en el próximo capítulo.<sup>435</sup>

### *3. La jerarquización de las razones de obligación en conflicto paso a paso*

Pues bien, llegados a este punto, se trata ahora de mostrar cómo proceder a la jerarquización de las razones en conflicto conforme a todo lo dicho hasta este momento. Como hemos visto, el proceso de jerarquización debe descomponerse en dos fases esenciales. Dicho proceso se inicia mediante un análisis de la relación intersubjetiva entre los dos agentes potencialmente beneficiarios de las razones en liza. Este análisis puede, en primer lugar, arrojar una diferencia normativa relevante entre ambos sujetos, definida aquí a partir del sistema clásico de derechos de necesidad y deberes de tolerancia en situaciones de conflicto. En los conflictos en los que solo uno de los dos sujetos pacientes se presenta como necesitado, en ausencia de situaciones de competencia especial, le corresponde al sujeto no necesitado conforme al principio del *casum sentit dominus* un mejor derecho, que se plasma en una superioridad de rango en la jerarquización de las razones en este primer plano. Ante este

---

<sup>434</sup> Y ello, en contra de lo que sostiene p. ej., FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, nm. 98, no conculca en absoluto el principio de imponderabilidad de la vida humana. Las vidas en conflicto valen exactamente lo mismo, pero del mismo modo que el Ordenamiento jurídico reconoce una diferencia normativa esencial entre los deberes de solidaridad mínima y los deberes de garante (competencia plena o preferente), aquél tampoco puede dejar de preferir en la situación de conflicto la razón de obligación que ha estimado como más digna de protección.

<sup>435</sup> Cap. 5, apdo. II.

primer escenario, el proceso de jerarquización concluye con la afirmación de la prevalencia normativa definitiva de la razón de obligación que garantiza la posición jurídica del sujeto a quien el Derecho reconoce un derecho de necesidad. Y en segundo lugar, es posible que este examen de la relación intersubjetiva no arroje ningún auténtico derecho de defensa entre los dos sujetos involucrados en la situación de conflicto. Mínimas diferencias materiales que no permitan justificar tales derechos de necesidad, a estos efectos, son irrelevantes, y no permiten alterar la situación normativa de equivalencia. Es en este segundo escenario, como hemos visto, donde procede recurrir a la dimensión de la especie del deber. Se trata entonces de establecer una prelación entre las razones en liza a partir de la preferencia general de los deberes de competencia plena frente a los de competencia preferente y, a su vez, la de ambos frente a los de competencia mínima. Si las dos razones en liza se distinguen en su especie, la razón preferente será la de mejor especie. En caso de que ambas compartan una misma especie, el proceso de jerarquización resulta vano, pues ambas razones de obligación son absolutamente equivalentes y, por lo tanto, no son susceptibles de ser jerarquizadas. Todo lo anterior quizá se vislumbre con mayor claridad en la siguiente tabla:\*

Nº	Relación intersubjetiva	Razón de obligación (A)	Razón de obligación (B)
1	PJ. (A) > PJ. (B)	Deber de comp. plena	Deber de comp. plena
2	PJ. (A) > PJ. (B)	Deber de comp. plena	Deber de comp. preferente
3	PJ. (A) > PJ. (B)	Deber de comp. plena	Deber de comp. mínima
4	PJ. (A) > PJ. (B)	Deber de comp. preferente	Deber de comp. preferente
5	PJ. (A) > PJ. (B)	Deber de comp. preferente	Deber de comp. mínima
6	PJ. (A) > PJ. (B)	Deber de comp. mínima	Deber de comp. mínima
7	PJ. (A) = PJ. (B)	Deber de comp. plena	Deber de comp. plena
8	PJ. (A) = PJ. (B)	Deber de comp. plena	Deber de comp. preferente
9	PJ. (A) = PJ. (B)	Deber de comp. plena	Deber de comp. mínima
10	PJ. (A) = PJ. (B)	Deber de comp. preferente	Deber de comp. preferente
11	PJ. (A) = PJ. (B)	Deber de comp. preferente	Deber de comp. mínima
12	PJ. (A) = PJ. (B)	Deber de comp. mínima	Deber de comp. mínima
13	PJ. (B) > PJ. (A)	Deber de comp. plena	Deber de comp. plena
14	PJ. (B) > PJ. (A)	Deber de comp. plena	Deber de comp. preferente
15	PJ. (B) > PJ. (A)	Deber de comp. plena	Deber de comp. mínima
16	PJ. (B) > PJ. (A)	Deber de comp. preferente	Deber de comp. preferente
17	PJ. (B) > PJ. (A)	Deber de comp. preferente	Deber de comp. mínima
18	PJ. (B) > PJ. (A)	Deber de comp. mínima	Deber de comp. mínima

\* PJ. = Posición jurídica de (A) o (B), como beneficiarios en la situación de conflicto. En azul claro aparecen marcadas las situaciones de conflicto entre razones de obligación equivalentes en el plano intersubjetivo. En azul oscuro las que tampoco pueden ser jerarquizadas en atención a la especie de la obligación.

(1) Pues bien, tomando como referencia la anterior tabla, lo primero que debe afirmarse es que en los supuestos núm. 1, 2, 3, 4, 5 y 6, es la razón de obligación que garantiza la posición jurídica de (A) la de mayor rango en la relación de jerarquía. Y lo mismo, aunque a la inversa, sucede en los supuestos núm. 13, 14, 15, 16, 17 y 18. Los conflictos se resuelven de forma relativamente sencilla, a partir del análisis de la relación intersubjetiva entre los dos hipotéticos beneficiarios del deber que se pretende legitimar.

a) Núm. 1: el socorrista debe atender primariamente a (A), quien peligrará morir ahogado como consecuencia del acto negligente de (B), que también se encuentra en situación de necesidad.

b) Núm. 2: el padre de (A) debe evitar que un camión destruya el carísimo reloj de su hijo, también cuando ello le impida detener la bicicleta de un extraño que por descuido ha golpeado e inicia una marcha descontrolada cuesta abajo.

c) Núm. 3: el padre de (A) debe salvar la vida de su hijo, también cuando ello le impide socorrer a un tercero que peligra sufrir unas mínimas lesiones rápidamente curables.

d) Núm. 4: el sujeto que tras un naufragio se ve ante la disyuntiva de salvar a uno de sus dos hermanos adultos, habría de dejar morir en favor de (A) a (B), pues este último ha causado negligentemente la situación de conflicto.

e) Núm. 5: el sujeto que tras un naufragio se ve ante la disyuntiva de salvar a su hermano o a un tercero desconocido debe salvar a su hermano (A), pues es (B) el responsable por la situación de conflicto.

f) Núm. 6: el tercero que se ve ante la disyuntiva de escoger a cuál de las dos víctimas de un accidente salva, ha de optar primariamente por socorrer a quien no ha causado responsablemente el accidente, esto es, a (A).

En definitiva, en estos ejemplos, y en todos aquellos en los que quepa establecer una diferencia en el plano intersubjetivo, el conflicto se resuelve siempre en favor del que tiene en esa relación un mejor derecho normativamente reconocido. Ello, con total independencia de cuál sea la relación de especies que presenten las razones en conflicto. A modo de ejemplo, en el caso núm. 15, aunque el padre esté obligado por un deber de competencia plena para con su hijo, si resulta que aquel ha provocado la situación de conflicto, deberá cumplir su deber de competencia mínima para con la víctima inocente del conflicto, esto es, deberá salvar a (B). Esto mismo vale para el resto de supuestos en los que la especie de deber ofrece una solución distinta a la de la relación intersubjetiva (casos núm. 14 y 17).

(2) Nos quedan simplemente por resolver los supuestos núm. 7, 8, 9, 10, 11, y 12. En todos ellos la relación intersubjetiva no es capaz de establecer diferencia alguna entre las razones en conflicto. Es entonces cuando entra en juego la especie de la razón de obligación, como criterio de desempate último. El deber de competencia plena prima sobre el de competencia preferente, y ambos sobre el de competencia mínima. La especie del deber nos ayuda a jerarquizar las razones en liza en los casos núm. 8, 9, y 11.

a) Núm. 8: el padre debe salvar a su hijo antes que a su hermano, cuando ambos peligran morir ahogados tras zozobrar la balsa en la que navegaban. La razón de obligación de competencia plena prima sobre la de competencia preferente.

b) Núm. 9: el padre debe igualmente salvar a su hijo antes que a un tercero, cuando ambos peligran morir tras un accidente absolutamente fortuito.

c) Núm. 11: el obligado debe atender preferentemente a (A), a quien ha puesto de forma no plenamente responsable en peligro, antes que al tercero (B), que pelagra morir y con el que solo le une la relación propia del art. 195 CP.

Y llegados a este punto, tres son solo ya los escenarios en los que el sistema de jerarquización de las razones aquí esbozado no consigue establecer diferencia normativa alguna. Se trata de los supuestos núm. 7, 10 y 12, en los que, además de no ser posible establecer diferencias en la relación intersubjetiva, las razones en conflicto comparten especie. Con tres ejemplos:

a) Núm. 7: el guía de montaña de (A) y (B) solo puede salvar la vida de (A) si corta la cuerda que le une a (B), lo que provocará la muerte segura de este último.

b) Núm. 10: el guía de montaña que negligentemente ha puesto en peligro a (A) y (B) ya solo puede salvar a (A), lo que exige sin embargo cortar la cuerda que le une a (B), adelantando su muerte.

c) Núm. 12: el obligado por dos deberes de solidaridad mínima (art. 195 CP) no puede salvar a (A) y a (B) al mismo tiempo.

Estos son los tres supuestos de conflicto entre razones de obligación en los que no cabe establecer prelación entre los deberes concurrentes, de modo que solo queda reconocer la absoluta equivalencia normativa de las razones en liza.<sup>436</sup> En todo caso, el que no quepa jerarquizar las razones en conflicto no significa que éste sea irresoluble. Como debería quedar de manifiesto en el próximo capítulo, todos los conflictos encuentran en última instancia una solución. Ante razones de deber jerarquizables, el Ordenamiento acaba por imponer al obligado el cumplimiento de la de mayor rango; mientras que ante razones no jerarquizables, impone al obligado un deber disyuntivo o alternativo que le obliga a cumplir una de las dos razones en conflicto. Todo ello será desarrollado con detalle en el próximo capítulo.

---

<sup>436</sup> Para KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 18, nm. 1 y ss., solo estos conflictos constituirían auténticas colisiones de deberes.

## CAPÍTULO V

# LA DETERMINACIÓN FINAL DEL DEBER EN SITUACIONES DE CONFLICTO ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN

*«Es difícil algunas veces distinguir acerca de lo que cada cual elige y sobre lo que hay que resistir; pero es más difícil aún ser consecuente con el propio criterio, cuando lo que se espera es doloroso y cuando lo que se nos impone es infame, por lo que se justifica a los que hayan sido forzados o se reprocha a los que no hayan sido obligados.»<sup>1</sup>*

## I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este quinto y último capítulo es triple. Lo pretendido a continuación es, en primer lugar, concretar de qué modo se resuelven los conflictos una vez ultimado el proceso de jerarquización de las razones en liza. Es decir, se trata de analizar cómo el Ordenamiento jurídico-penal, a partir de la distinción entre conflictos de razones equivalentes y conflictos de razones jerarquizadas, articula dogmáticamente la prelación entre los deberes y soluciona los conflictos. Mientras que las colisiones entre razones de obligación jerarquizadas se disuelven por la elevación de la razón preferente a la categoría de deber penal, los conflictos entre razones equivalentes se solucionan mediante la imposición al obligado de un deber alternativo o disyuntivo, que le faculta al obligado a escoger qué razón cumple. La infracción de la razón preterida es siempre penalmente atípica. En segundo lugar, en este capítulo se trata de ofrecer una respuesta al histórico problema de la delimitación de los institutos del estado de necesidad y la colisión de deberes. Como veremos, resulta que la colisión de deberes no es un mero subcaso del estado de necesidad, sino que el fundamento último del estado de necesidad agresivo, la solidaridad, es en realidad uno de los tres fundamentos parciales que explican el instituto penal de la colisión de razones de obligación. Solo entonces, en tercer y último lugar, estaremos en disposición de abordar la difícil tarea de ofrecer una explicación razonable a la dogmática de los conflictos entre razones de obligación a la luz de la regulación vigente en nuestro país y, más concretamente, a la luz de los artículos 20.5.º y 20.7.º CP. A diferencia de lo que acontece en el Ordenamiento alemán, en donde el legislador expresamente renunció a la regulación de la institución por oponerse a ello «obstáculos insalvables», el Ordenamiento español prevé desde antaño dos eximentes distintas de la responsabilidad penal susceptibles de acoger los conflictos entre razones de obligación. Por razones esencialmente analíticas se aboga aquí por reconducir el instituto al vigente art. 20.7.º CP.

---

<sup>1</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 2011, Libro III, «La responsabilidad moral», 1110a, 1110b, p. 87.

## II. LA DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DE COMPETENCIA DEFINITIVA EN SITUACIONES DE CONFLICTO ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN

### 1. *Introducción*

En el segundo capítulo de este trabajo se ha defendido que los conflictos de deberes, en realidad, constituyen un problema específico del complejo proceso de legitimación de normas de comportamiento jurídico-penales.<sup>2</sup> Nuestro Ordenamiento no impone en ningún caso dos deberes de imposible cumplimiento, pues allí donde advierte que dos razones de obligación pensadas para gravar a un mismo sujeto entran en conflicto, procede a evaluar nuevamente la situación a fin de dirigir al obligado un único deber susceptible de ser cumplido en el caso concreto. Este segundo examen, basado en los mismos principios que inspiran la legitimación aislada de normas (autonomía y solidaridad) y en el que se toman en consideración las razones de obligación en liza y las posiciones de los tres agentes implicados en la situación conflictiva, se lleva a cabo a través de un proceso de jerarquización de las razones de obligación contrapuestas.<sup>3</sup> Este proceso concluye necesariamente de alguna de las dos siguientes formas: o bien resulta que las razones de obligación en liza son equivalentes; o bien admiten ser jerarquizadas, estableciéndose así una prelación entre las dos (o más) razones en liza.<sup>4</sup>

Considerado con detenimiento, el modo en el que solucionar dogmáticamente los conflictos entre razones de obligación, así como la ubicación sistemática que le corresponde a este instituto en el marco de la teoría del delito ya han sido examinados de forma detallada en el segundo capítulo de este trabajo.<sup>5</sup> Aunque algo se dirá al respecto, en lo que sigue se trata de abordar dos cuestiones distintas, aunque profundamente vinculadas con aquéllas. Me refiero, en primer lugar, al modo en el que el Ordenamiento jurídico descodifica la prelación entre razones de obligación para la solución al conflicto. Es decir, se trata de analizar cómo se disuelven los conflictos a partir de la jerarquización o declaración de equivalencia de las razones en juego. Y, en segundo lugar, deben ser presentadas y examinadas las consecuencias dogmáticas que se derivan de la concreta ubicación del instituto que aquí se defiende, precisamente, desde la perspectiva de quien las sufre, esto es, desde la óptica de quien ve finalmente defraudada su expectativa provisional de garantía jurídica en favor de la de su oponente en el conflicto.

La respuesta a las dos preguntas referidas parece relativamente sencilla allí donde el proceso de jerarquización arroja una diferencia de rango entre las razones en conflicto. Todo lo contrario cabe afirmar cuando dicho proceso concluye con una declaración de equivalencia.

---

<sup>2</sup> Cap. 2, apdo. II, 4.3, apdo. III, 3 y 4.

<sup>3</sup> Cfr. Cap. 4, apdo. II, III y IV.

<sup>4</sup> Vid. Cap. 4, apdo. IV.

<sup>5</sup> Vid. Cap. 2, apdo. III, 4.

Como señala JAKOBS, «la víctima a la que se desatiende tiene motivo para sentirse defraudada, pues se la descuida sin existir un interés superior». <sup>6</sup> ¿Por qué debería yo, sujeto necesitado, permitir que mi padre salvara a mi hermano y me dejara morir tras zozobrar la barca en la que todos navegábamos? La falta de una mejor razón complica sobremanera la legitimación de la solución al conflicto frente a quien sufre sus consecuencias. A responder a las dos preguntas referidas en uno y otro escenario conflictivo se dedican los dos siguientes apartados.

## 2. La disolución de conflictos entre razones de obligación jerarquizadas

### 2.1. Introducción

Los conflictos entre razones jerarquizadas han sido vistos por la doctrina penal desde antaño como un problema menor. <sup>7</sup> En la discusión filosófico-moral son casi inexistentes los trabajos dedicados a esta clase de conflictos. <sup>8</sup> De hecho, tanto en el Derecho penal como en la discusión filosófica no faltan quienes directamente niegan el carácter de conflicto o de dilema a aquel que se presenta entre deberes u obligaciones de distinto rango. <sup>9</sup> Este escaso interés resulta comprensible. Desde un punto de vista material, la solución a estos conflictos resulta evidente: el obligado habría de cumplir el deber de mayor rango. No entra en consideración solución alternativa posible. Desde un punto de vista práctico, lo cierto es que tales conflictos pueden ser solventados en el ámbito del Derecho penal conforme a reglas conocidas, las del estado de necesidad, <sup>10</sup> a diferencia de los conflictos entre obligaciones equivalentes, que nos sumergen en *terra ignota*, al cuestionar aquéllas situaciones de conflicto la vigencia del principio del interés preponderante como ley general de la justificación. <sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6.

<sup>7</sup> Las tres últimas monografías publicadas en Alemania sobre este tema, OTTO, *Pflichtenollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978; KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenollision*, 1979; y SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt* 2000, versan exclusivamente sobre conflictos entre deberes equivalentes en supuestos en los que coliden vidas humanas. Éste es también el problema esencial al que dedica CUERDA RIEZU su monografía (*La colisión de deberes en Derecho penal*, 1984), limitándose a afirmar el autor que la legitimación de un auténtico derecho de necesidad y su correlativo deber de tolerancia «resulta evidente para los casos de conflicto entre términos de desigual valor: no hay duda de que la propiedad debe ceder ante la vida, por lo que el titular de la barca que es utilizada para salvar al que se está ahogando, no tiene más remedio que soportar esa intervención en su esfera de derechos» (p. 288).

<sup>8</sup> Los dilemas morales entre deberes jerarquizables serían meramente aparentes pues, en realidad, el agente estaría obligado únicamente a cumplir el deber de rango superior. Cfr. solo GOWANS, «The Debate on Moral Dilemmas», en GOWANS (ed.), *Moral Dilemmas*, 1987, pp. 3 y s. En cambio, en la discusión ética, sí incorpora en su análisis conflictos entre deberes jerarquizables, tomando en consideración distintas especies de deber y distintos grados de lesión esperable, VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 324 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. KINDHÄUSER, «Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *JRE*, (2), 1994, p. 348, n. 31, quien afirma que para poder hablar de colisión de deberes justificante «las normas concurrentes deben tener el mismo rango. Cuando concurren dos normas de las cuales una protege un bien que prepondera esencialmente sobre el otro —por ejemplo: prohibición de homicidio versus prohibición de dañar cosas—, la norma superior tiene prioridad frente a la inferior. Solo existe *un* deber y, por consiguiente, no hay ninguna colisión de deberes justificante» [cursiva en el original]. Además, en un sentido parecido, vid. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, D § 16, nm. 122; o NEUMANN, «Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen», *FS-Roxin*, 2001, p. 428. Sobre esto mismo, vid. Cap. 1, apdo. III, 2.2, i), n. 192

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, vid. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 118.

<sup>11</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 3.

En lo que sigue se analiza, en primer lugar, cómo el Ordenamiento jurídico-penal cataliza las decisiones de jerarquía y resuelve los conflictos entre razones jerarquizadas. En segundo lugar, se examina por qué la disipación de la expectativa de garantía de la víctima del conflicto entre razones de distinto rango es también legítima a ojos de ésta, debiendo tolerar las consecuencias que la pérdida de su expectativa trae consigo.

## 2.2. *Fortior obligandi ratio vincit*

Como digo, los conflictos entre razones jerarquizables han supuesto desde siempre un problema dogmático de segundo orden. Desde antaño se afirma sin discusión que ante deberes jerarquizados, el obligado ha de cumplir únicamente con el de mayor rango. Aunque no se comparte con la doctrina dominante el modo en el que jerarquizar los deberes y, por lo tanto, algunas de las conclusiones en forma de orden de prelación a las que aquélla llega, allí donde el proceso de jerarquización culmina con un orden de prelación entre las razones en liza, el Ordenamiento jurídico solventa efectivamente la situación de conflicto en favor de la razón de obligación de mayor rango.<sup>12</sup> Ello parece evidente si, como aquí se ha hecho, la jerarquización de las razones en liza se encamina a la búsqueda de la más importante de las pretensiones jurídicas en conflicto.<sup>13</sup> En realidad, la jerarquización no es un proceso neutral que arroja un resultado imprevisible o inopinado, sino un procedimiento para determinar precisamente la razón de obligación que en el caso concreto amerita ser elevada a la categoría de deber penal.

Conforme a lo aquí sostenido, este proceso se basa precisamente en los principios de autonomía y solidaridad, parámetros básicos para una coordinación armónica de las esferas jurídicas en conflicto, de modo que la prelación obtenida ofrece siempre la más justa de las soluciones posibles.<sup>14</sup> Por consiguiente, el obligado ha de cumplir la razón de mayor rango, no porque el Estado ante dos males siempre prefiera el menor, sino porque esa es justamente la solución coherente con los principios últimos que legitiman las normas de comportamiento penales.<sup>15</sup> Esta óptica de aprehensión del conflicto principialista o formalista es también la que a su vez determina que el carácter de rango superior sea cualitativo y no admita gradación. No cabe hablar, a diferencia de cómo procede la doctrina mayoritaria, de una diferencia más o menos importante, ni de deberes mínimamente o rotundamente superiores.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Cfr. Cap. 4, apdo. IV, 2.

<sup>13</sup> Esta regla de resolución resulta inatacable e incontrovertida para quien jerarquice las razones de obligación en búsqueda de una solución adecuada y justa al conflicto en cuestión. Es decir, solo quien jerarquizara los deberes conforme a parámetros distintos a los que el Ordenamiento emplea para decidir de forma *justa* la distribución de recursos escasos podría plantearse la posibilidad de resolver el conflicto en favor del deber de menor rango. En realidad, en la configuración de las bases del juicio de jerarquización es donde se decide cómo deben en última instancia ser resueltos los conflictos.

<sup>14</sup> Cfr. BARTHOLOMÉ, *Die Bedeutung der Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1930, p. 17.

<sup>15</sup> Cfr. Cap. 3, apdo. III, 3.

<sup>16</sup> Con frecuencia se lee en la doctrina que a diferencia del estado de necesidad, también la mínima diferencia entre los intereses en juego es suficiente para admitir la justificación del deber de menor rango infringido. Así, *pars pro toto*, ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, nm. 122 y s. No faltan tampoco los autores que optan por reconducir los conflictos entre intereses mínimamente distintos a la categoría de los conflictos equivalentes, en este sentido, por ejemplo, vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6; o KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 18, nm. 6. La imposición de un deber de tolerancia al titular de un interés mínimamente inferior al que el obligado debe salvaguardar no



Allí donde el sistema de jerarquización arroje una diferencia de rango, la solución al conflicto pasa por tomar sin ulteriores valoraciones la razón de obligación superior, como forma obligacional jurídicamente exigible en el caso concreto.

En ese caso, conforme a lo establecido en el segundo capítulo,<sup>17</sup> el conflicto se disuelve a través de la perfección de un único deber, que coincide precisamente con la razón de obligación de superior rango. Al agente en cuestión se le dirige finalmente un único deber, «la razón más fuerte para obligar conserva el puesto (*fortior obligandi ratio vincit*)»,<sup>18</sup> quedando desplazada la razón de obligación más débil y, con ella, la pretensión provisional de garantía que aquella sustentaba. Consecuentemente, al obligado, desde un buen comienzo, se le dirige única y exclusivamente una obligación, que se corresponde con la forma obligacional perfecta derivada de la razón de obligación más fuerte. La razón de obligación de rango inferior en ningún momento alcanza el estatus de auténtica norma o deber jurídico-penal,<sup>19</sup> por lo que la expectativa jurídica provisoria garantizada por esa razón inferior no llega nunca a consolidarse. Desde una óptica sistemática, como ya se ha mostrado en este trabajo, esto significa que todo conflicto entre razones de obligación se resuelve en la determinación de la conducta típica, es decir, que la defraudación de la expectativa provisional vinculada a la razón de menor peso no alcanza relevancia penal, no es siquiera penalmente típica.<sup>20</sup>

### **2.3. La anulación de la razón de obligación inferior a ojos de quien sufre los costes de disolución del conflicto**

El reto último de cualquier sistema de determinación de normas de comportamiento y, por extensión, el de cualquier subsistema de reglas de resolución de conflictos, reside precisamente en ser capaz de legitimar las decisiones que se adoptan —también— frente a quien sufre sus costes. En este trabajo se asume que todo proceso de legitimación de normas de comportamiento penales está necesariamente regido por el principio del individualismo

---

puede, sin embargo, legitimarse en virtud del principio de solidaridad. ¿Por qué debo yo tolerar que mi padre deje de salvar mi bicicleta valorada en 500 € para salvar la de mi hermano que tan solo cuesta 20 € más? La diferencia no es tan importante como para justificar la infracción del deber de competencia plena a partir del principio general de solidaridad. Al sector doctrinal que trata de fundar el estado de necesidad agresivo en un principio utilitarista no le queda otra solución que interpretar *contra legem* la cláusula de la preponderancia esencial del § 34 StGB, soslayando así el problema. (Así, cfr. Cap. 3, apdo. II, 2.2, n. 39). La visión formalista con la que se contempla en este trabajo el conflicto impide en estos casos afirmar cualquier diferencia de rango, pues no hay forma de justificar frente al titular del interés mínimamente inferior su deber de tolerancia. Estamos, en definitiva, ante dos razones de obligación equivalentes.

<sup>17</sup> Cfr. Cap. 2, apdo. III, 3.

<sup>18</sup> Cfr. KANT, *La metafísica de las Costumbres*, 2012, Primera Parte, Introducción a la Metafísica de las Costumbres, IV, nm. 224, p. 31.

<sup>19</sup> Lo que no significa que no pueda tener cierta relevancia jurídica, por ejemplo, en los casos en los que el obligado da precisamente cumplimiento a la razón de obligación de menor rango en detrimento del deber que realmente le vinculaba en la situación concreta. Sobre esto volveremos más adelante (Vid. *infra* apdo. IV, 7). Asimismo, puede quedar por un momento aparcada la posibilidad de que aun mediando una diferencia de rango, el Ordenamiento jurídico opte por reconfigurar a la baja ambos deberes, en un juicio de concordancia práctica respetuoso con la posición de los dos necesitados. Sobre esto, vid. *infra*, apdo. II, 4.2.

<sup>20</sup> Vid. Cap. 2, apdo. III, 4.2.

normativo.<sup>21</sup> Un Ordenamiento jurídico-penal legitima sus normas frente a individuos, no frente a colectivos, lo hace frente a todos y cada uno de los sujetos a los que directa o indirectamente afectará la norma en cuestión, y ello siempre en un plano de estricta igualdad entre todos aquellos ciudadanos.<sup>22</sup> Pues bien, lo pretendido a continuación es explicar por qué razón a ojos del titular de la esfera jurídica garantizada por la razón de obligación más débil es legítima la solución consistente en obligar a un agente a cumplir únicamente la razón de obligación superior. O, expresado de un modo distinto, por qué motivo habría de tolerar la víctima del conflicto la pérdida de sus propios intereses frente al obligado que da satisfacción a la razón superior.

Aunque a propósito de los conflictos de deberes la doctrina mayoritaria no se ocupa de manera específica de dar respuesta a esta pregunta, la solución que implícitamente se le otorga se deriva sin mayores problemas del modo en el que aquélla jerarquiza las razones de obligación en conflicto. El sujeto protegido por la razón de obligación de menor rango habría de asumir la disipación de su expectativa de salvación porque el Ordenamiento jurídico prefiere en situaciones de conflicto la máxima salvaguarda de bienes jurídicos en peligro.<sup>23</sup> Tomando como objeto de referencia únicamente los conflictos entre mandatos,<sup>24</sup> todo ciudadano estaría obligado a asumir como justa la pérdida de sus intereses en peligro en situaciones de conflicto cuando ello fuera necesario para salvaguardar intereses superiores.<sup>25</sup> La mínima divergencia sería suficiente para resolver el conflicto pues, a diferencia de lo que

---

<sup>21</sup> Cfr. VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 23 y ss. Además, vid. SCANLON, *Lo que nos debemos unos a otros*, 2003, pp. 243 y ss., quien afirma que en la fundamentación moral, el objetivo debería ser «alcanzar principios que otros, en la medida en que también tengan este objetivo, no podrían rechazar razonablemente». O en palabras de KANT, «En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica»», en EL MISMO, *Teoría y Práctica*, 2006, p. 37: «se trata de una *mera idea* de la razón que tiene, sin embargo, su indudable realidad (práctica), a saber, la de obligar a todo legislador a que dicte sus leyes como si éstas *podieran* haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo, y a que considere a cada súbdito, en la medida en que éste quiera ser ciudadano, como si hubiera expresado su acuerdo con una voluntad tal. Pues ahí se halla la piedra de toque de la legitimidad de toda ley pública». [cursiva en el original]. Sobre esto mismo, a propósito de la colisión de deberes jurídico-penales, vid. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 145 y ss., ensayando un modelo de fundamentación contractualista *à la Rawls* centrado en legitimar las soluciones adoptadas frente a quien sufre sus consecuencias; y en un sentido muy parecido, CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 101 y ss., 275 y ss. Remarcando la relevancia de tomar en cuenta a todos los afectados por la solución en casos de conflicto, vid. asimismo, NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 78.

<sup>22</sup> Sobre estas tres manifestaciones del principio del individualismo normativo y su fundamento, con detalle, VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 38 y ss., pp. 46 y ss. Muy resumidamente, este principio general se descompone en tres subprincipios: a) el principio individual (*Individualprinzip*): solo los individuos pueden ser el punto de partida relevante del examen de legitimación de normas, no en cambio los entes colectivos, la comunidad, la nación o la raza; b) principio de inclusión (*Allprinzip*): todos los individuos potencialmente afectados por una acción o decisión deben ser tomados en consideración a la hora de su legitimación; c) principio de igual consideración (*Prinzip der Gleichberücksichtigung*): todos los individuos afectados por una acción o decisión han de ser tomados en consideración de un modo equivalente.

<sup>23</sup> Cfr. solo JOERDEN, *Dyadische*, 1986, p. 87; o NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 125 y ss.

<sup>24</sup> Ante conflictos entre mandatos y prohibiciones, dado que la doctrina mayoritaria recurre aquí directamente a las reglas del estado de necesidad agresivo, parece que es también ese fundamento el que explica a la víctima el porqué de la pérdida de sus intereses. Para quienes como NEUMANN advierten en la solidaridad el fundamento de dicho instituto, reside también aquí el fundamento de las colisiones entre mandatos y prohibiciones resueltas en contra del garantizado por la prohibición. Cfr. NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 126. El baremo propio del § 34 StGB, pensado para justificar injerencias en esferas jurídicas ajenas es inadecuado para los conflictos entre mandatos, donde no se trata de justificar injerencias en esferas, sino de maximizar los intereses en peligro desde una óptica colectivista y consecuencialista (*ob. cit.* nm. 127).

<sup>25</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 126 y ss.

sucede con la justificación de la infracción de prohibiciones, el titular de un interés que precisa de un actuar para seguir indemne no podría entender la defraudación de esa expectativa como una injerencia en su esfera jurídica, sino meramente como la no salvaguarda de un interés a conservar.<sup>26</sup>

Sin embargo, como ya se ha defendido en este trabajo, en contra de lo explícitamente sostenido por JOERDEN, la elección del deber de superior rango no supone una concreción de ningún principio de “maximización de los bienes jurídicos”.<sup>27</sup> El deber de mayor rango no informa sobre cómo maximizar los intereses desde una óptica colectivista-consecuencialista, sino acerca de la esfera jurídica en conflicto que en el caso concreto merece una mejor garantía normativa desde una óptica esencialmente principialista. Y más concretamente, dos son las razones específicas que definen el rango y que permiten explicar también frente a quien sufre los costes del conflicto la decisión tomada. Allí donde la relación intersubjetiva arroja una gradación entre las razones en conflicto, son directamente los principios de autonomía y solidaridad, contemplados desde la clásica óptica bilateral del sistema de causas de justificación, los que revelan la solución al conflicto. Esto es, quien ve defraudada su expectativa jurídica ha de aceptar esa decisión porque, o bien ello trae causa de un deber de solidaridad, o bien de un comportamiento autónomo que aminora el merecimiento de protección de sus intereses. Así, por ejemplo, el hijo que ve como el padre deja que su reloj se hunda en el mar para salvar a su hermano, encuentra en su deber de solidaridad especial para con éste el fundamento de la solución al conflicto; y del mismo modo, quien ha puesto negligentemente en peligro a su compañero de travesía debe asumir que el obligado salve preferentemente a su víctima, pues ha sido precisamente él quien responsablemente ha configurado la situación de necesidad, y es a él a quien le compete de forma especial asumir los costes del conflicto.<sup>28</sup> Este sistema queda sellado en última instancia por el principio de asunción personal de peligros no imputables a terceros, esto es, por el axioma del *casum sentit dominus*, que otorga defectivamente la primacía al deber que garantiza la posición de quien no está directamente involucrado en la situación de necesidad.<sup>29</sup>

Aparentemente más compleja se muestra la legitimación de la solución al conflicto frente a la víctima en los casos en los que es la especie de deber el factor que decide el rango. Aquí no cabe recurrir a la dogmática clásica de las causas de justificación como fundamento de la solución dada al conflicto, aunque ello no significa que no pueda legitimarse también en estos supuestos la solución frente a quien la sufre. La víctima del conflicto ha de asumir la pérdida de sus intereses frente al obligado porque su posición jurídica, como la de su contrincante, se definen también en última instancia por las relaciones de especie de deber.<sup>30</sup> Desde un comienzo, la expectativa de la víctima se debilita cuando entra en conflicto con la de quien está unido por el obligado por un vínculo normativo más fuerte. Es decir, el nacimiento de un deber queda en un primer momento condicionado, no solo por el propio comportamiento

---

<sup>26</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 125.

<sup>27</sup> Así, vid. JOERDEN, *Dyadische*, 1986, p. 87.

<sup>28</sup> En este sentido, vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6.

<sup>29</sup> Cfr. Cap. 3, apdo. II, 4.

<sup>30</sup> Cfr. VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 326 y ss.

del protegido por aquél (causas de justificación), o por razones de exigibilidad (nivel de intereses propios del obligado a sacrificar), sino también por el no surgimiento de un conflicto con una razón de obligación más intensa en su especie.<sup>31</sup> La víctima ha de asumir la pérdida de sus intereses porque en el caso concreto, éstos ameritan conforme a los principios generales una menor protección jurídica. El Ordenamiento, pues, no puede estimar equivalentes las pretensiones jurídicas de dos agentes protegidos por razones de obligación de distinta especie. Existe un motivo normativo para distinguir y preferir a aquél cuya posición jurídica está protegida más intensamente.<sup>32</sup>

### *3. La disolución de los conflictos entre razones de obligación equivalentes*

#### **3.1. Introducción**

Como decía al comienzo de este capítulo, han sido desde siempre los conflictos entre deberes equivalentes los que mayor atención han recibido en la discusión jurídico-penal. A diferencia de lo que acontece con los conflictos entre deberes jerarquizados, la resolución de los conflictos entre deberes penales equivalentes resulta todavía hoy ampliamente controvertida.<sup>33</sup> En relación con el modo en el que el Ordenamiento soluciona los conflictos, como hemos visto, se sostiene en ocasiones todavía el carácter irresoluble de aquellos, de manera que al Ordenamiento jurídico no le quedaría otra opción que exigir al obligado los dos deberes en conflicto, aunque negando el reproche individual por la infracción ineludible de uno de los dos.<sup>34</sup>

Dejando ahora ya a un lado a quienes ubican el problema más allá del ámbito del injusto,<sup>35</sup> son básicamente dos las tesis mantenidas en la actualidad en relación con las consecuencias dogmáticas que se derivan de la declaración de equivalencia de las razones de obligación en colisión: mientras que los defensores de un concepto restringido del instituto, basado en la colisión entre dos mandatos, entienden posible resolver todos los conflictos admitiendo la plena conformidad a Derecho de la no satisfacción de una de las razones en liza equivalentes; los defensores de un concepto amplio de colisión de deberes, que incorpora además los conflictos entre mandatos y prohibiciones, defienden tan solo la no antijuridicidad de la defraudación de una de las razones en liza, pero sin declarar su plena conformidad a Derecho y sin imponer un deber de tolerancia a la víctima final del conflicto.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> Cfr. Cap. 4, apdo. IV, 2.4.

<sup>32</sup> Cfr. solo SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1007 y ss.

<sup>33</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 4.2.

<sup>34</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 4.2, b).

<sup>35</sup> Sobre la colisión de deberes (equivalentes) como causa de exculpación, vid. Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), i).

<sup>36</sup> Una tercera tesis es la que defiende en nuestro país MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, pp. 465 y ss., nm. 11; quien asume un concepto amplio de colisión de deberes con efectos siempre justificantes, al asumir una regla de jerarquía general de los deberes de omitir frente a los de actuar. En la doctrina alemana, en un sentido prácticamente idéntico, vid. KLESCZEWSKI, *AT*, 2ª ed., 2012, nm. 371.

En lo que sigue, asumiendo con la doctrina inmensamente mayoritaria que todos los conflictos entre razones de obligación son resolubles y que lo son sin necesidad de recurrir a categorías intermedias de carácter excepcional entre el injusto y la culpabilidad,<sup>37</sup> se trata, en primer lugar, de abordar el modo en el que canalizar dogmáticamente la solución a los conflictos equivalentes, para, en segundo y último lugar, tratar de justificar nuevamente desde la óptica de la víctima la solución a los conflictos entre razones equivalentes que aquí se propone.

### **3.2. El deber alternativo como herramienta de superación del conflicto entre razones de obligación equivalentes**

#### **a) Introducción**

Superadas las tesis que defienden la verdadera irresolubilidad de los conflictos entre razones equivalentes, el modo en el que solucionar dogmáticamente tales conflictos no resulta ser especialmente controvertido.<sup>38</sup> En primer lugar, hasta donde alcanzo, creo que nadie niega, tampoco ante razones de obligación equivalentes, que el Ordenamiento jurídico ha de exigir en ese caso siempre el cumplimiento de una de las dos razones en liza. Es decir, nadie está dispuesto a aceptar una primera solución imaginable consistente en que el mismo Ordenamiento jurídico, ante la incapacidad de decidirse en favor de una u otra razón de obligación, optara por retirar ambas, liberando al obligado de toda razón de obligación.<sup>39</sup> Aunque más adelante volveremos sobre el fundamento de esta decisión normativa, cabe ahora señalar que la doctrina coincide en que la falta de razones especiales para decidir en favor de una de las razones no justifica sin más la pérdida de las dos.<sup>40</sup> A diferencia del asno de Buridán que, al no lograr decidirse entre dos montones de heno, acabó por morir de inanición, la doctrina penalista coincide en que la razón práctica determina la necesidad de que, también ante la equivalencia absoluta de los deberes, como mínimo uno de los necesitados vea garantizada su pretensión jurídica.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), ii).

<sup>38</sup> Una crítica a estas concepciones puede leerse en Cap. 2, apdo. II, 4.3, b).

<sup>39</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 297: «Aus der Perspektive beider Tätigkeitspflichtgründe ist auch das Gebot, etwa keinem von beiden zu folgen und nichts zu tun, offensichtlich ausgeschlossen».

<sup>40</sup> El que tomar una decisión entre dos opciones no es necesariamente irracional cuando faltan razones de preferencia lo muestra con meridiana claridad RESCHER, «Choice Without Preference: A Study of the History and of the Logic of the Problem of “Buridan’s Ass”», *Kant-Studien*, (51), 1960, pp. 142 a 175. Tomar una decisión aleatoria (*random*) es racional tanto en los supuestos en los que uno decide en situaciones de simetría de conocimiento, por ejemplo, debo escoger entre dos cajas sin saber qué hay dentro de ellas, como en los supuestos de simetría de preferencias, el padre no sabe si salvar a uno o a otro hijo (pp. 167 y ss.). Una convincente crítica a un igualitarismo extremo que llevara a optar por no decidir en las situaciones de conflicto en favor de ninguno de los dos agentes puede leerse en CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 153 y ss. Vid. además *infra* apdo. II, 3.3, c).

<sup>41</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 765, quien señala que la prohibición de salvación de ambos intereses en colisión sería la “sinrazón misma” (*Unvernunft selbst*). Además, vid. BAUMGARTEN, «Der Deutsche Strafgesetzentwurf vom Jahre 1919», *MSchrKrim*, (14), 1923, p. 101; o MANGAKIS, «Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts», *ZStW*, (84), 1972, p. 466, quienes ven en la aceptación de la decisión del obligado la única solución imaginable; HRUSCHKA, «Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen», *FS-Larenz*, 1980, pp. 284 y ss., alude a la vigencia de un principio metasisistémico último “de la mayor eficacia posible del sistema de deberes”, según el cual, un sistema de deberes tiene que ser tan efectivo (*wirksam*) como sea posible.

Y en segundo lugar, hasta donde alcanzo, parece coincidir igualmente la doctrina en que, ante deberes equivalentes, es siempre el propio obligado al que le corresponde escoger libremente qué razón de obligación desea cumplir. Esto es, cuando el Ordenamiento jurídico se muestra incapaz de ofrecer máximas vinculantes generales para la solución del conflicto, le compete al propio obligado en ejercicio de un “derecho de elección” (*Wahlrecht*) decidir cómo despejar la situación de conflicto.<sup>42</sup> Este “derecho de elección” se reconoce en la doctrina contemporánea del modo más amplio imaginable, pues, ni siquiera se aboga ya por condicionar en tales supuestos la elección del obligado a partir de patrones éticos o morales generalmente compartidos. Los motivos (personales) decisorios son para el Ordenamiento jurídico absolutamente indiferentes.<sup>43</sup> Quien en una situación de colisión equivalente opta por salvar a una de las dos víctimas no actúa de manera antijurídica aunque los motivos de su elección pudieran ser ética o moralmente reprochables, pues una motivación jurídicamente censurable no puede convertir en antijurídica aquella acción que resulta objetivamente adecuada a Derecho.<sup>44</sup>

---

Ante conflictos de deberes, pese a la vigencia del axioma voluntarista (*impossibulum nulla obligatio*), dicho principio determina que siempre uno de los dos deberes en liza mantiene su vigencia. Cfr. además SCHÜNEMANN, «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung», en NEUMANN et al. (eds.), *Verantwortetes Recht, ARSP*, (100), 2003, p. 151. Y en la discusión constitucional, en el mismo sentido, vid. por ejemplo ISENSEE, «Leben gegen Leben», *FS-Jakobs*, 2007, p. 229.

<sup>42</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 132a, 133; o ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 146 y ss.

<sup>43</sup> Al respecto, con detalle, KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 27 y ss. Igualmente crítico con la exigencia de un especial ánimo éticamente valioso para aceptar la decisión del obligado, ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 D, nm. 121; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 132a, RÖNNAU, «§ 34», *LK*, 12ª ed., nm. 127; o LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 77. Sin embargo, en la doctrina más antigua se advierte en este punto la pretensión de condicionar la elección del obligado a partir de patrones de conducta éticos, morales o teológicos. Así, por ejemplo, MANGAKIS, *ZStW*, (84), 1972, p. 466, alude a la necesidad de que el obligado opte por la decisión que reconozca como la correcta a partir de un juicio responsable: «Läßt sich aber auch durch ein solches Bemühen keine Lösung finden, dann ist kein anderer für das Recht rational gangbarer Weg sichtbar, als daß es die vom Pflichtenträger in Verantwortungsbewußtsein und Gewissensqual getroffene Entscheidung als eine in concreto richtige anerkennt, in dem Sinne, daß sie einen, dem Menschen vom Leben aufgezwungenen Lösungsversuch eines ethisch tragischen Konflikts darstellt, den als solchen die Mitmenschen und das heißt hier vor allem das Recht nur akzeptieren können» (p. 466). Cfr. además, GALLAS, «Pflichtenkollision als Schuldaußschließungsgrund», *FS-Mezger*, 1954, p. 330: «Es ist der Punkt erreicht, an dem das „Richtige“ sich nicht mehr allgemein bestimmen läßt, die dennoch unvermeidliche Wahl vielmehr nur noch in persönlicher Gewissensentscheidung getroffen werden kann», y pp. 75 y s.; o VON WEBER, «Die Pflichtenkollision im Strafrecht», *FS-Kießelbach*, 1947, p. 250, quien alude igualmente a la conciencia del obligado como instancia decisoria, quien encontraría la solución al conflicto de la mano de su Dios. «Die Lösung derartiger Konflikte kann nur vom Absoluten her im Gewissen gefunden werden; sie muß der Einzelne mit seinem Gott ausmachen. Die Rechtsordnung gibt für ihre Lösung keinen Maßstab». Y en un sentido parecido, cfr. LANG-HINRICHSSEN, «Der beurteilungsfreie Raum. Epoché und Schuld», *FS-Bärmann*, 1975, p. 601; y a propósito de las comunidades de peligro donde están en juego vidas humanas, en detalle, BERNSMANN, «Entschuldigung» durch Notstand, 1989, pp. 332 y s. Recientemente, en la discusión filosófico-moral sobre los dilemas, otorgándole también relevancia a la motivación del obligado, vid. DWORKIN, *Justicia para erizos*, 2014, p. 347: «¿No hay límites a los fundamentos debidos de una preferencia que usted pueda mostrar entre personas cuya vida está en peligro? Supongamos que no sabe nada de los tres naufragos, salvo que uno de los dos que están juntos es negro y el otro judío, en tanto que el solitario es blanco y cristiano. ¿Sería coherente con su aceptación de la igual importancia objetiva de toda vida humana que usted salvara al naufrago blanco y cristiano y dejara morir a los otros, simplemente porque son un negro y un judío? No, porque hay ciertos fundamentos de preferencia que el respeto por la humanidad excluye: excluye las preferencias que tenemos buenas razones para considerar como expresiones o restos de la convicción contraria, a saber, que algunas vidas son más importantes que otras».

<sup>44</sup> Así, por todos, NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 132a; y en general, sobre la ilegitimidad de un Derecho que va más allá de la exigencia de un comportamiento externo adecuado a la ley, vid. PEÑARANDA RAMOS, «La pena: nociones generales», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Introducción al Derecho penal*, 2011, p. 245.

Pues bien, en lo que sigue se intenta reconstruir cómo procede el Ordenamiento a resolver las situaciones de conflicto una vez el juicio de jerarquización concluye con una declaración de equivalencia. Como se verá, el obligado queda en estas situaciones gravado por una obligación disyuntiva, correspondiéndole a él mismo decidir qué prestación alternativa desea cumplir, garantizando el Ordenamiento el curso de cumplimiento emprendido por el obligado con carácter *erga omnes*.

## b) La obligación alternativa o disyuntiva

Ante razones de obligación equivalentes, el Ordenamiento jurídico opta por obligar a quien no puede satisfacer dos pretensiones encontradas a que cumpla una de las dos razones contrapuestas.<sup>45</sup> Ello lo hace, a imagen y semejanza de lo establecido en el art. 1131 CC,<sup>46</sup> imponiéndole al obligado un deber alternativo o disyuntivo, esto es, dirigiendo a quien se ve en la situación de conflicto una norma de comportamiento compuesta disyuntivamente, que le obliga, y este es el verdadero y único deber penal presente en la situación de conflicto, a satisfacer una de las dos razones de obligación en liza.<sup>47</sup> «[L]a obligación alternativa existe cuando en la obligación han sido previstas o proyectadas diferentes prestaciones, pero en forma disyuntiva, de manera que el deudor deberá cumplir solamente una de ellas».<sup>48</sup> Es decir, una vez el Ordenamiento jurídico constata que las dos razones de obligación equivalentes que vinculan al padre con sus hijos necesitados son de imposible cumplimiento cumulativo, opta por dirigir al obligado un deber disyuntivo, con una única prestación alternativamente prevista o contemplada. Lo que se le dice al padre en ese caso es sencillamente: cumple alguna de las dos razones de obligación en concurrencia. Esta obligación alternativa es única y perfecta, pues está dotada de un sujeto activo (el obligado), de un sujeto pasivo plural (los dos necesitados) y un objeto, si bien posee la particularidad de que por su pluralidad objetiva y subjetiva se encuentra determinada alternativamente.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> Cfr. solo KÖHLER, *AT*, 1997, p. 297.

<sup>46</sup> Artículo 1131: El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra.

<sup>47</sup> En un sentido parecido, vid. por ejemplo, SCHÜNEMANN, en NEUMANN et al. (eds.), *Verantwortetes Recht*, ARSP, (100), 2003, pp. 145 y ss., p. 151; SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, p. 155; o FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 1978, § 10.4: «One could escape this dilemma by formulating the duty in this special case as the duty to aid one or the other».

<sup>48</sup> Cfr. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. II, 4ª ed., 1993, p. 300, quien señala que en las fuentes romanas este concepto se expresaba como sigue: *utraque res ad obligationem ponitur non ad solutionem*. Cfr. Dig. 45.1.128: «[s]i hubiera dos estipulantes solidarios, de los que uno estipuló con efecto y el otro sin él, no puede pagarse al que no ha obligado al deudor, pues no se le paga a nombre del otro estipulante, sino por su propia estipulación, que no vale. Por la misma razón, el que estipula Estico o Pánfilo cuando la obligación se reduce a uno de los esclavos porque el otro era del estipulante, aunque este otro dejara de pertenecer al estipulante, no puede pagar tal esclavo porque la alternativa de objetos se pone a efectos de la misma obligación y no como facultad de pago. (*Paul. 10 quaest.*)».

<sup>49</sup> En la doctrina civilista, fundamental al respecto, Cfr. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. II, 4ª ed., 1993, Cap. XI, § 4, p. 303, pp. 302 y ss.; y con carácter monográfico, RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, 2012, *passim*. En la doctrina civilista se discute sobre la naturaleza jurídica de la obligación alternativa, fundamentalmente, acerca de si en tal obligación existe una única obligación con una pluralidad de objetos (teoría unitaria) o si, por el contrario, existen tantas obligaciones como prestaciones previstas (teorías pluralistas). Conforme a la primera, existe una única obligación, con una única prestación alternativamente contemplada, conforme a la segunda teoría, hay una pluralidad de obligaciones, pero condicionada cada una a la no existencia de las demás.

En todo caso, adviértase que no se trata aquí de una desregulación de la situación de conflicto, ni de la configuración de un espacio libre de Derecho. El Ordenamiento jurídico sigue obligando en los términos habituales, con una única diferencia, que impone un deber de contenido alternativo que obliga a llevar a cabo al destinatario de la norma primaria una de las dos conductas posibles.<sup>50</sup> Bien mirado, esto tampoco resulta algo extraño en nuestro Ordenamiento. Pese a que la doctrina alude aquí a la figura del “derecho de elección” (*Wahlrecht*) como algo excepcional,<sup>51</sup> lo cierto es que este supuesto derecho es absolutamente habitual en el marco de cualquier relación normativa jurídico-penal. Lo excepcional serían normas de comportamiento que no dejaran margen alguno de decisión acerca de cómo desea el obligado cumplir su deber. Así, la norma de comportamiento que obliga al socorrista a salvar a quien está comenzando a ahogarse faculta igualmente al obligado a decidir entre mecanismos de salvación de eficacia equivalente. El socorrista puede escoger entre lanzarse inmediatamente al agua y nadar hacia su víctima o dirigirse hacia su despacho, coger las llaves de su moto acuática e iniciar minutos después el curso salvador a mayor velocidad. Y lo mismo acontece en el ámbito de la justificación donde, a partir de las cláusulas de la idoneidad y necesidad, se reconoce de forma incontrovertida al necesitado cierto margen de decisión en la configuración final de su potestad.<sup>52</sup> El titular del derecho subjetivo puede optar libremente entre los medios eficaces menos lesivos de defensa. El montañista necesitado, *ceteris paribus*, puede refugiarse en la cabaña de (X) o de (Y), tiene también un derecho de elección, como lo tiene el que actúa justificadamente en auxilio necesario. Como señala KÜPER, la facultad ante obligaciones alternativas en situaciones de colisión de deberes se predica únicamente respecto de la posibilidad de decidir qué razón de obligación nace y cuál desaparece, pero no sobre la validez de la norma de comportamiento.<sup>53</sup>

### c) La elección en la obligación alternativa

Ahora bien, aun cuando se acepte que el Ordenamiento jurídico opta ante conflictos de razones equivalentes por imponer al agente obligado un deber alternativo, quedaría todavía por responder a quién le incumbe precisamente la facultad de elección entre las prestaciones alternativas que configuran el deber disyuntivo.<sup>54</sup> En la doctrina penal es unánime la afirmación según la cual le compete al propio obligado escoger qué obligación desea cumplir. El Ordenamiento, simplemente, acepta la decisión de aquél, al que además no se le

---

<sup>50</sup> Con razón, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6, n. 11.

<sup>51</sup> Cfr. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 124.

<sup>52</sup> El agredido en una situación de legítima defensa puede escoger qué medio de defensa utiliza frente a su agresor, siempre que tenga a disposición dos idóneos e igualmente eficaces y lesivos. Y que la concreción definitiva de deberes jurídico-penales puede recaer en ocasiones en la figura de los particulares lo pone en evidencia el derecho de elección del necesitado en ciertas situaciones de estado de necesidad agresivo. El escalador que para salvar su vida debe allanar un refugio de montaña puede escoger entre los dos idénticos refugios de titularidad distinta. Bien mirado, le corresponde un derecho de necesidad alternativamente configurado.

<sup>53</sup> Vid. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 21, n. 26.

<sup>54</sup> Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. II, 4ª ed., 1993, p. 304: «[p]or hipótesis la obligación alternativa presupone que a una de las partes se le concede una facultad para elegir una entre las diversas prestaciones prevista en la obligación».



condiciona en modo alguno el ejercicio de su facultad.<sup>55</sup> Sin embargo, desde una perspectiva teórica, son varios los sujetos a los que les podría corresponder esta potestad: al obligado, a los necesitados, a terceros, o incluso a la suma de alguno de estos tres actores principales. Hasta donde alcanzo, en realidad, la decisión compete en primera instancia a los dos agentes necesitados. Esta es, sin duda, la decisión más respetuosa con la posición jurídica de quien acabará sufriendo los costes del conflicto. La decisión autónoma de los dos (o más) potenciales beneficiarios de la realización del deber disyuntivo es la que determina en primera instancia la elección entre las dos alternativas concurrentes.<sup>56</sup> Solo cuando los dos potenciales beneficiarios no alcancen un acuerdo entra en consideración la posibilidad de que sea un tercero el que autónomamente decida la determinación de la obligación alternativa.<sup>57</sup>

De forma unánime alude aquí la doctrina a la figura del mismo obligado, a quien se le concede la facultad de escoger. A aquélla le asiste la razón siempre y cuando no estuviera previsto expresamente un canal institucionalizado de decisión o le corresponda a un funcionario público la facultad de escoger qué razón de obligación tiene que cumplir el obligado en la concreta situación de conflicto.<sup>58</sup> Esta es precisamente la regla defectiva de

---

<sup>55</sup> Todo ello fue expuesto con detalle en el Cap. 1, apdo. III, 4.1, a).

<sup>56</sup> En caso de ser tres o más los potenciales beneficiarios, la elección de éstos solo es relevante cuando conste con la aprobación de todos los agentes implicados, no siendo suficiente el “voto” de la mayoría de los partícipes. Si los tres adultos que peligran morir ahogados (A, B, C) se ponen de acuerdo en que el primero que debe ser salvado es (A), la obligación alternativa que grava al socorrista (X), queda determinada, de modo que solo actuará conforme a Derecho cuando salve a (A). Asimismo, nada obsta a que los potenciales beneficiarios deleguen libremente en un tercero distinto al obligado la decisión. En ese caso, el obligado habrá igualmente de respetar la decisión del delegado, como voluntad mediatamente expresada de los competentes primarios.

<sup>57</sup> KÖHLER, *AT*, 1997, p. 297. Bien mirado, es discutible que quepa hablar aquí siquiera de una situación de conflicto. En la medida en que el titular de la pretensión jurídica renuncia a ella, el obligado solo queda vinculado con el otro agente, de modo que, en puridad, ya no hay conflicto de deberes, ni necesidad de recurrir a una obligación alternativa. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que el titular renuncia a su expectativa en el marco de la colisión de deberes y por causa de ésta, por ejemplo, el hermano mayor está dispuesto a sacrificar su vida en favor de la de su hermano pequeño, sí parece conveniente seguir hablando de conflicto de deberes y reconocer fuerza vinculante a la decisión de la víctima en la elección de la prestación por parte del obligado. Obviamente, no todo consentimiento expresado es aquí jurídicamente válido. En todo caso, dada la equivalencia de los bienes en juego, la decisión autónoma de autosacrificio de uno de los dos necesitados ofrece la mejor solución posible al conflicto en cuestión.

<sup>58</sup> En ese caso, al obligado le competiría la facultad de escoger con carácter puramente subsidiario. Al respecto, cfr. Cap. 3, apdo. V. Hasta donde alcanzo, esta cuestión no ha sido expresamente abordada en el ámbito de los conflictos de deberes. Más allá de aquellas situaciones en las que existen canales institucionalizados para la solución de los conflictos, cabe plantear aquí si la facultad del obligado de escoger debería ser también subsidiaria allí donde está presente un funcionario público que, si bien no puede contribuir *de facto* cumpliendo con una de las razones de obligación, sí está en disposición de escoger qué razón de obligación habría de ser cumplida. Con un ejemplo: ¿debe el particular que duda entre salvar a (X) e (Y) tras un accidente acatar la orden del policía que le indica a quien debe salvar? Se trata, salvando las distancias, de un problema parecido al que suscita la legítima defensa del particular en presencia de un funcionario público capaz de defenderlo eficazmente. Aquí, por lo general, se niega el derecho de necesidad al particular por falta de necesidad. Cfr. por todos KINDHÄUSER, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 95. En favor de esta solución habla en el caso de los conflictos entre razones de deber el hecho de que se recurre a una instancia plenamente objetiva, desvinculada por completo de la concreta situación de conflicto. Sin embargo, esta solución, por un lado, no parece adecuada allí donde existe una relación especial entre el obligado y los necesitados. ¿De verdad debería el Ordenamiento exigir al padre que salvara al hijo que el funcionario público le ordena? En la medida en que pueden estar también en juego — aunque de forma indirecta— los intereses del obligado, resulta sin duda más respetuoso con la autonomía y dignidad de éste dejar que sea él mismo quien resuelva el dilema. Y, por el otro, cabe preguntarse igualmente qué mejora sustancial trae consigo la objetivación de la decisión en un funcionario allí donde el Ordenamiento ha reconocido que no existen razones normativas para preferir ninguno de los deberes en liza. Si el Ordenamiento es incapaz de distinguir, los representantes del Estado tampoco tendrán razones atendibles para hacerlo.

atribución de esta facultad ante obligaciones alternativas establecida en el art. 1132 CC.<sup>59</sup> Dicha regla se funda en el Derecho privado en un criterio de *favor debitoris* y en la idea de que, ante la duda, las obligaciones deben interpretarse en favor de la libertad personal (*in obligationibus quod minimus est sequimur*). A los efectos penales, y a la espera del análisis sobre el fundamento de legitimación de la decisión frente a la víctima del conflicto en casos de equivalencia, esta regla defectiva parece también ser la más razonable: en primer lugar, porque en muchos casos solo estará en disposición de decidir el obligado; y, en segundo lugar, porque esta regla es precisamente la más respetuosa con la libertad y autonomía del sujeto al que se dirige la norma de comportamiento penal.<sup>60</sup>

Atribuida la elección al obligado cabe efectivamente hablar de una facultad jurídica. En todo caso, no debe olvidarse que se trata de una facultad enmarcada en una obligación alternativa, es decir, puede escoger qué razón de obligación cumple, pero no es libre de decidir entre ejecutar la elección o no.<sup>61</sup> Cabe, pues, distinguir analíticamente aquí entre dos fases: una primera, en la que la obligación alternativa se encuentra indeterminada, de modo que solo se fija a través de la previsión de dos posibles prestaciones que se excluyen empíricamente y tienen entre sí un carácter disyuntivo; y una segunda, en la que la prestación ya aparece determinada y, por lo tanto, la obligación no ostenta ninguna característica especial. El tránsito entre una y otra, como hemos dicho, lo marca el ejercicio de la facultad de elección atribuida al obligado. El ejercicio de esta facultad, en consonancia con la doctrina más moderna, está libre de condicionamientos externos.<sup>62</sup> Los motivos que determinen la decisión del obligado son jurídicamente irrelevantes. Nada distinto puede sostenerse de forma razonable una vez que el mismo Ordenamiento jurídico afirma la absoluta equivalencia normativa de los deberes. Aquellas diferencias moralmente relevantes que el Ordenamiento no considera en el proceso de jerarquización no pueden ser después motivo para fundamentar un reproche a quien decide de un modo moralmente inasumible.

---

<sup>59</sup> Artículo 1132: La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor. El deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas o que no hubieran podido ser objeto de la obligación. Al respecto, con detalle, vid. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. II, 4ª ed., 1993, pp. 304 y ss. Aunque más adelante volveremos sobre esto mismo, adviértase que el art. 1131 CC obliga a dar cumplimiento pleno a una de las dos prestaciones alternativas. Es decir, desde la óptica que ahora nos interesa, parece que la regulación civil veda la posibilidad de resolver los conflictos a partir del cumplimiento parcial de las dos obligaciones contrapuestas. Cfr. *infra* apdo. II, 4.2.

<sup>60</sup> En este trabajo nos hemos ocupado prácticamente de forma exclusiva de aquellas situaciones de conflicto en las que es uno solo el agente obligado. Como JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6, nm. 10, tempranamente mostró, el problema «cabe construirlo también cuando son distintos los obligados; ejemplo: dos médicos pueden únicamente emprender una operación de forma conjunta, siendo que cada uno de ellos es garante frente a uno de los pacientes por asunción del tratamiento que resulta inaplazable». Aquí coliden dos deberes, pero no dirigidos a un mismo sujeto. Asumiendo que estamos ante dos razones de obligación equivalentes, todo parece indicar que en estos casos será el acuerdo entre los obligados el parámetro de decisión de los conflictos, como mínimo, cuando sea posible constatar una decisión apoyada por la mayoría de los partícipes obligados. Cuando, como en el ejemplo de JAKOBS, sean dos los obligados, si resulta que es imposible el acuerdo entre ambos, a falta de una instancia superior competente por la resolución, el sorteo parece la mejor de las soluciones imaginables. Sobre el sorteo como factor decisorio ante situaciones de empate, vid. RESCHER, *Kant-Studien*, (51), 1960, pp. 142 y ss.; y, con carácter monográfico, vid. DUXBURY, *Random Justice*, 1999, pp. 15 y ss., 142 y ss.

<sup>61</sup> Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 21, n. 26.

<sup>62</sup> Cfr. solo KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 27 y ss.; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., 132a) y 133; o ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, D § 16, nm. 121.

Adviértase que, entendida así la obligación alternativa que resuelve los conflictos entre razones equivalentes, queda desvirtuada por completo la crítica de RENZIKOWSKI frente a la posibilidad de resolver ya en el ámbito del tipo estos conflictos.<sup>63</sup> Señala este autor que sería teóricamente posible configurar en el plano del tipo una orden como esta: “salva la vida de A”, aunque con la siguiente limitación: “siempre y cuando con ello no se vuelva imposible cumplir otro deber de salvamento vital”. De este modo, no nacerían deberes de imposible cumplimiento cumulativo. Ahora bien, dado que la orden se configuraría de este modo tanto respecto de (A), como respecto de (B), entiende RENZIKOWSKI que ambas órdenes se neutralizarían entre sí, de modo que si el padre permaneciera absolutamente inmóvil no infringiría tampoco ningún deber. Dado que el deber respecto de (A) no nacería para no obstaculizar el nacimiento del deber para con (B), pero tampoco nacería el deber para con (B), para no obstaculizar el nacimiento del deber de salvar a (A), el padre quedaría liberado de toda obligación.<sup>64</sup> Pues bien, como señala con razón FLETCHER, los conflictos entre razones equivalentes también pueden resolverse adecuadamente en el ámbito del tipo, pues no se trata del conflicto entre dos razones de obligación recíprocamente condicionadas, sino de un único deber que obliga alternativamente.<sup>65</sup> Por consiguiente, no es cierto que solo mediante una causa de justificación extrasistemática puedan resolverse adecuadamente esta clase de conflictos.<sup>66</sup>

#### **d) Los efectos jurídicos de la elección**

Por último, cabe preguntarse desde cuándo despliega efectos jurídicos la decisión por parte del obligado frente a los agentes necesitados y terceros involucrados en el conflicto.<sup>67</sup> Hasta donde alcanzo, la mera decisión subjetiva no externamente manifestada, como tal, es irrelevante. Será jurídico-penalmente trascendente única y exclusivamente aquella decisión que se plasma en el inicio de la tentativa idónea de dar cumplimiento a la prestación escogida.<sup>68</sup> Desde ese momento, el agente beneficiario consolida una nueva expectativa de garantía, cuya quiebra constituye una interrupción antijurídica de un curso causal salvador ya emprendido.<sup>69</sup>

---

<sup>63</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 215 y ss.; y en este trabajo, Cap. 1, apdo. III, 4, b).

<sup>64</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 215 y ss.

<sup>65</sup> Cfr. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 2000, § 10.4: «One could escape this dilemma by formulating the duty in this special case as the duty to aid one or the other». En el mismo sentido, SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, p. 155.

<sup>66</sup> Al respecto, RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 216 y EL MISMO, «Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe», *FS-Hruschka*, 2005, p. 658. Ya antes, asimismo, OETKER, «Notwehr und Notstand», *FS-Frank*, v. I, 1930, p. 364. Y en este trabajo, sobre la distinción entre causas de justificación intra- y extrasistemáticas, vid., Cap. 1, apdo. III, 4.1, a), n. 391.

<sup>67</sup> En la discusión jurídico-penal este problema viene planteándose a propósito de la discusión sobre la posibilidad de interrumpir en el ámbito de la medicina intensiva cursos salvadores iniciados en favor de un segundo agente necesitado. Cfr. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 123; KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht*, 1992, pp. 344 y ss., con ulteriores referencias doctrinales, o LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, pp. 301 y ss.

<sup>68</sup> Así, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 225 y s., nm. 508.

<sup>69</sup> El problema, claro está, reside precisamente en determinar en qué momento se ha iniciado ya la tentativa y, por lo tanto, la expectativa de salvación hasta entonces provisional queda incorporada definitivamente a la esfera del necesitado como una expectativa consolidada. Salvando las distancias, este problema ha sido abordado en el ámbito de la discusión sobre la punibilidad de la interrupción de cursos causales salvadores. Al respecto, en detalle, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1006 y ss.; EL MISMO, «Interrupción de cursos

Es decir, el *ius variandi* del obligado desaparece tan pronto como haya iniciado la ejecución de su primera decisión hasta un punto tal que el garantizado por aquélla pueda válidamente exigir al obligado que culmine su prestación.<sup>70</sup> Es en ese momento en el que la decisión del obligado despliega efectos novatorios de las expectativas iniciales en liza, desapareciendo ya el conflicto equivalente al disponer uno de los dos necesitados un mejor derecho. Por ejemplo: el padre que ya ha lanzado el flotador a uno de sus hijos no puede lanzarse al agua cuando aquél ya lo ha tomado (o está a punto de tomarlo) para arrebatárselo y acercárselo al segundo. Tampoco puede el médico que ya ha iniciado la transfusión de sangre a un paciente interrumpir el tratamiento para iniciar un tratamiento idéntico con un segundo necesitado. En cambio, el bombero que está comenzando a subir a un árbol del jardín para rescatar a un gato sí debe dejar de cumplir esa obligación cuando advierte que en la casa en llamas se encuentra de forma inesperada un menor.<sup>71</sup> Una vez el obligado ha emprendido un curso de salvación que consolida la expectativa de uno de los necesitados, la única posibilidad de admitir un desistimiento conforme a Derecho pasa por constatar una alteración de la situación tal que los intereses del nuevo perjudicado preponderen esencialmente frente a los del garantizado.<sup>72</sup> Solo en ese caso cabe plantear una alteración de la solución al conflicto conforme a las reglas generales del estado de necesidad agresivo.<sup>73</sup> Bien mirado, se trata aquí del surgimiento de un nuevo conflicto en el que, dada la diferencia radical de intereses, el titular del gato debe tolerar por razones de solidaridad la pérdida de su interés. Y así también debe solucionarse el tantas veces aludido ejemplo del médico que se plantea desconectar a un paciente de una máquina corazón-pulmón para conectar a un segundo paciente que acaba de ser ingresado.<sup>74</sup> La prioridad temporal no es un factor más a ponderar, ni lo esencial es decidir si apretar un botón constituye en este caso un actuar o un omitir. El que goza ya de un medio de salvación solo habrá renunciar a ello bajo los presupuestos generales de las causas de justificación.<sup>75</sup>

Queda finalmente por resolver aquí la —ya clásica— cuestión de qué sucede cuando el obligado no cumple con ninguna de las dos razones alternativas en liza.<sup>76</sup> Conforme a lo que

---

salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación», *FS-Figueiredo Dias*, v. II, 2009, pp. 979 y ss.; ROBLES PLANAS, «Zwischen Beihilfe zur Tat und unterlassene Hilfeleistung», *GA*, (1), 2008, pp. 18 y ss.; o, recientemente, LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, pp. 59 y ss., y pp. 261 y ss., 292 y ss.

<sup>70</sup> Con razón señala BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 226, n. 508 que lo «decisivo es que la persona que está siendo «actualmente» amparada no es una persona que posea una expectativa virtual de salvaguarda futura, sino una persona que «posee» una salvaguarda real prestada por un tercero (por decirlo así, «consolidada»)».

<sup>71</sup> Cfr. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, p. 68.

<sup>72</sup> Se equivoca por lo tanto NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 130, cuando entiende que la mera superioridad de intereses permite al médico interrumpir el tratamiento iniciado en favor del segundo paciente. Su error reside en no advertir que también la interrupción de un tratamiento médico consolidado constituye una auténtica injerencia en la esfera de un sujeto equivalente a la de cualquier infracción de la prohibición general, ello, con independencia de que el médico actúe u omite. Cfr. además, LENCKNER, «Ärztliche Hilfeleistungspflicht und Pflichtenkollision», *Medizinische Klinik*, (64), 1969, pp. 1004 y s., quien entiende el acto de desconexión como una omisión, de modo que el médico se ve frente a dos deberes de actuar, siendo la libertad de actuación en caso de equivalencia de bienes en juego la solución correcta al conflicto.

<sup>73</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 226, n. 508.

<sup>74</sup> Cfr. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm. 123, con ulteriores referencias.

<sup>75</sup> Cfr. KREY, «Grundfälle zu den Straftaten gegen das Leben», *JuS*, 1971, pp. 248 y s. Crítico, en cambio, vid. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, pp. 68 y s., aunque parece decantarse en última instancia por la solución aquí esbozada.

<sup>76</sup> Al respecto, con detalle, Cap. 2, apdo. III, 4.1.

aquí se ha defendido, pese a que en ese caso se defraudan las dos expectativas de garantía concurrentes, solo se infringe un deber, la obligación alternativa, debiendo en ese caso el obligado responder por el injusto único derivado de su también única infracción de deber.<sup>77</sup> El contenido de injusto se determina en ese caso a partir de la razón de obligación que el agente debería haber cumplido y, en caso de haber podido elegir, por el injusto inferior, puesto que «éste habría podido *al menos* ser evitado de haber actuado conforme a Derecho».<sup>78</sup> En caso de no ser posible tampoco graduar el injusto, el obligado responde por cualquiera de los dos.

### 3.3. La obligación alternativa a ojos de quien sufre los costes de disolución del conflicto

#### a) Introducción

Aunque como se ha mostrado en el segundo capítulo de este trabajo, no puede compartirse aquí la pretensión de PAEFFGEN y algunos otros autores de relegar la solución a los conflictos entre deberes equivalentes al ámbito de la culpabilidad, lo cierto es que el motivo principal que subyace a éste y otros planteamientos similares resulta, como mínimo, digno de atención.<sup>79</sup> Hasta donde alcanzo, la razón última que explica la mejor versión de la teoría de la exculpación ante conflictos equivalentes guarda relación con la especial atención que para sus defensores merece la víctima en la situación de conflicto.<sup>80</sup> Una visión de estos conflictos respetuosa con la posición jurídica de la víctima impediría su resolución en el ámbito del injusto. Ello, en esencia, por dos razones.<sup>81</sup> La primera, de carácter esencialmente simbólico y especialmente vinculada con los conflictos entre vidas humanas reza así: un Ordenamiento jurídico no podría considerar conforme a Derecho bajo ninguna circunstancia una acción (u omisión) homicida. Matar a un ser humano para salvar a otro sería siempre antijurídico,<sup>82</sup> «nada en el mundo puede autorizarnos a matar a una persona inocente».<sup>83</sup> La segunda, de carácter práctico-dogmático, puede formularse como sigue: ante conflictos equivalentes, la víctima de la decisión del obligado o incluso terceros en su auxilio deben poder evitar la pérdida de sus intereses, también frente al obligado. Declarar la conformidad a Derecho de la infracción de una de las razones de deber en conflicto supone imponerle a la víctima un deber de tolerancia a todas luces ilegítimo.<sup>84</sup> ¿Cómo podría el Derecho imponer un deber de tolerar la propia muerte a un inocente?

---

<sup>77</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/7a.

<sup>78</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/7a.

<sup>79</sup> Cfr. Cap. 2, apdo. II, 4.3, b).

<sup>80</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff», *NK*, 4ª ed., nm. 174.

<sup>81</sup> Todo ello ha sido ampliamente desarrollado en el Cap. 2, apdo. II, 4.3, b).

<sup>82</sup> Entre otros muchos, vid. GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, p. 313.

<sup>83</sup> Cfr. ROXIN, «Otras causas de justificación y exculpación en el Derecho penal alemán», en ESER/GIMBERNAT/PERRON (eds.), *Justificación y exculpación en Derecho penal*, 1995, pp. 219 y ss., p. 234; y EL MISMO, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit zwischen Können und Zumutbarkeit», *Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck*, 1999, pp. 385 y ss., pp. 395 y s.

<sup>84</sup> Cfr. Cap. 2, apdo. II, 4.3, b).

Frente esta concepción de los conflictos de deberes se ha objetado en este trabajo, por un lado, que aquélla se asienta sobre una concepción de la norma y del injusto penal inasumible, basada en el mero desvalor del resultado y que, por otro lado, olvida en el momento de la legitimación de las normas el examen de sus requisitos de eficacia.<sup>85</sup> Sin embargo, como también hemos visto, son muchos los autores que, conscientes de las debilidades de la teoría de la exculpación, pero sabedores de la necesidad de atender a la víctima del conflicto a la hora de su resolución, han intentado configurar soluciones dogmáticas capaces de armonizar ambas caras del problema. Bajo el paraguas de lo que hemos denominado teorías intermedias se agrupan aquéllas que entienden posible dar una respuesta adecuada al papel de la víctima en el conflicto sin tener que relegar su solución al ámbito de la culpabilidad.<sup>86</sup> En lo que sigue se analizan críticamente estas tesis que, asumiendo la imposibilidad de considerar conforme a Derecho la infracción de un deber cuando ello sirve al cumplimiento de uno equivalente, o bien creen posible no tener que pagar el precio de la declaración de la antijuridicidad para mantener una aureola de desaprobación jurídica en torno a la acción lesiva; o bien creen posible conceder derechos de necesidad frente a agresiones no consideradas penalmente antijurídicas.<sup>87</sup>

### **b) ¿Un *tertium genus* para la resolución de colisiones entre razones de obligación equivalentes?**

Si resulta que un Ordenamiento jurídico no se puede permitir la imposición de normas de imposible cumplimiento cumulativo, pero la declaración de conformidad a Derecho de una acción salvadora lesiva de un interés equivalente, así como el correspondiente deber de tolerancia que habría de recaer sobre la víctima, resultan de igual forma axiológicamente inasumibles, podría llegarse a la conclusión de que las categorías clásicas de la antijuridicidad y la culpabilidad no resultan idóneas para ofrecer un tratamiento adecuado a los conflictos entre deberes equivalentes. Como hemos visto ya,<sup>88</sup> un sector doctrinal minoritario aboga precisamente por configurar y reconocer un tercer nivel sistemático en el seno de la teoría del delito, capaz de ofrecer un tratamiento más ecuánime a las acciones de salvaguarda en situaciones de conflicto entre deberes equivalentes. Se trata, en resumidas cuentas, de la configuración de categorías intermedias entre la auténtica justificación penal y la exculpación. Aunque no es necesario reproducir nuevamente aquí en qué consisten tales concepciones intermedias,<sup>89</sup> antes de iniciar el análisis crítico que aquí se pretende, sí parece útil sintetizar los rasgos esenciales que caracterizan aquellas teorías.

---

<sup>85</sup> Cfr. Cap. 2, apdo. II, 4.3, b).

<sup>86</sup> Me refiero aquí tanto a las teorías del espacio libre de Derecho, como a las de la justificación débil. Al respecto, con detalle, vid. Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), ii).

<sup>87</sup> Así es precisamente como plantea ENGISCH, *Die Einheit*, 1987, p. 53, n. 4, su crítica a la solución de las colisiones de deberes en el ámbito de la culpabilidad: «Wenn ich meine Pflicht erfülle, weil mir unbedingter Gehorsam geboten ist, so will ich nicht bloß nachsichtig entschuldigt sein, sondern rechtmäßig gehandelt haben. Häufig gelangt man zu der bekämpften Ansicht deshalb, weil man einem von dem gehorchenden untergebenen Angegriffenen Notwehr gestatten will. Aber dies kann man auch tun, ohne die Handlung des Untergebenen für verboten oder rechtlich mißbilligt zu erklären. Denn „rechtswidrig“ im Sinne des § 53 StGB bedeutet, daß sich der Angegriffene den Angriff nicht gefallen zu lassen braucht».

<sup>88</sup> Vid. Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), ii).

<sup>89</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), ii).

Como se ha mostrado en este trabajo, son muchas y heterogéneas las propuestas dogmáticas formuladas, como variadas las denominaciones que maneja la doctrina.<sup>90</sup> Retomando ahora los dos principios esenciales que inspiran la aparición de tales categorías en el ámbito de los conflictos entre razones de obligación, es posible distinguir entre dos grandes grupos de propuestas. En primer lugar, cabe distinguir aquellas categorías que surgen con el objetivo esencial de cubrir la laguna expresiva que la bipartición justificación/culpabilidad origina ante ciertos conflictos de intereses. Se trata de categorías que pretenden solventar fundamentalmente la imposibilidad del Ordenamiento jurídico de calificar como conforme a Derecho la conducta de un agente que aparece como la única jurídicamente razonable.<sup>91</sup> Aunque, como digo, la diversidad de las propuestas formuladas obliga a asumir cualquier distinción analítica con mucha precaución,<sup>92</sup> en líneas generales es posible afirmar que es justamente la noción del “espacio libre de Derecho” la que da nombre a las propuestas de los autores especialmente preocupados por la carga expresiva en la solución del conflicto. En cambio, ahora en segundo lugar, es posible advertir una serie de propuestas de encaje sistemático de los conflictos equivalentes esencialmente preocupadas por las consecuencias dogmáticas inherentes a la declaración de conformidad a Derecho de la acción salvadora. Es decir, cabe advertir un grupo de autores preocupados esencialmente por el deber de tolerancia que se le habría de imponer a la víctima del conflicto si se reconoce la justificación de la acción salvadora. Dado que la víctima del conflicto siempre puede alegar que su posición jurídica no es menos digna de protección que la de su contrincante, aun cuando se reconozca el carácter de no antijurídica de la infracción necesaria del deber, negar el derecho de defensa a la víctima (o a los terceros en auxilio necesario) no sería nunca de recibo. Por lo tanto, la categoría intermedia puede caracterizarse aquí, en esencia, como una declaración de justificación sin deber de tolerancia. He agrupado en este trabajo estas propuestas bajo la etiqueta de la justificación débil.

Esta bipartición es puramente analítica y no debe hacernos olvidar que la mayoría de las veces las propuestas intermedias tratan de dar respuesta tanto a la cuestión expresiva como a la dogmático-práctica. En lo que sigue no se pretende llevar a cabo una crítica global de las distintas concepciones del “espacio libre de Derecho”. Muchos han sido ya los esfuerzos dedicados por parte de la doctrina penal a cuestionar críticamente la misma posibilidad y conveniencia de tales espacios libres de Derecho en el marco de nuestro Ordenamiento jurídico.<sup>93</sup> Asimismo, tampoco creo necesario examinar en toda su extensión las distintas

---

<sup>90</sup> Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), ii).

<sup>91</sup> Al respecto, con detalle, Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), ii).

<sup>92</sup> Como debería haber quedado de manifiesto en el análisis descriptivo presentado en el Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), ii), lo cierto es que la mayoría de propuestas combinan ambos aspectos, el expresivo y el dogmático-práctico, de modo que, en última instancia, se propone tachar la infracción de deber como no prohibida concediendo al mismo tiempo a la víctima del conflicto un derecho de necesidad o, como mínimo, liberándola del deber general de no interrumpir cursos causales salvadores ajenos en la situación de colisión.

<sup>93</sup> En este sentido, en la dogmática penal, por todos, fundamental, HIRSCH, «Strafrecht und rechtsfreier Raum», *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 89 y ss. Vid. además la documentada crítica de CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 158 y ss., 223 y ss. Más recientemente, ARCHANGELSKIJ, *Das Problem des Lebensnotstandes*, 2005, pp. 21 y ss.; y decididamente en contra de la noción de un espacio libre de Derecho, SCHÜNEMANN, en NEUMANN et al. (eds.), *Verantwortetes Recht, ARSP*, (100), 2003, pp. 145 y ss. Y en general, resulta esencial la revisión crítica de la

concepciones de la antijuridicidad penal que abren la posibilidad a la justificación de hechos típicos sin correspondientes deberes de tolerancia.<sup>94</sup> El objetivo es en este momento mucho más modesto, en esencia, valorar críticamente qué aportan estas distintas construcciones dogmáticas a la hora de resolver las colisiones entre razones de obligación equivalentes.

Pues bien, aunque la doctrina penal contemporánea le presta un interés más bien exiguo a las propuestas intermedias,<sup>95</sup> hasta donde alcanzo, estas teorías consiguen poner en evidencia dos cuestiones materiales fundamentales que la doctrina dominante no ha sido capaz de advertir con la suficiente claridad. En primer lugar, debe subrayarse la aportación de tales concepciones a la hora de negar la posibilidad de confinar al plano de la culpabilidad la solución a los conflictos entre deberes equivalentes. Además de remarcar acertadamente la imposibilidad de legitimar normas de comportamiento enfrentadas, situando a un ciudadano en una situación de obligada infracción normativa, resulta en este punto especialmente interesante la rotundidad con la que se ha puesto de manifiesto la imposibilidad de aprehender normativamente la defraudación de cualquiera de las dos razones de obligación en liza como un auténtico injusto penal.<sup>96</sup> Desde una comprensión del injusto eminentemente expresiva, apartada de antiguas concepciones que advierten en la mera lesión naturalística de realidades sensorialmente aprehensibles la *ratio* fundamental del injusto penal,<sup>97</sup> la infracción de una razón de obligación en situación de colisión no puede ser bajo ningún pretexto concebida como un auténtico injusto penal.<sup>98</sup> Y en segundo lugar, dejando por un momento a un lado las específicas consecuencias dogmáticas que de aquí se derivan, es igualmente digno de elogio el intento de las referidas teorías intermedias por concebir el análisis del injusto penal desde una óptica pluridimensional, que no solo tiene en cuenta la figura del autor, sino que atiende asimismo en un plano de igualdad a la víctima específica de la norma que se pretende legitimar. A diferencia un amplísimo sector de la doctrina que aboga por la justificación plena de la infracción de un deber en atención a un principio colectivista de maximización de los bienes jurídicos en liza y, por lo tanto, sin prestar la debida atención al estatus jurídico del agente al que imponen un deber de tolerancia,<sup>99</sup> los partidarios del espacio

---

noción de espacio libre de Derecho de ENGISCH, «Der Rechtsfreie Raum», en EL MISMO, *Beiträge zur Rechtslehre*, 1984, pp. 9 y ss. Ulteriores referencias en Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), ii).

<sup>94</sup> Una crítica general a la noción de la exclusión del injusto penal en H. L. GÜNTHER puede leerse en ROXIN, «Die notstandsähnliche Lage - ein Strafrechtsausschlussgrund?», *FS-Oehler*, 1985, pp. 181 y ss., y en especial, sobre la exclusión del injusto penal en las colisiones de deberes equivalentes, pp. 185 a 187.

<sup>95</sup> Ello queda especialmente patente en la literatura comentarista alemana, en la que la atención prestada a estas teorías intermedias es muy escasa y las citas aparecen en cuentagotas. En cambio, sí aborda el problema desde la perspectiva del espacio libre de Derecho SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 125 y ss.

<sup>96</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 329 y ss.; o ROBLES PLANAS, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», *LH-Mir Puig*, 2010, p. 466.

<sup>97</sup> Al respecto, vid. FRISCH, «Pena, delito y sistema del delito en transformación», *InDret*, (3), 2014, pp. 2 y ss.; o recientemente, ROBLES PLANAS, «La «teoría de la imputación objetiva»: algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro», en FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, 2015, pp. 19 y ss.

<sup>98</sup> El que no es posible la legitimación de dos auténticos deberes penales de imposible cumplimiento cumulativo y que la defraudación de uno de esos deberes *prima facie* no constituye un injusto penal es algo que los partidarios de la teoría del espacio libre de Derecho y de las concepciones débiles de la justificación han puesto —y con razón— claramente de manifiesto. En este sentido, entre otros, vid. Arth. KAUFMANN, «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung», *FS-Maurach*, 1972, p. 338; o PHILIPPS, «Sinn und Struktur der Normlogik», *ARSP*, (52), 1966, p. 202.

<sup>99</sup> Todo ello ha sido ampliamente tratado ya en este trabajo. Cap. 1, apdo. III, 4; Cap. 2, apdo. II, 4.3, b), ii).



libre de Derecho y de las concepciones débiles de la justificación son plenamente conscientes de la necesidad de fundamentar también frente a quien sufre los costes del conflicto su solución. Como se ven incapaces de hacerlo a partir del instrumental clásico de la dogmática de las causas de justificación, abogan por una solución intermedia de compromiso: el agente no actúa de forma antijurídica y su víctima tampoco tiene el deber de tolerar la pérdida de sus intereses.<sup>100</sup>

Lo cierto es que, a primera vista, estas distintas concepciones intermedias aparecen como especialmente indicadas para la resolución de las colisiones entre deberes equivalentes. Por un lado, permiten a través de la valoración de la acción salvadora como no antijurídica evitar contradicciones internas en el sistema de normas de comportamiento, evitando además calificar como injusta la única conducta que en la situación de conflicto parece razonable. Por otro lado, al negar la plena conformidad a Derecho de la acción y no imponer un correlativo derecho de tolerancia, se reconoce y respeta el estatus jurídico de la víctima del conflicto. En los conflictos entre vidas humanas, esta solución permite que el obligado salve al menos a una parte de las vidas en peligro, pero sin que ello requiera despedazar el tabú de la prohibición del homicidio de inocentes. Parece así lograrse ante conflictos irresolubles la cuadratura del círculo,<sup>101</sup> en la que el “pastel del Derecho” se reparte de forma ecuaníme, otorgando a cada uno de los afectados un trozo a cambio de la renuncia al todo.<sup>102</sup> Ahora bien, ¿es realmente la idea de un espacio libre de Derecho, o de una cuasi-justificación o de una justificación “débil” sin deberes de tolerancia la solución prodigiosa a conflictos aparentemente irresolubles?

ZIMMERMANN ha criticado tales concepciones por no haber sido capaces de concretar realmente la noción de equivalencia entre las alternativas de comportamiento en las situaciones dilemáticas.<sup>103</sup> Efectivamente, bajo un mismo paraguas, los partidarios de estas teorías intermedias han incorporado y tratado supuestos conflictivos radicalmente distintos. Entre el famoso caso del guardagujas y el del padre que ha de salvar a sus dos hijos media una diferencia esencial que no siempre han tenido en cuenta los partidarios del espacio libre de Derecho.<sup>104</sup> Centrándonos ahora sin embargo en este último grupo de casos, el de las colisiones de deberes realmente equivalentes y asumiendo efectivamente que estamos ante supuestos de absoluta equivalencia entre las formas de comportamiento dables: ¿es la remisión a espacios libres de Derecho o la declaración de justificación sin deber de tolerancia la solución más adecuada a estos supuestos? En mi opinión, en consonancia con la doctrina inmensamente mayoritaria, ha de afirmarse aquí que la solución a las colisiones de deberes

---

<sup>100</sup> Solo cabe alabar la pretensión de resolver el conflicto desde una óptica pluridimensional, que incorpore a todos los agentes en conflicto, adoptando finalmente una solución legitimable de forma racional frente a todos los implicados, también el que acaba por soportar en sus carnes la solución al conflicto. Cfr. VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 23 y ss.

<sup>101</sup> En este mismo sentido, vid. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 332 y ss.

<sup>102</sup> La metáfora es de UEDA, «Suizid und Euthanasie in Kaufmanns „personaler“ Rechtsphilosophie», en NEUMANN et al. (eds.), *Verantwortetes Recht, ARSP*, (100), 2005, pp. 91 y ss., p. 100.

<sup>103</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 333.

<sup>104</sup> En el caso del guardagujas no cabe hablar, en realidad, de una colisión entre deberes equivalentes, pues el deber de actuar nacería únicamente bajo los presupuestos clásicos de la justificación intersubjetiva. El principio del *casum sentit dominus* determina la solución al conflicto, también cuando se trate de bienes absolutamente equivalentes o imponderables. Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 329 y ss.

equivalentes no pasa por la conformación de categorías intermedias entre la antijuridicidad y la culpabilidad. Aun a riesgo de una excesiva generalización y simplificación del análisis, tomando en consideración las múltiples concepciones intermedias referidas,<sup>105</sup> creo posible aislar tres elementos clave que explican por qué éstas no resultan idóneas para la resolución de los conflictos entre deberes equivalentes.

En primer lugar, hasta donde alcanzo, aquellas teorías asumen con carácter general y de forma algo precipitada la posibilidad de legitimar dos normas penales en colisión. Esto se evidencia claramente a propósito de los conflictos entre razones de obligación que protegen vidas humanas. La prohibición del homicidio de un inocente parecería gozar de una dimensión antecedente y universal en el Ordenamiento jurídico, se mostraría como algo dado, como una norma no necesitada de fundamentación y que solo excepcionalmente podría ser exceptuada. Así es como trata KORIATH de fundar su concepción del “espacio libre de Derecho”: «el problema material puede expresarse mediante la pregunta de si la *prohibición del homicidio* es también válida en los supuestos de colisión dramáticos o si existen razones importantes que pudieran justificar una *limitación* de la prohibición del homicidio».<sup>106</sup> Ahora bien, ¿no deberíamos primero preguntarnos si resulta posible y adecuado siquiera la legitimación de esa norma prohibitiva que *a posteriori* parece obstaculizar una solución razonable al supuesto conflictivo? La afirmación del mero carácter no prohibido de la conducta del obligado es la solución de emergencia a la que se llega tras una precipitada legitimación de una norma de comportamiento que, acto seguido, resulta inasumible.<sup>107</sup> Como se ha sostenido ya en este trabajo, en el marco de un Ordenamiento jurídico que pretende fundamentar racionalmente sus normas de comportamiento no pueden existir normas dadas de antemano y con pretensión de validez universal. Todo deber es fruto de un proceso de legitimación racional en el que la posibilidad de legitimar finalmente auténticos deberes penales depende de un juicio global de compatibilidad entre las razones de obligación concurrentes. Esta perspectiva individualista de legitimación de las normas exige tomar en consideración a todos los agentes implicados por la norma en cuestión en un plano de igualdad.<sup>108</sup> Y, como debería quedar mostrado en el siguiente apartado, resulta que ello pasa necesariamente por negar la concurrencia de dos normas de comportamiento enfrentadas. En palabras de RÖDIG, a la hora de normar «lo único que puede ser determinante es la orden de acción en atención a la situación. La realidad no está compuesta por tipos penales en el sentido de la estructura del precepto jurídico. Aquélla se compone más bien exclusivamente de situaciones individuales. Éstas y solo éstas constituyen el motivo para el intento de influir en el comportamiento humano con ayuda de las normas jurídicas. Si no puede ser prescrito ningún comportamiento cuya ejecución haga desaparecer el injusto del resultado acaecido o uno parecido, no entra en consideración tampoco ninguna lesión de la norma. Si no se lesiona

---

<sup>105</sup> Como ha sido puesto de manifiesto en el Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), ii), lo cierto es que bajo la etiqueta de “categorías intermedias” se sitúan propuestas muy heterogéneas y de distinto matiz. Aunque algunas de las concepciones allí tratadas son sin duda inmunes a alguno de los tres puntos de crítica que ahora se presentan, creo que son estas tres las objeciones que con carácter general cabe dirigir a las teorías intermedias.

<sup>106</sup> Cfr. KORIATH, «Über rechtsfreie Räume in der Strafrechtsdogmatik», *JRE*, (11), 2003, p. 318.

<sup>107</sup> Sobre la necesidad del desarrollo de una verdadera teoría del comportamiento típico, fundamental, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 33 y ss.

<sup>108</sup> Al respecto, VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 23 y ss.

ninguna norma, el acusado ha actuado entonces conforme a Derecho. El disgusto que supone no poder proporcionar al actuante ninguna pauta jurídica mejor, no debe encontrar su reflejo en categorías de conformidad a Derecho de segunda o incluso de tercera clase. Después de todo, el examen de la punibilidad llega ya a su fin con un resultado negativo en el marco del primer nivel». <sup>109</sup>

Puede intentar objetarse frente a esto último que el negar la posibilidad de la norma en atención única y exclusivamente a la imposibilidad fáctica de dar cumplimiento a las dos razones concurrentes es inexacto, pues la defraudación de expectativas jurídicas por parte del obligado es real, se plasma en un resultado, en una lesión de bienes jurídicos que espera una explicación normativa. Y efectivamente, donde los partidarios del “espacio libre de Derecho” ven una razón en *pro* de su tesis es donde reside el segundo error achacable a aquellas teorías intermedias. La declaración de “no prohibición” de la conducta infractora de un deber constituye una solución de compromiso que pretende conjurar dos momentos del injusto penal situados erróneamente en un mismo plano. <sup>110</sup> Lo que advierten los partidarios del espacio libre de Derecho es que resulta imposible constatar algo así como un desvalor de acción en la conducta infractora del deber *prima facie*, pero no están dispuestos a no legitimar la norma opuesta y reconocer la conformidad a Derecho de esa conducta porque existe un resultado físico-material jurídicamente relevante. El “espacio libre de Derecho” o la “justificación débil” constituirían una respuesta para aquellas “infracciones” de la norma sin desvalor de acción, pero con desvalor de resultado. <sup>111</sup> Sin embargo, esta concepción del injusto penal, basada esencialmente en una lesión físico-natural, vinculada a su vez con la visión de un Derecho penal destinado a maximizar la protección de bienes jurídicos, no resulta plausible. Las reticencias a la hora de aceptar la conformidad a Derecho de una conducta que jurídicamente es la única razonablemente exigible están vinculadas, por un lado, con una concepción del injusto penal fuertemente materialista, en donde la lesión de un bien o interés alcanza *per se* un estatus de desvaloración jurídico-penal y, por el otro, con una también incorrecta entronización de la función valorativa de las normas de comportamiento. No obstante, tan pronto como se advierte en dónde reside realmente la *ratio essendi* que fundamenta el injusto jurídico-penal, las reticencias a negar la auténtica antijuridicidad ante conflictos de deberes equivalentes se desvanecen. <sup>112</sup> Para quien defina el injusto a partir de la

---

<sup>109</sup> Vid. RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, pp. 39 y ss., p. 59, n. 44.

<sup>110</sup> Así claramente, vid. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff», *NK*, 4ª ed., nm. 174.

<sup>111</sup> Así por ejemplo, vid. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 335.

<sup>112</sup> En cambio, para ROBLES PLANAS la admisión de acciones meramente no prohibidas en situaciones dilemáticas sería «forzosa para todas aquellas perspectivas que en la actualidad se apartan de la concepción del injusto penal como mera lesión naturalística de *bienes jurídicos* y se aproximan a entender el injusto de manera “ideal”, esto es, como lesión del Derecho en cuanto Derecho, como injusto cualificado por la negación del Derecho: deberían rechazar que en ciertas situaciones de conflicto sin deberes de tolerancia se dé un injusto penal siempre que la conducta del ciudadano ante el conflicto no se manifieste como una deslealtad al Derecho». Vid. ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 466. Precisamente es el especial hincapié en el aspecto expresivo del injusto penal el que permite afirmar que por mucho que en situaciones dilemáticas la omisión del obligado suponga la muerte de un ser humano, dicha omisión carece del contenido de sentido propio del injusto del homicidio. Efectivamente, ante tales conflictos entre intereses o deberes equivalentes no cabe afirmar la presencia de un injusto penal, pero bien mirado, la cuestión es precisamente por qué no afirmar ya que la acción es plenamente conforme a Derecho. ¿Por qué razón habría que deslustrar con la etiqueta de “no prohibida”

naturaleza simbólico-expresiva del comportamiento del autor, como un no reconocimiento de la norma o como un cuestionamiento de su vigencia, es posible afirmar que ante colisiones de deberes equivalentes, la infracción de una razón de obligación no puede ser aprehendida como un verdadero injusto penal.<sup>113</sup> El obligado ante dos razones de deber equivalentes no evita o causa un resultado lesivo de idéntica magnitud al que efectivamente logra evitar, pero éste nada tiene que ver con un injusto jurídico-penal y su aparición en modo alguno puede cuestionar la declaración de conformidad a Derecho de la conducta llevada a cabo. Es precisamente al revés. La defraudación de la expectativa de deber provisional para dar cumplimiento a la razón equivalente constituye el vivo reflejo del absoluto respeto por el Ordenamiento jurídico-penal. ¿Cómo no iba a comportarse conforme a Derecho aquél que lleva a cabo la única conducta razonablemente exigible por éste? Nuevamente con RÖDIG, una vez se tiene presente que para una contemplación jurídico-penal solo el injusto de acción es en última instancia decisivo y que el injusto del resultado se asienta necesariamente sobre la desvaloración de una conducta humana,<sup>114</sup> las reticencias para declarar la conformidad a Derecho de la infracción del deber necesaria desaparecen. Y ello, como veremos, también desde la óptica de la víctima, que no puede exigir racionalmente ninguna norma distinta de la obligación alternativa que faculta la decisión al obligado. Por consiguiente, la categoría de “no prohibido” no es adecuada tampoco en términos puramente expresivos para valorar la conducta del obligado.<sup>115</sup> Un Derecho penal consciente de su función y de sus límites no tiene por qué resignarse, ni buscar categorías intermedias que traten de expresar su propio malestar con la mejor de las soluciones dables a un caso concreto.<sup>116</sup>

Y en tercer y último lugar, resulta que otorgar a la víctima del conflicto la posibilidad (o el derecho) de interrumpir el curso de salvación que inicia el obligado tampoco resulta plausible desde una perspectiva orientada a las consecuencias. Aunque, como señala ZIMMERMANN, los mismos partidarios de las concepciones intermedias le han prestado un interés al problema más bien escaso,<sup>117</sup> parece incuestionable que, al menos desde la óptica jurídico-penal, las

---

aquella conducta que se advierte precisamente desde la óptica del Ordenamiento jurídico como la preferible ante la situación dilemática dada?

<sup>113</sup> Sobre el paso de una concepción eminentemente físico-natural del delito hacia una comprensión expresiva del injusto penal, vid. por todos, con ulteriores referencias doctrinales, FRISCH, *InDret*, (3), 2004, pp. 4 y s.

<sup>114</sup> Fundamental, RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, p. 52.

<sup>115</sup> El Ordenamiento jurídico penal, pues, no se presenta como una estructura bicéfala, consciente por un lado de la necesidad de regular a partir de las capacidades específicas del agente obligado, pero incómodo y pesaroso ante las consecuencias de sus propios límites. Tomando en cuenta la esencia eminentemente imperativa de la norma de comportamiento, el conflicto ya no se presenta como un conflicto entre dos valores irresolubles, en el que es efectivamente imposible afirmar cuál es preferente, sino como una razón suficiente para dejar de promulgar dos normas de imposible cumplimiento cumulativo. Cfr. ARCHANGELSKIJ, *Das Problem des Lebensnotstandes*, 2005, p. 25, n. 47, con ulteriores referencias a la doctrina en este mismo sentido.

<sup>116</sup> Allí donde el Derecho puede cumplir una concreta función, éste lo intenta. El Ordenamiento penal ni se disgusta, ni se resigna, ni conoce de “residuos morales” tras adoptar decisiones normativas. Vid. sin embargo KAUFMANN, «Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was?», *JZ*, (20), 1992, pp. 983 y ss. Todas las categorías que pretenden dar entrada en términos expresivos a este disgusto o al residuo moral que sigue a una decisión trágica en situación de conflicto son, por lo tanto, superfluas. En este sentido, SCHÜNEMANN, en NEUMANN et al. (eds.), *Verantwortetes Recht, ARSP*, (100), 2005, pp. 145 y ss., pp. 149 y ss.; o SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, p. 133 y s.

<sup>117</sup> Lo cual resulta realmente sorprendente, pues se pretende tomar en cuenta la posición de la víctima, pero se pasa por alto el obligado examen de las concretas consecuencias dogmáticas a las que la declaración de no antijuridicidad debería conducir. Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 333. En especial, resulta

consecuencias a las que conduce el reconocimiento de un espacio libre de Derecho o una justificación sin deberes de tolerancia no son en absoluto despreciables. Sin duda, resulta especialmente importante en toda esta discusión la cuestión de si es o no posible responder defensivamente —y en ese caso, de qué manera— frente a la conducta meramente no prohibida. Como ha quedado de manifiesto en el análisis realizado en el primer capítulo de este trabajo,<sup>118</sup> posiblemente este es el punto menos desarrollado y oscuro de la dogmática de las categorías intermedias analizadas. Han sido muchas las opciones propuestas en la doctrina, pero en mi opinión sigue faltando un análisis riguroso y completo de las consecuencias dogmáticas específicas del reconocimiento de acciones meramente no prohibidas.

Pueden quedar aquí a un lado tanto aquellas concepciones del espacio libre de Derecho que niegan cualquier posible reacción frente a la acción no antijurídica,<sup>119</sup> como aquellas concepciones que defienden la posibilidad de que el afectado reaccione en legítima defensa frente a la acción meramente no prohibida como si se tratara de una conducta antijurídica más.<sup>120</sup> Frente a este segundo proceder, ha señalado con razón PRIESTER que «resulta algo contradictorio tachar una acción de no antijurídica y al mismo tiempo permitir su evitación a la fuerza».<sup>121</sup> La inadecuación de la categoría de lo no prohibido ya ha quedado patente en su vertiente simbólico-expresiva, pero si además resulta que en sus consecuencias dogmáticas no se aparta un ápice de la solución de la exculpación, cabe afirmar que la declaración de no prohibido es entonces un mero gesto retórico, quedando esta categoría expuesta a las mismas críticas que se han dirigido a la solución de la exculpación.<sup>122</sup> Pero resulta que, además, la crítica de PRIESTER es igualmente válida contra su misma concepción de la conducta no prohibida. Tan contradictorio es tachar una acción de no antijurídica y admitir contra ella la legítima defensa, como tacharla de meramente no prohibida y señalar —como él mismo hace— que debe tratarse dogmáticamente como una acción justificada.<sup>123</sup>

---

absolutamente confuso qué tipo de derecho de defensa es el que se le debería reconocer a la víctima, cuál es su fundamento, la posibilidad de responder a su vez legítimamente frente a la acción defensiva de la víctima, así como el papel que se le reconoce a eventuales terceros auxiliares. Cfr. Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), ii).

<sup>118</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), ii).

<sup>119</sup> Cfr. PRIESTER, «Rechtsfreier Raum und strafloser Schwangerschaftsabbruch», *FS-Kaufmann*, 1993, pp. 510 y ss., señalando que las acciones necesarias no prohibidas han de ser tratadas como acciones plenamente justificadas. No le falta razón a LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 28, cuando habla de un mero “fraude de etiquetas”. Podría todavía replicarse, así PRIESTER, *ob. cit.* p. 518, que aunque la conducta fuera no antijurídica y aunque frente a aquélla no quepa ninguna reacción defensiva, el reconocimiento del mero carácter de no prohibido despliega efectos simbólico-expresivos y político-jurídicos, pues «señalaría los supuestos precisados de una especial legitimación». Sin embargo, para un Ordenamiento jurídico que no recurre a la norma para expresar valoraciones ideales, sino para determinar formas de comportamiento en atención a un mundo real, la construcción de categorías dogmáticas como ésta resulta superflua. Por lo demás, tampoco alcanzo a comprender por qué razón el Ordenamiento jurídico-penal debería “marcar” supuestos especialmente necesitados de legitimación. El Ordenamiento emite una norma legítima, o no la emite, pero cuando se decide a hacerlo, carece de sentido tachar la conducta acorde a la norma como meramente no prohibida para recordar los problemas —ya superados— del Ordenamiento para legitimar en el caso concreto la norma que el obligado cumple.

<sup>120</sup> Paradigmático en este sentido SCHILD, «Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes», *JA*, 1978, p. 636.

<sup>121</sup> Cfr. PRIESTER, *FS-Kaufmann*, 1993, p. 511.

<sup>122</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), ii).

<sup>123</sup> Cfr. PRIESTER, *FS-Kaufmann*, 1993, pp. 510 y ss.; en el mismo sentido, DELONGE, *Die Interessenabwägung*, 1988, p. 184; y DINGELDEY, «Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum», *JUR-A*, 1979, p. 485, quien igualmente niega

Como ha señalado con razón ROXIN,<sup>124</sup> se trata simplemente de enmascarar una causa de justificación, de un mero fraude de etiquetas.<sup>125</sup>

Las teorías intermedias realmente interesantes a los efectos que ahora nos interesan son aquéllas que admiten una defensa frente a las acciones no antijurídicas. En este punto, cabe reconstruir el espectro completo de opciones defendibles a partir de la combinación de la siguientes tres variables: la clase de acción defensiva que se reconoce,<sup>126</sup> la valoración jurídica de la reacción defensiva,<sup>127</sup> y el tratamiento que se le dispensa a la figura del auxilio necesario.<sup>128</sup> BINDING, por ejemplo, defendió que frente a la acción meramente no prohibida cabe reaccionar en legítima defensa, aunque queda vedado el auxilio necesario en favor del sujeto inicialmente agredido.<sup>129</sup> Es decir, abogaba por reconocer al afectado la posibilidad de defenderse en legítima defensa, valorando esa reacción defensiva como una conducta conforme a Derecho. El afectado estaría ejerciendo un auténtico derecho de necesidad, pero eventuales terceros no podrían ayudarle en auxilio necesario.<sup>130</sup> En un sentido muy parecido defiende OTTO la posibilidad de que el agente afectado por la acción no prohibida reaccione en legítima defensa. Dado que por agresión antijurídica debe entenderse aquella que no tiene por qué tolerarse, y ante deberes equivalentes la lesión de los propios intereses no tendría por qué ser asumida, cabría responder siempre en legítima defensa.<sup>131</sup> En la doctrina española, GIMBERNAT ORDEIG y CUERDA RIEZU entienden que frente a la acción necesaria justificada en un sentido débil cabe reaccionar tan solo en estado de necesidad agresivo.<sup>132</sup>

---

la legítima defensa pero trata de defender la solución del espacio libre de Derecho por su supuesta “trasparencia dogmática”.

<sup>124</sup> Cfr. ROXIN, «Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen», *JuS*, 1988, p. 430; o LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 28.

<sup>125</sup> La pretensión de fundamentar la autonomía conceptual de la categoría pese a la identidad funcional de aquélla no puede ampararse en la necesidad de establecer distinciones expresivas, pues, como ya ha quedado patente, el Derecho penal no expresa ni agrado, ni desagrado, ni frustración, simplemente, regula de la mejor manera posible comportamientos humanos a través de normas jurídicas. En un sentido parecido, vid. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 334 y s.

<sup>126</sup> ¿Una acción defensiva en legítima defensa, en estado de necesidad defensivo o en estado de necesidad agresivo? Es decir, se trata de concretar el concreto fundamento de la acción defensiva y, por consiguiente, la diferencia de intereses estimable para poder reaccionar frente a la conducta meramente no prohibida.

<sup>127</sup> ¿La acción defensiva es plenamente conforme a Derecho o se mueve también en un espacio libre de Derecho? ¿Existe un deber de tolerar la reacción defensiva frente a una acción meramente no prohibida?

<sup>128</sup> Me remito en este punto nuevamente al análisis presentado ya en el Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), ii).

<sup>129</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 766, pp. 785 y ss.; y EL MISMO, *Die Normen*, v. IV, 1919, p. 346, n. 15.,

<sup>130</sup> Así también, KÖHLER, *AT*, 1997, p. 341, y en un sentido parecido, JÄGER, «Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie», *ZStW*, (115), 2003, p. 787, quien entiende que razones “ético-sociales” podrían limitar en ciertos conflictos entre intereses equivalentes el auxilio necesario no llevado a cabo por familiares o personas próximas al afectado. Y aunque de un modo más diferenciado, vid. asimismo ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 470 y ss., señalando que, por lo general, los terceros o el Estado han de abstenerse de decidir el conflicto en favor de una de los dos partes, si bien, ello solo rige cuando los dos agentes directamente implicados tienen la posibilidad fáctica de salvarse a sí mismos. No faltan también los autores que aun catalogando conductas salvadoras como antijurídicas, entienden excluida la posibilidad del auxilio necesario. Así, por ejemplo, vid. JÄGER, *ZStW*, (115), 2003, pp. 787 y ss., p. 789; o ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, F § 22, nm. 151.

<sup>131</sup> Cfr. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 101 y s.; y en este mismo sentido, vid. FEHSENMEIER, *Das Denkmodell*, 1970, p. 154, n. 231.

<sup>132</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1976, pp. 118 y s.: «[l]a acción ejecutada en estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales no merece, en cambio, esa valoración positiva. En este sentido: en el sentido de que el orden jurídico no la estima valiosa, podría hablarse de un comportamiento jurídicamente neutral [...] Conformidad con el derecho

Dado que la conducta del agente no constituye una agresión ilegítima, pero sí un mal en el sentido del art. 20.5.º CP, la víctima inicial del conflicto puede defender sus intereses a su vez en estado de necesidad.<sup>133</sup> Esta causa de justificación no otorga derechos subjetivos cuando coliden bienes equivalentes, de modo que es perfectamente posible en ese caso el estado de necesidad frente al estado de necesidad.<sup>134</sup> «[S]e reconoce aquí la facultad o el deber de lesionar un bien jurídico ajeno, pero sin que el titular de ese bien jurídico afectado se vea en la obligación de soportar impasiblemente cómo se menoscaba un interés propio. El afectado puede reaccionar, pues, contra el sujeto agente *también* en estado de necesidad, sin que ninguna de las dos conductas sea considerada por el ordenamiento jurídico como contraria a sus prohibiciones o mandatos».<sup>135</sup> En la medida en que para los partidarios de la teoría de la unidad, el estado de necesidad agresivo (entre bienes iguales) no genera auténticos derechos, la acción defensiva, a su vez, puede valorarse como meramente no prohibida, en el sentido de que el primer agresor no tiene tampoco el deber de tolerar esa reacción. Por otro lado, tomando en consideración que CUERDA RIEZU desarrolla la teoría de la unidad a propósito de los conflictos de deberes, parece posible afirmar que dicha teoría, así comprendida, admitiría también el recurso al estado de necesidad en auxilio necesario para salvaguardar un interés equivalente al que se lesiona.<sup>136</sup> Sin embargo, queda todavía por responder si solo los propios necesitados podrían ejercer su derecho de defensa frente al obligado, o si también terceros podrían en auxilio necesario de alguno de los necesitados ejercer tal derecho.<sup>137</sup>

Por último, adviértase que en atención al tipo de derecho de defensa reconocido, parece igualmente posible plantear la posibilidad de que la víctima inicial del conflicto pueda reaccionar, no ya en estado de necesidad agresivo, sino en estado de necesidad defensivo. Dado que el origen del peligro se encuentra —en términos fácticos— precisamente en la esfera del agente sobre el que se dirige la acción necesaria, cabría igualmente plantear la posibilidad de que la facultad reactiva se correspondiera con la propia del estado de necesidad defensivo.<sup>138</sup>

---

no quiere decir, por consiguiente, que la acción sea valorada positivamente, sino sólo que la ley —por los motivos que sean— renuncia frente a la comunidad a amenazar con una pena». Y consecuentemente, entiende GIMBERNAT ORDEIG que «[e]l estado de necesidad por conflicto de bienes iguales excluye la antijuridicidad, la acción cubierta por esa eximente no constituye, por ello, una agresión ilegítima, y no puede ser rechazada en legítima defensa: lo único que cabe ante tal acción es, a su vez, otro estado de necesidad». Y en idéntico sentido, además, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pp. 242 y ss., pp. 250 y ss.; CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 280 y ss., pp. 308 y ss.; o en los últimos tiempos, MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 577 y ss.; u ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Caso de los dos psiquiatras en el III Reich», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (ed.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2011, pp. 186 y s.

<sup>133</sup> Vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 288, 299,

<sup>134</sup> Vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 308 y ss.

<sup>135</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 311.

<sup>136</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 308 y ss.

<sup>137</sup> Yo no he sabido encontrar la respuesta en el planteamiento de CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 299 y ss.; tampoco en EL MISMO «Hechos omisivos y causas de justificación. En particular: la colisión de deberes», en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, 1995, pp. 51 y ss. Además, y aunque esta cuestión ha pasado también inadvertida, cabría igualmente plantear si la defensa por parte del necesitado o su auxiliante solo puede recaer en la esfera jurídica del obligado o también en la del necesitado en favor del que pretende actuar el obligado.

<sup>138</sup> Esta es la solución que de *lege ferenda* plantea LUZÓN PEÑA en su *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 249, n. 438: «[c]omo la conducta de este último, intentando devolver a su vez el peligro a los bienes primitivamente afectados, parece menos egoísta que la del primero, resultaría lógico que el Derecho le permitiese

Pues bien, llegados a este punto, lo primero que debe afirmarse aquí es el escaso interés de la doctrina que defiende las tesis intermedias por fundamentar realmente la naturaleza y alcance de la potestad defensiva que desean otorgar al afectado. La exigua discusión doctrinal se ha centrado en cuestiones formales, esto es, en si el concepto de agresión antijurídica o ilegítima propio de la legítima defensa permite o no la legítima defensa frente a la acción no prohibida, o si el concepto de mal del art. 20.5.º CP permite o no reaccionar en estado de necesidad agresivo frente a una conducta no antijurídica.<sup>139</sup> Sin embargo, se olvida la pregunta esencial a la hora de legitimar las facultades de defensa, a saber, si el fundamento último del derecho (o de la facultad) que se pretende otorgar permite o no la reacción defensiva que se autoriza. Al tomar como referencia la categoría de lo meramente no prohibido, la decisión de si “agresión ilegítima” es también una agresión no prohibida o no se torna absolutamente arbitraria. Lo que resulta a día de hoy ampliamente compartido es que la legítima defensa se fundamenta sobre el principio de autonomía, de modo que se autoriza a un agente a desplazar el riesgo de lesión sobre otro que de forma responsable ha cuestionado la separación de esferas de libertad preestablecida. Lo único que hace el agredido es gestionar la esfera del agresor tal y como aquél debería haberlo hecho.<sup>140</sup> Sin cuestionamiento normativamente relevante del Ordenamiento jurídico no hay legítima defensa.<sup>141</sup> Si resulta que la acción no es antijurídica, lo único que amenaza es la lesión de intereses propios. Su defensa no puede justificar en modo alguno un derecho o una facultad de legítima defensa.

Podría pensarse entonces en la posibilidad de admitir una reacción en estado de necesidad defensivo. Pero nuevamente nos topamos con la imposibilidad de advertir un cuestionamiento normativamente relevante, aunque sea mínimo, de la separación dada de esferas jurídicas.<sup>142</sup> No puede cuestionar el Derecho aquél que cumple con lo único que racionalmente le puede ser exigido, a saber, dar cumplimiento a una de las dos razones de obligación en liza a costa de la opuesta. Por lo tanto, quien actúa u omite en cumplimiento de un deber no puede ser hecho al mismo tiempo preferentemente competente por la conjura del riesgo que causa o no contiene, del mismo modo que ningún Ordenamiento jurídico

---

una reacción más amplia —aunque no desproporcionada— a aquel que a éste». En un sentido parecido, además, vid. KÜPER, «Der entschuldigende Notstand — ein Rechtfertigungsgrund?», *JZ*, 1983, p. 95. En cambio, crítico con lo anterior, CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 315 y s., n. 115: «[p]ero, lo que se contraponen realmente aquí son dos vidas, no dos vidas *más* la posesión de la tabla; el hecho de que un naufrago ya se encuentre encima de ella no modifica para nada la ponderación; la posesión del madero es una cuestión completamente irrelevante. En otro caso, el valor de la vida humana se haría depender de un dato material, de una circunstancia externa, como es el haber alcanzado ya el madero y encontrarse asido a él». Asumiendo la crítica de su discípulo, vid. GIMBERNAT ORDEIG, «Prólogo», en CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 27.

<sup>139</sup> Todo ello queda claramente de manifiesto en CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 308 y ss.

<sup>140</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 237 y ss.; y con detalle, en este mismo sentido, PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 209 y ss., 255 y ss.

<sup>141</sup> También desde la fundamentación —quizá más extendida— de la legítima defensa basada en los principios de protección individual y de “prevalecimiento del Derecho”, la idea de una reacción en legítima defensa frente a una acción no contraria al Ordenamiento jurídico resulta —en el mejor de los casos— poco plausible. Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 15 A, nm. 1 y ss.; o MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, pp. 445 y ss., nm. 39: «[a]gresor y defensor no se hallan en una posición igualmente válida frente al orden jurídico. Mientras que el agresor niega el Derecho, el defensor lo afirma. Siendo así, el Derecho se inclina a favor del defensor y, en principio, le permite lesionar al agresor en la medida en que resulte necesario para impedir que el injusto prevalezca sobre el Derecho». El obligado no está negando la validez del orden jurídico, sino cumpliendo con su deber.

<sup>142</sup> Al respecto, con ulteriores referencias doctrinales, vid. COCA VILA, *InDret*, (1), 2011, pp. 4 y ss.; y con detalle, recientemente, WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 205 y ss.



puede legítimamente imponer a un ciudadano un deber alternativo en una situación de conflicto y someterlo al riesgo de que uno de los dos sujetos necesitados, libremente, ejerza contra él una acción de salvaguarda en estado de necesidad defensivo.

Y tanto o más implausible resulta ser la posibilidad de reconocer un estado de necesidad agresivo frente al obligado que deja de cumplir una de las dos razones equivalentes. Aunque es cierto que sus partidarios nunca han desarrollado como sería esperable el fundamento y las consecuencias que se derivan de reconocer estados de necesidad agresivos contrapuestos, lo primero que debemos preguntarnos aquí es si, efectivamente, la razón por la que el obligado puede dejar de cumplir su razón de obligación cuando esta es equivalente a la que sí cumple, se corresponde con el fundamento que legitima injerencias en estado de necesidad agresivo. Cuando (O) decide salvar a (X) y dejar morir a (Y), ¿negamos la antijuridicidad de la omisión de (O) por razones de solidaridad general? Evidentemente no. El fundamento de resolución de las colisiones de deberes equivalentes nada tiene que ver ni con el estado de necesidad agresivo, ni con su fundamento último, la solidaridad mínima intersubjetiva.<sup>143</sup> Que la no antijuridicidad de la omisión de (O) no obedece a razones solidarísticas parece evidente, con lo que la idea de dos estados de necesidad enfrentados se desvanece.<sup>144</sup> Podría todavía objetarse que, pese a no tratarse la primera injerencia de una agresión en estado de necesidad agresivo en sentido estricto, la defensa sí podría reconducirse en cambio al fundamento del estado de necesidad agresivo. Es decir, con independencia de cómo se valore la actuación del obligado para con la víctima en cuestión, ésta tendría la facultad de defenderse en estado de necesidad agresivo. Ahora bien, ¿quién es aquí el que tiene que ser solidario? ¿El obligado, (O), o el primeramente llamado a ser salvado, (X)? Parece que ambos agentes, tanto (O) como (X), podrían ver sus intereses afectados por la reacción defensiva de quien inicialmente creíamos víctima del conflicto. ¿De qué modo el principio de solidaridad obligaría a (X) a tolerar la pérdida de sus intereses en favor de (Y)? ¿Por qué razón debería ser (O) solidario con (X)? Adviértase que el baremo propio del estado de necesidad agresivo, el interés esencialmente preponderante, vinculado al propio fundamento excepcional de la solidaridad, veda toda posibilidad de recurrir a esta causa de justificación entre razones de obligación equivalentes. Ante tales colisiones, ninguna víctima puede por definición hacer valer un interés preponderante, con lo que la misma posibilidad de un estado de necesidad agresivo reactivo quedada completamente vedada.

---

<sup>143</sup> Creo posible afirmar que es ya mayoritaria en la doctrina actual la tesis que advierte el fundamento del estado de necesidad agresivo en la idea de solidaridad, con independencia de los distintos matices desde los que se comprende la noción jurídico-penal de solidaridad. Al respecto, vid. SILVA SÁNCHEZ, *LH- Rodríguez Mourullo*, 2005, 1007 y ss.; ROBLES PLANAS, «Deberes de solidaridad», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 93 y ss.; PAWLIK, «Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes», *JRE*, (22), 2014, pp. 137 y ss.; o WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 139 y ss. En todo caso, tampoco creo que conforme a la tesis que ve en el *topos* del interés preponderante el fundamento de esta causa de justificación quepa legitimar en tales situaciones un auténtica facultad de injerencia en estado de necesidad agresivo. A quien debe tolerar la pérdida de sus intereses no se le puede remitir a la salvaguarda de ningún interés preponderante. Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6: «de todos modos, la víctima a la que se desatiende tiene motivo para sentirse defraudada, ya que se la descuida sin existir un interés superior».

<sup>144</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 310 y ss.

Pero es que, además, aunque se admitan derechos de defensa en tales situaciones, con ello se está en última instancia decidiendo jurídicamente el conflicto de un modo absolutamente arbitrario e injustificable. Quien reconoce a la víctima escogida por el obligado un derecho de legítima defensa y al mismo tiempo impone al obligado y al resto de terceros, también al otro necesitado, el deber de tolerar esa injerencia, está decantando el conflicto en favor de la primera víctima. Es decir, que el Derecho acaba por garantizar la posición jurídica del agente que precisamente había sido señalado por el obligado como el llamado a soportar los costes del conflicto. Esto, claro está, rige con independencia del tipo de facultad de defensa que se reconozca a la primera víctima del conflicto, también si se trata de un derecho de defensa en estado de necesidad agresivo o defensivo. Frente a esto último podría objetarse todavía lo siguiente: las facultades de defensa concedidas son meramente facultades, pero no derechos, que no generan deber alguno de tolerancia, ni en el obligado ni el resto de terceros. No se trata de fundamentar normativamente la facultad de defensa de la víctima, pues estamos ante un espacio libre de Derecho en el que los comportamientos de los agentes involucrados no son objeto de valoración jurídica. Como señala ROBLES PLANAS, «las únicas reglas que regirían serían las del estado de naturaleza», de modo que todos los agentes implicados pueden simplemente recurrir a todos los medios que se encuentren a su disposición fáctica para defender sus intereses.<sup>145</sup> Si la conducta del obligado es indiferente, la respuesta frente a ésta también lo debe ser.<sup>146</sup>

Esta última solución es la que adopta, por ejemplo, Arthur KAUFMANN.<sup>147</sup> Si resulta que el Derecho no puede valorar jurídicamente el conflicto, es absurdo que tras una primera injerencia no prohibida se reconozca al agente afectado un derecho auténtico de necesidad que acabe decantando normativamente el conflicto a su favor. De forma plenamente coherente con sus postulados, defiende KAUFMANN que, frente a la acción no prohibida del obligado, el afectado puede en todo caso defenderse, siendo entonces calificada su acción igualmente como no prohibida.<sup>148</sup> Así las cosas, tanto el obligado como el segundo afectado pueden a su vez defenderse con acciones meramente no prohibidas. Adviértase que no muy distinta es la solución propuesta por CUERDA RIEZU. Al admitir el estado de necesidad frente al estado de necesidad, ello sin deber de tolerancia, en el fondo, está tratando la primera acción del obligado y la respuesta de la víctima como conductas no prohibidas, frente a las que cabe siempre un ulterior estado de necesidad agresivo.

---

<sup>145</sup> Si no voy errado, esta parece ser la tesis sostenida por ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 469. El Derecho simplemente se limitaría a acoger la solución a la que fácticamente llegan los implicados. Además, a diferencia de lo que generalmente se sostiene acerca del auxilio necesario, este autor defiende que allí donde las víctimas no pueden salvarse por sí mismas, no hay razón para exigir que terceros se abstengan de beneficiar a una u otra parte, «[e]n tales casos, la intervención sobre la parte no salvada no constituirá un injusto penal. Ello es lo que sucedería en el caso de que un agente de policía tuviera que cortar la cuerda para salvar al alpinista que va a ser arrastrado al vacío por el otro, adelantando la muerte de éste unos segundos».

<sup>146</sup> Al respecto, ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 336 y s.

<sup>147</sup> Cfr. KAUFMANN, *FS-Maurach*, 1972, p. 342; o KORIATH, *JRE*, (11), 2003, p. 331. Y parece entenderlo así también COMES, *Der rechtsfreie Raum*, 1976, p. 95, n. 6. FEHSENMEIER, *Das Denkmodell*, 1970, p. 154, n. 231, acepta la posibilidad de una legítima defensa frente a la acción no prohibida, que en el planteamiento del referido autor parecería caer también en el marco del espacio libre de Derecho, tratándose por lo tanto de una acción no prohibida.

<sup>148</sup> Cfr. KAUFMANN, *FS-Maurach*, 1972, p. 342.

Esta concepción de las facultades de defensa en situación de conflicto, aunque es la más coherente con los postulados de las teorías del espacio libre de Derecho, conduce en un primer momento a dejar en manos del más fuerte la solución del conflicto,<sup>149</sup> para, en un segundo momento, acabar sumiendo a todos los agentes implicados en la situación de conflicto en el más absoluto caos normativo y empírico como consecuencia de un carrusel de acciones defensivas entrecruzadas cuasi-justificadas.<sup>150</sup> Todo ello conduce a resultados difícilmente sostenibles,<sup>151</sup> también desde la óptica de quien había sido escogido por el obligado para sufrir los costes del conflicto. Bien mirado, se trata de una vuelta a un estado de naturaleza en el que los tres agentes y, por qué no, todos los posibles auxiliantes necesarios, pueden atacarse y defenderse sucesivamente de forma no prohibida. No es solo que de este modo se extiende espacial y subjetivamente la situación de conflicto de manera ilimitada, derivando ello en una escalada de violencia incontrolable,<sup>152</sup> sino que la absoluta desregulación de las situaciones de conflicto supone no garantizar en la situación de conflicto la única solución racional viable, esto es, que solo uno de los dos agentes en situación de necesidad vea finalmente defraudadas sus expectativas.<sup>153</sup>

El Ordenamiento jurídico, como señalaba BAUMGARTEN, «sería desleal con su función más elemental, la evitación de la guerra física»,<sup>154</sup> mostrándose incapaz de determinar con claridad cuál es la conducta *in concreto* debida.<sup>155</sup> Y adviértase que la desregulación del conflicto no solo es criticable desde la óptica de los necesitados, sino que también desde la óptica del agente al que se obliga esta solución resulta inaceptable. Imponer al obligado el deber de cumplir una razón de obligación exponiéndolo a eventuales acciones defensivas (no antijurídicas) es a todas luces ilegítimo. Si el Ordenamiento le impone un deber alternativo y le faculta a escoger, no puede situar al obligado en un espacio libre de Derecho en el que los necesitados y sus auxiliantes necesarios tengan la potestad de emprender acciones defensivas contra él. En

---

<sup>149</sup> Cosa que no niega incluso CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 317, quien entiende, en cambio, «preferible que el ordenamiento jurídico no tome postura de carácter penal»; y que expresamente reconoce ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 469: «[n]o cabe negar, en efecto, que en los aludidos supuestos cada parte puede utilizar todos los elementos fácticos de poder y fuerza que el destino haya dispuesto a su favor para lograr su salvación, lo que ciertamente constituye un momento de arbitrariedad en la solución del conflicto».

<sup>150</sup> Así, con razón, HIRSCH, *FS-Bockelmann*, 1979, p. 103.

<sup>151</sup> En este sentido, ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 333. Además, vid. SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1008 quien a propósito de la posibilidad de un estado de necesidad sin deber de tolerancia afirma que: «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».

<sup>152</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 337 y s.

<sup>153</sup> En este mismo sentido, además, vid. MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, p. 199; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, p. 172; ARCHANGELSKIJ, *Das Problem des Lebensnotstandes*, 2005, p. 26; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 15 y ss.; ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 14 D, nm. 26 y ss.; o JÄGER, *ZStW*, (115), 2003, pp. 782 y s.

<sup>154</sup> Cfr. BAUMGARTEN, *MSchrKrim*, (14), 1923, pp. 101 y s.

<sup>155</sup> Cfr. BELING, *Grenzzlinien zwischen Recht und Unrecht*, 1913, p. 36, señalando que la noción de acción no prohibida cuestiona la función más elemental del Ordenamiento jurídico, esto es, informar a los ciudadanos con carácter general sobre los parámetros normativos de actuación: «quien debe escoger entre emprender o no emprender una acción puede exigir que el Ordenamiento jurídico le informe en ese instante de manera inequívoca si el actuar está o no permitido».

definitiva, como debería quedar de manifiesto con más detalle en el próximo apartado, esta solución no solo no es razonable, sino que tampoco es legítima frente a los dos sujetos necesitados y al obligado a cumplir con una de las razones en liza.<sup>156</sup>

Así las cosas, cabe concluir que también ante conflictos entre razones de obligación equivalentes el Ordenamiento jurídico garantiza jurídicamente la posición del obligado y la concreta forma de cumplimiento que aquél emprende para satisfacer su deber alternativo. Esta es, como ya se ha mostrado en este trabajo, la solución a la que mayoritariamente llega la doctrina en el marco del conflicto entre dos deberes de actuar, pero es absolutamente minoritaria cuando lo que coliden son mandatos y prohibiciones. A continuación se trata de fundamentar positivamente esta conclusión y su validez ante todos y cada uno de los conflictos imaginables entre razones de obligación equivalentes.

### **c) La legitimación de la solución frente a la víctima en los conflictos entre razones de obligación equivalentes**

#### *i) La colisión entre razones de obligación equivalentes como una comunidad de peligro normativa*

Bien mirado, lo que se pretende a continuación es tan solo fundamentar la solución a la que la doctrina mayoritaria llega a la hora de resolver los conflictos entre deberes equivalentes. Aunque partiendo de un concepto de conflicto parcialmente distinto al sostenido por la doctrina dominante,<sup>157</sup> se trata en lo que sigue de explicar por qué razón la imposición al obligado de un deber alternativo con efectos plenamente enervadores del injusto es también legítima a ojos de la persona que padece en última instancia la decisión del obligado. Como ya se ha mostrado, los dos argumentos esgrimidos clásicamente en favor de esta conclusión no son concluyentes. En mi opinión, ni la mera alusión formalista al axioma del *impossibillum nulla obligatio* y a los principios de unidad y coherencia del Ordenamiento,<sup>158</sup> ni la remisión a la situación caótica a la que conduce la no imposición de deberes de tolerancia son, aun siendo ambos argumentos esencialmente correctos y atendibles, definitivos. Tampoco lo es la contemplación final de las consecuencias una vez se impone una obligación alternativa, pues

---

<sup>156</sup> Cfr. *infra* apdo. II, 3.3, c).

<sup>157</sup> Por un lado, al normativizar la jerarquización y desvincular la diferencia entre los deberes de la que media entre los bienes jurídicos resulta que, por un lado, conflictos clásicamente vistos como colisiones entre deberes jerarquizables son aprehendidos aquí como conflictos entre razones equivalentes; por otro lado, la introducción en el proceso de jerarquización de las tres nociones de especie de deber hace que algunas colisiones clásicamente vistas como equivalentes sean consideradas conflictos entre deberes jerarquizables; y, finalmente, con la definición del instituto al margen de la distinción mandato-prohibición resulta que el conflicto entre dos agentes necesitados en los que el obligado solo puede cumplir un mandato infringiendo una prohibición constituye en este trabajo asimismo un conflicto equivalente, si bien para la inmensa mayoría de la doctrina estamos en este supuesto ante un caso estándar de estado de necesidad a resolver conforme a las reglas del § 34 StGB.

<sup>158</sup> En este mismo sentido, con detalle, CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 200 y s.

como ya ha quedado mostrado en este trabajo, nuestro Ordenamiento jurídico no impone deberes y concede facultades bajo un único patrón consecuencialista y colectivista.<sup>159</sup>

En este trabajo se ha asumido que todo proceso de legitimación de normas de comportamiento penales está necesariamente regido por el principio del individualismo normativo.<sup>160</sup> A los efectos que ahora interesan, esto significa que la solución que se le otorga al conflicto entre razones de obligación equivalentes también tiene que ser susceptible de legitimación a ojos de la víctima de la decisión del obligado,<sup>161</sup> esto es, frente a quien ve como el obligado decide no cumplir la razón de obligación que garantizaba —aunque solo fuera— provisoriamente su posición jurídica. El que la imposición de un deber alternativo en tales casos es justificable frente al obligado y frente a quien ha decidido el obligado que verá sus intereses salvaguardados parece evidente.<sup>162</sup> Sin embargo, esta solución resulta claramente más controvertida cuando se analiza desde la óptica de la víctima. Por un lado, la referencia al axioma voluntarista no es suficiente desde el momento en el que se admite que el obligado puede cumplir cualquiera de las dos razones en liza.<sup>163</sup> Por otro lado, la equivalencia de las razones en liza y la imposibilidad de fundamentar deberes de tolerancia o derechos de necesidad entre los agentes involucrados imposibilita justificar la solución al conflicto frente a la víctima a partir del mejor derecho de su contrincante.

Sentado lo anterior, parece ahora posible afirmar que, ante una situación de conflicto entre razones de obligación equivalentes, son dos únicamente los escenarios posibles. O bien los dos agentes involucrados en la situación de conflicto ven menoscabada su pretensión de

---

<sup>159</sup> Cfr. Cap. 3, apdo. II, 3. En este mismo sentido, a propósito de situaciones de conflicto en el marco de comunidades de peligro, vid. NEUBECKER, *Zwang und Notstand*, 1910, pp. 62 y s.; y en los últimos tiempos, así también, HÖRNLE, «Matar para salvar muchas vidas», *InDret*, (2), 2010, p. 20:

<sup>160</sup> Cfr. *supra* Cap. 5, apdo. II, 2.3, n. 22. Un Ordenamiento jurídico-penal legitima sus normas frente a individuos, no frente a colectivos, legitima sus normas frente a todos y cada uno de los sujetos a los que directa o indirectamente afectará la norma en cuestión, y todo ello tomando en consideración en el momento de promulgación de las normas al conjunto de los ciudadanos afectados en un plano de exacta igualdad. Cfr. VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 38 y ss., pp. 46 y ss.

<sup>161</sup> Con razón ha puesto de manifiesto ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 144, n. 523, que la doctrina contemporánea no ha prestado la atención que merece a este problema, como mínimo, no cuando se trata del conflicto entre dos deberes de actuar, donde se le niega a un necesitado su pretensión de salvaguarda sin ninguna explicación más allá de la simple remisión al axioma voluntarista. Este desinterés se explica por la ligereza con la que tradicionalmente se ha negado el nacimiento de los mandatos. Todo ello queda claramente de relieve en el planteamiento de NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 126 y s.; quien insiste una y otra vez en que la omisión no constituye una injerencia en la esfera jurídica del necesitado, sino la no salvaguarda de un mero interés a conservar. Ello explicaría que la mera equivalencia justificase ya una omisión en caso de conflicto. Que el agente asegurado por un deber de competencia plena tiene una pretensión normativa frente a su garante equivalente a la que caracteriza la obligación general de no dañar activamente ya ha sido puesto en este trabajo de relieve, (Cfr. Cap. 3, apdo. IV, 3.3, a)) por lo que no es necesario reiterar aquí el error esencial en el que incurre NEUMANN al afrontar la solución de los conflictos entre razones de obligación.

<sup>162</sup> Con razón denuncia CONINX, *Das Solidaritätssprinzip*, 2012, p. 155, que la doctrina penal ha centrado históricamente su análisis en la figura del obligado, legitimando su solución a partir del axioma voluntarista, pero olvidando por completo la posición de la víctima.

<sup>163</sup> Lo puso de relieve con razón ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik*, 1963, pp. 127 y s., lo imposible es resolver el conflicto, pero no dar cumplimiento a cada una de las razones en conflicto. Erróneamente deriva ANDROULAKIS de lo anterior que los conflictos no pueden resolverse en el plano del injusto. Cfr. Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), i).

garantía provisional, o bien uno de los dos agentes ve su pretensión finalmente satisfecha.<sup>164</sup> Estamos ahora frente a situaciones de conflicto en las que los dos potenciales beneficiarios se encuentran en una situación de necesidad compartida, configurada a partir de un peligro común que une de forma excluyente el destino de sus pretensiones jurídicas. En el Derecho español, la noción de comunidad de peligro está recogida en los arts. 347 y ss. de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, donde se regula la avería común o gruesa.<sup>165</sup> Ésta se define como el acto voluntario del capitán de un navío consistente en sacrificar parte de los intereses involucrados en la travesía marítima en situación de peligro inminente y cierto para salvaguardar así al resto de un daño mayor.<sup>166</sup> Dicho acto es subsumido por la doctrina mercantilista en la figura del estado de necesidad a fin de justificar la actuación del capitán.<sup>167</sup> El art. 349 de la referida ley establece expresamente que a satisfacer el importe de las averías gruesas o comunes contribuirán todos los interesados en el buque y cargamento existente en él al tiempo de ocurrir la avería.<sup>168</sup> Es decir, que cuando el capitán ordena la echazón de un contenedor para salvar el resto de la carga o el buque, los propietarios de todos los intereses patrimoniales en riesgo están obligados a contribuir proporcionalmente a su valor en la reparación del daño causado.

---

<sup>164</sup> Adviértase que en la media en que se acepte como aquí la posibilidad de auténticos conflictos entre deberes de actuar y omitir, el obligado puede dar satisfacción a una razón en liza permaneciendo simplemente inmóvil. Por otro lado, cabría todavía quebrar la vigencia del principio del tercero excluido defendiendo la posibilidad de que el Ordenamiento proceda a una reconstrucción de los deberes en liza a la baja, haciéndolos así compatibles. Cfr. FRISCH, «Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien», *FS-Puppe*, 2011, pp. 447 y s., quien entiende que, en consonancia con el principio de concordancia práctica, «la primera meta de una solución jurídica a la colisión debe ser en virtud del idéntico grado de merecimiento de protección de los bienes mantener ambos en la mayor medida posible, incluso con reducciones y la exigencia de riesgos limitados». Con un ejemplo: el capitán de un buque advierte que debe lanzar por la borda diez toneladas de carga para evitar el hundimiento de la embarcación. En la cubierta se encuentran dos contenedores, cada uno de los cuales pesa justamente diez toneladas. Asumiendo que ambos contienen exactamente la misma mercancía y que pertenecen a dos propietarios distintos, el capitán puede ordenar la echazón de un contenedor o mandar abrir los dos contenedores y echar por la borda la mitad de la carga de ambos. De este modo el capitán parece infringir o cumplir parcialmente sus dos deberes de salvamento. Esta misma estructura puede advertirse en conflictos entre dos mandatos simples. El médico que puede salvar a uno de los dos lesionados y evitar cualquier secuela opta sin embargo por atender de forma rápida y sucesiva a los dos necesitados, salvando ambas vidas, pero a costa de no evitar importantes secuelas físicas a ambos necesitados. Sobre esto último, *infra*, apdo. II, 4.2.

<sup>165</sup> Artículo 347. “Concepto y requisitos del acto. Existe acto de avería gruesa cuando, intencionada y razonablemente, se causa un daño o gasto extraordinario para la salvación común de los bienes comprometidos en un viaje marítimo con ocasión de estar todos ellos amenazados por un peligro.”

<sup>166</sup> Vid. aunque a propósito del ahora derogado art. 811 CCo, RUEDA MARTÍNEZ, «Artículo 806 y ss.», en BALDÓ DEL CASTAÑO/RUEDA MARTÍNEZ (eds.), *Comentarios al Código de Comercio*, v. III, 2002, pp. 1993 y ss., p. 2003; GÓMEZ CALERO, *Derecho de las averías y de los accidentes marítimos*, 1992, pp. 31 y ss.; LA ORDEN MIRACLE, *El estado de necesidad en el Derecho privado*, 1933, pp. 51 y s., p. 123; o DE MALLOL, «Echazón», en MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia jurídica*, v. VIII, 1956, pp. 1 y ss.

<sup>167</sup> Cfr. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, v. II, 1979, p. 775. Sobre los concretos requisitos de la causa de justificación, vid. RUEDA MARTÍNEZ, en BALDÓ DEL CASTAÑO/RUEDA MARTÍNEZ (eds.), *Comentarios al Código de Comercio*, v. III, 2002, pp. 2007 y ss., señalando este autor los tres siguientes: a) existencia de un peligro cierto e inminente; b) voluntariedad del sacrificio; y aunque más controvertido en la doctrina, c) resultado útil; o ARROYO MARTÍNEZ, «Las averías y los accidentes marítimos y aéreos», en URÍA et al. (eds.), *Curso de Derecho Mercantil*, v. II, 2ª ed., 2007, pp. 1655 y ss.

<sup>168</sup> Artículo 349. “Contribución a la avería gruesa. Los daños o gastos ocasionados en acto de avería gruesa serán soportados por los titulares de los intereses en riesgo en el momento de la avería, en proporción y con el límite del valor salvado de cada uno de ellos”.

Aunque el fundamento de esta causa de justificación es discutido, la «tesis más generalizada piensa que el fundamento último del deber de contribución descansa en la comunidad de intereses y riesgos que se establecería entre quienes participan en la navegación».<sup>169</sup>

En la doctrina jurídico-penal es también conocida desde antaño la noción de comunidad de peligro y la necesidad de desarrollar reglas especiales de exención de la responsabilidad en tales supuestos. Tempranamente se distingue ya en la doctrina alemana entre comunidades de peligro secundarias y primarias.<sup>170</sup> En las comunidades secundarias la salvación de un bien jurídico en peligro solo es imaginable a costa de lesionar un segundo bien jurídico absolutamente ajeno a la situación de necesidad, mientras que las primarias, las que ahora nos interesan, son aquéllas en las que una pluralidad de bienes jurídicos pertenecientes a distintas personas conforman una única comunidad de riesgo, de suerte que todos los bienes acabarán perdiéndose a no ser que uno sea salvado a costa del otro.<sup>171</sup> Dentro de este grupo de comunidades de peligro, se distingue a su vez entre las comunidades simétricas y las asimétricas. Se habla de comunidades de peligro simétricas cuando los dos intereses en comunidad son susceptibles de ser salvaguardados alternativa, pero no cumulativamente. Asimétrica es, en cambio, aquella situación de comunidad en la que solo uno de los dos

---

<sup>169</sup> Así RUEDA MARTÍNEZ, en BALDÓ DEL CASTAÑO/RUEDA MARTÍNEZ (eds.), *Comentarios al Código de Comercio*, v. III, 2002, p. 2007. Además, esta fundamentación basada en la idea de comunidad, como el propio RUEDA MARTÍNEZ muestra, trae causa en la regulación romana del instituto y el espíritu de asociación de las empresas marítimas de aquel tiempo: «[s]e contemplaba al navío y a la carga de cada viaje como una universalidad solidaria, *unum germen*, a los efectos de que los distintos consortes de la expedición compartieran por igual los riesgos de la misma. Surge de esa manera el término germinamento, que comprendía todas las averías sin distinción, tanto las provenientes de fuerza mayor como las que se originaban por un sacrificio voluntario, las que se partían entre todos los consortes, así como también las pequeñas averías y gastos ordinarios de la navegación». Un exhaustivo análisis de los antecedentes históricos de la institución en ARROYO MARTÍNEZ, en URÍA et al. (eds.), *Curso de Derecho Mercantil*, v. II, 2ª ed., 2007, pp. 1649 y ss., y sobre el fundamento jurídico de la institución, pp. 1654 y ss., poniendo en evidencia la irregularidad de la institución en lo que a la distribución de los costes se refiere, pues el principio general que rige en el Derecho mercantil es el de que cada interesado soporta sus propios daños (*res perit domino*), y afirmando que el «fundamento último del deber de contribución descansa en la comunidad de intereses que se crea ante el riesgo común. Ante el riesgo compartido la decisión debe ser única, tomada por el capitán que tiene el mando del buque, y las consecuencias deben ser guiadas por el principio de solidaridad, de donde nace la idea del reparto». Un resumen de otros intentos de fundamentación del instituto puede además leerse en GÓMEZ CALERO, *Derecho de las averías y de los accidentes marítimos*, 1992, pp. 36 y ss. Cfr. además DE MALLOL, en MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, v. VIII, 1956, p. 2: «[a]l capitán le corresponde el gobierno de la empresa de navegación; a él está confiada su prosperidad durante la travesía y la conservación de una comunidad de intereses. Cuando surge un peligro que amenaza esta comunidad, considerada como unidad económica, entonces corresponde el sacrificio de un interés particular, si este sacrificio parcial puede limitar un daño a la comunidad —fundamento de la avería gruesa—; en este momento aparece el estado de necesidad».

<sup>170</sup> Distingue con claridad entre ambos grupos de conflicto HENKEL, *Der Notstand*, 1932, p. 90, para afirmar que solo cabe hablar de comunidad de peligro cuando los dos necesitados están originariamente amenazados por el peligro; mientras que KÖHLER, *Der Notstand im künftigen Strafrecht*, 1926, pp. 26 y s., tacha de irrelevante esta distinción, pues no habría razón por la que tratar distinto el supuesto de los dos naufragos que se encuentran sobre la tabla que no soporta su peso o aquél en el que uno está ya asido y el segundo naufrago pretende su salvación. Cfr. además, OETKER, «Der Notstand», en BIRKMEYER et al. (eds.), *Vergleichende*, v. II, 1908, p. 352; BROGLIO, *Der strafrechtliche Notstand*, 1928, pp. 20 y s.; o KARDING, *Die Notpflicht*, 1933, pp. 34 y s.

<sup>171</sup> Cfr. VON BAR, *Gesetz und Schuld*, v. III, 1909, pp. 264 y ss.; HENKEL, *Der Notstand*, 1932, pp. 90 y ss.; BROGLIO, *Der strafrechtliche Notstand*, 1928, pp. 20 y s.; VON WEBER, *Das Notstandsproblem*, 1925, pp. 25 y ss.; BAUMGARTEN, *Notstand und Notwehr*, 1911, pp. 69 y ss.; OETKER, en BIRKMEYER et al. (eds.), *Vergleichende*, v. II, 1908, pp. 351 y ss.; TRAEGER, *Das Notstandsproblem*, 1932, pp. 39 y ss.; o WELZEL, *StrafR*, 11ª ed., 1969, § 23, pp. 184 y s. Antes, aunque limitado al conflicto entre bienes patrimoniales, ya LUDEN se hacía eco de la necesidad de justificar la lesión patrimonial ajena para evitar la pérdida de todos los intereses implicados en situaciones de comunidad de peligro. Cfr. LUDEN, *Abhandlungen*, v. II, 1840, p. 512.

intereses puede ser salvado a costa del otro, que está ya abocado (*totgeweiht*) irremediadamente a perderse.<sup>172</sup> Aquí, solo una parte de los intereses en comunidad puede ser salvada, a diferencia de lo que ocurre en los conflictos simétricos, donde todos los intereses que peligran destruirse son empíricamente susceptibles de salvaguarda. Aunque a día de hoy es objeto de discusión tanto el círculo de comunidades de peligro relevantes a la hora de alterar las reglas generales de exención de la responsabilidad,<sup>173</sup> como el efecto eximente de la situación de comunidad, así como la posibilidad y alcance de un auxilio necesario en tales situaciones,<sup>174</sup> lo cierto es que el hecho de que una acción lesiva de intereses ajenos se produzca en el marco de una comunidad de peligro es, sin duda, un dato relevante a la hora de establecer la responsabilidad penal de quien actúa. Dañar aquello que va a perderse para salvar otro bien, como *actio duplex*, no parece merecer la misma valoración jurídica que la infracción de una norma de comportamiento a la que sigue la lesión de un interés hasta entonces no amenazado.

Hasta donde alcanzo, todos los conflictos imaginables entre razones de deber pueden ser definidos *lato sensu* como auténticas situaciones de comunidad de peligro. Pueden quedar ya en este momento a un lado las situaciones de comunidad de peligro secundarias, en donde la regla del *casum sentit dominus* vincula la solución del conflicto a las reglas clásicas de la justificación.<sup>175</sup> Pese a que ello ha pasado ampliamente desapercibido en la doctrina,<sup>176</sup> bien mirado, los conflictos de deberes clásicos y las comunidades de peligro en las que el agente salvador es un tercero distinto a los agentes involucrados responden siempre a una misma estructura normativa. A esta conclusión se llega tomando en consideración los tres requisitos tradicionalmente argüidos para la caracterización de una comunidad de peligro. Para ello alude ROBLES PLANAS a «las siguientes notas: 1) la acción de salvación de una parte sólo puede tener lugar a costa de la otra parte; 2) ambas partes son completamente ajenas a la originación del peligro, y 3) las dos partes se hallan simultáneamente amenazadas por el

---

<sup>172</sup> Cfr. HENKEL, *Der Notstand*, 1932, p. 91; o VON WEBER, *Das Notstandsproblem*, 1925, pp. 26 y s. En la literatura contemporánea, vid. NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 76; y con detalle y múltiples citas a la doctrina, vid. BERNSMANN, »Entschuldigung« durch Notstand, 1989, pp. 317 y ss.; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 297 y ss.; LADIGES, *Die Bekämpfung*, 2ª ed., 2013, pp. 420 y ss.; ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 466 y ss.; o ARCHANGELSKIJ, *Das Problem des Lebensnotstandes*, 2005, pp. 46 y ss.

<sup>173</sup> A día de hoy parece todavía mayoritaria la corriente doctrinal que, por un lado, no distingue entre comunidades de peligro simétricas o asimétricas y, por el otro, reconoce a la actuación salvadora tan solo efectos enervadores de la atribuibilidad personal del hecho injusto (culpabilidad o responsabilidad). Cfr. ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzjowski StGB*, nm. 32. o ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, nm. 35 y ss., con ulteriores referencias. Ya antes, admitiendo la exculpación suprallegal en las comunidades primarias, y negándola en las secundarias, vid. WELZEL, *StrafR*, 11ª ed., 1969, § 23, pp. 184 y s. Quienes en cambio sí distinguen entre una y otra clase de comunidades de peligro, como por ejemplo NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 76 y s.; o ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 119, abogan por reconocer efectos justificantes a la acción salvadora en las comunidades de peligro asimétricas, pero no así en las simétricas.

<sup>174</sup> Cfr. BROGLIO, *Der strafrechtliche Notstand*, 1928, pp. 26 y ss., limitando el auxilio necesario a parientes; y ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 470 y ss., amplía el auxilio necesario a todas aquellas situaciones en las que los propios necesitados carecen de la posibilidad de autosalvación.

<sup>175</sup> Cfr. Cap. 4, apdo. II, 4.

<sup>176</sup> Ello fue tempranamente puesto de relieve por OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, p. 107; y desde postulados consecuencialistas, en un sentido muy parecido, vid. DELONGE, *Die Interessenabwägung*, 1988, pp. 170 y s., p. 172. En los últimos tiempos, aludiendo nuevamente a esta equivalencia estructural, cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 386 y ss., 410 y ss.



peligro». <sup>177</sup> Pues bien, todo conflicto entre razones de obligación puede ser definido como una situación de comunidad de peligro en la que aparecen como llamados a soportar la defraudación de sus correspondientes expectativas normativas una pluralidad de sujetos, siendo posible la salvaguarda de una parte de aquéllas a costa del sacrificio de otra. Ambas partes son ajenas a la originación del peligro y ambas se encuentran paralelamente amenazadas. Se trata, de un concepto de peligro transversal y normativizado en el que, en realidad, lo que hace el Ordenamiento es recortar y delimitar un ámbito de agentes involucrados en una situación especial de necesidad, para decidir entre los llamados a soportar primariamente el peligro cómo resolver el conflicto de la mejor manera posible a través de la figura del obligado. <sup>178</sup> El médico no puede salvar a (A) porque tiene que salvar a (B) y viceversa, o el padre no puede salvar a (A) porque tendría para ello que adelantar o acelerar la muerte de (B). <sup>179</sup>

Evidentemente, no es siempre sencillo concretar cuándo cabe hablar de una identidad de peligro a los efectos que ahora interesan. No se da, por ejemplo, en el supuesto en el que un médico solo puede salvar a su paciente extrayendo en contra de su voluntad un segundo órgano a un paciente que peligra morir fruto de un accidente de circulación (comunidad de peligro secundaria). <sup>180</sup> En cambio, sí cabe hablar de comunidad de peligro en el supuesto clásico en el que dos escaladores cuelgan de una cuerda siendo únicamente posible salvar al primero cortando dicha cuerda y dejando caer al vacío al segundo; o aquél en el que el piloto de un globo aerostático que vuela con dos pasajeros únicamente puede evitar la muerte de todos ellos lanzando al vacío a uno de los dos pasajeros. <sup>181</sup> Y, pese a no ser en términos físico-naturales único el peligro, también conforman una comunidad de peligro en el sentido que ahora interesa los dos agentes considerados a través de un juicio normativo *dominus* a los efectos de las colisiones de deberes más clásicas. Es decir, el paciente que ha sufrido un infarto y el que acaba de ser atropellado, en la medida en que el médico no puede atenderlos simultánea o alternativamente configuran igualmente una comunidad de peligro. Y lo mismo cabe afirmar en relación con aquellos supuestos analizados en el capítulo tercero de este trabajo en los que, por ejemplo, un conductor tiene que decidir si atropella al peatón que se le cruza por delante o salva al motorista que circula inmediatamente detrás y que morirá en caso de un brusco frenazo. Aunque entre estas distintas estructuras median diferencias fenomenológicas, a todas ellas es común la posibilidad de individualizar y determinar en el seno de la generalidad a una pluralidad de agentes individuales llamados a soportar los costes derivados de la escasez de medios para dar cumplimiento a razones de obligación

---

<sup>177</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 467.

<sup>178</sup> Sobre la noción de “identidad de peligro” como requisito fundamental de la definición de una comunidad de peligro, cfr. con detalle, ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 300 y s., p. 399, quien alude como criterio definidor de la unicidad del peligro a la mera causalidad. Además, advirtiendo con razón que las colisiones entre dos deberes de actuar son también supuestos de comunidad de peligro, vid. MANGAKIS, *ZStW*, (84), 1972, pp. 468 y ss.

<sup>179</sup> En este sentido, cfr. FRISCH, *FS-Puppe*, 2011, p. 449.

<sup>180</sup> Con razón, tempranamente, vid. HENKEL, *Der Notstand*, 1932, p. 91; BROGLIO, *Der strafrechtliche Notstand*, 1928, p. 32; o MANGAKIS, *ZStW*, (84), 1972, pp. 475 y s.

<sup>181</sup> Este y otros ejemplos académicos en OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 84 y ss.

provisionales.<sup>182</sup> Dada la situación de conflicto, ninguno de los necesitados puede desmarcarse del peligro amparándose en el axioma del *casum sentit dominus*.

Así las cosas, no de extrañar que, pese a no haberse explicitado generalmente la equivalencia estructural entre las colisiones de deberes y los supuestos clásicos de comunidad de peligro, un importante sector doctrinal venga tratando desde hace ya tiempo unos y otros supuestos de forma equivalente o muy similar. Ante tales casos, como viene desde antaño reconociéndose, las reglas clásicas de la justificación no son adecuadas y, en especial, la exigencia de una diferencia esencial entre los intereses en juego resulta un obstáculo inasumible para resolver convincentemente tales conflictos. Ante colisiones de deberes equivalentes, el obligado tiene que escoger y, ante comunidades de peligro, como mínimo en las simétricas, el auxiliante necesario podría igualmente de forma justificada lesionar un interés equivalente al que salvaguarda.<sup>183</sup> A los efectos que ahora interesan, cabe diferenciar básicamente entre dos grandes grupos de conflictos entre razones equivalentes.

Por un lado, aquellos conflictos simétricos en los que los dos titulares de las pretensiones en juego tienen opciones reales de ver salvaguardados sus intereses a costa de los de su adjunto en la comunidad de peligro. A su vez, cabe aquí distinguir entre dos escenarios aparentemente disímiles. Cabe imaginar supuestos en los que el obligado lo está para con los dos necesitados por una única razón de obligación, de modo que coliden desde un primer momento únicamente dos razones. Por ejemplo, un padre puede evitar entrando en el garaje en llamas que la bicicleta de su hijo (A) y la de su hijo (B) acaben siendo pasto de las llamas, aunque solo puede salvar una bicicleta, pues no puede transportar las dos en el único viaje que el fuego le concede.<sup>184</sup> En cambio, cabe imaginar supuestos en los que —tomando en consideración la conducta salvadora idónea— uno de los dos necesitados está vinculado con el obligado por dos razones de obligación distintas. Por ejemplo, el capitán de buque solo puede salvar los dos contenedores que transporta en la cubierta lanzando uno por la borda. Aquí, para cumplir su razón de obligación de competencia plena para con el titular de un contenedor (A), debe incumplir la razón de obligación de salvaguarda contrapuesta (B), y encima lanzar el contenedor de (B) por la borda, lo que supone quebrantar una tercera razón en liza, en este caso, una razón prohibitiva de corte negativo.

Por otro lado, cabe imaginar supuestos de colisión entre razones de deber de carácter asimétrico. Aquí, dado que el titular de los intereses perdidos ya no goza de una pretensión de

---

<sup>182</sup> Cfr. FRISCH, *FS-Puppe*, 2011, p. 447: «Sie konkurrieren vielmehr aufgrund einer schicksalhaften Verkettung mit anderen Gutserhaltungsinteressen, insbesondere weil beide unbeeinträchtigt im konkreten Fall nicht nebeneinander bestehen können oder beide auf dasselbe Mittel zum Überleben oder zur Vermeidung sonstiger Beeinträchtigungen angewiesen sind».

<sup>183</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 297 y ss.

<sup>184</sup> Esta estructura, además, puede presentarse a partir del conflicto entre dos razones de obligación *ad ommitendum*, o una razón de obligación *ad ommitendum* y una segunda *ad faciendum*. Con dos ejemplos: un piloto de una aeronave que ha perdido ambos motores solo puede evitar estrellarse contra un núcleo de población dirigiendo la aeronave contra la zona costera de esa misma población, repleta de turistas; o el conductor de un automóvil solo puede evitar atropellar al peatón que cruza sorpresivamente la calle frenando bruscamente y asumiendo que el motorista que circula inmediatamente tras él se estrellará mortalmente contra la luna trasera del automóvil.

salvación efectiva, se trata siempre de un único escenario, aquél en el que coliden la razón de obligación que impone una actuación de salvaguarda y la razón negativa que impone no adelantar la destrucción del interés ya condenado a extinguirse. Ello acontece, por ejemplo, en el supuesto en el que un bombero, tras asumir la concreta contención de un incendio, solo puede apagar el fuego que amenaza a una motocicleta destruyendo anticipadamente el automóvil ya insalvable. El bombero está obligado por una razón de competencia plena que le obligaría a salvar la motocicleta todavía intacta y por una razón de competencia plena que le obliga a no destruir activamente el automóvil que tarde o temprano será pasto de las llamas.<sup>185</sup>

*ii) Los conflictos entre razones de obligación equivalentes con distribución simétrica de opciones de salvación*

Mientras que la solución a los conflictos simétricos entre dos deberes de actuar resulta relativamente pacífica en la doctrina más moderna, la solución a las colisiones entre razones de obligación simétricas en las que el obligado tiene que infringir una prohibición para cumplir con un mandato es objeto todavía hoy de una profunda discusión.<sup>186</sup> Aunque tradicionalmente ambos grupos de casos son tematizados de forma separada, lo cierto es que se trata de solventar en última instancia en ambos supuestos un mismo problema, a saber, el de cómo disipar el conflicto entre dos razones de obligación de salvaguarda equivalentes.<sup>187</sup> Desde la óptica de los tres agentes implicados, tomando en consideración a los tres en un plano de igualdad, resulta plausible afirmar que el escenario a evitar es precisamente aquél en el que los dos sujetos necesitados ven defraudadas sus pretensiones provisionalmente garantizadas.<sup>188</sup> O dicho con otras palabras, cuando los intereses de dos sujetos están en peligro y es posible *de facto* salvar una parte, ambos sujetos tienen un razonable interés en que, como mínimo uno de los dos, pueda ver satisfecha su pretensión.<sup>189</sup> Optar por retirar el deber

---

<sup>185</sup> En este punto debemos asumir que el automóvil que amenaza con perderse todavía vale *in concreto* lo suficiente como para no ceder frente al valor de la motocicleta conforme a las reglas generales del estado de necesidad agresivo. Es decir, si se constatará una diferencia de intereses esencialmente preponderante, el bombero ya solo estaría obligado por el deber de mayor rango y, por lo tanto, no se presentaría conflicto equivalente alguno. A diferencia de lo que sucede con las vidas humanas, todo parece indicar que los bienes patrimoniales sí modifican a la baja su valor por el hecho de estar abocados a perderse. Tiene razón JAKOBS (*AT*, 2ª ed., 1993, 13/26) cuando afirma que «si los bomberos destruyen un edificio que ya no se pueda salvar, para posibilitar la extinción del fuego en otro edificio, actúan de manera justificada», pues aquí el conflicto entre el deber de salvamento y el de no lesión se resuelve, dada la diferencia de intereses, en favor del primero.

<sup>186</sup> Cfr. el breve análisis de NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 78; u OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 107 y ss. Sobre todo ello, con detalle, en los últimos tiempos, vid. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 405 y ss.; ARCHANGELSKIJ, *Das Problem des Lebensnotstandes*, 2005, pp. 46 y ss.; o CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 142 y s., 156 y ss.

<sup>187</sup> Ello fue puesto de relieve por OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, p. 107; y desde postulados consecuencialistas, en un sentido muy parecido, vid. DELONGE, *Die Interessenabwägung*, 1988, pp. 170 y s., p. 172.

<sup>188</sup> Cfr. VON WEBER, *Das Notstandsproblem*, 1925, p. 30: «Die Rechtsordnung verlangt nicht, daß in Gefahrgemeinschaft der Mensch tatenlos zuschauen, wie alle gefährdeten Güter untergehen; sie billigt die Handlung, die möglichst viel rettet. Dieser Grundsatz muß auch für die Fälle, in denen Leben gegen Leben steht, gelten; ein vernünftiges Recht kann nicht verbieten, daß wenigstens ein Menschenleben gerettet wird, wenn die Rettung beider unmöglich ist». Cfr. además VON WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2ª ed., 1948, pp. 94 y s.: «Auch außerhalb dieser gesetzlich geregelten Fälle findet der Grundsatz der Güter- und Pflichtenkollision entsprechende Anwendung, insbesondere bei echter Gefahrgemeinschaft, bei der alle Güter verloren wären, wenn nicht durch Aufopferung eines Teiles der übrige Teil gerettet wird. Diese Aufopferung (vg. die Grundsätze der großen Haverei §§ 835 ff. HGB) ist rechtmäßig».

<sup>189</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 146;

al obligado cuando las dos razones de obligación son equivalentes resulta inaceptable desde cualquier comprensión plausible de la razonabilidad práctica en la solución de conflictos.<sup>190</sup> La explicación consistente en: “te niego tu pretensión de salvaguarda porque también se la he negado a tu antagonista”, propia de un igualitarismo radical, casi infantil, es a ojos de ambos necesitados inadmisibles.<sup>191</sup> Negar a ambos su pretensión por la imposibilidad de jerarquizar las razones de deber no constituye una coordinación armónica y razonable de las esferas de libertad implicadas, sino más bien la más irracional de las soluciones imaginables, de modo que ningún agente tendría por qué tolerar una solución como esta.<sup>192</sup> El Ordenamiento jurídico, como establece con claridad la histórica regulación de la avería gruesa, a diferencia del asno de Buridán, sabe que cuando no hay razones especiales en favor de ninguno de los dos montones de heno, sigue siendo razonable decidir, y optar por uno de los dos.<sup>193</sup> Ahora bien, aun cuando se admita que el naufragio colectivo es la peor de las soluciones posibles (*commune naufragium, omnibus solatium*) y que,<sup>194</sup> por lo tanto, la solución de la obligación disyuntiva es la más razonable de las imaginables, queda todavía por explicar por qué razón la víctima debe asumir la solución que el obligado otorga a la situación de conflicto.<sup>195</sup> Desde esta óptica, no hay duda de que negarle protección normativa a los intereses equivalentes a los que se salvan en virtud de una decisión libre del agente obligado resulta cuanto menos problemático.<sup>196</sup> El reto en lo que sigue es doble. Debemos explicar, por un lado, por qué en

---

<sup>190</sup> Vid. tempranamente, OETKER, en BIRKMEYER et al. (eds), *Vergleichende*, v. II, 1908, p. 352; y posteriormente, en el mismo sentido, KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 24; o CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, p. 155.

<sup>191</sup> Es cierto que para quien la igualdad como tal es digna de ser garantizada, es decir, para quien la igualdad posee un valor intrínseco, no sería descabellado afirmar que ante la imposibilidad de discriminar racionalmente, la solución más justa es permitir que todos los intereses en juego se pierdan. Cfr. PARFIT, «Gleichheit und Vorrangigkeit», en KREBS (ed.), *Gleichheit oder Gerechtigkeit*, 2000, p. 86. La admisión del naufragio común en tales supuestos ha sido precisamente tomada como un argumento de peso contra las teorías igualitarias extremas de la justicia (*levelling down objection*). Cfr. HOLTUNG, «Egalitarianism and the Levelling down Objection», *Analysis*, (58), 1998, pp. 166 y ss. Creo que las tesis igualitaristas extremas pueden ser también criticadas desde las trincheras no consecuencialistas. Ningún ciudadano del mundo puede tener un interés razonable en que, por ejemplo, no se comercialice ningún tipo de medicamento, aun cuando sabemos que todos ellos son escasos, o en que no se practique ninguna operación quirúrgica, aun cuando sabemos que no todo aquél que la necesita podrá valerse de aquélla. En este sentido, con razón, CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 153 y ss.

<sup>192</sup> Cfr. GROPP, «Die „Pflichtenkollision“: weder eine Kollision von Pflichten noch Pflichten in Kollision», *FS-Hirsch*, 1999, p. 216; o ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 146.

<sup>193</sup> Cfr. RESCHER, *Kant-Studien*, (51), 1960, pp. 142 y ss.; y en idéntico sentido, vid. HOERSTER, *Ethik und Interesse*, 2003, p. 26; o desde una perspectiva contractualista, CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, p. 156, o ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 147. A propósito del conflicto entre vidas humanas, señala MANGAKIS, *ZStW*, (84), 1972, p. 471 que es realmente llamativo que para no cuestionar la prohibición del homicidio y el principio de dignidad humana el Ordenamiento imponga la muerte de todos los seres cuya dignidad no se está dispuesto a relativizar.

<sup>194</sup> Cfr. ERASMO, *Adagiorum chiliades*, 1536, Basilea, ed. de F. Heinimann y E. Kienzle, *Opera omnia Desiderii Erasmi Rotterodami*, v. II, Amsterdam-Oxford: North-Holland, Elsevier, 1981.

<sup>195</sup> No me parece convincente la solución a los conflictos equivalentes ofrecida por NEUMANN, quien recurre a la noción de la ponderación de intereses para afirmar que los dos agentes han de tolerar la solución porque no pueden hacer valer un interés superior. Cfr. NEUMANN, «Die Moral des Rechts», *JRE*, (2), 1994, p. 93. Como ya se ha mostrado en este trabajo, por un lado, el fundamento de resolución de los conflictos no puede advertirse en máximas consecuencialistas-colectivistas y, por el otro, resulta que incluso desde esta óptica, resulta discutible que quepa legitimarse así la defraudación de expectativas de la víctima, pues lo cierto es que ello acontece sin que se salvaguarde interés superior alguno. El no gozar de un interés superior no es razón suficiente que explique el deber de soportar la pérdida del propio interés. Crítico con el planteamiento de NEUMANN, como aquí, ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 146.

<sup>196</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6, quien afirma que en tales supuestos, la víctima a la que se desatiende tiene motivo para sentirse defraudada, «ya que se la descuida sin que exista un interés superior. Esta

estos supuestos el Derecho revoca una expectativa de deber provisionalmente garantizada y, por el otro, por qué razón obliga aquél a su titular a no interferir en el curso salvador del obligado, todo ello teniendo en cuenta que la decisión entre las dos alternativas existentes le corresponde precisamente al obligado, de forma radicalmente libre.

Pues bien, comenzando en primer lugar con el supuesto de conflicto de deberes clásico, aquél en el que coliden dos mandatos, cabe afirmar que quien acepte —como aquí hemos hecho— que retirar las dos razones de obligación en colisión no es una solución legítima a ojos de ambos necesitados, deberá admitir asimismo que, en atención a la situación de conflicto, la mejor de las soluciones para ambos necesitados consiste en que el obligado cumpla una de las dos razones en liza. Ninguno de los dos necesitados puede exigir algo distinto o mejor.<sup>197</sup> Ambos afectados tienen un interés legítimo y *prima facie* atendible en que, al menos, una de las conductas inicialmente debidas sea finalmente realizada.<sup>198</sup> Para poder atender a dicho interés de un modo igualitario y justo es necesario en el plano normativo, por un lado, imponer al obligado un deber disyuntivo y, por el otro, en el plano empírico, garantizar que el obligado no sea perturbado en el cumplimiento de la norma de comportamiento alternativa, ello, con independencia de la forma específica de conducta a través de la que desee finalmente cumplir su deber.<sup>199</sup> En realidad, la retirada de expectativas *prima facie* garantizadas y el aseguramiento del éxito en el cumplimiento de la razón de obligación escogida constituyen pasos obligados en aras de garantizar el único interés que, insisto, resulta posible salvaguardar, a saber, que al menos uno de los dos agentes en peligro vea amparada su propia pretensión.<sup>200</sup> Si se quiere, son el precio que hay que pagar en la situación de conflicto por no aniquilar desde un comienzo la mejor de las opciones de solución dables.<sup>201</sup>

A partir de aquí, si resulta que el mejor escenario posible es aquél en el que al menos un sujeto ve salvaguardados sus intereses, y resulta que el precio a pagar por ello es la renuncia del otro agente y de eventuales terceros auxiliares a interrumpir el curso salvador iniciado por el obligado, el sujeto que aparece como víctima en atención al curso de cumplimiento que

---

defraudación no puede referirse más que a la opción realizada por el que actúa, pero no a que no se le haya salvado, pues falta la capacidad de acción para salvar a todos».

<sup>197</sup> O en palabras de GRAF ZU DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit*, 1905, p. 127, “testarudez infantil”. Cfr. además, BROGLIO, *Der strafrechtliche Notstand*, 1928, p. 21.

<sup>198</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 149. Evidentemente, se trata éste de un juicio *prima facie*, que cualquiera de los dos afectados puede revocar en todo momento. En ese caso, queda resuelto el conflicto en favor de quien sí desea ver finalmente garantizada su expectativa.

<sup>199</sup> La necesidad de que el Derecho garantice normativamente la decisión del agente obligado me parece relevante desde una doble óptica: por un lado, desde la óptica de los agentes necesitados, la retirada de facultades de defensa constituye una condición necesaria para evitar un *bellum omnium contra omnes* en el que todos los intereses en liza puedan acabar destruidos; y, por el otro, desde la óptica del obligado, me parece igualmente imprescindible garantizarle el derecho a cumplir su deber de forma segura, sin temor a ser agredido en el curso de su operación de salvamento. El Derecho penal no puede bajo ningún pretexto imponer a un agente un deber y no garantizarle su pacífico cumplimiento. La imposición de una obligación alternativa que abre la posibilidad a que terceros reaccionen agresivamente contra el obligado sería a todas luces inexigible.

<sup>200</sup> En este sentido, a propósito de las comunidades de peligro simétricas, vid. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 413.

<sup>201</sup> Ambos agentes han de asumir razonablemente que uno de los dos necesitados no va a ver satisfechas sus pretensiones jurídicas y que, para que se pueda salvaguardar la de uno de los dos, es necesario garantizar jurídicamente la pacífica ejecución de la solución del conflicto que adopta el obligado. En este sentido, vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/6; o CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 155 y s.

inicia el obligado ya no puede alegar de forma jurídicamente atendible nada en contra de la solución que adopta el conflicto. Lo contrario, es decir, tratar de argumentar en contra de la consecuencia lógica de un curso de solución que es aceptado antes de su definición como el único racional posible es incoherente e injusto, pues pretende esquivar las consecuencias negativas tras haberse aprovechado previamente de un instante teórico de hipotética salvación.<sup>202</sup> Quien dispone en un momento previo de la posibilidad de ser salvado gracias a la renuncia en abstracto de uno de los dos implicados a la salvación de sus propios intereses, no puede posteriormente y una vez ya se han concretado los roles desmarcarse de los costes previsibles del disfrute de aquella posibilidad. O como lo expresara RAWLS, «cuando un número de personas se comprometen en una empresa cooperativa, mutuamente ventajosa y conforme a reglas, restringiendo por tanto su libertad en la medida en que sea necesario para que se produzcan ventajas para todos, entonces aquellos que se han sometido a estas restricciones tienen derecho a una aceptación semejante por parte de aquellos que se benefician de tal sumisión».<sup>203</sup> He aquí el fundamento último que explica la resolución de estos conflictos. La víctima del conflicto no le debe solidaridad al beneficiario de la decisión del obligado, como mínimo, no tal y como la entendemos a los efectos del art. 20.5.º CP, ni debe aceptar su desgracia en *pro* de ningún interés suprapersonal: la pérdida de sus intereses se legitima frente a aquélla porque constituye la consecuencia ineludible de haber gozado en un momento previo de una mínima posibilidad de salir indemne de la situación de conflicto.<sup>204</sup>

Algo distintas parecen presentarse las cosas en el supuesto en el que el capitán de buque solo puede salvar toda la carga que transporta echando al mar uno de los contenedores en peligro (comunidad de peligro simétrica). A diferencia de lo que acontece ante comunidades de peligro asimétricas, es absolutamente minoritaria en la doctrina penal la tesis que admite en estos casos una verdadera causa de justificación.<sup>205</sup> Ello se explica, como mínimo

---

<sup>202</sup> Sobre el principio de imparcialidad como criterio de legitimación de obligaciones, fundamental, RAWLS, *Teoría de la justicia*, 2010, pp. 113 y ss., p. 314: «[e]l principio mantiene que a una persona debe exigírsele que cumpla con su papel y como lo definen las reglas de una institución, sólo si se satisfacen dos condiciones: primera, que la institución sea justa (o equitativa), esto es, que satisfaga los dos principios de la justicia; y segundo, que se acepten voluntariamente los beneficios del acuerdo o que se saque provecho de las oportunidades que ofrece para promover los propios intereses». Además, sobre el principio de imparcialidad (*Fairness-Gedanke*) como presupuesto de legitimación de un deber de sacrificio en situaciones de necesidad para la comunidad excepcionales, vid. PAWLIK, «§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?», *JZ*, (21), 2004, pp. 1052 y ss.

<sup>203</sup> Cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, 2010, p. 113.

<sup>204</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 297; o CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 155 y s. Y todo esto, claro está, vale también para aquellos conflictos entre razones de obligación prohibitivas y mandativas. Así, por ejemplo, en el famoso caso de OTTO en el que un conductor debe escoger entre atropellar a un peatón o frenar y provocar así la muerte del motorista que le sigue, las dos potenciales víctimas han de aceptar la solución que el obligado le depara al conflicto. Los dos necesitados solo pueden exigir gozar en un momento previo de un opción equivalente de salvaguarda, opción que se garantiza facultando al obligado a cumplir una de las dos razones de obligación. Cfr. OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 121 y s.; y EL MISMO, *JURA*, (7), 2005, pp. 473 y s., aunque sin imponer una obligación de tolerancia a la víctima de la decisión del obligado.

<sup>205</sup> Se discute siempre a propósito del conflicto entre vidas humanas. Entre quienes sí aceptan la justificación en las comunidades asimétricas, la razón principal que les lleva a negar la justificación cuando uno de los dos necesitados se salva a costa de su oponente reside en el hecho de que los dos agentes implicados tienen opciones efectivas de ser salvados y es el obligado y no el destino el que decide la suerte de aquellos intereses. En este sentido, por ejemplo, NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 78; o ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 120; y aludiendo a la vulneración del principio de igualdad, pues la decisión sería puramente arbitraria, ARCHANGELSKIJ, *Das Problem des Lebensnotstandes*, 2005, pp. 50 y s., p. 53. En cambio, defendiendo la justificación también en los supuestos de

parcialmente, por la ofuscación de la doctrina en abordar únicamente los conflictos entre vidas humanas, marginando el resto de hipotéticos conflictos que presentan esta misma estructura.<sup>206</sup> En el siguiente epígrafe abordaremos el problema específico del conflicto entre vidas humanas. Lo que interesa a continuación es explicar por qué también en los supuestos de comunidad de peligro simétrica en los que es un tercero (obligado) el que puede realizar las opciones de salvación de los necesitados es igualmente la obligación alternativa la solución adecuada al conflicto. La diferencia que media entre estos supuestos y los arriba tratados reside en la multiplicidad de las razones en liza concurrentes en un primer momento y, por ende, en la posibilidad de aprehender el conflicto de razones desde distintas ópticas. Bien mirado, el obligado está en un primer momento vinculado con los dos sujetos necesitados por dos razones de obligación que imponen el salvamento, pero al mismo tiempo, lo está por otras dos razones de competencia plena que paralizan la posibilidad de lesionar activamente los intereses que conforman la comunidad de peligro. Es decir, el capitán ha de salvar el contenedor (A) y el contenedor (B), pero no puede lanzar el contenedor (A) al mar, como tampoco puede lanzar el contenedor (B) por la borda.

Así las cosas, resulta que el conflicto parece inicialmente presentarse entre una razón de obligación que impone el salvamento y dos razones contrapuestas, la que impone el salvamento del interés contrapuesto y la que prohíbe precisamente arrojar al mar el contenedor. Por lo tanto, aquí ya no solo se trata de explicar por qué el obligado tiene que poder escoger entre varias alternativas, sino de aclarar también entre qué razones de obligación ha de poder escoger. No obstante, en mi opinión, la fundamentación de la obligación alternativa en estos casos es la misma que la diseñada a propósito de los conflictos entre mandatos. Aunque es cierto que parecen entrar en juego en un primer momento ulteriores razones de deber, concretamente, las dos hipotéticas prohibiciones de echar por la borda cualquiera de los dos contenedores, tales pretensiones carecen en el caso concreto de auténtica vigencia, de modo que el conflicto habría de ser comprendido desde un primer momento a partir de la colisión entre las dos razones de obligación de salvamento.<sup>207</sup>

---

comunidades de peligro simétricas, recientemente, ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 405 y ss.; o CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 159 y ss., en ambos casos desde postulados contractualistas de corte rawlsiano.

<sup>206</sup> Ya VON WEBER, *Das Notstandsproblem*, 1925, p. 27 se quejaba amargamente del desarrollo parcial de la dogmática de las comunidades de peligro y de la falta de un análisis estructural y general del problema, abordando comunidades de peligro entre bienes patrimoniales (pp. 26 y ss.). Estos últimos grupos de conflictos, así como las comunidades de peligro en las que están en juego vidas humanas y cosas, son también tratados por HENKEL, *Der Notstand*, 1932, pp. 93 y s. Por otro lado, OETKER, en BIRKMEYER et al. (eds), *Vergleichende*, v. II, 1908, p. 353, distingue en el tratamiento de las comunidades de peligro en función de la posibilidad de reparar la pérdida a través de una indemnización. Así, entre vidas humanas, la acción salvadora sería meramente no prohibida (*unverboten*), a diferencia de lo que sucedería en las comunidades de peligro entre cosas, donde el actuante tendría un auténtico derecho necesario y la víctima quedaría gravada con un deber de tolerancia.

<sup>207</sup> Es cierto que las razones de obligación prohibitivas contrapuestas todavía pueden garantizar la conservación de cada uno de los contenedores durante un corto y concreto período de tiempo. Como señala JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/23, en estos casos, la víctima siempre pierde, aunque sea poco. Sin embargo, a la legitimación de cada una de las prohibiciones en liza se opone un mandato de salvaguarda del contenedor opuesto. Los dos agentes involucrados tienen un interés prevalente y atendible en que las dos prohibiciones retrocedan frente a las dos razones de obligación de salvamento, que definen finalmente el conflicto. Y es por eso por lo que pese a ser cierto que la víctima pierde algo, sí es posible, en contra de lo que asegura JAKOBS, «hacer entender a la víctima por qué debe entregarse a su papel de víctima» (*ob. cit.*). En cierta medida, los dos agentes involucrados tienen un

Asumiendo que la pretensión del Ordenamiento es solventar en estos casos el conflicto de la mejor manera posible en atención a las pretensiones de los tres agentes implicados, la legitimación de las dos prohibiciones contrapuestas no parece aquí de recibo, sino más bien el único escenario irrazonable desde la óptica de los dos agentes necesitados. Paradójicamente, la prohibición de lanzar el contenedor por la borda no protege aquí la propiedad de su titular, sino que garantiza normativamente su destrucción.<sup>208</sup> Las razones que hablan con carácter general en favor de la legitimación de las dos razones de obligación prohibitivas enervan precisamente en estos casos su nacimiento. Así pues, solo una vez el obligado se decide por salvar uno de los dos contenedores en peligro cabe contemplar el conflicto como una colisión entre la razón de obligación de competencia plena de salvamento para con el contenedor que se dispone a salvar el capitán y la razón de obligación negativa prohibitiva que exige no echar al mar el segundo contenedor.

Sin embargo, el que la víctima seleccionada adujera entonces su pretensión prohibitiva sería irrazonable, pues precisamente en la compensación extintiva de ambas —en un momento analíticamente previo— es donde nace la posibilidad de alcanzar la única solución razonable a ojos de los dos necesitados y el agente obligado.<sup>209</sup> En realidad, la verdadera diferencia entre este supuesto y el clásico de colisión de deberes reside en que el precio de la garantía de la solución más razonable es, en términos de razones de deber, algo superior, aunque prácticamente idéntico en términos materiales. La víctima, a cambio de disponer y aprovecharse de una posibilidad de salvación debe aceptar la posibilidad de ver disuelta su pretensión de salvaguarda o de no injerencia,<sup>210</sup> compensándose extintivamente ambas razones de obligación prohibitivas.<sup>211</sup> Así, también en estos supuestos la solución más

---

interés razonable en prescindir *in concreto* de las dos prohibiciones que garantizan sus contenedores a cambio de disponer de una opción de salvación. Bien mirado, resulta que la prohibición de lanzar el contenedor bloquea paradójicamente la posibilidad de su salvación. Esta estructura bidimensional del conflicto la pone también de relieve con acierto JOERDEN a propósito del problema de la separación de siameses en favor de uno de los dos niños y a costa de la vida del segundo. Cfr. JOERDEN, *Menschenleben*, 2003, p. 129, sin embargo, entiende vedado el recurso a la dogmática de la colisión de deberes en tales supuestos porque coliden un mandato con una prohibición y la justificación de una prohibición solo puede aceptarse conforme a la regla del estado de necesidad agresivo del § 34 StGB.

<sup>208</sup> De acuerdo con lo sostenido en el Cap. 2, apdo. II, 4.3, las normas de comportamiento jurídico-penales se legitiman funcionalmente. Imponer al obligado dos prohibiciones que garantizan la pérdida de todos los intereses en juego es absolutamente disfuncional. En este sentido, se pregunta KÜPER a propósito del conflicto entre vidas humanas si la función de protección de la vida de la prohibición del homicidio no estaría en tales conflictos “pervertida”, al conducir a los resultados opuestos que la legitiman. Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1978, pp. 48 y s., p. 55, n. 115, quien niega sin embargo la posibilidad de justificar la acción homicida en virtud de la regla de preferencia del deber de omitir frente al de actuar (pp. 57 y ss., p. 61).

<sup>209</sup> De idéntica opinión, OTTO, *JURA*, (7), 2005, pp. 447 y s.; EL MISMO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 108 y s.; EL MISMO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 8, nm. 195.

<sup>210</sup> Cfr. BAUMGARTEN, *Notstand und Notwehr*, 1911, p. 69: «Droht Vernichtung mehrerer Güter, wenn eines derselben für alle geopfert werden muß, so kann der Inhaber des zu opfernden Guts der Aufopferung nicht widerstreben».

<sup>211</sup> Podría objetarse que, desde un punto de vista material, la víctima también renuncia a su interés de un modo más relevante, pues se adelanta el momento de su destrucción. Al margen de que quepa construir ejemplos en los que la cesura temporal desaparezca o sea tan exigua que carezca de relevancia normativa, una vez se admite que un interés va a perderse, su valor se reduce de forma proporcional a la probabilidad efectiva de destrucción. En este sentido, a propósito de las comunidades de peligro asimétricas, vid. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 77, quien distingue entre el merecimiento de protección del interés y la posibilidad de salvaguarda. Cuando lo segundo se reduce a cero, el hecho estaría justificado. Y así también, a propósito de las comunidades de peligro simétricas, remarcando la relevancia a la hora de valorar estos supuestos del hecho de que los dos agentes están



razonable es imponer al obligado un deber alternativo, debiendo los dos necesitados respetar la realización de la decisión de aquél.

Los clásicos argumentos en contra de la resolución en el ámbito del injusto de los conflictos simétricos,<sup>212</sup> a saber, que el agente que actúa se arroga facultades de salvación ajenas, lo cual es intolerable e inexplicable a ojos de la víctima;<sup>213</sup> o que los deberes de omitir priman en tales supuestos frente a los de actuar,<sup>214</sup> no resultan concluyentes. En primer lugar, porque también el padre que escoge salvar a uno de sus dos hijos de morir ahogado dejando que se hunda el segundo está “jugando a ser Dios”,<sup>215</sup> decidiendo sobre el destino de vidas humanas, si bien nadie duda del carácter no antijurídico de la omisión del padre.<sup>216</sup> Y por el otro, porque lo único que hace aquí el obligado es salvar aquello que todavía puede ser salvado en el marco de una comunidad delimitada de peligro, no se altera de forma normativamente relevante el destino desplazando el mal a un tercero extraño al riesgo, sino que se concreta la realización del riesgo en el marco de una deslindada comunidad de necesitados, donde el obligado opera del único modo que razonablemente pretenden que se haga quienes están involucrados directamente en el peligro.<sup>217</sup> La víctima final debe aceptar la decisión del obligado porque a

---

—salvo actuación que lo impida— abocados a morir, vid. BERNSMANN, «*Entschuldigung*» durch Notstand, 1988, pp. 325 a 327. Por otro lado, tampoco me parece decisiva la objeción consistente en negar *in concreto* el consentimiento del quien finalmente será la víctima en la situación de conflicto. Así, por ejemplo, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 69. Se trata aquí de examinar la voluntad hipotética de todos los agentes implicados antes de conocer la decisión final que el obligado le dará al conflicto. Precisamente la posibilidad de reactualizar el consentimiento una vez designados los roles supone bloquear la solución al conflicto, negándose a ambos agentes recíprocamente ya desde un principio la única pretensión de salvaguarda susceptible de ser garantizada. En este último sentido, con ulteriores citas, vid. CONINX, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 193 y s.

<sup>212</sup> Un resumen exhaustivo de los mismos puede leerse en ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 407 y ss., con múltiples citas a la doctrina mayoritaria que sigue negando a día de hoy la justificación en las comunidades de peligro simétricas. Brevemente, sobre esto mismo, vid. NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 77.

<sup>213</sup> Cfr. por todos ERB, «§ 34», MK, 2ª ed., nm. 120 y ss.; o SCHEEL, *Die Übergesetzlichen Unrechts-, Schuld- und Strafausschliessungsgründe*, 1957, p. 68.

<sup>214</sup> Cfr. SCHEEL, *Die Übergesetzlichen Unrechts-, Schuld- und Strafausschliessungsgründe*, 1957, pp. 65 y ss., quien con razón pone en evidencia la semejanza estructural entre las comunidades de peligro simétricas y los conflictos entre deberes equivalentes, pero dispensa a uno y otro grupo de conflictos un tratamiento distinto a partir de la supuesta mayor entidad normativa de los deberes de omitir frente a los de actuar.

<sup>215</sup> Cfr., sin embargo, MANGAKIS, *ZStW*, (84), 1972, p. 473, quien pretende resolver los distintos escenarios de conflicto valorando si el obligado se arroga la facultad de decidir el destino o no, afirmando que ante dos deberes de actuar, el obligado no asume tal rol, pues al omitir cumplir un deber, el obligado simplemente deja que el destino siga su curso. Como en el texto, con razón, CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, p. 164. En realidad, el Ordenamiento jurídico faculta y obliga constantemente a los ciudadanos a “alterar el destino”. La pregunta es simplemente cuándo ello está permitido y cuándo está prohibido.

<sup>216</sup> Ello lo pone con razón de manifiesto Kaufmann, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 152, quien a propósito del supuesto de conflicto en el que un nadador solo puede salvar a una de las dos personas que se están ahogando afirma que el obligado «tiene que —por mandato legal— «hacer de destino», al tener que abandonar a una de las dos personas a su suerte».

<sup>217</sup> En este sentido, aunque a propósito de supuestos de necesidad bilaterales, sin obligado, vid. VON WEBER, *Das Notstandsproblem*, 1925, p. 30; BAUMGARTEN, *Notstand und Notwehr*, 1911, pp. 69 y s.; HENKEL, *Der Notstand*, 1932, p. 92; WOLFF, *Lehre vom übergesetzlichen Notstand*, 1936, pp. 38 y s.; KARDING, *Die Notpflicht*, 1933, pp. 34 y s., n. 84; CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 159 y s.; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 410 y ss., p. 411; FRITZE, *Die Tötung Unschuldiger*, 2004, pp. 201 y ss.; BERNSMANN, «*Entschuldigung*» durch Notstand, 1988, pp. 321 y ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (ed.), *Casos que hicieron doctrina*, 2011, pp. 190 y ss. A propósito de auténticos conflictos de deberes, en el mismo sentido, RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, p. 59, n. 44; EL MISMO, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969, pp. 68 y ss., pp. 72 y ss.; THEO ZIMMERMANN, «Die Gefahrengemeinschaft als Rechtfertigungsgrund», *MDR*, (3), 1954, p. 148; KLEFISCH, «Die nat.-soz. Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre», *MDR*, 1950, p. 260; MANGAKIS, *ZStW*, (84),

través de la obligación alternativa ha gozado de una opción de salvación hasta entonces inexistente. O como lo expresa RÖDIG, la acción que salva uno de los intereses en juego en el marco de una comunidad de peligro no puede ser nunca antijurídica si resulta que no existe una alternativa de actuación preferible para los sujetos implicados.<sup>218</sup>

Adviértase que en relación con este segundo grupo de casos, si bien es cierto que en los últimos tiempos es creciente el número de autores que admiten la justificación plena en situaciones de comunidad de peligro, se reconoce por lo general, como mínimo de forma expresa, tan solo una potestad o un derecho, pero no la imposición de un deber de solucionar la comunidad de peligro en un sentido u otro.<sup>219</sup> Aunque deberá tenerse en cuenta aquí el grado de exigibilidad del propio deber alternativo que se pretende imponer, allí donde una obligación alternativa resulte subjetivamente exigible,<sup>220</sup> el tercero estará efectivamente obligado a salvaguardar con carácter general uno de los dos intereses en liza.<sup>221</sup> El capitán del

---

1972, p. 477; BRAUNECK, «Der strafrechtliche Schuldbegriff», *GA*, 1959, p. 269; u OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 107 y ss., p. 109.

<sup>218</sup> Cfr. RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969, p. 73; en cambio, en sentido opuesto, pues el obligado “alteraría el *status quo*” de forma inaceptable, vid. JOERDEN, *Menschenleben*, 2003, pp. 130 y s.

<sup>219</sup> Advierte el problema, aunque niega la posibilidad de imponer en tales casos auténticos deberes de salvación BAUMGARTEN, *Notstand und Notwehr*, 1911, p. 70, pues el «legislador debe ser ahorrador (*sparsam*) con la imposición de deberes; sobre todo porque él mismo se carga a través de su imposición con la supervisión de su cumplimiento y las respuestas normativas frente a su infracción —y debe ser doble ahorrador con los deberes de actuación positiva, pues a través de éstos se limita la libertad de actuación del individuo en una medida especialmente importante». Aunque parece referirse únicamente a las comunidades de peligro asimétricas, señala VON WEBER, *Das Notstandsproblem*, 1925, pp. 32 y s., que el auxiliante necesario no solo actúa de manera impune sino que está obligado —en atención a su capacidad— a salvar como mínimo a uno de los agentes implicados. Aunque a propósito de las comunidades de peligro asimétricas, explícitamente en contra de la imposición de un deber de solidaridad mínima, vid. en cambio ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 402 a 404, quien en la p. 404 señala que puede quedar abierta la posibilidad de que ciertas relaciones de garantía sí puedan legitimar un deber de salvación. En cambio, sí admite un auténtico deber de salvar el mayor número de intereses en peligro en situaciones de comunidad de peligro simétricas OTTO, *Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, p. 109. FRITZE, *Die Tötung Unschuldiger*, 2004, pp. 172 y ss., se ocupa del problema, aunque sin ofrecer ninguna respuesta concluyente. <sup>220</sup> Afirmando la existencia de auténticos deberes de salvaguarda en comunidades de peligro, vid. VON WEBER, *Das Notstandsproblem*, 1925, pp. 32 y s., n. 1, con más citas; y desde un óptica jurídico-constitucional, ODENDAHL, «Der Umgang mit Unbeteiligten im Recht der Gefahrenabwehr: Das Luftsicherheitsgesetz als verfassungsgemässer Paradigmenwechsel?», *Die Verwaltung*, (38), 2005, p. 447, afirma que en el conflicto entre dos deberes de protección (*Schutzpflichten*) en el que se ve sumido el Estado que ha de decidir entre derribar un avión o salvar las vidas que se encuentran en el punto de mira del ataque terrorista, una vez aquél advierte la imposibilidad de cumplir su deber de salvaguarda para con los ocupantes del avión, el Estado está obligado a cumplir su deber para con las personas que todavía puede salvar.

<sup>221</sup> Aunque posiblemente no haya sido esta cuestión objeto de la atención que merece, fundamental al respecto, HRUSCHKA, *AT*, 2ª ed., 1988, pp. 91 y ss.; EL MISMO, «Rettungspflichten in Notstandssituationen», *JuS*, 1979, pp. 392 y s.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 199 y ss., 232 y ss.; 339 y ss., es posible afirmar que los deberes de salvaguarda en amparo ajeno determinan efectivamente con carácter general la obligación de actuar en auxilio necesario. El padre no solo tiene la facultad de defender a su hijo cuando es agredido por un tercero, sino que tiene el deber de hacerlo cuando el sacrificio de intereses propio exigible sea legítimo. El escolta personal no solo puede defender violentamente a su protegido, sino que debe hacerlo en ausencia de un medio eficaz menos lesivo. Cfr. BALDÓ LAVILLA, *ob. cit.* pp. 358 y ss.; y sobre la orden de “tirar a matar” en el Ordenamiento español, QUERALT JIMÉNEZ, «Tirar a matar», *CPC*, (21), 1983, pp. 729 y ss., 742 y ss., p. 743, n. 96, quien admite la legitimidad del deber en casos excepcionales, como “recurso remoto”. Admitiendo el derecho, pero negando el deber, OLMEDO CARDENETE, «Artículo 20.7», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, v. II, 1999, pp. 542 y ss.: «[e]n un Estado de Derecho donde la vida se configura como el primero de los derechos fundamentales (art. 15 C. E.) y donde la pena de muerte ha desaparecido, ningún funcionario público tiene el deber de matar a nadie». E igualmente restrictivo a la hora de “transformar” derechos en deberes, vid. DONATSCH, «Garantenpflicht zur Notwehr – und Notstandshilfe?», *ZStR*, (106), 1989, pp. 366 y ss., 354 y ss. Y esta misma lógica rige también cuando la víctima de la injerencia no es un agresor

buque, pues, no solo está facultado a lanzar un contenedor por la borda, sino que debe echarlo al mar. Una vez se asume que la decisión salvadora es la pretendida razonablemente por las partes necesitadas, allí donde quepa exigirle al obligado el comportamiento salvador, no hay razón por la que no imponerle un auténtico deber alternativo.

El principio de igual consideración de los sujetos implicados, además de establecer primariamente un estándar de valoración del contenido de la decisión normativa que se adopta en los dos grupos de conflictos acabados de abordar, fija también, con carácter secundario o derivado, patrones procedimentales de realización de las decisiones adoptadas.<sup>222</sup> Es decir, asumiendo que la única decisión normativa legítima frente a los dos implicados es la imposición al obligado de una obligación alternativa, lo único que les queda por exigir a los agentes necesitados es que el procedimiento de individualización de los roles en juego, el de beneficiado y víctima, sea igualmente justo, es decir, que sea llevado a cabo de un modo tal que ambas pretensiones sean escuchadas y tomadas en consideración por igual en el momento de la determinación de la obligación alternativa (*Audiat et altera pars*).<sup>223</sup> Ahora bien, ¿constituye el otorgamiento de esa facultad al obligado un procedimiento respetuoso y justo con las pretensiones de los dos necesitados?

A diferencia de lo que acontece en el ámbito de la discusión sobre la resolución de las comunidades de peligro,<sup>224</sup> la doctrina penal ha aceptado de manera acrítica y unánime la posibilidad de dejar en manos del obligado la decisión última acerca de la garantía normativa de los intereses en peligro.<sup>225</sup> El obligado podría decidir cuál de las dos personas en peligro debe seguir viviendo y cuál en cambio tiene que morir. Es en cierta medida paradójico que aquello que es visto por muchos como intolerable cuando coliden mandatos y prohibiciones, aun estando los dos agentes en situación de peligro, a saber, que un sujeto pueda “jugar a ser Dios” y decidir sobre quién sobrevive la situación de necesidad y quien sucumbe en ella, sea sin embargo aceptado acríticamente cuando el obligado lo está por dos deberes de actuar.<sup>226</sup> Por razones no suficientemente explicitadas, no se “jugaría a ser Dios” por omisión. Sin embargo, el que la delegación de la decisión en la figura del obligado se muestre como una

---

autorresponsable, sino un obligado solidario conforme al art. 20.5.º CP. Toda acción de salvaguarda ajena que supone menoscabos para terceros justificados en estado de necesidad (agresivo o defensivo) posee la consideración de acción indicada conforme al deber.

<sup>222</sup> Cfr. VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, p. 25. Remarcando igualmente la exigencia de que el proceso de selección sea “honesto”, (*fair*) con todos los agentes necesitados en el marco de comunidades de peligro, vid. BERNSMANN, «*Entschuldigung*» durch Notstand, 1988, pp. 333, pp. 335 y s.; y en los últimos tiempos, CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 156 y ss.

<sup>223</sup> Cfr. LIEBS, «*Audiat et altera pars*», *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 7ª ed., 2007, A106, p. 37.

<sup>224</sup> Fundamental, BERNSMANN, «*Entschuldigung*» durch Notstand, 1988, pp. 332 y ss.; y más recientemente, ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 356 y ss.

<sup>225</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 4.2.

<sup>226</sup> Paradigmático en este sentido LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 30 y s., quien niega toda posible justificación de una acción homicida para salvar otra vida en supuestos de comunidad de peligro asimétrica, pero admite que sea el sujeto que debe salvar la vida de sus dos hijos el que decida quién sigue viviendo y quien debe morir (p. 27, n. 81). Con razón, en cambio, señala ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 471 y s., que las «dudas sobre cómo legitimar la «selección» frente al que resulta perjudicado con ella son idénticas a las que se producen en los supuestos de colisión de dos deberes de acción equivalentes, dado que estamos precisamente ante esta estructura».

solución intuitivamente correcta no quita que el procedimiento de decisión y su ejecución deba también ser legitimado frente a quien sufre los costes del conflicto.

Pues bien, hasta donde alcanzo, los conflictos entre razones equivalentes han de ser siempre resueltos y, en ausencia de preferencias específicas por una u otra, sigue siendo razonable y necesario tomar una decisión. El Ordenamiento jurídico, a falta de razones normativas específicas en favor de una de las dos opciones, acepta que la solución a estos conflictos quede vinculada en última instancia a un momento particular de arbitrio o azar.<sup>227</sup> Con ello, sin embargo, parece contravenirse una idea fundamental en el marco de cualquier Ordenamiento jurídico racional. El Derecho, por definición, no podría brotar del mero azar, una decisión arbitraria constituye un oxímoron inaceptable en el seno de un Ordenamiento jurídico que se autodefine como racional.<sup>228</sup> Tanto el Derecho como la noción de justicia se conciben en nuestra sociedad como algo demasiado serio como para ser desnaturalizados en situaciones extremas de necesidad mediante decisiones puramente arbitrarias o azarosas.<sup>229</sup>

No obstante, pese a la “mala fama” del azar como criterio normativo de decisión, el recuso a éste no tiene por qué quebrar necesariamente los principios esenciales de solución de los conflictos jurídicos.<sup>230</sup> Al contrario, el recurso al azar, ya sea en forma de un arbitrio subjetivo fruto de una decisión personal radicalmente libre, ya sea en forma de arbitrio objetivo a través del resultado de un procedimiento de sorteo, constituye una fórmula de decisión adecuada y justa allí donde, siendo necesario resolver, todas las alternativas de decisión son equivalentes o inconmensurables.<sup>231</sup> Y en contra de lo que pudiera parecer, el recurso al azar no constituye un mecanismo ni novedoso,<sup>232</sup> ni excepcional en el ámbito del Derecho.<sup>233</sup> Donde no existe

---

<sup>227</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 297, quien señala que la solución a los conflictos encierra un momento de azar (*Zufall*) o arbitrio (*Willkür*), pero que, al igual que en la adquisición de la posesión (*Besitzrechtsbegründung*), aquél es inderogable. En el mismo sentido, ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 147 y ss.; con ulteriores referencias doctrinales.

<sup>228</sup> Sobre la supuesta incompatibilidad de las nociones de Derecho y azar, fundamental, vid. DEPENHEUER, «Zufall als Rechtsprinzip?», *JZ*, (4), 1993, pp. 171 y s.; y en este mismo sentido, CONINX, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 182: «Recht durch Schickung, das heisst durch Zufall, ist im modernen Zeitalter anachronistisch; der Zufall, als objektive Willkür steht in krassem Gegensatz zum Begriff des Gesetzes, das einzig durch Vernunft legitimierbar ist».

<sup>229</sup> Cfr. DEPENHEUER, *JZ*, (4), 1993, p. 172.

<sup>230</sup> Es más, como señala DEPENHEUER, «„Nicht alle Menschen werden Brüder“». Unterscheidung als praktische Bedingung von Solidarität», en ISENSEE (ed.), *Solidarität in Knappheit*, 1998, p. 58, el mismo otorgamiento de una nacionalidad, con todos los derechos que ello conlleva, depende también esencialmente del azar.

<sup>231</sup> En este sentido, vid. DEPENHEUER, *JZ*, (4), 1993, p. 176 y s.; y sobre la importancia del azar a la hora de concretar deberes de beneficencia, vid. EL MISMO en ISENSEE (ed.), *Solidarität in Knappheit*, 1998, pp. 57 y s., n. 45.

<sup>232</sup> Un interesante análisis histórico de la lotería como mecanismo de decisión jurídica puede leerse en BERNSMANN, «*Entschuldigung*» durch Notstand, 1988, pp. 337 y ss.

<sup>233</sup> A modo de ejemplo, el art. 196 de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, régimen electoral general, establece el procedimiento para la elección de Alcaldes, estableciendo expresamente que: “a) Pueden ser candidatos todos los Concejales que encabezen sus correspondientes listas. b) Si alguno de ellos obtiene la mayoría absoluta de los votos de los Concejales es proclamado electo. c) Si ninguno de ellos obtiene dicha mayoría es proclamado Alcalde el Concejale que encabece la lista que haya obtenido mayor número de votos populares en el correspondiente municipio. En caso de empate se resolverá por sorteo”. Dicha ley recurre en numeras ocasiones a la figura del sorteo como criterio de decisión. Además de establecer el sorteo como mecanismo para la constitución de las mesas electorales, en el art. 163, en el que se regula la atribución de los escaños, nuevamente se remite al sorteo en caso de igualdad de votos entre las candidaturas, como también lo hace el art. 184 para la elección de concejales. Más ejemplos de la relevancia jurídica del sorteo en CONINX, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 187; o en DUXBURY, *Random Justice*, 1999,

un parámetro de decisión conforme a los patrones clásicos y la alternativa de no tomar decisión ha sido previamente descartada, el azar se muestra como una instancia justa de resolución del conflicto, también a ojos del que sufre los costes finales de la decisión emprendida. Esto es precisamente lo que acontece en las colisiones entre razones de obligación que ahora nos ocupan. Aquí, todas las alternativas de actuación son equivalentes y la adopción aislada de cada una de las alternativas se muestra como una solución preferible al incumplimiento de todos los deberes.<sup>234</sup>

Sin lugar a duda, el recurso a mecanismos objetivos de azar parece especialmente respetuoso con el principio de igualdad, en especial, el recurso a sistemas de lotería o sorteo. En este sentido, es posiblemente BERNSMANN el penalista que con mayor profundidad ha analizado la figura del procedimiento de lotería como mecanismo de solución a los conflictos en el marco de comunidades de peligro simétricas.<sup>235</sup> Desde postulados contractualistas, entiende BERNSMANN que el recurso a la lotería ofrece una solución justa allí donde varias vidas corren el riesgo de perecer y solo es posible salvar una a costa de la otra.<sup>236</sup> El sorteo permite no solo un escrupuloso respeto del principio de igualdad en atención al valor imponderable de la vida humana, sino que constituye además un procedimiento con el que cualquier agente racional estaría de acuerdo en defensa de sus propios intereses.<sup>237</sup> El sorteo «garantiza realmente la igualdad, puesto que todos los agentes en peligro tienen una oportunidad exactamente igual, sin que sea predecible quien va a acabar siendo víctima (o autor)».<sup>238</sup> ZIMMERMANN también ha defendido el mecanismo del sorteo en el ámbito de las comunidades de peligro simétricas. El «estatus de ceguera» (*Statusblindheit*) propio del sorteo es la mejor manera de garantizar que los intereses de los afectados sean tomados todos ellos en consideración de una forma idéntica.<sup>239</sup> Y en contra de lo que pudiera parecer, el recurso al sorteo en el ámbito jurídico no es una ocurrencia de nuevo cuño. Ya CICERÓN defendía en su *Tratado de los deberes* que, allí donde se da igualdad de condiciones entre los dos naufragos que anhelan asirse a la única

---

pp. 43 y ss. En el ámbito del Derecho penal, por ejemplo, la decisión de quien debe tolerar una injerencia en estado de necesidad agresivo cuando el necesitado tiene a su disposición dos medios de salvación idénticos pero que pertenecen a dos sujetos distintos obedece igualmente a la pura decisión arbitraria del necesitado. Al respecto, vid. solo LENCKNER, «Das Merkmal der „Nicht-anders-Anwendbarkeit“ der Gefahr in den §§ 34, 35 StGB», *FS-Lackner*, 1987, pp. 99 y ss. Y lo mismo sucede en el ámbito de la legítima defensa cuando el agredido dispone de dos medios defensivos idénticos. El que no sea posible afirmar cuál es el menos lesivo de los idóneos no quita que el Derecho le autorice a recurrir a uno de los dos, aunque la decisión sea también aquí puramente arbitraria o azarosa. Cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 148 y s.

<sup>234</sup> Cfr. DEPENHEUER, *JZ*, (4), 1993, p. 176.

<sup>235</sup> Vid. BERNSMANN, «*Entschuldigung*» *durch Notstand*, 1988, pp. 336 y ss. En todo caso, como pone de relieve el propio BERNSMANN en las pp. 332 y ss., 337 y ss., y ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 419 y s., el procedimiento del sorteo para la solución de conflictos vitales ha estado siempre en mayor o menor medida presente en la discusión filosófica y jurídica. En la filosofía moral son innumerables los trabajos que se ocupan del problema de la legitimidad del sorteo como un mecanismo de decisión en situaciones de empate. Así, a propósito del conflicto entre vidas humanas, cfr. RESCHER, *Kant-Studien*, (51), 1960, pp. 142 y ss.; BROOME, *Ethics*, (95), 1984, pp. 38 y ss.; BRADLEY, «Saving People and Flipping Coins», *Journal of Ethics and Social Philosophy*, (3), 2009, pp. 1 y ss.; o HIROSE, «Weighted lotteries in life and death cases», *Ratio*, (20), 2007, pp. 45 y ss.

<sup>236</sup> Cfr. BERNSMANN, «*Entschuldigung*» *durch Notstand*, 1988, p. 338, pp. 341 y ss.

<sup>237</sup> Cfr. BERNSMANN, «*Entschuldigung*» *durch Notstand*, 1988, p. 344.

<sup>238</sup> Cfr. BERNSMANN, «*Entschuldigung*» *durch Notstand*, 1988, p. 344.

<sup>239</sup> Vid. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 419.

tabla disponible, debería decidir el conflicto la suerte,<sup>240</sup> y PUFENDORF concluía igualmente que «cuando saltan a un bote salvavidas tras un naufragio más personas de las que aquél puede soportar, y nadie tiene un derecho especial sobre el bote, ha de determinarse entonces por sorteo quién debe ser arrojado por la borda. Y quien pretende sustraerse al peligro inherente al sorteo, en tanto que desea el hundimiento de todos, puede ser arrojado por la borda sin sorteo alguno».<sup>241</sup>

Efectivamente, una opción posible sería exigir al obligado que decidiera entre las dos alternativas disponibles echándolo siempre a suertes. El padre del famoso ejemplo debería adjudicar a cada uno de sus dos hijos una de las caras de una moneda, lanzarla al aire y salvar al afortunado por la conjunción de los factores que determinan cómo cae la moneda al suelo. Sin embargo, entre otras objeciones ya planteadas,<sup>242</sup> cabe señalar aquí simplemente que no siempre le será posible al obligado sortear las opciones de salvación, con lo que el mecanismo de decisión puede acabar por bloquear la solución del conflicto.<sup>243</sup> Desde un punto de vista práctico, el mejor de los procedimientos imaginables es el que se basa en el arbitrio subjetivo, esto es, en delegar en la figura del obligado la decisión que resuelve el conflicto. Efectivamente, la decisión libre subjetiva, a diferencia de la objetiva, carece a primera vista de la principal ventaja del sorteo como mecanismo de resolución del conflicto, a saber, su absoluta imparcialidad o “ceguera” frente a los sujetos pacientes involucrados.<sup>244</sup> La moneda, aparentemente, no tiene prejuicios.<sup>245</sup> Frente a la delegación en el particular de la facultad de decidir puede objetarse que la resolución del conflicto no es, en realidad, fruto del auténtico azar, pues obedece simple y llanamente a la voluntad libre e individual del obligado. Es más, en la medida en que el Derecho no entra a corregir los parámetros decisorios subjetivos del agente, pues no condiciona ético-socialmente su decisión, no cabe afirmar que los intereses de los dos agentes implicados son tomados en consideración por igual. El médico xenófobo no tomaría en consideración en su proceso decisorio los intereses del joven inmigrante ilegal y se decantaría sin dudar por salvar la vida del joven nacional. Sin embargo, en consonancia con DUXBURY, a los efectos que ahora importan, las decisiones de libre arbitrio son valorativamente equivalentes.<sup>246</sup> Aquélla constituye también un procedimiento decisorio respetuoso con el principio de igualdad porque la decisión se adopta al margen de cualquier

---

<sup>240</sup> Cfr. CICERÓN, *Tratado de los deberes*, 1975, Libro III, n. 23: «¿si se da igualdad de condiciones en uno y otro? No habrá pugna entre ellos, sino que, en tal caso, decidirá la suerte».

<sup>241</sup> Cfr. PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, 1994, § 20, nm. 69.

<sup>242</sup> Cfr. EVERSCHOR, *Probleme der Neugeborenenethanasie*, 2001, p. 450, ha objetado frente al sistema de la lotería que, allí donde están en juego vidas humanas, pese a ser útil, ello supondría jugar en el sentido estricto de la palabra con la vida de seres humanos, lo cual tiene que ser rechazado por «motivos humanitarios». E igualmente crítico con la idea del sorteo, cfr. KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht*, 1992, p. 90.

<sup>243</sup> Cfr. CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, p. 163; ZIMMERMANN, *Rettingstötungen*, 2009, p. 421; o BERNSMANN, *»Entschuldigung« durch Notstand*, 1988, p. 345. En este sentido, además, ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 456, quien apunta a que no sería posible coaccionar a nadie a participar en el sorteo.

<sup>244</sup> Cfr. CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, p. 163.

<sup>245</sup> Sin embargo, resulta que con la mayoría de instrumentos de lotería útiles en situaciones de necesidad tampoco cabrá hablar realmente de un procedimiento absolutamente igualitario en su ejecución con los agentes implicados. Es decir, en el caso del lanzamiento al aire de la moneda, la solución depende de la altura con la que se lance, del ángulo de lanzamiento... Antes de que comience a volar la moneda, la cara y la cruz ya no tienen una probabilidad idéntica de ganar el sorteo.

<sup>246</sup> Cfr. DUXBURY, *Random Justice*, 1999, p. 88.

parámetro heteroimpuesto de decisión.<sup>247</sup> Con otras palabras, dado que no existe ningún parámetro normativo de decisión constante ni forzoso, la decisión nunca puede ser discriminatoria,<sup>248</sup> se trata siempre de una decisión radicalmente libre e incondicionada entre las dos opciones de salvación concurrentes.<sup>249</sup> Desde la óptica del principio de igualdad, lo único que realmente podría suscitar objeciones sería que, existiendo una práctica reiterada de decisión en un sentido, se efectuara una excepción en perjuicio de uno de los dos sujetos involucrados,<sup>250</sup> pero no el hecho de que sea el obligado el que en última instancia decida qué razón de obligación desea cumplir. Así las cosas, resulta que el momento de azar decisivo no reside tanto en la facultad de escoger del obligado, sino en la misma figura del sujeto que decide. El médico xenófobo posiblemente preferirá salvar al nacional antes que al extranjero, pero en la misma configuración de la situación es en donde reside el momento de azar decisivo que explica el desenlace del conflicto. El médico obligado a actuar podría haber sido igualmente un ciudadano especialmente concienciado con la desgracia del tercer mundo, y haber optado en ese caso por salvar al inmigrante antes que al nacional. Pero en ambos supuestos, el Derecho no predetermina la solución, pues reconoce la equivalencia de las pretensiones en juego. La decisión libre no puede ser entonces discriminatoria.

Ahora bien, asumido que la delegación en el obligado de la decisión constituye también un procedimiento justo, queda todavía por plantear aquí una última cuestión. ¿Es la ejecución de la decisión adoptada también respetuosa con los dos agentes implicados en un plano de igualdad? ROBLES PLANAS ha objetado frente a lo dicho hasta ahora que, aunque fuera posible y se aceptara libremente el sorteo, tras el mismo, no cabe fundamentar el deber de tolerar la acción, pues el perjudicado sigue teniendo derecho a reclamar la protección jurídica.<sup>251</sup>

---

<sup>247</sup> En este sentido, CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, p. 164; y admitiendo igualmente la validez de la decisión subjetiva del obligado ante comunidades de peligro simétricas, vid. ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 471 y s.

<sup>248</sup> Dado que los criterios subjetivos que guían la decisión del obligado no están condicionados en modo alguno por el Ordenamiento, en abstracto, y este es el plano relevante para la fundamentación de la decisión, ambos necesitados se encuentran en un plano de absoluta igualdad. En este sentido, tan “ciega” se muestra la decisión a partir de la decisión de un tercero como la que se deriva de un sorteo honesto. Cuestión distinta es que, tomando en consideración los patrones de decisión del obligado, pueda pronosticarse fácilmente la solución que aquél le dará al conflicto. Sin embargo, nada puede alegar tampoco aquí el afectado, pues no se trata de que el obligado razone u oriente conforme a valores su decisión, sino de que tome una decisión.

<sup>249</sup> El carácter azaroso del arbitrio subjetivo solo puede predicarse si, como aquí se hace, se niega todo condicionamiento normativo de corte ético o moral de la decisión del obligado. Allí donde el Ordenamiento no puede decidir, la facultad de decisión del obligado no está en modo alguno condicionada o limitada. Existen pues, dos únicas opciones de actuación, pero ilimitados motivos subjetivos de decisión. Al respecto, en este sentido, vid. MERKEL, *Forschungsobjekt Embryo*, 2002, p. 153, n. 102; SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkonkollision*, 2000, pp. 146 y ss.; o JOERDEN, *Logik im Recht*, 1ª ed., 2005, p. 72, n. 33: «Für das Recht ist die Motivlage irrelevant; allenfalls die Moral mag das eine oder andere Motiv kritisieren, kommt aber letztlich auch nicht daran vorbei, dass man von dem Pflichtadressaten nicht mehr verlangen kann, als er zu leisten vermag».

<sup>250</sup> Cfr. CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, p. 164; o ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 150, n. 550, quien plantea con razón sus dudas acerca de la legitimidad de la regla consuetudinaria del Derecho marítimo de la “*Birkenhead-Drill*”, según la cual en situaciones de naufragio las mujeres y niños tendrían un mejor derecho frente a los varones. Sobre esto último, con detalle, vid. SCHEEL, *Die Übergesetzlichen Unrechts-, Schuld- und Strafausschliessungsgründe*, 1957, p. 69, n. 87.

<sup>251</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 456; y en un sentido parecido, vid. ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 121, señalando que el consentimiento de la víctima debería reactualizarse tras el sorteo para que aquél pueda ser válido, pues de lo contrario, no se trataría de un consentimiento válido, sino que solo podría ser «expresión de la pretensión de mantener las propias opciones de salvación». Sin embargo, del mismo modo que no consideramos viciado el consentimiento del que compra un décimo de lotería a la postre no premiado por el hecho de que lo

JAKOBS parece fundamentar su negativa a aceptar la justificación en los supuestos de comunidad de peligro precisamente por la falta de un procedimiento automático de ejecución de la decisión:

«Aquel que debe soportar los costes no se define *ex post* como víctima, sino *ex ante* como posible beneficiado. Tal es el caso cuando la posición de la víctima se presenta como resultado de una fuerza *objetiva*. Todos los afectados potenciales aprobarían la instalación de un mecanismo automático que en casos de necesidad otorgara una solución al conflicto en la que *ex ante* todos los participantes no pueden sino resultar beneficiados (porque el número de las víctimas se reduce en todo caso, o todos tienen la oportunidad de estar entre los que se salvan), y que ejecute la solución del conflicto sin posibilidad de impedimento (de lo contrario se podría simplemente echar a suertes quién será la víctima y ejecutar el resultado): a través de su aprobación, todos los participantes ganan, en la medida en que en la situación de conflicto cambian un hundimiento *seguro* por uno solo *posible*».<sup>252</sup>

Ahora bien, en la medida en que el cumplimiento de la obligación alternativa está garantizado jurídicamente frente a la víctima y frente a terceros, no alcanzo a ver por qué la posibilidad meramente fáctica de que no se ejecute adecuadamente la decisión adoptada debiera alterar el modo en el que solucionar estos supuestos. La solución decidida es también ejecutable frente a la víctima aunque medie el comportamiento auto-responsable de un tercero porque a ello tiende precisamente la adopción de una decisión. Es decir, el mecanismo automático que entiende JAKOBS que todos aceptarían como instancia decisoria, salvando las distancias, vendrá representado por la figura del obligado. Es más, precisamente la existencia de la figura de un agente no involucrado en el peligro que opera como instancia decisoria del conflicto es la razón material que permite al Ordenamiento jurídico prever una solución racional y legítima a los ojos de los necesitados.

A diferencia de los supuestos más clásicos de necesidad,<sup>253</sup> donde los dos necesitados solo pueden ejercer de propia mano su posibilidad de salvación a costa de su contrincante, en los supuestos que ahora nos ocupan es un tercero ajeno a la situación de necesidad el que, como instancia externa e imparcial, decide cómo solventar el conflicto.<sup>254</sup> Una vez el obligado se ha decidido, la víctima final del conflicto debe respetar —como cualquier tercero— el curso salvador iniciado por aquél. Otra cosa es que quepa exculpar la interrupción de ese curso salvador obligatorio dadas las excepcionales circunstancias en las que se enmarca la defraudación del deber de tolerancia, renunciando así el Ordenamiento al ejercicio de su

---

compra para ganar, no para perder, la víctima no puede desentenderse de las consecuencias que requiere haber dispuesto de una opción de salvación.

<sup>252</sup> Vid. JAKOBS, 2ª ed., 1993, 13/23.

<sup>253</sup> No se desconoce aquí que también la dogmática de la justificación de la legítima defensa y el estado de necesidad aborda supuestos en los que es un tercero el que actúa justificadamente en favor de un necesitado. Sobre la figura del auxilio necesario en la legítima defensa, RÖNNAU/HOHN, «§ 32», *LK*, 12ª ed., nm. 204 y ss.; y en el estado de necesidad (agresivo), ZIESCHANG, «§ 34», *LK*, 12ª ed., nm. 25.

<sup>254</sup> Consecuentemente, no creo que lo que aquí se expone en relación con situaciones de necesidad tridimensionales en las que un agente obligado es el que resuelve el conflicto sea trasladable sin más a los supuestos clásicos de necesidad bilaterales como, por ejemplo, el de la tabla de carneadas. Cfr. AICHELE, «Was ist und wozu taugt das Brett des Karneades?», *JRE*, (11), 2003, pp. 245 y ss.



potestad punitiva.<sup>255</sup> Esto, sin embargo, no afecta un ápice a la solución normativa que ofrece aquél en el ámbito de determinación de las formas de comportamiento esperadas.

*iii) Los conflictos entre razones de obligación equivalentes con distribución asimétrica de opciones de salvación*

Finalmente, nos queda aquí por explicar por qué la obligación alternativa es también a ojos de quien sufre la decisión del obligado la más justa de las soluciones posibles cuando las opciones de salvación se presentan de forma asimétrica. Como se ha señalado ya, a diferencia de lo que acontece con los conflictos simétricos, son varios los autores que en los últimos tiempos admiten la justificación de la conducta salvadora de quien tiene opciones de superar el conflicto a costa de quien ya no las tiene.<sup>256</sup> En esencia, son dos los argumentos vertidos en favor de la solución justificante. Por un lado, se señala que la prohibición ya no puede proteger a largo plazo el interés que se lesiona, a lo único que contribuye el deber de omitir aquí es a retrasar el momento de la pérdida definitiva del interés abocado a perderse a costa del interés que todavía puede ser salvado. Por el otro, se afirma que el actuante no altera en modo alguno el destino, ni se arroga la facultad de decidir sobre qué vida o interés merece ser salvado, pues el destino ya ha tomado esa decisión y ha determinado quién o qué interés no puede salir indemne del conflicto.<sup>257</sup> El actuante solo acelera el curso de los acontecimientos, contribuyendo causalmente a un resultado que de todos modos iba a suceder.

Sentado lo anterior, podría quizá pensarse que en los supuestos en los que uno de los intereses en liza está ya condenado a perderse, de modo que lo único que puede hacer el obligado es salvar el concurrente, la solución correcta es siempre la imposición al obligado del deber de salvar el interés que todavía puede ser salvado. Es decir, en el supuesto en el que un bombero solo puede evitar que se quemara un automóvil acelerando la completa destrucción de un segundo coche que ya no podía ser salvado, podría sostenerse que, en realidad, no hay conflicto entre razones de obligación que valga, pues el bombero ya no estaría gravado por

---

<sup>255</sup> El Ordenamiento jurídico renuncia entonces a la imposición de la pena, pero no a la del deber como estándar de comportamiento que fija la solución más razonable a ojos de todos los implicados. A propósito del conflicto entre vidas humanas, vid. *infra*, apdo. II, 3.3, d).

<sup>256</sup> Un examen detallado del estado de la cuestión en la doctrina alemana puede leerse en ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 347 y ss. Los argumentos en favor de la justificación, de forma más resumida, en NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 76 y ss.; ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 122 y ss.; o antes, SCHEEL, *Die Übergesetzlichen Unrechts-, Schuld- und Strafausschliessungsgründe*, 1957, pp. 65 y ss., quienes, sin embargo, niegan expresamente la justificación cuando se trata de comunidades de peligro simétricas.

<sup>257</sup> Frente a este modo de ver las cosas, sigue siendo mayoritaria la tesis que niega la justificación también ante tales conflictos. Los argumentos son los mismos que se presentan ante la justificación en los simétricos. Aunque siempre aludiendo a colisiones vitales, se afirma que a ojos de la víctima es imposible justificar el levantamiento de la prohibición, pues ni es viable determinar con certeza que una de las vidas en juego esté realmente condenada a perderse (argumento pragmático), ni cabe tampoco afirmar que la vida de quien está llamado a morir próximamente deba estar menos protegida que la del resto de personas, la (corta) esperanza de vida no justifica nunca una relativización del valor de la vida humana (argumento deontológico). Cfr. por todos, ROXIN, *AT*, 4ª ed., v. I, 2006, A § 16, nm. 35 y ss.; KÜPER, «Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision „Leben gegen Leben“», *JuS*, 1981, pp. 790 y ss.; EL MISMO, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 24; ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 452 y ss.; o JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 13/23, si bien sus reparos parecen centrarse en el caso de comunidades de peligro asimétricas en la imposibilidad de encontrar mecanismos de ejecución (no manipulables) de la solución que es plenamente razonable a ojos de los involucrados.

ningún deber de salvamento para con este segundo coche. Por otro lado, la razón de obligación negativa de competencia plena de no destruir el coche quedaría postergada de la situación de conflicto, pues protege un interés irremediamente perdido, de inferior rango. El obligado, en definitiva, no tendría derecho a escoger qué razón de obligación cumple, sino la obligación de salvaguardar lo único que todavía puede ser salvaguardado.

Este último planteamiento sería sin duda coherente y defendible desde una óptica puramente consecuencialista de los conflictos entre razones de obligación. Sin embargo, en este trabajo se defiende también para estos supuestos el derecho del obligado a escoger qué razón de obligación desea cumplir. El motivo es el siguiente: a diferencia de lo que acontece en los supuestos de comunidad de peligro simétrica, el agente cuyos intereses están irremediamente condenados a desaparecer no tiene —por definición— ningún interés razonable en renunciar a la protección mínima de los suyos. Es decir, aunque se trate de un tiempo corto, no hay modo de legitimar frente al titular del interés condenado la renuncia a su protección, pues el Derecho no puede ofrecerle nada a cambio. A diferencia de lo que sucedía en los conflictos simétricos, en los que la renuncia bilateral a la protección de la prohibición garantizaba una opción de salvaguarda del propio interés, no hay razón ahora por la que el titular del interés que necesariamente perecerá habría de renunciar a la protección jurídica de dicho interés.<sup>258</sup> Ello vale, claro está, siempre y cuando la previsión de destrucción no reduzca el valor del bien hasta el punto de que la extrema desproporción de intereses permita una jerarquización de las dos razones de obligación en liza.<sup>259</sup> Admitida la equivalencia de deberes, exigirle al titular del interés condenado que aceptara su sacrificio en favor del interés contrapuesto únicamente podría explicarse desde una perspectiva colectivista aquí rechazada, o en términos de solidaridad, pero resulta que en nuestro actual Ordenamiento jurídico no cabe legitimar tales deberes cuando no media una diferencia esencialmente preponderante entre los intereses en liza.<sup>260</sup>

Así las cosas, el conflicto que ahora nos ocupa se define necesariamente como un conflicto entre dos razones de obligación plenamente equivalentes, entre una razón de competencia plena que impone una acción salvadora y otra razón de competencia plena que impone una no injerencia en la esfera de quien se sabe necesariamente víctima final del conflicto. Ante tal escenario, de igual modo que sucede en los conflictos simétricos, la única solución legítima frente a los tres agentes involucrados es la imposición al obligado de una obligación alternativa.<sup>261</sup> El obligado habrá de escoger si desea cumplir la razón de obligación que le

---

<sup>258</sup> Con razón PAWLIK, «§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?», *JZ*, (21), 2004, p. 1049.

<sup>259</sup> Ello puede suceder, por ejemplo, cuando está en juego la propiedad. Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 20/41: «si los bomberos derriban un edificio que de todos modos no cabe salvar, para poder luchar eficazmente contra el fuego en otro edificio, el hecho está justificado». Aquí el bombero no está obligado por dos razones de rango equivalente, sino que el valor casi nulo de un bien legitima conforme al baremo del estado de necesidad agresivo la primacía de la razón que garantiza aquello que todavía puede ser salvado.

<sup>260</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 93 y ss.

<sup>261</sup> Adviértase que la imposición de una obligación alternativa en estos supuestos nos lleva a una solución al conflicto equivalente a la que proponen los autores que defienden la posibilidad de infringir de forma justificada la prohibición. En este sentido, vid. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 76 y ss.; ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 122 y ss.; SCHEEL, *Die Übergesetzlichen Unrechts-, Schuld- und Strafausschließungsgründe*, 1957, pp. 65 y ss.; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 375 y ss.; CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 156 y ss.; FRITZE, *Die Tötung*

impone una conducta salvadora o si, por el contrario, prefiere respetar la razón de obligación que le impide acelerar la destrucción de aquello que irremediablemente acabará por perderse. Bien mirado, esta es la conclusión a la que llega la doctrina más moderna que acepta en situaciones de comunidad de peligro asimétricas vitales un derecho de necesidad.<sup>262</sup>

#### **d) La obligación alternativa frente al conflicto entre vidas humanas**

##### *i) Introducción*

Aunque hasta este momento se ha analizado el problema de los conflictos entre razones de obligación equivalentes con carácter general, la doctrina penal y filosófica se ha ocupado históricamente de este problema prácticamente siempre a propósito de los conflictos entre vidas humanas.<sup>263</sup> Hasta donde alcanzo, no existe en la discusión jurídico-penal contemporánea ningún trabajo que aborde en profundidad el problema de las comunidades de peligro no vitales. El interés exclusivo por esta clase de conflictos ha impedido un desarrollo general de la dogmática de las colisiones entre intereses equivalentes en situaciones de comunidad,<sup>264</sup> al quedar reducida la discusión científica a la posibilidad de justificar acciones homicidas contra personas inocentes. Este último epígrafe pretende analizar de manera breve cuáles son los argumentos esgrimidos en la doctrina mayoritaria en contra de la justificación de estas acciones en situaciones de comunidad de peligro vital para, acto seguido, valorar su alcance a la luz de los dos escenarios de conflicto entre razones de obligación equivalentes acabados de presentar.

##### *ii) La antijuridicidad penal categórica del homicidio de un inocente*

A día de hoy, es sin duda ampliamente mayoritaria la tesis según la cual toda acción que provoca un resultado de muerte es antijurídica salvo que la situación de peligro que con aquélla se conjura sea reconducible a un comportamiento autorresponsable de la víctima,<sup>265</sup>

---

*Unschuldiger*, 2004, pp. 74 y ss., 203 y ss.; ISENSEE, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 226 y ss.; ODENDAHL, *Die Verwaltung*, (38), 2005, p. 447; o HÖRNLE, *InDret*, (2), 2010, p. 21.

<sup>262</sup> En este sentido, cfr. solo NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 76 y ss.; ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 122; o PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 326.

<sup>263</sup> Es a principios y mediados del S. XIX cuando aparecen publicados algunos trabajos que, aunque de pasada, sí se ocupan del problema de la comunidad de peligro entre intereses patrimoniales. Cfr. por ejemplo, VON WEBER, *Das Notstandsproblem*, 1925, pp. 26 y ss.; HENKEL, *Der Notstand*, 1932, pp. 93 y ss.; u OETKER, en BIRKMEYER et al. (eds), *Vergleichende*, v. II, 1908, p. 353.

<sup>264</sup> Ello queda claramente patente, por ejemplo, en el planteamiento esbozado por WELZEL, «Anmerkung zum OGH Strafsenat, Urteil vom. 5.3.1949», *MDR*, 1949, p. 375, en donde se afirma que sí sería racional optar por el mal menor en situaciones de comunidad de peligro entre cosas, pero no donde coliden vidas humanas, pues ello atentaría contra el “sentimiento ético”.

<sup>265</sup> Cfr. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 296; ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 33 y ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, p. 143, nm. 112, p. 144, nm. 115; 6ª ed., 2013, pp. 236 y s., nm. 14 y s.; ZIESCHANG, «§ 34», *LK*, 12ª ed., nm. 65; ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 32; PERRON, «§ 34», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 24; y MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, pp. 196 y ss., 201 y ss., 204 y ss.; KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision*, pp. 39 y ss.; ARCHANGELSKIJ, *Das Problem des Lebensnotstandes*, 2005, pp. 29 y s., 45 y s. Sin embargo, parecen verse las cosas algo distintas en el ámbito anglosajón, por todos, con múltiples referencias doctrinales, vid. RAKOWSKI, «Taking and Saving Lives», *Columbia Law Review*, (93), 1993, *passim*; o KAMM, *Morality, Mortality*, v. I, 1993, pp. 75 y ss.

pues «causar la muerte a alguien es algo en sí mismo, normativamente, tan claramente prohibido, que resulta difícil imaginar que si puede ser vulnerada esta prohibición, esto se pueda justificar por algo que no tenga al menos un peso igualmente grande, o sea algo que debe ser a su vez una prohibición».<sup>266</sup> Matar a un inocente es, por definición, antijurídico, y nada distinto puede valer en situaciones de comunidad de peligro, en donde todos los agentes implicados peligran morir y solo una parte puede salvarse a costa de la otra.<sup>267</sup> Hasta donde alcanzo, cabe aunar los múltiples argumentos esbozados por la doctrina en favor de la referida tesis en tres grandes grupos.

En primer lugar, desde una perspectiva axiológica, se afirma que la vida humana, por definición, es siempre imponderable y no admite ninguna clase de relativización comparativa.<sup>268</sup> Constituye en sí un valor absoluto,<sup>269</sup> inconmensurable, que no admite ser ponderada en modo alguno.<sup>270</sup> Lo contrario constituiría una instrumentalización inasumible del ser humano, una afectación intolerable de la dignidad humana.<sup>271</sup> Esto supone, por un lado, que no cabe establecer diferencias de rango cuando están en juego vidas humanas a partir del número de vidas que aparecen a cada lado del conflicto, es decir, que dos o un millón de vidas humanas valen lo mismo que una;<sup>272</sup> y, por el otro, que el valor de la vida humana es constante e inmutable, también cuando está abocada a perderse de forma inmediata, de modo que no existe algo así como vidas con menos valor vital que otras.<sup>273</sup> La norma que prohíbe el homicidio, *nolens volens*, lo hace con la misma intensidad con independencia de la concreta esperanza de vida que le quede a un sujeto, de modo que

---

<sup>266</sup> Cfr. TUGENDHAT, «El problema de la eutanasia desde la perspectiva filosófica», en EL MISMO, *Problemas*, 2002, p. 54.

<sup>267</sup> Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 51; y sobre la protección (fragmentaria) de la vida humana en sus distintas manifestaciones, cfr. GROPP, «Der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes und die fragmentarische Natur des Strafrechts», *Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck*, 1999, pp. 285 y ss., 286 y ss.

<sup>268</sup> Cfr. STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, p. 143, nm. 112, p. 144, nm. 115.

<sup>269</sup> Cfr. TUGENDHAT, *Problemas*, 2009, pp. 46 y s.

<sup>270</sup> Cfr. JEROUSCHEK, «Nach dem 11. September 2001: Strafrechtliche Überlegungen zum Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeugs», *FS-Schreiber*, 2003, pp. 188 a 194, con ulteriores referencias en el mismo sentido: «Es gehe um den Wert jedes einzelnen Lebens, nicht um die Gesamtbilanz der Verluste an Menschenleben für die Gemeinschaft». Un análisis crítico de la imposibilidad de agregar vidas humanas en los juicios de ponderación puede leerse en ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 42 y ss.

<sup>271</sup> Cfr. WELZEL, «Zum Notstandsproblem», *ZStW*, (63), 1951, p. 52; y haciéndose eco del problema, vid. HÖRNLE, *InDret*, (1), 2010, pp. 18 y s., con ulteriores referencias doctrinales. Desde una óptica constitucional, sobre el problema de la dignidad del ser humano en el marco de situaciones de necesidad vitales, vid. por todos, LINDNER, «Die Würde des Menschen und sein Leben», *DÖV*, (14), 2006, pp. 579 y s., 583 y ss.; y POSCHER, «Die Würde des Menschen ist unantastbar», *JZ*, (15-16), 2004, pp. 756 y ss. Y en general, sobre la prohibición de instrumentalizar al hombre en la discusión jurídico-penal contemporánea, con detalle, vid. GRECO, *Lebendiges und Totes*, 2009, pp. 164 y ss.

<sup>272</sup> Entre otros muchos, vid. WELZEL, *ZStW*, (63), 1951, p. 52; KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 51 y s.; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/21, 23; MITSCH «Flugzeugabschüsse und Weichenstellungen», *GA*, 2006, pp. 11 y s.; JEROUSCHECK, *FS-Schreiber*, 2003, p. 192; HILGENDORF, «Tragische Fälle», en BLASCHKE et al. (eds.), *Sicherheit statt Freiheit?*, 2005, pp. 117 y ss.; JÄGER, *ZStW*, (115), 2003, p. 778; DREIER, «Grenzen des Tötungsverbotes – Teil 1», *JZ*, (6), 2007, pp. 263 y s.; o NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 71 y ss. En sentido contrario, en la doctrina penal, vid. DELONGE, *Die Interessenabwägung*, 1988, pp. 118 y ss.; o FRITZE, *Die Tötung Unschuldiger*, 2004, pp. 201 y ss., *passim*.

<sup>273</sup> Cfr. KÜPER, *JuS*, 1981, p. 792; JEROUSCHEK, *FS-Schreiber*, 2003, pp. 193 y s.; o MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1988, p. 202: «Man sieht, die Rechtsordnung kann im Privatverhältnis nur das Leben als status quo absolut schützen, ohne sich auf Differenzierungen einzulassen, die auf eine Bewertung menschlichen Daseins hinauslaufen, welche durch Menschen niemals vorgenommen werden darf».

tampoco puede verse degradado su valor en un juicio comparativo por escaso que sea el lapso de tiempo que le reste.<sup>274</sup> «El Derecho protege la vida de todo ser humano como una forma de existencia presente, como existencia biológica “aquí y ahora”, como un fin en sí mismo en idéntica medida, sin tener en cuenta su distinto futuro».<sup>275</sup>

En segundo lugar, desde una perspectiva pragmática, advierto en la discusión contemporánea dos clases de argumentos en contra de la justificación de acciones homicidas frente a inocentes. Por un lado, frente a la posibilidad de relativizar en situaciones excepcionales la prohibición categórica del homicidio, se alude a la necesidad de mantener el principio general también en estos supuestos por el temor a que una relativización aparentemente fundada de aquella norma desencadene un proceso de banalización de la prohibición del homicidio de inocentes, convirtiéndose finalmente la excepción en regla general. Se habla aquí de la necesidad de no socavar el tabú de la prohibición del homicidio de inocentes y de no exponer el sistema jurídico al riesgo de la “ruptura del dique” (*Dammbruch-Argument; slippery slope*).<sup>276</sup> Admitir excepciones puntuales supone abrir una puerta a posteriores relativizaciones de la vida humana que ya no puede ser cerrada.<sup>277</sup> Por ello, resulta preferible asumir consecuencias coyunturalmente contraintuitivas antes que aceptar una relativización incontrolable del principio de la prohibición del homicidio de un inocente. Y por otro lado, se alega que aunque fuera axiológicamente correcta la solución propuesta *in concreto*, la imposibilidad de constatar a ciencia cierta el carácter insalvable de la vida en conflicto impide en cualquier caso admitir la justificación de la acción homicida.<sup>278</sup> La incertidumbre e inseguridad del pronóstico de muerte impide siempre tomar en consideración el dato de previsión para justificar el homicidio de un inocente.<sup>279</sup> Es decir, «la idea de una situación matemáticamente segura de estar condenado a la muerte es tan solo una construcción intelectual. En la realidad, no puede

---

<sup>274</sup> Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 57 y ss. Por otro lado, este mismo principio de absoluta equivalencia del valor de las vidas humanas determina la imposibilidad de jerarquizar siquiera deberes de acción en atención a la probabilidad de salvación de una vida humana. El médico que solo puede atender a uno de los dos pacientes puede según KÜPER escoger a cuál atiende, también cuando uno tiene una opción segura de salvación y el segundo dispone tan solo de una probabilidad mínima. Cfr. *ob. cit.*, p. 60, n. 128. En el mismo sentido, LENCKNER, «Ärztliche Hilfeleistungspflicht und Pflichtenkollision», *Medizinische Klinik*, (21), 1969, pp. 1000 y ss. Sin embargo, que las probabilidades de éxito juegan un papel fundamental en la distribución escasa de recursos en el ámbito médico lo pone en evidencia VOB, *Kostendruck und Ressourcenknappheit*, 1999, p. 183; o MERKEL, «Die chirurgische Trennung sogenannter siamesischer Zwillinge», en ROXIN/SCHROTH (ed.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4ª ed., 2010, pp. 631 y s., n. 69. Así también, KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht*, 1992, pp. 93 y s., 326 y ss., quien distingue entre las probabilidades de éxito de la medida curativa y la esperanza de vida. Lo primero sí es relevante para distinguir, la importancia de lo segundo, así KÜNSCHNER, resulta sin embargo más dudosa (pp. 94 y s., p. 328).

<sup>275</sup> Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 60.

<sup>276</sup> Así, por ejemplo, vid. PAWLIK, *JZ*, (21), 2004, p. 1049; o STÜBINGER, «„Not macht erfinderisch“ – Zur Unterscheidungsvielfalt in der Notstandsdogmatik – am Beispiel der Diskussion über den Abschuss einer sog. „Terrormaschine“», *ZStW*, (123), 2011, pp. 421 y ss. Al respecto, con ulteriores citas doctrinales, HÖRNLE, *InDret*, (1), 2010, p. 17, n. 61. En la discusión ética, sobre el riesgo de la “pendiente resbaladiza”, por ejemplo, vid. HARRIS, *The Value of life*, 1985, pp. 36 y s.

<sup>277</sup> Cfr. PAWLIK, *JZ*, (21), 2004, pp. 1049 y s.; ROXIN, «Der Abschuss gekaperter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben», *ZIS*, (6), 2011, pp. 555 y s.; STÜBINGER, *ZStW*, (123), 2011, pp. 421 y ss., o CANO PAÑOS, «El caso de la Luftsicherheitsgesetz», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (ed.), *Casos que hicieron doctrina*, 2011, pp. 932 y ss.

<sup>278</sup> En este sentido, JÄGER, *ZStW*, (115), 2003, p. 784; KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 61 y s.; o MEIBNER, *Die Interessenabwägungsformel*, 1990, p. 207.

<sup>279</sup> Así, KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 62 y s.

saberse nunca lo que ocurrirá»<sup>280</sup> y, por lo tanto, no cabe plantear siquiera la posibilidad de justificar el homicidio de un inocente en atención al carácter “insalvable” de la vida humana en cuestión.

En tercer y último lugar, se afirma en la doctrina habitualmente que, tomando en consideración la configuración y alcance de las distintas causas de justificación reconocidas en nuestro actual Ordenamiento jurídico, no es posible admitir nunca la justificación del homicidio de un inocente.<sup>281</sup> El consentimiento expreso o presunto queda descartado desde el mismo momento que se admite que las víctimas no prestarán con carácter general su anuencia.<sup>282</sup> Desde una perspectiva *iuspositiva* se sostiene que el § 34 StGB no permite bajo ningún pretexto justificar tales acciones, pues nunca es posible constatar la necesaria preponderancia esencial de uno entre los intereses en juego cuando coliden vidas humanas. Y desde una perspectiva axiológica, se señala, por un lado, que la solidaridad, como fundamento último del estado de necesidad agresivo, no puede legitimar un deber de tolerar la propia muerte. «La propia existencia es requisito de toda prestación *solidaria* a otros».<sup>283</sup> Por otro lado, se defiende que tampoco cabe justificar el homicidio de inocentes en tales supuestos a partir del recurso a la dogmática del estado de necesidad defensivo,<sup>284</sup> pues no es posible reconducir normativamente el peligro que amenaza al necesitado que se salva a la esfera de organización de quien es víctima de la acción homicida.<sup>285</sup> Finalmente, desde la óptica de los conflictos de deberes, se afirma que en todos los casos de comunidad de peligro en los que coliden vidas humanas, dada su equivalencia absoluta y la primacía del deber de omitir frente al de actuar, todo homicidio activo sería siempre antijurídico.<sup>286</sup> Nadie tiene el deber de matar activamente para dejar de matar omisivamente.

En definitiva, en los supuestos de comunidad de peligro, ninguno de los dos agentes involucrados en la situación de conflicto podría justificadamente salvar su vida a costa de la de su contrincante y, como señala JAKOBS, esto vale de forma imperturbable «cuando el que interviene está *obligado* a la salvación del beneficiado», pues la relación interna «entre el que

---

<sup>280</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, A § 16, nm. 40.

<sup>281</sup> Cfr. JAKOBS, «Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand», *FS-Krey*, 2010, pp. 207 y s., n. 1.

<sup>282</sup> Cfr. HÖRNLE, *InDret*, (2), 2010, p. 5, n. 6; y EL MISMO, «Hijacked airplanes: may they be shot down?», *New Criminal Law Review*, (4), 2007, p. 598. En cambio, GÓMEZ BENÍTEZ, «Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia tolerable», *LH-Gimbernat Ordeig*, v. I, 2008, pp. 965 y ss., entiende que la solución legal a estos casos reside en una presunción legal y moral de la renuncia solidaria a la vida por parte de los *moribundi* ante la inminencia de la propia muerte inevitable

<sup>283</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/21; y PAWLIK, *JZ*, (21), 2004, pp. 1049, poniendo de relieve que el necesitado no tiene frente al que pretende ser salvado ningún derecho de solidaridad, sino una pretensión de garantía puramente negativa.

<sup>284</sup> Así, por ejemplo, GÜNTHER, «Defensivnotstand und Tötungsrecht», *FS-Amelung*, 2009, pp. 152 y ss.

<sup>285</sup> Cfr. COCA VILA, *InDret*, (1), 2011, pp. 16 y ss. En cambio, en el caso de los dos escaladores en el que uno puede todavía salvarse cortando la cuerda y acelerando la muerte del segundo, admite la justificación en estado de necesidad defensivo fundamentando la competencia en la pérdida del control sobre el propio cuerpo PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 326, n. 155, con ulteriores referencias doctrinales. No obstante, vid. WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 448 y ss., evidenciando con razón la implausibilidad de los intentos por reconducir este concreto problema a la dogmática del estado de necesidad defensivo.

<sup>286</sup> Cfr. SINN, «Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 III Luftsicherheitsgesetz – rechtmäßig?», *NSfZ*, (11), 2004, p. 586; o WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, p. 446. Al respecto, vid. además, HÖRNLE, *InDret*, (1), 2010, p. 13, n. 39, con ulteriores referencias doctrinales.

interviene y el beneficiado no puede comportar deber alguno de soportar para la víctima de la intervención que se encuentra al margen». <sup>287</sup> Pese a la existencia de una posibilidad fáctica de salvación para una parte de los sujetos implicados, el Derecho prefiere que ambos perezcan, y esa es la solución que trata de garantizar manteniendo las prohibiciones de injerencia activa y anulando en el caso concreto las razones de obligación de socorro. <sup>288</sup> Cualquier acción salvadora de uno de los dos agentes implicados habría de ser contrarrestada por un agente de la autoridad que, en caso de no poder salvar a ninguno de los dos necesitados, tendría que, como mínimo, garantizar la muerte de ambos. <sup>289</sup>

En todo caso, para contrarrestar parcialmente estas alarmantes consecuencias, la doctrina mayoritaria se apresura a señalar que, pese a no admitirse justificación alguna en las situaciones de comunidad de peligro, el que se decide a salvar aquello que todavía puede ser salvado actúa siempre de forma disculpada, es decir, que la infracción de su deber no le sería personalmente reprochable. <sup>290</sup> Es más, no faltan quienes, tras afirmar la antijuridicidad del hecho, expresan su deseo de que algún valeroso ciudadano asuma el papel de salvador y se comporte efectivamente de forma antijurídica para, de este modo, garantizar la solución práctica intuitivamente correcta sin tener que quebrar el principio de prohibición absoluta del homicidio de inocentes. <sup>291</sup>

---

<sup>287</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/24.

<sup>288</sup> En este sentido, claramente, KÖHLER, *AT*, 1997, p. 296.

<sup>289</sup> Cfr. KÜPER, *JuS*, (2), 1987, p. 90: «Dies bedeutet nicht nur, dass dem Täter keine Wahl der jeweiligen Pflichten gestattet werden kann. Es bedeutet zugleich, das er sich stets —aber auch nur dann— rechtmässig verhält, wenn er die Handlungspflicht vernachlässigt und die Unterlassungspflicht befolgt, also das Verbot respektiert, indem er untätig bleibt».

<sup>290</sup> Así, entre otros muchos, KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 341 y s.; FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, pp. 275 y s., nm. 26 y ss.; ENGLÄNDER, «§ 34», *Matt.Renzikowski StGB*, nm. 32; PERRON, «§ 34», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 24.

<sup>291</sup> En definitiva, matar a un inocente estaría siempre prohibido, pero el Ordenamiento jurídico desea y espera que algún ciudadano infrinja su deber, para poder alcanzar así la solución más justa sin tener el Estado que “manchase las manos” y reconocer la justificación del homicidio. Cfr. HILGENDORF, en BLASCHKE et al. (eds.), *Sicherheit statt Freiheit?*, 2005, pp. 130 y s.: «Das Recht regelt stets nur die gesellschaftliche Normallage. Den extremen Ausnahmefall kann und muss das Recht nicht regeln. Im Extremfall können Entscheidungen notwendig sein, die mit den Regeln der Normallage nicht vereinbar sind. [...] Wenn ein solcher Fall auftritt, werden hoffentlich von entschlossenen Männern und Frauen alle nötigen Maßnahmen ergriffen werden, um die Gefahren abzuwenden. Einer rechtlichen Regelung hier und heute bedarf es nicht». Un intento interesante de teorizar esta tercera vía de solución de conflictos extremos puede leerse en GROSS, «Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?», *Yale Law Journal*, (112), 2003, pp. 1011 y ss.; y EL MISMO, «Extra-legality and the ethic of political responsibility», en RAMRAJ (ed.), *Emergencies and the Limits of Legality*, 2008, pp. 60 y ss. Su modelo, el *Extra-Legal Measures Model*, se presenta como una alternativa a los dos modelos tradicionales desde los que suelen abordarse los conflictos trágicos. GROSS no está dispuesto ni a flexibilizar las reglas que prohíben comportamientos categóricamente prohibidos ni a aceptar una visión del Ordenamiento jurídico excesivamente idealista, que lo acabaría debilitando. Se trata, en definitiva, de no relativizar normas fundamentales como la prohibición de la tortura, pero al mismo tiempo, ofrecer una salida —procedimentalmente fundada— al sujeto que se encuentra ante una situación de conflicto trágica. El *Extra-Legal Measures Model* se basa en las siguientes tres premisas esenciales: (1) las situaciones excepcionales precisan de reacciones estatales excepcionales; (2) los argumentos jurídico-constitucionales no han influido nunca de forma seria en la reacción estatal ante situaciones excepcionales; (3) es altamente probable que la medida excepcional que se adopta en una situación trágica acabe filtrándose en el Ordenamiento jurídico una vez superada la situación de crisis. A partir de aquí, distingue GROSS entre la acción de quien toma la decisión (*action*), que resulta ilegal (*extra-legal*), y la reacción posterior de la opinión pública que, o bien la pueda aprobar, (*ratification*); o bien la puede rehusar (*rejection*). Así, entiende GROSS que las consecuencias jurídicas finales que se anudan a la acción trágica dependen de la concreta reacción de la opinión pública, una vez se le presenta de forma honesta y transparente la acción antijurídica cometida. El autor reconoce la ilegalidad de su acción y la somete al enjuiciamiento público. La generalidad debe entonces de forma directa o indirecta (a través de sus representantes

### *iii) Los conflictos vitales entre razones de obligación*

El objetivo en este momento no puede ser valorar en profundidad cada uno de los argumentos acabados de presentar, sino más bien analizar tan solo qué trascendencia tienen éstos a la hora de resolver conflictos entre razones de obligación en los que están en juego vidas humanas. De aquellos argumentos, aun siendo esencialmente correctos, no se deriva indefectiblemente la conclusión de que el Ordenamiento jurídico obliga a los dos sujetos y a un eventual tercero en las situaciones de conflicto entre razones de obligación a aceptar la pérdida de todas las vidas humanas en juego. Veamos por qué razón.

Lo primero que debemos tener en cuenta es cómo la doctrina absolutamente mayoritaria trata de resolver los conflictos entre dos mandatos cuando están en juego vidas humanas. El garante que por asunción está obligado a salvar a (A) y a (B) sí puede de forma justificada (o incluso atípica) dejar de salvar la vida de una persona.<sup>292</sup> A la retirada o supresión de la norma de comportamiento que garantiza la vida de (B) no se opondría ninguna de las anteriores razones axiológicas o pragmáticas. El padre que deja morir a su hijo no estaría instrumentalizando a un ser humano y nada obstaría a que el Derecho retirara la norma que garantiza una vida, pues no se relativiza con ello el valor de la vida humana, ni tampoco se oponen a ello razones pragmáticas, dado que no se rompe ningún tabú ni hay aquí riesgo alguno de error a la hora de valorar la dimensión empírica del conflicto.<sup>293</sup> Es más, ni siquiera

---

democráticamente escogidos) decidir si autoriza o no con efectos retroactivos la decisión ilegal adoptada. Si la respuesta es negativa, el autor ha de asumir los costes legales y políticos de su actuación antijurídica. Si la opinión pública, por el contrario, ratifica la decisión hasta entonces ilegal, el autor puede quedar eximido parcial o completamente del castigo. La ratificación puede llevarse a cabo de manera informal, jurídica, política o social. Dado que el autor desconoce en el momento de su actuación la posterior valoración de su acción ilegal, la incertidumbre en la que debe decidir le otorga buenos incentivos para comportarse conforme a Derecho. Una crítica al modelo de GROSS, puede leerse en DYZENHAUS, «The compulsion of legality», en RAMRAJ (ed.), *Emergencies and the Limits of Legality*, 2008, pp. 30 y ss., quien advierte en el sistema procedimental referido una desjuridificación del conflicto, que lo acaba sumiendo en un “agujero negro legal” (*legal black hole*). La decisión de ratificación debe estar regulada necesariamente, pues quien actúa extramuros de la ley y la constitución pierde su autoridad, también cuando la actuación en cuestión pueda estar justificada políticamente. Por su parte, WITTIG («Das Extra-Legal Measures Model of Emergency Powers von Gross», *FS-Schünemann*, 2014, pp. 293 y ss.) ha objetado al modelo de GROSS, por un lado, que supone descargar toda la responsabilidad de la decisión trágica en un particular, con todo lo que eso conlleva y, por el otro, que resulta utópico pensar que el actuante someterá libremente su decisión al escrutinio público. WITTIG rechaza finalmente el planteamiento de GROSS, pues aquél relativiza de manera inasumible el imperio de la ley (*the rule of law*). Frente a un planteamiento como el de GROSS, recuerda con razón GRECO, «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*», *InDret*, (4), 2007, p. 10, a propósito de su defensa de la prohibición de la tortura que «en el mundo de la argumentación jurídica y moral no existen excepciones, entendidas éstas como puntos de vistas relevantes que solamente son relevantes en un sector ad hoc. Cada excepción es la expresión de una regla que le sirve de base, que regula, justamente, cómo debe decidirse en el caso de situaciones excepcionales», de modo que, en última instancia, lo que propone GROSS es, en realidad, desjuridificar aquellos ámbitos que precisan de forma muy clara de una concreta y clara regulación jurídica, dejando en manos del sentir del “pueblo” la valoración de las acciones trágicas y la sanción jurídica que le corresponde el autor.

<sup>292</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. III, 4.2.

<sup>293</sup> Cfr. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, pp. 55 y s., quien señala que el principio de la dignidad humana y la prohibición de instrumentalización del ser humano no se cuestionarían en modo alguno en los conflictos entre deberes de actuar, pues la víctima de una omisión no es utilizada para salvar al segundo necesitado, ni se la sacrifica en favor de este último. Y todavía más, afirma SCHEID, que las personas salvadas no lo son a costa del resto de víctimas, es más, éstas mueren, no porque han sido usadas como medio, sino porque su salvación era imposible (p. 56). Olvida SCHEID que el rasgo esencial de la colisión de deberes es que todos los necesitados pueden ser salvados y que, por definición, la infracción de un deber se produce como medio para



estaría el padre “jugando a ser Dios”, o alterando el destino. La omisión del garante habría de ser siempre catalogada aquí como conforme a Derecho. Esto pone sin embargo a las claras que la razón principal que explica el distinto tratamiento de estos supuestos y los tradicionales de comunidad de peligro es, en verdad, el carácter activo u omisivo de la acción salvadora. Todos los argumentos arriba referidos, en realidad, los toma en consideración la doctrina única y exclusivamente para garantizar la primacía del deber de omitir frente al de actuar. El padre que, tras saltar de la barca, deja morir a uno de sus dos hijos cuando es indispensable para poder alcanzar al otro hijo en peligro actúa conforme a Derecho, y el segundo hijo tiene que tolerar su propia muerte; sin embargo, el mismo padre que para evitar que mueran los dos hijos lanza uno al agua, salvando así al segundo comete un homicidio plenamente antijurídico. Como ha señalado recientemente CONINX, a ojos de los agentes necesitados esta distinción resulta sin embargo arbitraria e inasumible.<sup>294</sup> No es solo que no quepa establecer diferencias normativas estables entre los deberes a partir de su operador deóntico o de la forma fenomenológica de la conducta requerida,<sup>295</sup> sino que desde la óptica de los agentes involucrados en la situación de conflicto, lo relevante ha de ser precisamente cómo regular el conflicto de la mejor manera posible, con independencia del carácter activo u omisivo de la conducta salvadora preferida.<sup>296</sup>

Esto último vale para las dos situaciones de comunidad de peligro arriba presentadas. Los dos escenarios descritos ameritan un tratamiento idéntico al que se dispensa a los conflictos de deberes clásicos, también cuando están en juego vidas humanas, pues la obligación alternativa constituye nuevamente aquí la mejor de las soluciones posibles frente a los sujetos afectados por la situación de necesidad.<sup>297</sup> En las comunidades de peligro simétricas, es precisamente la

---

poder satisfacer el deber contrapuesto. Se “mata” omisivamente para salvar otra vida. Con razón, vid. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 152.

<sup>294</sup> Cfr. CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 199 y s.

<sup>295</sup> Sobre la equivalencia normativa en abstracto de los mandatos y prohibiciones, cfr. Cap. 2, apdo. IV, 2.

<sup>296</sup> Así CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, p. 200: «Entscheidend ist also nicht, ob die Tötung durch ein Tun oder ein Unterlassen vorgenommen wird —das heisst der Fährmann die Kinder also vom Boot stösst oder das Boot kentern und die Kinder ertrinken lässt—, sondern, auf welche Weise die Chancen der potentiell Gefährdeten (das heisst, aller Gesellschaftsmitglieder in der Position der Kinder) maximiert werden können».

<sup>297</sup> Admiten igualmente el carácter plenamente conforme a Derecho de la acción salvadora en el marco de comunidades de peligro vitales asimétricas: OETKER, *FS-Frank*, v. I, 1930, pp. 373 y s.; VON WEBER, *Das Notstandsproblem*, 1925, pp. 30 y ss.; BAUMGARTEN, *Notstand und Notwehr*, 1911, pp. 69 y s.; HENKEL, *Der Notstand*, 1932, pp. 92 y s.; KARDING, *Die Notpflicht*, 1933, pp. 34 y s.; MAURACH, *Kritik der Notstandslehre*, 1935, p. 95; SCHEEL, *Die Übergesetzlichen Unrechts-, Schuld- und Strafausschlussgründe*, 1957, p. 65; SCHMIDT, «Anmerkung OGH f. d. Brit. Zone, Urteil v. 5.3.49 – StS», *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, (4), 1949, 1949, p. 565; MANGAKIS, *ZStW*, (84), 1972, pp. 471 y ss.; JANSEN, *Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1930, p. 10; y en la literatura contemporánea, ISENSEE, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 229 y ss.; ODENDAHL, *Die Verwaltung*, (38), 2005, pp. 446 y ss.; LADIGES, *ZIS*, (3), 2008, pp. 136 y ss.; EL MISMO, *Die Bekämpfung*, 2ª ed., 2013, pp. 443 y ss.; HÖRNLE, *InDret*, (2), 2010, p. 21; EL MISMO, *New Criminal Law Review*, (4), pp. 600 y ss.; SPENDEL, «Luftsicherheitsgesetz und Bundesverfassungsgericht», *RP*, (1), 2006, pp. 134 y s.; MERKEL, «Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht», *ZStW*, (114), 2002, pp. 452 y s.; EL MISMO, en ROXIN/SCHRITH, (eds.), *Medizinstrafrecht*, 4ª ed., 2010, pp. 603 y ss., pp. 631 y ss.; HILLGRUBER, «Der Staat des Grundgesetzes - nur "bedingt abwehrbereit"?, *JZ*, (5), 2007, pp. 216 y ss.; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 76 y ss.; NEUMANN, «Necessity/Duress», en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *Handbook of Criminal Law*, 2014, p. 602; ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 122 y ss.; FRITZE, *Die Tötung Unschuldiger*, 2004, pp. 203 y ss.; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 375 y ss.; CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 156 y ss.; FRISCH, *FS-Puppe*, 2011, 450; o WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 448 y s.; o DOMÉNECH PASCUAL, «¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?», *Revista de Administración Pública*, (170), 2006, pp. 406 y ss. Y en el marco de comunidades de peligro simétricas, VON WEBER, *Das Notstandsproblem*, 1925, p. 30; EL MISMO, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2ª

renuncia de los dos agentes necesitados a las razones de obligación prohibitivas el momento indispensable que les otorga a ambos una posibilidad de sobrevivir al conflicto. El Ordenamiento jurídico no puede considerar antijurídica la concreta realización de la única posibilidad que ambos agentes necesitados tenían de salir indemnes del conflicto,<sup>298</sup> o como lo expresa tempranamente VON WEBER, «el Ordenamiento jurídico no exige que en la comunidad de peligro el hombre contemple de brazos cruzados como se pierden todos los bienes; [...] un Derecho racional no puede prohibir que, como mínimo, una vida humana sea salvada cuando la salvación de ambas es imposible».<sup>299</sup> Y la obligación alternativa es también la forma de regulación de la situación más respetuosa con los dos agentes necesitados en el marco de situaciones de comunidad de peligro asimétrica. El Ordenamiento jurídico no puede prohibir la salvación de un agente tampoco cuando ello requiere acelerar la pérdida de una vida humana, pues ello supone preferir arbitrariamente la vida del garantizado por la prohibición frente al que lo está por el mandato.<sup>300</sup> El coste de mantener artificialmente la ilusión de un Ordenamiento jurídico capaz de proteger la vida humana siempre y en todo momento es demasiado alto como para poder trasladárselo a los dos necesitados en situaciones de comunidad de peligro.<sup>301</sup> Y frente a esto no cabe objetar que el autor está “jugando a ser Dios” o “alterando el destino” de forma antijurídica. El obligado no desplaza en estos casos el mal a un sujeto ajeno a la situación de peligro, cosa que sí sería antijurídica e ilegítima a ojos del tercero al que se pretende desplazar ese mal, sino que simplemente dispone en el marco de una comunidad de necesitados quién ha de soportar finalmente la desgracia que sobre ellos se cierne.<sup>302</sup> La *actio duplex*, que mata pero salva, al igual que la omisión que mata pero salva, son en el marco de las comunidades de peligro conformes a Derecho y en ocasiones incluso obligatorias, precisamente porque la imposición de una obligación alternativa es la mejor solución imaginable a tenor de la desgraciada situación en la que se encuentran los dos sujetos necesitados.<sup>303</sup>

---

ed., 1948, pp. 94 y s.; BAUMGARTEN, *Notstand und Notwehr*, 1911, pp. 69 y s.; HENKEL, *Der Notstand*, 1932, p. 92; KARDING, *Die Notpflicht*, 1933, pp. 34 y s., n. 84; Theo ZIMMERMANN, *MDR*, (3), 1954, p. 148; KLEFISCH, *MDR*, 1950, p. 260; MANGAKIS, *ZStW*, (84), 1972, p. 477; BRAUNECK, *GA*, 1959, p. 269; y en la literatura contemporánea, RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, p. 59, n. 44; EL MISMO, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969, pp. 68 y ss., pp. 72 y ss.; BERNSMANN, «*Entschuldigung*» durch *Notstand*, 1988, pp. 321 y ss., p. 347; FRITZE, *Die Tötung Unschuldiger*, 2004, pp. 201 y ss.; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 410 y ss., p. 411; CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 159 y s.; u ORTIZ DE URBINA GIMENO, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (ed.), *Casos que hicieron doctrina*, 2011, pp. 190 y ss.

<sup>298</sup> Cfr. CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, p. 201; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 410 y ss.; o RAKOWSKI, *Columbia Law Review*, (93), 1993, pp. 1129 y ss.

<sup>299</sup> Cfr. VON WEBER, *Das Notstandsproblem*, 1925, p. 30; y EL MISMO, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2ª ed., 1948, pp. 94 y s.

<sup>300</sup> Cfr. ISENSEE, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 222 y ss.

<sup>301</sup> En este sentido, vid. la certera crítica de DELONGE, *Die Interessenabwägung*, 1988, pp. 128 y s.; o ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 469, quien entiende que en tales situaciones no cabe mantener «draconianamente la norma de conducta».

<sup>302</sup> Como en el texto, CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 276 y s.

<sup>303</sup> En este mismo sentido, a propósito del caso de los médicos psiquiatras del nacional-socialismo, vid. BRAUNECK, *GA*, 1959, p. 269; RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, p. 59, n. 44; y EL MISMO, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969, pp. 68 y ss., pp. 72 y ss. En este mismo sentido, además vid., RAKOWSKI, *Columbia Law Review*, (93), 1993, *passim*, p. 1065: «if somebody would reasonably have favored killing under certain circumstances — because, for example, that course would tend to maximize the number of lives saved and thus antecedently reduce her own risk of dying— then killing that person to save others is morally permissible, or even commendable».

Y frente a esto, ni las objeciones axiológicas ni las pragmáticas parecen ser decisivas. Ante tales situaciones trágicas, la víctima final no debe tolerar su fatal destino por razones de solidaridad, nadie le debe a nadie solidaridad hasta tal punto;<sup>304</sup> ni cabe tampoco recurrir al estado de necesidad defensivo, pues la víctima, por definición, no es responsable en modo alguno por el peligro que determina la situación de necesidad.<sup>305</sup> De serlo, ya no cabría siquiera hablar de conflicto entre razones de obligación equivalentes. La solución al conflicto, como ya se ha señalado, pasa por un análisis fundado de las posibilidades de normación de las que dispone el Derecho. El agente que finalmente sufre los costes de la resolución del conflicto ha de aceptar la desaparición de la razón de obligación que provisionalmente garantizaba su vida porque ello es condición indispensable para contar con alguna opción real de superar el conflicto trágico.<sup>306</sup> Es decir, como señala NEUMANN, en los supuestos de comunidad de peligro, como sucede en las colisiones clásicas de deberes, la expectativa provisional que decae no lo hace por “falta de merecimiento o dignidad” (*Schutzwürdigkeit*), sino por “falta de posibilidad” (*Schutzmöglichkeit*).<sup>307</sup>

Tienen por lo tanto razón KÜPER y la doctrina mayoritaria alemana cuando defienden el principio de imponderabilidad de las vidas humanas, la imposibilidad de su cuantificación y la equivalencia valorativa de todas ellas.<sup>308</sup> Sucede, sin embargo, que la obligación alternativa que se defiende para estos casos no transgrede tales principios.<sup>309</sup> Las vidas humanas son todas iguales, incuantificables y, claro está, no existen vidas sin valor vital. Pero precisamente por eso, es por lo que el Ordenamiento jurídico no puede en situaciones de conflicto obligar a todos los sujetos involucrados a tolerar su propia muerte, como mínimo, no donde existen opciones reales de salvación para una parte de los agentes involucrados.<sup>310</sup> La respuesta

---

<sup>304</sup> Con razón, PAWLIK, *JZ*, (21), 2004, p. 1049. Erróneamente, en cambio, ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 126, quien pretende fundamentar deberes de tolerancia en situaciones de comunidad de peligro a partir de la idea de la solidaridad, afirmando que el abocado a morir no puede valerse de ella, pues exigir ser respetado en ese momento supondría un abuso excesivo de esa solidaridad (*Überstrapazierung der Solidarität*).

<sup>305</sup> Así, acertadamente, vid. WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 448 y ss.

<sup>306</sup> Cfr. FRISCH, *FS-Puppe*, 2011, p. 450; o PAWLIK, *JZ*, (21), 2004, pp. 1049 y s.

<sup>307</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 77. Y a propósito de los supuestos de comunidades de peligro simétricas, como aquí, cfr. OTTO, *JURA*, (7), 2005, p. 477, quien sin embargo pretende resolver el problema en un espacio libre de Derecho, en el que la víctima no debe tolerar su propia muerte.

<sup>308</sup> Cfr. KÜPER, *JuS*, 1981, p. 793; también SILVA SÁNCHEZ, «Kant, el Derecho y el “caso de las siamesas”», en EL MISMO, *Tiempos de Derecho penal*, 2009, pp. 114 y s., cuando afirma que «el hecho de que la vida humana que se pretende sacrificar esté, a corto o medio plazo, irremisiblemente abocada a perderse, no cambia las cosas. Eso no le priva en nada a su titular del carácter de fin en sí mismo que resulta de la dignidad de toda persona»; o SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Fundamentos de política criminal*, 2012, p. 113, quien señala que «[e]n efecto, que el ser humano no sea susceptible de valoración cuantitativa no se basa en una mera voluntad de no poner precio a las personas, sino en que escapa a ser cuantificado por ser espiritual, inmaterial».

<sup>309</sup> En este mismo sentido, vid. CUERDA RIEZU, «Hechos omisivos y causas de justificación. En particular: la colisión de deberes», en GIMBERNAT et al. (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, 1994, p. 61. Además, eliminando del problema la diferencia cuantitativa agregada de vidas en el caso de los médicos del nacional-socialismo, vid. SPENDEL, «Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderung», *FS-Engisch*, 1969, p. 516.

<sup>310</sup> Hasta donde alcanzo, esto se torna más claro cuando nos preguntamos por las condiciones de legitimación del deber negativo de no dañar en tales casos. Si lo que pretende este deber es proteger la vida de un ser humano, parece evidente que la legitimación de tal norma es en este supuesto contraproducente, pues lo que no cabe exigir sin vulnerar el principio de igualdad es la legitimación de un único deber de omitir. En las comunidades de peligro simétricas se da la paradoja de que la norma que generalmente protege la vida, la prohibición, garantiza ahora la pérdida de todas las vidas humanas implicadas. Cfr. al respecto, VON WEBER, *Das Notstandsproblem*, 1925, p. 31.

resignada que el Ordenamiento ofrece ante la desgracia, no es de recibo allí donde existe todavía una opción de salvación. Y no se trata de contar vidas y salvar el mayor número, sino simplemente de determinar la solución al conflicto respetuosa con el merecimiento máximo de protección de la vida humana. La pregunta no es cuántas vidas, sino si en el caso concreto, se protege la vida humana como tal o se la priva de toda protección. No es solo que, en contra de lo que señala JAKOBS, la admisión de la acción salvadora no supone ninguna “despersonalización de la víctima”,<sup>311</sup> sino que precisamente la decisión contraria, esto es, obligar a todos los involucrados a perecer en aras de garantizar el respeto de principios metafísicos como el de no alterar el destino o “jugar a ser Dios”, o tabúes como el de la prohibición activa del homicidio constituye, además de una marginación inexplicable del deber de protección jurídico-constitucional del Estado para con quien puede todavía salir indemne de la situación de conflicto,<sup>312</sup> una instrumentalización intolerable de todos los ciudadanos que conforman la comunidad de peligro.<sup>313</sup> La decisión que instrumentaliza y no respeta la dignidad del ser humano no puede ser aquélla que resulta a ojos de quienes potencialmente la sufrirán la más razonable de las posibles.<sup>314</sup> La víctima del conflicto sufre los altísimos costes que en la concreta situación trágica debía asumir para tener ella misma una mínima opción de salvaguarda.<sup>315</sup> Pero su vida no pierde valor vital cuando está abocada a perderse, ni se degrada cualitativamente cuando al otro lado de la balanza se encuentran

---

<sup>311</sup> Así, JAKOBS, *FS-Krey*, 2010, p. 207. La vida finalmente sacrificada vale exactamente lo mismo que la que sobrevive al conflicto, no se trata de admitir la existencia de “seres desprovistos de valor vital”, ni “vidas o instantes de vida que no merece la pena vivir”, sino precisamente lo contrario, es la voluntad de garantizar todas las vidas que fácticamente pueden ser garantizadas la que le lleva al Ordenamiento jurídico a imponer una obligación alternativa en estos supuestos. En este sentido, ISENSEE, *FS-Jakobs*, 2007, p. 228, quien señala que es el contexto del peligro el que objetiviza y, en su caso, despersonaliza.

<sup>312</sup> Al respecto, fundamental, ISENSEE, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 226 y ss., quien afirma que las dos funciones básicas de los derechos fundamentales, la negativa (*abwehrrechtliche Funktion*) y la positiva (*schutzrechtliche Funktion*) comparten un mismo rango normativo, de modo que el análisis basado en la función negativa y que determinaría una prohibición absoluta de injerencia en la esfera de los *moribundi* supone preterir injustificadamente un momento esencial en la función jurídico-estatal de garantía del derecho fundamental a la vida de los *servabiles*. En el mismo sentido, con detalle, ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, pp. 27 y ss., pp. 31 y ss., p. 33: «Die Verpflichtung des Grundrechtsstaates wird in ihrem zweifachen Aspekt wiederentdeckt: die Grundrechte nicht nur (negativ) zu achten, sondern auch (positiv) zu schützen. Es handelt sich um zwei Pflichten Aspekte derselben Grundrechte. Die Aspekte haben den gleichen verfassungsrechtlichen Rang». En este mismo sentido, vid. DOMÉNECH PASCUAL, *Revista de Administración Pública*, (170), 2006, pp. 413 y ss., defendiendo la equivalencia de las obligaciones negativas y positivas derivadas del derecho fundamental a la vida. De otra opinión, MERKEL, *JZ*, (8), 2007, p. 381. Un análisis extenso del problema de los conflictos vitales desde la óptica constitucional puede leerse en LADIGES, *Die Bekämpfung*, 2ª ed., 2013, pp. 278 y ss.

<sup>313</sup> En este sentido, aunque a propósito de los conflictos asimétricos, cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 77; LADIGES, «Die notstandsbedingte Tötung von Unbeteiligten im Fall des § 14 Abs. 3 LuftSiG - ein Plädoyer für die Rechtfertigungslösung», *ZIS*, 2008, p. 140; e ISENSEE, *FS-Jakobs*, 2007, p. 227, quien señala con razón que el sacrificio de los *servabiles* en aras de no manchar las propias representaciones de liberalidad constitucional (*grundrechtliche Liberalität*) resulta inaceptable. En el mismo sentido, DELONGE, *Die Interessenabwägung*, 1988, p. 128, remarcando —con razón— que la vida de una persona tiene un valor jurídico superior al del tabú del homicidio. Y en este mismo sentido, se expresa de manera especialmente clara MERKEL, en ROXIN/SCHROTH (eds.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4ª ed., p. 633, n. 75, quien señala que ya no se trata de proteger en tales supuestos la vida como tal, sino más bien de proteger la norma social que prohíbe matar activamente. MERKEL entiende que este bien jurídico (el tabú) es fundamental, pero su quebranto puede ser justificable en el marco de comunidades de peligro asimétricas. No en cambio, por razones que no alcanzo a comprender, ante comunidades simétricas. Aquí la víctima no tendría por qué asumir su desgraciado rol.

<sup>314</sup> Así, CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, p. 280.

<sup>315</sup> En este sentido, además, vid. ISENSEE, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 227 y s. Y tempranamente, señalando que la acción necesaria en situaciones de comunidad de peligro vital es también “adecuada” conforme a los postulados justificantes de la teoría del fin, vid., WOLFF, *Lehre vom übergesetzlichen Notstand*, 1936, p. 39.

situados un mayor número de vidas humanas.<sup>316</sup> A quien ve defraudada su expectativa no se le explica su desprotección jurídica como un medio necesario para maximizar desde una perspectiva colectiva el número de vidas humanas, sino como el precio obligado a pagar por contar con una opción de salir indemne de la situación de conflicto trágico.

Y tampoco las objeciones pragmáticas resultan aquí decisivas. La incertidumbre a la hora de determinar las situaciones de comunidad de peligro, así como el margen de error inherente a los juicios hipotético-causales en el marco de aquéllas son sin duda un problema relevante, pero ello debe llevar al Ordenamiento jurídico a dejar de solucionar como estima más oportuno los casos de colisión. Como señala ISENSEE, a todo pronóstico le es inherente un momento de incertidumbre, pero ello no impide regular jurídicamente una situación de conflicto, del mismo modo que el riesgo de error tampoco determina sin más la imposibilidad absoluta de regular tales situaciones (*Abusus non tollit usum*).<sup>317</sup> Los problemas para concretar las condiciones empíricas que determinan la comunidad de peligro no paralizan la función reguladora del Ordenamiento, sino que obligan a perfilar y concretar en este ámbito de forma pormenorizada las reglas de imputación objetiva que desde antaño viene desarrollando la ciencia penal para precisar la relevancia penal de la creación de riesgos.<sup>318</sup> Solo cabrá hablar de comunidad de peligro allí donde los agentes involucrados, desde una perspectiva *ex ante*, vayan a morir con una probabilidad rayana en la certeza.<sup>319</sup> E igual que la conducta del padre que opta por salvar a un hijo en vez de a otro es conforme a Derecho aun cuando no pueda descartarse por completo que el hijo que va a salvar no pueda ser finalmente rescatado por un buzo que imprevistamente emerja en el último momento, la falta de certeza absoluta e indubitada tampoco puede condenar a la muerte a todos los integrantes de la comunidad de peligro. Una acción homicida en situación de comunidad de peligro tal vez elimine la posibilidad de un milagro o de una operación salvadora absolutamente imprevisible, pero lo cierto es que, para el Derecho penal, lo uno y lo otro son irrelevantes.<sup>320</sup> Como nos demuestra la teoría de la imputación objetiva, lo adecuado es operar con juicios normativos de probabilidad, y a ellos debemos atenernos también en este ámbito.<sup>321</sup>

Por otro lado, en contra de lo que sostiene NEUMANN, tampoco parece que la imposibilidad empírica de establecer mecanismos de sorteo en el marco de las comunidades de peligro simétricas sea razón suficiente para obligar jurídicamente a los dos necesitados a morir y al obligado a ver como aquellos mueren.<sup>322</sup> El conflicto lo resuelve el obligado libremente, pero

---

<sup>316</sup> Cfr. ISENSEE, *FS-Jakobs*, 2007, p. 230.

<sup>317</sup> Cfr. ISENSEE, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 219 y ss., p. 221.

<sup>318</sup> En este sentido, vid. JEROUSCHECK, *FS-Schreiber*, 2003, p. 194.

<sup>319</sup> Cfr. Al respecto, con detalle, CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 242 y ss.

<sup>320</sup> Sobre la irrelevancia del milagro en la valoración jurídico-penal, vid. CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 244 y ss.; y ya antes, en contra de una fundamentación teológica del carácter absoluto o categórico de la prohibición del homicidio de inocentes, vid. VON WEBER, *Das Notstandsproblem*, 1925, pp. 31 y s.

<sup>321</sup> Así, con detalle, CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 244 y ss., p. 248.

<sup>322</sup> Cfr. NEUMANN, en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *Handbook of Criminal Law*, 2014, p. 602, quien señala que ante la imposibilidad de recurrir a sistemas de lotería no cabe una salida justificada al conflicto. *Sensu contrario*, parece entender NEUMANN que de ser posible el sorteo, el obligado puede justificadamente matar a quien lo ha perdido: «In the case of the symmetrical community of danger, there is no rational decision process for the choice of the human beings to be sacrificed. At best, the casting of lots could be considered but that would have

nada distinto puede exigirse una vez se afirma la equivalencia de las pretensiones en juego y el interés racional de los dos sujetos necesitados en salir incólumes de la situación de conflicto.

Para finalizar este apartado ha de abordarse aquí brevemente una última cuestión. Con contadas excepciones,<sup>323</sup> los autores que se han pronunciado en favor de la justificación en situaciones de comunidad de peligro lo han hecho siempre concediendo a uno de los necesitados o a su auxiliante una simple facultad de actuación. Aquí, sin embargo, se ha afirmado que el auxiliante no solo está facultado a cumplir con una de las razones en liza, sino que está obligado a ello. En el caso del conflicto entre dos mandatos ello no parece suponer ningún problema, como tampoco lo es en el caso de los conflictos asimétricos, pues la concesión al obligado de la facultad de escoger nos sitúa en un escenario prácticamente idéntico al que defienden los autores que admiten la justificación en situaciones bilaterales.<sup>324</sup> Sin embargo, sí resulta problemática la imposición a un sujeto de una obligación alternativa cuando el cumplimiento de un mandato a costa de otro exige la causación activa de un resultado de muerte (comunidades de peligro simétricas). Así como el capitán de barco tendrá necesariamente que lanzar un contenedor al mar bajo amenaza de pena, en la mayoría de supuestos en los que estén en juego vidas humanas cabrá reconocer la inexigibilidad subjetiva del comportamiento debido, quedando así el obligado eximido de pena.<sup>325</sup> En consonancia con SILVA SÁNCHEZ, lo anterior parece obligado en el marco de un Ordenamiento que no pretende hacer de sus destinatarios ni héroes ni santos y que reconoce la situación excepcional en la que el conflicto de deberes sume al obligado.<sup>326</sup> En ese caso, los dos necesitados tienen sin embargo un derecho de defensa frente al obligado, concretamente, pueden en estado de necesidad defensivo obligarle a que dé efectivo cumplimiento a la

---

to be possible in the circumstances and supported by the agreement of all. If casting of lots is excluded for factual or (through lack of agreement) normative reason, then it is hard to find a basis for justifying the killing of the victims».

<sup>323</sup> Cfr. OTTO, *JURA*, (7), 2005, pp. 477 y ss., aunque sin imposición de deberes de tolerancia. En un sentido prácticamente idéntico, CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 280 y ss. En la literatura antigua, en favor de imponer auténticos deberes de salvaguarda en situaciones de comunidad de peligro, cfr. VON WEBER, *Das Notstandsproblem*, 1925, pp. 32 y s., n. 1, con ulteriores referencias a la doctrina de antaño en este mismo sentido. Expresamente en contra de esta posibilidad, cfr. BAUMGARTEN, *Notstand und Notwehr*, 1911, p. 70. Aunque a propósito de las comunidades asimétricas, además, negando la posibilidad de tales deberes en relaciones intersubjetivas generales (§ 323c StGB), pero dejando la puerta abierta en caso de posiciones de garantía especiales, vid. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 402 y ss.; y sobre esto mismo, aunque sin llegar a definirse en ningún sentido, FRITZE, *Die Tötung Unschuldiger*, 2004, pp. 172 y ss.

<sup>324</sup> Es decir, que el obligado puede ejercer su facultad y salvar a un necesitado adelantando el momento de la muerte del ya condenado, o puede simplemente respetar la prohibición y contemplar como los dos necesitados acaban pereciendo.

<sup>325</sup> De parecida opinión, BERNSMANN, «*Entschuldigung*» durch Notstand, 1988, p. 345; o MITSCH, *GA*, 2006, p. 19. Vid. además SPENDEL, *FS-Engisch*, 1969, pp. 512 y s., quien señala a propósito del caso de los médicos del nacional-socialismo que la resistencia activa de aquellos hubiera sido admirable, la pasividad en la situación trágica respetable, mientras que la solución que adoptaron, a saber, contribuir en el exterminio de un grupo de pacientes para evitar la muerte de todos ellos, merece tan solo una rebaja de la pena por el delito de homicidio (pp. 523 y s.). Y en general, sobre la falta de culpabilidad del sujeto al que no se puede exigir actuar conforme a las normas, vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, pp. 662 y ss.

<sup>326</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., 2012, p. 665, quien entiende que la categoría sistemática de la culpabilidad se integra materialmente por consideraciones derivadas de necesidades preventivas y consideraciones de “juego limpio” (*Fairnesgründe*) que impiden, añadido yo, exigir a un sujeto bajo amenaza de pena que emprenda una acción homicida salvadora.

obligación alternativa,<sup>327</sup> aunque sin poder determinar violentamente el concreto sentido del cumplimiento de dicha obligación.<sup>328</sup>

#### 4. La resolución de los conflictos entre tres o más razones de obligación

##### 4.1. Introducción

Este primer apartado no puede concluir sin aludir siquiera de forma breve a un problema particular del fenómeno de la colisión de deberes y que ha pasado generalmente inadvertido en la discusión jurídico-penal.<sup>329</sup> Me refiero ahora a los conflictos entre tres o más razones de obligación, en los que, siendo los tres o más deberes de posible cumplimiento aislado, no es posible su satisfacción cumulativa. Veamos en primer lugar algunos ejemplos:

(1) La noche de San Juan, el retén de bomberos de guardia en un pequeño pueblo leridano es llamado a apagar tres fuegos distintos en tres casas también distintas prácticamente al mismo tiempo.

(2) Un bombero de servicio advierte como las llamas amenazan a los coches (A) y (B), que están aparcados contiguamente a un lado de la calle, y al coche (C), aparcado al otro lado de la misma

---

<sup>327</sup> En mi opinión, la reacción en legítima defensa queda vedada al no poder advertirse en la infracción no plenamente culpable del deber alternativo un cuestionamiento suficiente de la norma de comportamiento infringida.

<sup>328</sup> Cfr. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff», NK, 4ª ed., nm. 292 y ss., con ulteriores referencias. Negando relevancia a la inexigibilidad como factor de disculpa ante conflictos vitales, vid. MOMSEN, *Die Zumutbarkeit*, 2006, pp. 462 y ss., y sobre el fundamento de la inexigibilidad, cfr. ROBLES PLANAS, «Caso del Leinenfänger», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Casos que hicieron doctrina*, 2011, pp. 122 y ss.

<sup>329</sup> Las referencias que he sabido encontrar en la doctrina penal guardan siempre relación con los conflictos entre deberes de actuar para salvar vidas humanas. En el fondo, se manifiesta aquí nuevamente el problema de la ponderabilidad o imponderabilidad de la vida humana (cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 42 y ss.), con un matiz, ya no se trata de sumar vidas para justificar acciones, sino de omisiones homicidas. Así, por ejemplo, KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 25, plantea el siguiente conflicto: un padre, tras naufragar con sus tres hijos, solo puede salvar a (A) a costa de dejar morir a (B) y (C), mientras que puede salvar cumulativamente a (B) y (C) dejando morir a (A). KÜPER afirma que estamos en este caso ante un conflicto equivalente en el que el padre puede escoger, pues obligarle a optar por la solución más racional supone atentar contra el principio de la imponderabilidad de las vidas humanas. En el mismo sentido, vid. SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación», en HORMAZÁBAL MALARÉE (ed.), *LH-Bustos Ramírez*, 2011, p. 232, n. 73; ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16, nm. 16 D, nm. 124; o NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 132. Dubitativo acerca de la posibilidad de castigar al obligado que decide cumplir el deber para con una persona en vez de rescatar a otras cinco, MERKEL, «§ 14 Abs. 3 Luf sicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?», *JZ*, (8), 2007, p. 380, n. 43. En cambio, abogando por la obligatoriedad de salvar el mayor número de vidas posible en casos de conflicto de deberes, vid. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, pp. 53 y s., p. 65; MITSCH, «„Nantucket Sleighride" - Der Tod des Matrosen Owen Coffin», *FS-Weber*, 2004, pp. 64 y s.; DELONGE, *Die Interessenabwägung*, 1988, pp. 118 y ss., p. 130; LADIGES, *Die Bekämpfung*, 2ª ed., 2013, pp. 463 y s.; EL MISMO, *ZIS*, 2008, pp. 139 y s.; o LINNENBRINK, *Der Wegfall der strafrechtlichen Verantwortlichkeit*, 1992, pp. 140 y s. En la discusión filosófico-moral, sí han sido objeto de un importante estudio estos supuestos, por lo general, también cuando se trata de conflictos vitales. Al respecto, vid. por ejemplo: SCANLON, *Lo que nos debemos unos a otros*, 2003, pp. 291 y ss.; TIMMERMANN, «The individualist lottery: how people count, but not their numbers», *Analysis*, (64), 2004, pp. 106 y ss.; HIROSE, *Ratio*, (20), 2007, pp. 45 y ss.; EL MISMO, *Moral Aggregation*, 2015, *passim*; o BRADLEY, *Journal of Ethics and Social Philosophy*, (3), 2009, pp. 1 y ss. En la discusión filosófica continental, fundamental el reciente trabajo de LÜBBE, *Nonaggregationismus*, 2015, *passim*; y ya antes, EL MISMO, «Das Aggregationsproblem: Grundlagentheoretische Überlegungen zur Güterabwägung in Notstandslagen», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 201 y ss.

calle. Mientras que el cumplimiento de su deber para con el coche (C) condenará a los otros dos coches a su destrucción, puede salvar ambos automóviles si deja que se queme el coche (C).

(3) El único médico de guardia en el centro de atención primaria de un pequeño pueblo es llamado de forma simultánea a socorrer a tres ancianos que han sufrido en sus respectivas casas sendos ataques al corazón. No es posible cumplir ninguno de sus tres deberes sin dejar de cumplir los otros dos.

(4) El único médico de guardia de un pequeño pueblo es llamado a socorrer a múltiples víctimas tras un accidente ferroviario al mismo tiempo que por la segunda línea de teléfono es requerido para atender a una mujer que acaba de sufrir un infarto. Socorrer a los veinte heridos en el lugar del siniestro ferroviario le impedirá atender a tiempo a la mujer cuya vida también corre peligro.

(5) Un médico obligado a salvar a tres personas en peligro tiene tan solo una dosis del medicamento que podría salvar a cualquiera de los tres necesitados. Mientras que uno de ellos precisa de toda la dosis para salvar su vida, los otros dos pueden ser salvados cada uno con media dosis de ese mismo medicamento.<sup>330</sup>

(6) La única manera que tiene el socorrista de impedir que una persona muera ahogada es dejando de avisar a una gran multitud de gente, por ejemplo, a mil personas, que el agua de una playa está contaminada y que bañarse en ella les causará unos cuantos días de vómitos y diarreas.<sup>331</sup>

En lo que sigue me interesa centrar el análisis en los supuestos en los que es viable el cumplimiento cumulativo de dos o más deberes a costa de infringir un número inferior de obligaciones. Bien mirado, los supuestos en los que todos los deberes en conflicto se excluyen mutuamente requieren el mismo tratamiento que los conflictos entre dos razones de obligación. Si es posible jerarquizar los tres deberes en cuestión, el obligado deberá simplemente cumplir el de superior rango. Si resulta que dos razones son equivalentes y una de inferior rango, el obligado quedará gravado por un deber alternativo que le obligará a cumplir alguna de las razones equivalentes. Si las tres razones son equivalentes, la solución razonable es, en consonancia con lo referido en el apartado anterior, otorgar también al obligado la posibilidad de escoger cuál de las tres razones en liza desea cumplir. Así las cosas, en nuestro primer ejemplo, asumiendo que se trata de tres deberes de salvamento equivalentes, el bombero actuará conforme a Derecho escogiendo entre las tres alternativas y cumpliendo un único deber de socorro. Y nada distinto sucede cuando lo que están en juego son vidas humanas. El médico que debe escoger a cuál de las tres personas en peligro de muerte salva, actúa también conforme a Derecho cuando salva a una de las tres. Lo pretendido a continuación es abordar única y exclusivamente aquellos conflictos en los que es posible la agregación entre parte de las razones de obligación en juego de modo tal que resulta posible dar cumplimiento cumulativo a una parte de aquéllas a costa de un número inferior. Se trata, en definitiva, de decidir si el Ordenamiento jurídico obliga entre tres razones de

<sup>330</sup> El ejemplo lo tomo de LÜBBE, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 207. El mismo ejemplo, aunque son cinco las vidas susceptibles de ser salvadas con una única dosis, en FOOT, «Problem of abortion and doctrine of double effect», en STEINBOCK (ed.), *Killing and letting die*, 1980, p. 160. Una reconstrucción crítica del problema en PARFIT, «Innumerate Ethics», *Philosophy and Public Affairs*, (6), 1977, pp. 285 y ss.

<sup>331</sup> El ejemplo lo tomo de SCANLON, *Lo que nos debemos unos a otros*, 2003, p. 304.



obligación equivalentes a cumplir dos allí donde ello sea posible o si, por el contrario, ante la equivalencia de las tres razones impone simplemente al obligado un deber disyuntivo constituido por tres conductas alternativas posibles.

#### 4.2. La agregación de las razones de obligación en situaciones de conflicto

Con contadas excepciones,<sup>332</sup> la doctrina jurídico-penal se ha ocupado tan solo del problema que ahora nos ocupa en el ámbito del estado de necesidad, preguntándose si a la hora de definir el interés a salvaguardar y a lesionar en situaciones de necesidad procede o no la agregación de los distintos intereses salvaguardados o afectados cuando no pertenecen a un mismo titular.<sup>333</sup> La doctrina filosófico-moral, que sí se ocupa vastamente del problema de la agregación de los deberes, lo hace prácticamente siempre a propósito del conflicto entre vidas humanas, lo cual determina también aquí una discusión muy particular del problema e insuficiente a la hora de establecer reglas generales de solución para esta clase de conflictos. Retomando ahora la discusión estrictamente penal, los pocos autores que se han pronunciado al respecto no parecen advertir obstáculo alguno en proceder a la agregación, como mínimo, cuando se trata de conformar el interés a salvaguardar en situaciones de estado de necesidad.<sup>334</sup> Así, señala JAKOBS que si «mediante una acción en estado de necesidad se salvaguardan varios intereses, o se interviene en varios intereses, ha de *sumarse* la importancia de los distintos intereses concurrentes, aun cuando éstos sean desiguales».<sup>335</sup> A esta misma conclusión llega JOERDEN, quien desde una concepción colectivista del estado de necesidad agresivo no advierte ninguna razón por la que no deberían sumarse los intereses en liza. Si se trata en última instancia de maximizar los intereses de la comunidad, el carácter privativo de

<sup>332</sup> Cfr. *supra* Apdo. II, 4.1, n. 329.

<sup>333</sup> A modo de ejemplo: un contenedor en cuyo interior se encuentran 1000 cajas amenaza con perderse durante una travesía marítima. Cada caja tiene un valor de 50 €. Para salvar el contenedor entero es necesario menoscabar la propiedad de un tercero, causándole un daño valorado en 500 €. Como señala PAWLIK, si el contenedor perteneciera en su totalidad a una única persona, no habría duda de la posibilidad de justificar el hecho en estado de necesidad agresivo. Ahora bien, ¿qué sucede si resulta que cada caja de las que se compone el contenedor es propiedad de un titular distinto? Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 166 y s. Además de la posibilidad de admitir la conformación del interés a salvaguardar por adición, se discute igualmente el escenario opuesto, aquél en el que la salvaguarda de un bien exige la lesión de varios intereses agregables pertenecientes a distintas personas. Con un ejemplo: para salvar un bien valorado en 10.000 €, el agente debe lesionar 10 objetos pertenecientes a diez titulares distintos valorado cada uno de ellos en 500 €. En relación con cada interés particular el hecho necesario estaría justificado (preponderancia esencial), sin embargo, si se agregan los 10 objetos, su valor total es de 5.000 €, con lo que ya no cabe hablar de la salvaguarda de un interés esencialmente preponderante. La solución a estos casos puede complicarse todavía más en la medida en que los distintos intereses particulares tengan un valor distinto. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 266. Ambos escenarios pueden reproducirse estando en juego bienes jurídicos personalísimos. Con un ejemplo sencillo: el conductor (A), quien ha perdido el control de su camión y peligra sufrir un grave accidente, salta en el último momento del vehículo cayendo encima de un grupo nutrido de personas y causando leves lesiones físicas a cinco de sus integrantes. ¿Está el hecho justificado en estado de necesidad agresivo? Cfr. JOERDEN, «Interessenabwägung im rechtfertigenden Notstand bei mehr als einem Eingriffsopfer», *GA*, 1993, p. 248, n. 12.

<sup>334</sup> Un breve análisis del problema con múltiples referencias doctrinales en ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 56 y ss.

<sup>335</sup> Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/32; y en el mismo sentido, ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 110; KÜPER, *Der 'verschuldete' rechtfertigende Notstand*, 1983, p. 136, pp. 146 y ss.; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 57; ZIESCHANG, «§ 34», *LK*, 12ª ed., nm. 55; FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, pp. 235 y s., nm. 14 y s., con ulteriores referencias doctrinales. En cambio, PERRON, «§ 34», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 23, entiende que solo son susceptibles de adición los intereses en el “lado de la salvaguarda”, pero no los que deben ser lesionados en estado de necesidad.

los distintos intereses en conflicto es un dato absolutamente irrelevante.<sup>336</sup> Y esta es también la solución que ofrece PAWLIK, aunque por razones algo distintas.<sup>337</sup> El argumento decisivo esbozado por este autor en favor de la referida tesis guarda relación con la fundamentación institucional que defiende del estado de necesidad agresivo.<sup>338</sup> Dado que la injerencia necesaria no afecta solo a los ciudadanos individuales en sus posiciones jurídicas abstractas, sino también siempre a la generalidad como tal, parece evidente que deben agregarse los intereses particulares lesionados, con independencia de si pertenecen directamente a la generalidad (como por ejemplo el bien jurídico “medio ambiente”) o si la comunidad jurídica representada por el Estado solo aparece como llamada a proteger el interés concreto (como sucede en el caso de las posiciones de propiedad de distintos titulares).<sup>339</sup>

Frente a las anteriores tesis, sin embargo, ha objetado NEUMANN que el deber de tolerancia de la víctima depende única y exclusivamente de la relación que medie entre el daño que a ella se le ocasiona y el que se previene con la injerencia necesaria.<sup>340</sup> «Con otras palabras: no existe algo así como un “sujeto holista” (*Gesamtsubjekt*), en el que fuera localizable el correspondiente “daño holístico” (*Gesamtschaden*)». <sup>341</sup> No cabría por lo tanto construir intereses adicionales ni a salvaguardar ni a lesionar a partir de la agregación de intereses particulares. La relación intersubjetiva bilateral es siempre la determinante a la hora de admitir la justificación.<sup>342</sup>

El problema de la agregación de deberes sí se ha abordado con más detalle en la discusión filosófica.<sup>343</sup> Sin embargo, se ha hecho casi siempre a propósito del conflicto entre vidas humanas o, a lo sumo, entre vidas humanas y graves lesiones de la integridad física.<sup>344</sup> La

---

<sup>336</sup> Cfr. JOERDEN, *GA*, 1993, pp. 248 y ss., p. 253.

<sup>337</sup> Para este autor el estado de necesidad se define como el conflicto entre los dos momentos parciales de la libertad, la libertad abstracta y la concreta. Mientras que el Derecho abstracto es el Derecho de la persona individual, el sujeto en la moralidad toma asimismo en consideración el bienestar de los otros. Es decir, en la lógica del derecho al bienestar, o la libertad concreta, tiene que aprovecharse o valerse de los bienes en cuestión aquél que más los necesita, con independencia de la distribución abstracta-jurídica inicial de aquellos. Y ello vale para PAWLIK con independencia de la clase de bien jurídico involucrado en la situación de necesidad, es decir, también cuando lo que están en juego son bienes personalísimos no sustituibles. «En su cualidad de antípoda del Derecho de la persona, el Derecho al bienestar conduce efectivamente a la contemplación aditiva». Y este mismo planteamiento lleva a PAWLIK a aceptar igualmente la adición en el lado de los bienes que soportan la injerencia. Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 166, n. 63, p. 168, y pp. 266 y ss.

<sup>338</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 268.

<sup>339</sup> Así, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 266 y ss., p. 268.

<sup>340</sup> Cfr. NEUMANN, en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *Handbook of Criminal Law*, 2014, pp. 583 y ss., pp. 598 y s.

<sup>341</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 70. Quien además señala que esto mismo vale y rige en el lado de los intereses a salvaguardar. Es decir, que no cabe sumar o añadir ni a la hora de establecer el objeto a salvaguardar ni a la hora de concretar el interés a lesionar. Y aunque menos claro, parece apuntar en este mismo sentido, MERKEL, en *La insostenible situación del Derecho penal*, 1999, pp. 208 y ss., p. 211.

<sup>342</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 70

<sup>343</sup> Un panorama general de la discusión filosófica puede leerse en HIROSE, *Moral Aggregation*, 2015, pp. 6 y ss.; y resumidamente, en DUFNER/SCHÖNE-SEIFERT, «Fairness und Effizienz in Verteilungskonflikten: Do Numbers Count, After All?», *Centre for Advanced Study in Bioethics*, (24), 2012, pp. 2 y ss.

<sup>344</sup> SCANLON, *Lo que nos debemos unos a otros*, 2003, pp. 303 y ss., aborda un grupo de supuestos especialmente complejos en los que a ambos lados de la balanza se sitúan daños objetivamente jerarquizables, aunque el menor afecta a una pluralidad de personas. La pregunta es entonces la siguiente: aun cuando asumamos que salvar la vida de una persona que se ahoga es preferente frente al deber de avisar a una persona que el agua está contaminada y que bañarse en ella le causará unos cuantos días de vómitos y diarreas, ¿se mantiene constante nuestra regla de jerarquía cuando el número de personas afectadas al no haber sido avisadas por el socorrista

pregunta que subyace a esta discusión es siempre idéntica, ¿puede el número de vidas implicadas en la situación de conflicto determinar el curso de acción moralmente debido?<sup>345</sup> ¿Cuentan las cifras de vidas? Bien mirado, la discusión no gira tanto sobre la posibilidad o no de agregar deberes en situación de conflicto, sino más bien sobre el concreto alcance del principio general de la imponderabilidad de las vidas humanas en estos supuestos.

Aun a riesgo de una excesiva simplificación de la discusión, creo posible extraer de aquélla las siguientes conclusiones: en primer lugar, parece posible afirmar que solo para aquellas concepciones de la moral no utilitaristas la posibilidad de la agregación entre deberes supone un auténtico problema.<sup>346</sup> Para quien la valoración de la conducta humana depende simplemente de la maximización del bienestar general a partir de la suma de las utilidades individuales, la agregación resulta evidente. Es más, la valoración moral de una conducta depende siempre de un juicio agregado.<sup>347</sup> Si se pueden salvar dos vidas en vez de una, tienen que salvarse dos. La cuestión, pues, se plantea como incierta para aquellos autores que defienden concepciones de la moralidad deontológicas o que, en todo caso, pretenden ofrecer una legitimación individualmente fundada a cada uno de los sujetos afectados por una decisión normativa. En el seno de tales concepciones de la moralidad, hasta donde alcanzo, cabe advertir básicamente dos corrientes de opinión.<sup>348</sup> Tomando como punto de referencia el supuesto en el que un sujeto puede salvar a (A) y a (B), a costa de (C), o solo a (C) a costa de (A) y (B),<sup>349</sup> hay, por un lado, autores como SCANLON<sup>350</sup> o HIROSE<sup>351</sup> que creen posible

---

aumenta drásticamente? O todavía más complicado, ¿podría ser incorrecto salvar la vida de una persona cuando en lugar de ello pudiésemos haber impedido que un millón de personas se quedaran ciegas o paráliticas? Aunque no sin expresar sus dudas, señala SCANLON que «si un daño es menos grave que otro, y además no es «relevante» en relación con él, entonces no debemos tener en cuenta el número de personas que sufrirían estos dos daños al decidir qué daño evitar, sino que deberíamos evitar siempre el daño más grave». Es decir, que si para evitar fuertes padecimientos a una persona debemos privar a la humanidad de unos segundos de emisión televisiva del mejor partido de fútbol imaginable, debemos cortar la señal de televisión. En cambio, si un daño «aunque no tan grave como otro, es, no obstante, tan grave como para ser moralmente «relevante» en relación con él, entonces es apropiado, al decidir si evitar los daños más graves al precio de no poder evitar un número mayor de daños menos graves, tener en cuenta el número de daños implicados en cada lado». Por lo tanto, deberíamos dejar de salvar a una persona para evitar que mil personas se quedaran paráliticas. Dubitativo al respecto MERKEL, en *La insostenible situación del Derecho penal*, 1999, pp. 206 y ss. Vid. también VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 131 y s.

<sup>345</sup> Cfr. TAUREK, «Should the Numbers Count?», *Philosophy and Public Affairs*, (6), 1977, pp. 293 y ss., p. 293. Publicado también en LÜBBE (ed.), *Tödliche Entscheidung*, 2004, pp. 124 y ss., bajo el título «Zählt die Anzahl?». Vid. además VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 128 y ss., introduciendo en su análisis relaciones especiales de deber entre los distintos agentes necesitados.

<sup>346</sup> Así, SCANLON, *Lo que nos debemos unos a otros*, 2003, p. 292.

<sup>347</sup> O en palabras de SINGER, *Ética práctica*, 2009: «[l]as verdaderas balanzas favorecen el lado en el que el interés es más fuerte o donde se combinan varios intereses para igualar el peso de un número menor de intereses similares. Pero lo que no toman en consideración es de quién son los intereses que pesan».

<sup>348</sup> Un detallado análisis de la discusión en la filosofía moral en LÜBBE, *Nonaggregationismus*, 2015, pp. 97 y ss.; y KAMM, *Intricate Ethics*, 2007, pp. 48 y ss.

<sup>349</sup> El ejemplo que una y otra vez se repite, presentado entre otros muchos por BROOME, *Ethics*, (95), 1984, pp. 54 y s., es el siguiente: una isla volcánica está a punto de explotar. En la isla esperan a ser rescatadas una serie de personas, una parte de ellas se encuentra en el norte de la isla y un grupo algo menor en el sur. Quien tiene una barca y puede salvar a uno de los dos grupos debe decidir entonces si viaja al norte o al sur de la isla. No es posible hacer dos viajes.

<sup>350</sup> Cfr. SCANLON, *Lo que nos debemos unos a otros*, 2003, pp. 291 y ss. En resumidas cuentas, lo que SCANLON defiende es que si en el conflicto entre dos vidas humanas afirmamos que existe un empate absoluto entre los dos deberes de salvamento, al introducir una vida más en el conflicto, digna de protección como las otras dos, resulta evidente que se rompe el empate, decantándose la solución al conflicto en favor de la parte en la que

afirmar desde postulados no consecuencialistas la obligación de salvar a (A) y a (B). Por el otro, hay quienes entienden que en estos supuestos no cabe imponer una obligación de salvar el mayor número de vidas humanas, pues no cabe legitimar tal solución frente a (C), cuya vida vale lo mismo que la de (A) y (B), de modo que es necesario recurrir a algún tipo de sorteo o lotería para decidir la situación de conflicto.<sup>352</sup> A su vez, entre estos autores, existe una viva discusión acerca del modo más justo en el que proceder a resolver el conflicto mediante la técnica del sorteo. Mientras que algunos autores abogan por otorgar a las dos partes en conflicto una misma probabilidad de salir victoriosos, por ejemplo, lanzando una moneda,<sup>353</sup> hay quien entiende que la única manera de ejecutar el sorteo de manera justa es atribuir a cada vida humana una probabilidad idéntica en el marco de una lotería ponderada (*weighted lottery*).<sup>354</sup> Así, cada uno de los tres necesitados debe tener un tercio de opciones en el sorteo, de manera que cuando gana el sorteo (A) o (B), la segunda víctima debería ser también salvada pues, aunque lo debido en un primer momento es solo salvar al ganador del sorteo, el obligado no puede en ese caso dejar de salvar a quien de facto sí puede rescatar.<sup>355</sup> Por consiguiente, el grupo de sujetos (A/B) contarían en realidad con una probabilidad de 2/3 de salir indemnes del conflicto, frente a (C), que tendría solo 1/3 de posibilidades de salir victorioso en el sorteo ponderado.

---

aparece ahora una razón adicional. En un sentido parecido, vid. KUMAR, «Contractualism on Saving the Many», *Analysis*, (61), 2001, pp. 165 y ss.; o VON DER PFORDTEN, *Normative Ethics*, 2010, pp. 130 y s. Una reconstrucción analítica y crítica de este razonamiento puede leerse en LÜBBE, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 207 y ss. Según esta autora, bien mirado, quien tiene un medicamento que puede salvar a dos personas (A o B) o a una (C), no actúa de idéntica forma si se lo da a (C) o a (B), pues en el segundo caso, debería haberlo distribuido con (A), pues (A) y (B) podían haberse salvado con la mitad de la dosis, siendo inaceptable permitir una muerte existiendo un medio disponible de salvación (p. 211).

<sup>351</sup> Cfr. HIROSE, *Ratio*, (20), 2007, pp. 45 y ss., p. 54, quien entiende que en estos supuestos no se trata de dividir opciones de salvación entre los agentes involucrados, por eso descarta la posibilidad de recurrir a una lotería ponderada, sino de repartir el bien salvador de la mejor manera posible. Así, la mejor manera de “repartir” el único bote que existe cuando tres vidas están en juego pasa por permitir que sean dos las personas que se beneficien de aquél.

<sup>352</sup> Al respecto, fundamental, TAUREK, *Philosophy and Public Affairs*, (6), 1977, pp. 293 y ss., p. 303; ASCOMBE, «Who is Wronged? Philippa Foot on Double Effect: One Point», *Oxford Review*, (5), 1967, pp. 16 y s.; o recientemente, defiende igualmente la imposibilidad de agregar vidas humanas en situaciones de conflicto, LÜBBE, *Nonaggregationism*, 2015, pp. 97 y ss.; y ya antes, EL MISMO, «Taurek's No Worse Claim», *Philosophy & Public Affairs*, (36), pp. 69 y ss., señalando que salvar a una persona en vez de cinco no puede ser para ningún sujeto peor que proceder a la inversa. Solo lo sería para un sujeto holístico o una hipotética “superpersona metafísica” que, sin embargo, no constituye un parámetro de valoración moral plausible. Crítico con el planteamiento de TAUREK, con detalle, vid. KAMM, *Morality, Mortality*, v. I, 1993, pp. 75 y ss., pp. 81 y ss.

<sup>353</sup> En este sentido, por ejemplo, TAUREK, *Philosophy and Public Affairs*, (6), 1977, p. 303: «Perhaps I could flip a coin. Heads, I give my drug to these five. Tails, I give it to this one. In this way I give each of the six persons a fifty-fifty chance of surviving. Where such an option is open to me it would seem to best express my equal concern and respect for each person».

<sup>354</sup> En este sentido, vid. BROOME, *Ethics*, (95), 1984, pp. 38 y ss.; y recientemente, TIMMERMANN, *Analysis*, (64), 2004, pp. 106 y ss., pp. 110 y s.: «Groups are *de facto* given a greater chance of survival, but not *de jure*, which would be illegitimate. Every single person has the same impact on the decision process». Crítico con la solución de la lotería ponderada, SCANLON, *Lo que nos debemos unos a otros*, 2003, pp. 297 y s., p. 298, pues existe una razón más sólida para decidir el conflicto: «[s]i existe una poderosa razón, en condiciones parejas en lo restante, para salvar a esta persona adicional, la decisión sobre esta base de salvar al grupo de las dos personas no es *injusta* para la persona a quien no se salva, puesto que la importancia de salvarla se ha tenido en cuenta. No existe ninguna razón para volver a barajar las cartas morales manteniendo una lotería ponderada, o una no ponderada» [cursiva en el original]. E igualmente crítico con la lotería ponderada, HIROSE, *Ratio*, (20), 2007, pp. 45 y ss.

<sup>355</sup> Cfr. TIMMERMANN, *Analysis*, (64), 2004, p. 110.

Pues bien, sentado lo anterior, es momento ahora de afrontar el problema desde un óptica general y estrictamente jurídico-penal. En primer lugar, debe rechazarse aquí ya la pretensión de solventar el problema que ahora nos ocupa desde una óptica puramente consecuencialista. Como ya se ha defendido en este trabajo, el parámetro de legitimación material de las normas de comportamiento en situaciones de conflicto no puede ser un sujeto holístico conformado por la agregación de intereses particulares, sino siempre un individuo y, en especial, el sujeto o sujetos a los que la norma en cuestión afecta.<sup>356</sup> Con VON DER PFORDTEN cabe afirmar, pues, que el punto de partida para la legitimación de la solución a un conflicto de deberes es siempre el sujeto individual, pero nunca un grupo de personas, o una comunidad jurídica o política.<sup>357</sup> En segundo lugar, y en clara correspondencia con esta visión individualista del proceso de normación, debe advertirse aquí que, pese a la óptica esencialmente materialista desde la que se contempla generalmente el problema de los conflictos entre deberes o intereses, el problema que ahora nos ocupa se presenta básicamente como un conflicto entre razones de obligación. Esto significa, pues, que no se trata tanto de decidir si los bienes jurídicos pueden agregarse o no, como de valorar si en conflictos entre tres o más razones de obligación, siendo que dos de ellas pueden ser cumulativamente satisfechas, el Ordenamiento impone un deber alternativo que permite al obligado decidir entre cumplir dos razones o solo una o si, por el contrario, se le dirige al obligado un deber alternativo que obliga a escoger entre cumplir dos razones de obligación o cumplir solo una.

HRUSCHKA, aunque sin referirse específicamente a este problema, afirmaba en su contribución al libro homenaje a Karl Larenz que en nuestro Ordenamiento jurídico rige la «ley de la mayor eficacia posible del sistema de deberes».<sup>358</sup> Este principio, según él, ampliamente compartido, no puede ser derivado de ningún otro y constituye un fundamento básico del metasistema en el que se formulan las reglas de resolución de los conflictos. Su capacidad de generar consenso trae causa de una presunción de racionalidad instrumental (*Zweckrationalität*) del sistema de deberes primario.<sup>359</sup> Aunque HRUSCHKA recurre a dicho principio para explicar por qué razón ante dos deberes equivalentes el Ordenamiento acaba imponiendo siempre uno de los dos, de aquél pareciera también derivarse la solución a nuestro problema. Allí donde coliden tres o más razones de deber equivalentes, el Ordenamiento debe exigir siempre el cumplimiento del mayor número de razones susceptibles de ser satisfechas. Si con una dosis de medicamento puedo salvar a (A) y (B), o solo a (C), el Ordenamiento me obliga a que cumpla el mayor número de razones en liza, en este caso, me impone el cumplimiento de dos, me obliga a salvar a (A) y a (B). Sin embargo, hasta donde alcanzo, la pretensión de resolver estos conflictos desde una óptica puramente formal como la que sugeriría el planteamiento de HRUSCHKA no es suficiente si se trata de legitimar también frente a la víctima final del conflicto la solución que se adopta.

---

<sup>356</sup> En cambio, vid. DELONGE, *Die Interessenabwägung*, 1988, pp. 118 y ss.; o SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision*, 2000, pp. 54 y ss., quienes pretenden resolver los conflictos entre tres o más deberes a partir de un análisis colectivista de la situación, obligando a actuar de modo tal que se salven el mayor número de vidas posible (*Maximum an Interessenschutz*).

<sup>357</sup> Cfr. VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, p. 23, pp. 38 y ss.

<sup>358</sup> Al respecto, vid. HRUSCHKA, «Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen», *FS-Larenz*, 1983, pp. 284 y s.

<sup>359</sup> Cfr. HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, 285.

¿Por qué razón debe aceptar (C) las consecuencias que se derivan de un principio formal como el propuesto por HRUSCHKA? ¿Por qué no habría de regir también este principio ante conflictos no equivalentes? Si un Ordenamiento resolviera estos conflictos maximizando el número de razones en liza, obligaría al médico a dejar morir a una persona a cambio de evitar que dos sufrieran mínimas lesiones. Esta conclusión resulta evidentemente inaceptable. La óptica individualista que inspira la resolución jurídica de los conflictos entre razones de obligación nos lleva a afirmar también en los supuestos que ahora nos ocupan que el Derecho tiene que gravar al obligado con un deber alternativo, permitiéndole así escoger al obligado si desea cumplir las dos razones cumulativamente realizables o si prefiere cumplir la razón de deber aislada.<sup>360</sup> Y esta regla rige con independencia de si los intereses en juego son o no sustituibles,<sup>361</sup> siempre y cuando, claro está, no existan soluciones preestablecidas e institucionalizadas distintas para tales conflictos.<sup>362</sup> Es decir, el bombero que no sabe si apagar

---

<sup>360</sup> En el fundamento, como aquí, NEUMANN, «§ 34», NK, 4ª ed., nm. 70, 132, quien niega la adicionalidad de intereses en ambos lados de la balanza en situaciones de estado de necesidad.

<sup>361</sup> En todo caso, creo que la regla que aquí se defiende sí podría ser otra en los conflictos en los que estén en juego bienes sustituibles y se prevean sistemas de responsabilidad civil solidaria entre los tres (o más) agentes necesitados. Allí donde está en juego la propiedad y existen sistemas de responsabilidad que socializan el daño, parece evidente que la mejor solución a ojos de todos los agentes implicados será siempre la mínima pérdida de intereses en agregado, para proceder a la redistribución del menor daño posible. Esto es precisamente lo que hace la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, al prever en caso de avería gruesa una regla de responsabilidad civil especial según la cual, a satisfacer el importe de las averías gruesas o comunes, contribuirán todos los interesados en el buque y cargamento existente en él al tiempo de ocurrir la avería (art. 349).

<sup>362</sup> Estoy pensando aquí, por ejemplo, en los protocolos públicos de actuación en situaciones de catástrofe. Los protocolos de triaje en España se centran en la catalogación de las víctimas en función de la probabilidad de supervivencia, sin concretarse sin embargo cómo debería actuar un médico en la situación en la que para salvar la vida de un paciente es preciso dejar de atender a un número mayor de personas. Un estudio informativo sobre el triaje en la gestión de urgencias clínicas, con referencias a los distintos sistemas de triaje utilizados en nuestro país, puede leerse en SOLER/GÓMEZ MUÑOZ/BRAGULAT/ÁLVAREZ, «El triaje: herramienta fundamental en urgencias y emergencias», *Anales Sis San Navarra*, (33), 2010, pp. 55 y ss. Sobre esto mismo, vid. MARUENDA PAULINO, «Clasificación de las víctimas. Triaje. Fichas de evaluación», en ÁLVAREZ LEIVA et al. (eds.), *Manual de Asistencia Sanitaria en las Catástrofes*, 1992, pp. 309 y ss.; y, en profundidad, DÖNICKE, *Strafrechtliche Aspekte der Katastrophenmedizin*, 1987, pp. 85 y ss. El triaje o triaje se define como un procedimiento médico excepcional en situaciones de desproporción entre las necesidades y los medios asistenciales destinado a obtener una clasificación de las víctimas en categorías, de acuerdo con su pronóstico vital, para obtener un orden de prioridades en su tratamiento. Dicho procedimiento se asienta sobre dos principios básicos: 1) la clasificación de las víctimas, en función de su *gravedad y posible pronóstico*, pues a veces las víctimas más graves, aquellas que tienen escasa posibilidad de sobrevivir, son las últimas en ser tratadas; 2) priorización del tratamiento en función del *plazo terapéutico* o tiempo máximo que puede diferirse el tratamiento, sin que la situación del lesionado sufra agravamiento irreparable o se ponga en peligro su vida. Ante la falta de recursos, «el triaje como forma de desmultiplicación de la demanda, con el fin de obtener el máximo rendimiento de los recursos, es *obligatorio*, aunque por ello hayan de relegarse algunos intereses particulares en pro del beneficio general» (MARUENDA PAULINO, *ob. cit.* p. 309). Sobre el sistema de triaje como sistema institucionalizado de resolución de conflictos entre multitud de deberes de socorro a propósito del atentado terrorista del 11 de Marzo de 2004 en Madrid, también desde una óptica jurídico-penal, vid. ORTEGA DEBALLON, «"Triaje" en los atentados del 11-M. Análisis ético y legal», *Revista Electrónica de Medicina Intensiva*, (5), 2004, *passim*, quien reconoce que el sistema de triaje empleado se basaba en un principio de maximización social de los escasos recursos disponibles. «Dicho de otro modo, la aplicación correcta del sistema de triaje (elemento vertebrador del éxito en la respuesta asistencial dada a nivel sanitario al colectivo de víctimas del 11 M) exigía a los profesionales responsables de la clasificación de los heridos entender que no todo lo que se puede hacer in situ se debe hacer. Ciertas técnicas, tratamientos y cuidados debían posponerse, aún existiendo los medios para prestarlas, en aras a hacer extensivo el beneficio de una evaluación rápida al mayor número posible de personas». Así pues, «podríamos definir la situación in concreto del 11 M, al proceder a la clasificación y asistencia de los heridos, como una situación de peligro para la vida y/o integridad física de determinadas víctimas que no son atendidas (conforme a criterios asistenciales y de gestión de recursos) en beneficio de la vida y/o integridad física de otras víctimas con mejor pronóstico en lo que a probabilidad de supervivencia se refiere. Se da, conforme a ello, una clara colisión de deberes (deber de

el fuego que amenaza a los coches (A y B), o el que amenaza a (C) queda en principio obligado por un deber alternativo que le exige cumplir las razones en liza para con (A) y (B) de forma cumulativa, o para con (C). Aunque son muchos los intentos en la filosofía moral por concluir algo distinto desde ópticas pretendidamente individualistas, no alcanzo a ver por qué razón (C) tiene que asumir en un supuesto como este una solución que desde un comienzo le priva de toda opción de salvaguarda. Tampoco la idea de que siendo equivalente la salvación de (A) y (C), (B) supone una razón adicional que debe ser tenida en cuenta me parece decisiva.<sup>363</sup> La cuestión es nuevamente frente a quién rompe (B) la situación de empate. Frente a suprapersonas metafísicas puede ser (B) efectivamente un factor de desempate, pero no frente a (C), cuya posición jurídica no parece sufrir alteración alguna por la aparición de un nuevo agente del lado de su contrincante.<sup>364</sup> Nos encontramos ante tres agentes garantizados por tres razones equivalentes, con una pretensión de salvaguarda también equivalente. El dato fáctico de que (A) aparece junto con (B) y que su salvación cumulativa es posible no altera en nada la situación de empate descrita.

Y esto mismo rige, todavía con mayor fuerza, cuando lo que están en juego son vidas humanas. Como con razón afirma KÜPER, el padre que tras el naufragio puede salvar a dos de sus hijos (A y B), o a un tercero solo (C), actúa conforme a Derecho cuando salva a uno de sus hijos, pues un Ordenamiento respetuoso con el valor imponderable de la vida humana no estima preferible salvar a (A y B) a costa de (C).<sup>365</sup> En definitiva, no comete un doble homicidio antijurídico el padre que se decide por su tercer hijo, tampoco cuando su decisión sea plenamente consciente y subjetivamente atribuible.<sup>366</sup> Y adviértase que la defensa de la

---

socorro a una víctima versus deber de socorro a otra) que es resuelto optando por una solución defendible conforme a criterios médicos ya señalados, pero también de racionalización de los recursos».

<sup>363</sup> En este sentido, con razón, LÜBBE, en VON HIRSCH, *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 201 y ss., pp. 210 y ss.; o TAUREK, *Philosophy and Public Affairs*, (6), 1977, pp. 293 y ss. Una defensa supuestamente individualista del deber de salvar al mayor número de personas a partir del argumento del “desempate” puede leerse en VON DER PFORDTREN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 130 y ss.

<sup>364</sup> Cfr. LÜBBE, *Nonaggregationismus*, 2015, p. 97: «Es gibt niemanden, der zwei Leben gewinnt, wenn zwei Personen überleben, und es gibt auch niemanden, der einen doppelten Lebensverlust erleidet, wenn statt zwei Personen ein Einzelner gerettet wird».

<sup>365</sup> Así, KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 25; o SILVA SÁNCHEZ, en HORMAZÁBAL MALARÉE (ed.), *LH-Bustos Ramírez*, 2011, p. 232, n. 73; y parece estar de acuerdo MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 483, nm. 74: «[l]a doctrina alemana considera también casos de colisión de deberes iguales todos aquellos en que hay que optar entre el deber de salvar a una o varias personas y el de salvar a mayor número de ellas. Se entiende que una vida vale tanto como muchas vidas, por principio kantiano de que «el hombre es un fin en sí mismo». En sentido opuesto, afirmando que una relación especial entre el médico y uno de los necesitados no quita que aquél esté obligado a salvar preferentemente a cinco desconocidos, VON DER PFORDTREN, *Normative Ethik*, 2010, p. 134, aunque añade sin solución de continuidad que el hecho quedaría exculpado, renunciando el Derecho penal y la moral a la imposición de penas y sanciones respectivamente. Y en un sentido parecido, vid. HARRIS, *The Value of life*, 1985, p. 21: «Precisely because each person's life is valuable two lives are more valuable than one».

<sup>366</sup> Y esto mismo debe valer en los supuestos de comunidad de peligro simétrica en los que el obligado puede evitar el naufragio del barco lanzando por la borda a tres niños delgados o a un adulto que tampoco sabe nadar. El Derecho tampoco obliga a lanzar preferentemente al adulto por la borda. No cabe, pues, vincular la justificación en situaciones de comunidad de peligro al principio del mal menor o a cualquier otro principio colectivista que tome en cuenta el saldo final de vidas humanas como, por otro lado, han hecho históricamente los partidarios de la justificación en tales supuestos dilemáticos. En este último sentido, vid. por ejemplo, FRITZE, *Die Tötung Unschuldiger*, 2004, pp. 29 y ss., 201 y ss. Algo distintas se plantean las cosas en el caso de los médicos del nacional-socialismo, en el que la salvación de un grupo de enfermos exigía adelantar o contribuir a la ejecución de una parte del conjunto total. Aquí, hasta donde alcanzo, una vez determinado el número mínimo de razones de obligación de salvamento que habrían de infringirse para poder dar cumplimiento a otra u otras

obligación alternativa no se vincula aquí a ningún sorteo ponderado (o no) de las opciones de salvamento. Como ya se ha mostrado, el arbitrio subjetivo es igualmente admisible allí donde el Ordenamiento carece de razones normativas fuertes para tomar una ineludible decisión. El obligado está facultado para escoger cómo desea resolver el conflicto y el Derecho no condiciona su decisión, tampoco procedimentalmente. Lo cierto es que la pretensión de que el obligado ejecute procesos de lotería ponderada antes de emprender una opción de salvamento, además de no ser axiológicamente indispensable,<sup>367</sup> es desde un punto de vista práctico contraproducente, cuando no quimérico. El médico que ha de decidir si dirigirse al lugar de un atentado terrorista o a la casa de una señora mayor en situación de necesidad no se le puede exigir razonablemente que comience a calcular el número de víctimas previsibles para entablar procesos ponderados de lotería.<sup>368</sup> En todo caso, si decide acudir al lugar del atentado terrorista, deberá cumplir tantos deberes de socorro cumulativos como pueda y le sea exigible satisfacer. Lo único antijurídico sería acudir a ese mismo lugar y socorrer únicamente a una víctima.<sup>369</sup> Desde el momento en que opta por dar satisfacción a una razón compatible con otras razones también en juego, la obligación alternativa binaria nova, imponiéndole el Derecho al obligado tantos deberes de salvamento como sea posible y subjetivamente exigible.

Y creo también posible afirmar que este mismo principio individualista es el que debe inspirar la solución a los conflictos en los que los intereses en juego no son equivalentes. Es decir, el socorrista que ha de optar entre salvar a una persona o evitar que mil personas sufran graves picaduras de medusas queda obligado por el deber de rango superior, esto es, el de salvar una vida humana.<sup>370</sup> Aunque esta cuestión merece un estudio en profundidad que no puede ser llevado a cabo en este momento, la tesis de la agregación no consigue explicar de qué modo la pretensión individual de no ser picado por una medusa cobra una dimensión distinta por el hecho de que otros agentes puedan sufrir la misma lesión.<sup>371</sup> Como digo, un derecho que

---

razones en conflicto, parece posible afirmar que los médicos están obligados a dar satisfacción a todas las razones en liza de posible cumplimiento. Es decir, si condenando a cien personas a una muerte segura es posible salvar a todo el resto de enfermos, no hay razón por la que el Ordenamiento jurídico no deba exigir la salvación de todos ellos. Esto es precisamente lo que sucede en el supuesto en el que un padre que puede salvar a (A) y (B) o a (C), opta por salvar a (A). En ese caso, claro está, deberá igualmente salvar a (B). Y ello no tiene nada que ver con la voluntad de maximizar de forma agregada el número de vidas humanas, sino con el cumplimiento de un deber de posible cumplimiento una vez se realiza la obligación alternativa principal.

<sup>367</sup> En este sentido, vid. TAUREK, *Philosophy and Public Affairs*, (6), 1977, pp. 293 y ss.; o KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 25.

<sup>368</sup> Más bien se le exige que actúe de forma inmediata en uno u otro sentido, cuando no medien protocolos de actuación de obligado cumplimiento.

<sup>369</sup> Aun cuando el Ordenamiento le habría permitido salvar únicamente a una persona en caso de haber optado por cumplir la razón de obligación contrapuesta.

<sup>370</sup> Más distintivo, SCANLON, *Lo que nos debemos unos a otros*, 2003, p. 304, quien sostiene la no agregación cuando el mal a agregar es poco relevante, pero no así cuando se trata de un mal comparativamente cercano al que amenaza con producirse individualmente.

<sup>371</sup> El problema surge por lo general en relación con los bienes jurídicos supraindividuales. Aunque en el ámbito del estado de necesidad, el Tribunal Supremo español niega de forma sistemática la justificación en estado de necesidad agresivo cuando está en peligro la salud pública. Aun cuando se acepta la entidad relevante del mal que amenaza, la agregación particular de intereses que da lugar al bien jurídico “salud pública” prácticamente impide de facto todo recurso a la eximente. Así, por ejemplo, la STS 1957/2001, de 26 de octubre, ponente Prego de Oliver y Tolivar, tras aceptar que el hijo del acusado «padece una gravísima enfermedad en el cerebro que precisa de intervención quirúrgica a la mayor brevedad», y afirmando que a ello se «añade la imposibilidad de



legítima esencialmente sus normas en un contexto personal no puede válidamente modificar sus conclusiones por situaciones empíricas de agrupación. Y ello, en contra de lo que sostiene SCANLON, creo que también ha de regir cuando, en vez de preguntarnos por picaduras de medusa, entran en consideración graves lesiones físicas.<sup>372</sup> Tampoco aquí alcanzo a ver cómo explicarle legítimamente al bañista que su pretensión resulta de inferior rango por el efecto agregado. Quien salva a una persona de morir ahogada en vez de evitar que mil personas sufran importantes lesiones físicas no actúa de manera antijurídica.

Algo distintas se plantean sin embargo las cosas en los supuestos en los que el obligado a salvar la vida de dos o más personas puede distribuir el daño entre los agentes necesitados de modo que nadie acabara muriendo pero todos sufran un grado más o menos equivalente de lesión. Por ejemplo, un médico accede a la última dosis de sangre disponible en su hospital, que puede transfundir completamente a uno de sus dos pacientes, evitando con ello cualquier lesión relevante de la integridad física pero dejando morir al segundo paciente; o puede distribuir en partes iguales la sangre entre los dos pacientes, salvando ambas vidas, pero sufriendo consecuentemente ambos pacientes ciertas lesiones físicas a causa de la hipovolemia padecida. Hasta donde alcanzo, y a falta de un análisis exhaustivo del problema, creo que sí parece posible sostener en estos casos una solución distinta a la del deber alternativo. En tales supuestos, el Ordenamiento jurídico no sustituye las dos razones de obligación concurrentes (a saber: salva la vida de tu paciente sin causar ningún menoscabo a su integridad física) por un único deber alternativo, sino que nova a la baja las pretensiones de las dos razones en liza, que pasan a rezar entonces como sigue: evita la muerte del paciente (A) y evita la muerte del paciente (B). Éstas, en el caso concreto, sí son de posible cumplimiento cumulativo, con lo que el conflicto queda disuelto. Como señala FRISCH, esta solución parece ser la más justa e igualitaria para con los titulares de los intereses equivalentes en juego,<sup>373</sup> pues «la primera meta de una solución jurídica a la colisión debe ser, en atención al idéntico grado de merecimiento de protección de los bienes, conservar ambos en la mayor

---

evitarlo por el único medio lícito y eficaz de pagar la intervención quirúrgica, una vez fracasado el intento de obtener su importe, sin tampoco disponer de tiempo para esperar mejor fortuna», se concluye que el hecho es antijurídico. Es decir, que la vida de una persona constituye un interés en el marco del art. 20.5.º CP inferior al que representa la “salud pública”. «El que el mal de hipotética causación a la salud pública se considere mayor que el que se trataba de evitar obsta la apreciación de la eximente completa pero no la del estado de necesidad como atenuante, que es la calificación acertadamente estimada por la Sala de instancia». Al respecto, vid. además, MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Pobreza, estado de necesidad y prevención general los "correos de la cocaína " y el tribunal supremo Español», en CUERDA RIEZU (ed.), *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, 2006, pp. 229 y ss. En estos supuestos, sin embargo, creo advertir un problema doble: por un lado, el de la posibilidad de agregar intereses individuales en la conformación del objeto de la injerencia a justificar. A este problema creo que se refiere MARTÍNEZ ESCAMILLA cuando afirma que el TS español incorpora en la ponderación de males «todas las consecuencias del tráfico de estupefacientes: la ruina personal, económica y social de un elevado número de personas, aumento de la delincuencia, enfermedades irreversibles, etc.» (p. 250); y por el otro, la relevancia del efecto cascada a la hora de determinar dicho objeto. Este segundo parece ser el problema esencial pues, bien mirado, en muchos supuestos de narcotráfico no cabe siquiera constatar una lesión real de ningún interés particular que deba ser agregado. La negativa a eximir de responsabilidad parece más bien traer causa en un planteamiento utilitarista (de la regla). La eximente se tiende a negar en estos casos no tanto por la lesión de los múltiples intereses agregados que el acto de tráfico provoca, sino por el daño previsible o esperable derivado de una generalización de tales conductas. Crítica con la toma en consideración de este supuesto “efecto llamada”, vid. *ob. cit.* pp. 261 y s.

<sup>372</sup> Cfr. SCANLON, *Lo que nos debemos unos a otros*, 2003, p. 305.

<sup>373</sup> Cfr. FRISCH, *FS-Puppe*, 2011, p. 447.

medida posible, aun a costa de reducciones y la exigencia de riesgos limitados». <sup>374</sup> Y si no voy errado, esta solución es legítima a ojos de los dos pacientes pues, estando en juego la propia existencia, parece posible afirmar que todo ciudadano, en tanto que sujeto adverso al riesgo, <sup>375</sup> preferirá razonablemente asumir un peaje cierto en forma de lesión de la integridad física a cambio de la salvaguarda segura de la propia vida. <sup>376</sup> Bien mirado, esta solución constituye un desarrollo específico y coherente del principio de concordancia práctica, rector de las situaciones de conflicto entre derechos fundamentales y ampliamente compartido y desarrollado en la ciencia constitucional. <sup>377</sup>

### III. LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL ENTRE LA COLISIÓN DE RAZONES DE OBLIGACIÓN Y EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

#### 1. Introducción

En el segundo capítulo de este trabajo, consagrado al análisis de la discusión contemporánea de la colisión de deberes, se ha concluido que uno de los principales problemas que aqueja a la dogmática de la colisión de deberes desde antaño consiste en la controvertida delimitación entre dicho instituto y el estado de necesidad agresivo. <sup>378</sup> La confusión a la hora de distinguir ambas eximentes trae causa de la falta absoluta de consenso acerca de los lindes conceptuales de cada uno de estos institutos jurídico-penales. En la doctrina alemana son dos los obstáculos específicos que impiden a día de hoy su pacífica delimitación. En primer lugar, resulta todavía hoy profundamente controvertido cómo tratar los conflictos entre mandatos y prohibiciones, es decir, los casos en los que el auxiliante necesario de la acción defensiva está

<sup>374</sup> Cfr. FRISCH, *FS-Puppe*, 2011, p. 448.

<sup>375</sup> Cfr., por ejemplo, BOSCH-DOMÈNECH/SILVESTRE I BENACH, «¿Preparados para tomar riesgos?», *CREI*, (16), 2005, pp. 1 y ss.

<sup>376</sup> Este pensamiento, por ejemplo, es el que inspira la regulación de la promesa pública de recompensa en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones de la Comisión General de Codificación de enero de 2009. En su artículo 1903, apartado 3, se establece que: «Si la obtención del resultado previsto fuere debida a la actuación de varias personas conjunta o separadamente, se dividirá entre ellas la prestación prometida en proporción a la participación de cada uno en el resultado». En el Derecho positivo alemán vigente es también esta la solución que el legislador ofrece cuando son varios los que dan satisfacción a la prestación: § 659 BGB «Ejecución múltiple (1) Si la actuación para la cual se ha fijado la recompensa ha sido ejecutada diversas veces, la recompensa corresponde a quien primero ha ejecutado la actuación. (2) Si la actuación ha sido ejecutada por varios a la vez, corresponde a cada uno una parte igual de la recompensa. Si, por su naturaleza, la recompensa no puede dividirse o si, de acuerdo con el contenido de la promesa pública, sólo uno debe percibir la recompensa decide la suerte». Evidentemente, en el ámbito del conflicto de deberes jurídico-penal la cuestión adquiere una complejidad mayor, en la medida en que las prestaciones *prima facie* debidas no se limitan al pago de una cantidad dineraria susceptible de ser matemáticamente dividida, sino que, como en el ejemplo del médico propuesto, se trata de valorar la posibilidad de distribuir un daño físico entre los dos implicados.

<sup>377</sup> Al respecto, fundamental, HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., 1999, § 2, nm. 72, § 10, nm. 317 y ss. Allí donde dos bienes constitucionalmente protegidos entran en conflicto, el principio de concordancia práctica requiere la búsqueda de una solución que optimice ambos bienes a partir de su limitación parcial. Esta restricción de ambos bienes debe ser idónea (*geeignet*), necesaria (*erforderlich*) y proporcional (*verhältnismäßig*) en aras de alcanzar la solución de compatibilización armónica más justa posible. Sobre esto mismo, vid. además, PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, 15ª ed., 1999, nm. 314 y ss., nm. 321.

<sup>378</sup> Cap. 1, apdo. III, 2.2, b).

obligado a actuar. Pese a colidir aquí dos deberes, la mayoría de la doctrina entiende que estructuralmente se trata aquí de un supuesto clásico de estado de necesidad en auxilio necesario, a resolver conforme a las reglas generales del estado de necesidad (agresivo). En cambio, un sector minoritario advierte todavía hoy en tales supuestos un auténtico conflicto de deberes, a resolver conforme a las reglas especiales previstas para estos conflictos.<sup>379</sup> En segundo lugar, aunque la tesis de la reducción del problema a los mandatos es previa en el tiempo a la introducción en el StGB del § 34,<sup>380</sup> lo cierto es que la óptica funcional desde la que se pretende delimitar ambos institutos ha determinado en Alemania una tendencia clara a definir el concepto penal de colisión de deberes con carácter residual o supletorio.<sup>381</sup> Es decir, el instituto de la colisión de deberes se define a partir de todos aquellos conflictos entre deberes, en ocasiones incluso entre deberes e intereses,<sup>382</sup> en los que la regla del § 34 StGB no permite una solución justa. Esto significa que todos los conflictos entre mandatos y prohibiciones quedan fuera de la colisión de deberes,<sup>383</sup> como también quedan fuera todos aquellos conflictos entre deberes jerarquizables en los que un interés prepondera esencialmente sobre el otro.<sup>384</sup> Es más, la interpretación utilitarista del § 34 StGB ha llevado a algunos autores a interpretar la cláusula de la preponderancia esencial *contra legem*, afirmando que aquélla exige simplemente una mera diferencia, por mínima que sea, aunque clara o indubitada.<sup>385</sup> Así las cosas, como sostiene KINDHÄUSER, solo cabría hablar de colisión de deberes cuando coliden dos deberes de actuar (mandatos) equivalentes.<sup>386</sup> Todo ello explica que, a día de hoy, siga resultando profundamente controvertida en Alemania la misma noción de conflicto de deberes y, por extensión, la regla que ha de regir los conflictos entre mandatos y prohibiciones.<sup>387</sup>

---

<sup>379</sup> En la discusión alemana, entre los partidarios de la “tesis amplia de la colisión de deberes”, estos conflictos se han tratado siempre a propósito del conflicto entre vidas humanas, con lo que se advierte aquí siempre un conflicto entre dos deberes equivalentes. Como también hemos visto en el Cap. 1, apdo. III, 4.2, b), ii), entre los partidarios de esta concepción amplia del instituto, se opta mayoritariamente por una justificación débil, en la que la víctima no tendría deber alguno de tolerancia. De este modo, en los conflictos entre mandatos y prohibiciones, de facto, acaba llegándose a la solución de la doctrina mayoritaria, que tacharía la acción de antijurídica y plantearía únicamente la exculpación.

<sup>380</sup> Cfr. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, pp. 151 y ss., quien aborda el problema de la justificación supralegal en el delito omisivo en los términos que lo acabará haciendo la doctrina mayoritaria actual. El instituto se define a partir del conflicto entre dos mandatos, siendo que el cumplimiento de un deber superior o equivalente excluye la antijuridicidad de la omisión típica. Cfr. Cap. 1, apdo. II, 3.

<sup>381</sup> Paradigmático en este sentido el análisis de KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 18, nm. 1 y ss.

<sup>382</sup> Así, NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 127: «Entgegen der auch insofern [...] irreführenden Bezeichnung des Instituts als “Pflichtenkollision” setzt die Rechtfertigung der Verletzung einer Rettungspflicht nicht notwendig voraus, dass eine Verpflichtung zum Schutz des tatsächlich geretteten (leicht) überwiegenden Interesses bestand». Es decir, para NEUMANN, la colisión de deberes no es más que una regla de resolución de conflictos ya en caso de equivalencia, así que también constituirían “conflictos de deberes” los supuestos de justificación de la omisión por inexigibilidad objetiva.

<sup>383</sup> Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 D, nm. 117; o KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 18, nm. 2.

<sup>384</sup> Cfr. ERB, «§ 34», *MK*, 2ª ed., nm. 41; o KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 18, nm. 5: «pese a que aquí también puede lingüísticamente hablarse de una colisión de deberes y en ocasiones se aplican parcialmente a estos supuestos la correspondiente causa de justificación; en realidad, no es necesario el recurso a un tipo de justificación suprapositivo cuando ya la regla de ponderación positivamente regulada del § 34. I conduce a resultados apropiados».

<sup>385</sup> En este sentido, entre otros, vid. ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 16 A, nm. 89.

<sup>386</sup> Cfr. KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 18, nm. 1 y s.

<sup>387</sup> Sobre todo ello, con detalle, vid. Cap. 1, apdo. IV.

En España, la delimitación entre ambas eximentes es igualmente controvertida aunque los problemas son parcialmente distintos. Parece coincidir la doctrina en que la colisión de deberes, ya se interprete de un modo estricto, ya se haga de un modo amplio (también mandatos y prohibiciones) constituye siempre un subcaso del estado de necesidad.<sup>388</sup> El principal problema práctico con el que se encuentra la doctrina alemana, esto es, cómo encajar la colisión de deberes en la regulación legal del estado de necesidad (agresivo) atendiendo al distinto baremo para la justificación que unos y otros supuestos requieren, no se plantea en la discusión española. En primer lugar, porque el baremo de la equivalencia (de males) establecido en el art. 20.5.º CP es precisamente el propio del estado de necesidad para los partidarios de la teoría de la unidad y,<sup>389</sup> en segundo lugar, porque la regulación legal española tampoco supone para aquellos autores que defienden una comprensión diferenciada del estado de necesidad un verdadero obstáculo para el tratamiento unitario de ambos grupos de casos bajo el paraguas del art. 20.5.º CP.<sup>390</sup> Esta gran “receptibilidad” del Derecho positivo español, que se completa además con la previsión del art. 20.7.º CP, en donde también podrían tener cabida los conflictos de deberes,<sup>391</sup> parece haber ocluido en nuestro país la discusión sobre el fundamento de ambas instituciones. Más allá de los partidarios de la teoría de la unidad, que reconducen ambos problemas a un juicio de ponderación de intereses en el que la salvaguarda del equivalente justifica de forma débil una conducta lesiva,<sup>392</sup> lo cierto es que tampoco cabe advertir en la doctrina española referencias claras a la razón última material que debería permitir distinguir y explicar el distinto tratamiento de una y otra clase de conflictos.

Así las cosas, en consonancia con la definición conceptual y fundamentación de la colisión de deberes que se ha defendido en este trabajo, lo pretendido a continuación es delimitar con claridad este instituto respecto del estado de necesidad justificante. Para ello, en primer lugar, se analiza aquí de forma sintética la figura del estado de necesidad agresivo justificante. Tras recordar acto seguido cómo se ha definido en este trabajo el instituto de la colisión de deberes y su fundamento, estaremos ya en disposición, en tercer y último lugar, de delimitar con claridad ambas eximentes.

---

<sup>388</sup> Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, pp. 464 y ss., nm. 8 y ss.; pp. 475 y ss., nm. 52 y ss.; ROLDÁN BARBERO, «Estado de necesidad y colisión de intereses», *CPC*, (20), 1983, pp. 538 y ss.; y en el fundamento, parece entenderlo así también CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, pp. 251 y ss., si bien pretende ubicar el problema sistemáticamente en el art. 20.7.º CP para evitar que esta última eximente quede vacía de contenido. En cambio, en favor de la reducción conceptual del instituto al conflicto entre mandatos, definiendo entonces la eximente como una causa de justificación independiente, exclusiva del delito omisivo, vid. CUELLO CONTRERAS, «La justificación del comportamiento omisivo», *ADPCP*, (43), 1990, pp. 497 y ss.

<sup>389</sup> Cfr. GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, 1979, pp. 61 y s.; CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 247 y ss.; o LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª ed., 2012, pp. 420 y ss., pp. 424 y s.

<sup>390</sup> Así por ejemplo, vid. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, pp. 475 y s., nm. 52, 54. Crítico con la compatibilización de una concepción diferenciadora del estado de necesidad, pero unitaria de la colisión de deberes, vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 250 y ss., n. 11.

<sup>391</sup> Por todos, vid. CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, pp. 251 y ss., para quien la colisión de deberes siempre encontraría acomodo en el art. 20.7.º CP. Vid. *infra* apdo. IV, 4.

<sup>392</sup> Cfr. por todos GIMBERNAT ORDEIG, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1976, pp. 118 y s.

## *2. El estado de necesidad agresivo justificante: breve aproximación a su fundamento*

Lo pretendido a continuación es simplemente presentar lacónicamente cómo se concibe en este trabajo el estado de necesidad agresivo, su fundamento y el porqué de la exigencia de una diferencia esencial entre los intereses en juego a la hora de justificar tales injerencias en situaciones de necesidad. Por lo tanto, no es posible efectuar en este momento un análisis histórico de la evolución de la discusión sobre el fundamento del estado de necesidad agresivo, ni proceder a un examen detallado de cada una de las concepciones sostenidas en la doctrina pretérita y actual sobre el alcance de este instituto. A todo ello se han dedicado ya en los últimos tiempos varios trabajos monográficos y una cantidad ingente de artículos doctrinales. Hasta donde alcanzo, el sentido ampliamente compartido de todos estos trabajos doctrinales recientes es el siguiente: en contra de lo que generalmente venía sosteniéndose en la doctrina jurídico-penal desde, como mínimo, el S. XIX, el fundamento de esta causa de justificación no reside en el principio del interés preponderante, ni en ningún otro principio colectivista.<sup>393</sup> El estado de necesidad (agresivo) no se basa en el principio del mal menor, ni en una supuesta voluntad del Estado por maximizar los intereses de una colectividad en situaciones de necesidad. Una comprensión del estado de necesidad como ésta, aun cuando se pretenda dar entrada en el macrojuicio de ponderación de intereses a ciertos principios correctores de los ineludibles excesos utilitaristas, no resulta aceptable en el marco de un Ordenamiento jurídico liberal, en el que se reconoce como postulado esencial el principio de autonomía personal.<sup>394</sup> El que un ciudadano tenga un interés en peligro superior al mío no le habilita sin más a injerirse en mi esfera, ni explica por qué debería tolerar yo la injerencia de un extraño al que amenaza un peligro que no me es imputable. El estado de necesidad, pues, no es la ley general de la justificación, ni el principio último de legitimación de las normas penales, sino más bien al contrario, una institución excepcional e irregular que precisa en todo caso de una fundamentación especial y ajena a la lógica clásica de los sistemas jurídicos puramente liberales.<sup>395</sup>

Ahora bien, en contra de algunas visiones jurídicas absolutizadoras del principio de autonomía,<sup>396</sup> la doctrina jurídico-penal continental más moderna parece estar de acuerdo en que también en el marco de un Ordenamiento jurídico que se autodefine como liberal pueden tener un sitio ciertos deberes de solidaridad.<sup>397</sup> El estado de necesidad justificante constituye

---

<sup>393</sup> Todo ello ha sido ya puesto de relieve con detalle en el Cap. 3, apdo. II, 2.

<sup>394</sup> Entre otros muchos, vid. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 33 y ss., pp. 238 y ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 17 y ss.; o PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 29 y ss. Recientemente, vid. por ejemplo, NEUMANN, «Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Notstands“ auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 155 y ss.; FRISCH, *FS-Puppe*, 2011, pp. 425 y ss.; o WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 33 y ss.

<sup>395</sup> Todo ello lo ponen con claridad de relieve PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 9 y ss., 29 y ss., y más sintéticamente, desde una óptica kantiana, KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 281 y s.

<sup>396</sup> Cfr. KANT, *La metafísica de las Costumbres*, 2012, Primera Parte, Introducción a la Doctrina del Derecho, II, nm. 236, pp. 45 y s.; y aunque reconociendo la posibilidad de auténticos derechos de necesidad, subrayando su irregularidad y carácter excepcional, vid. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 281.

<sup>397</sup> Cfr. con ulteriores referencias a la doctrina, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1010 y ss.

una emanación del principio de solidaridad que, junto con el de autonomía, constituyen los dos ejes esenciales sobre lo que se vertebraría el sistema de causas de justificación penal y, en general, el sistema de legitimación de los deberes jurídico-penales.<sup>398</sup> Es más, a día de hoy, la discusión acerca del fundamento del estado de necesidad agresivo parece centrarse ya tan solo en cómo fundamentar en última instancia el deber de solidaridad en cuestión. Como señala WILENMANN, es ésta en la actualidad una “disputa familiar”.<sup>399</sup> Y hasta donde alcanzo, son en esencia dos los caminos emprendidos en la búsqueda de una fundamentación sólida de la noción jurídica de solidaridad: mientras que algunos autores buscan en la relación intersubjetiva entre los ciudadanos la razón última del deber, ya sea desde una óptica contractualista o de razonabilidad o prudencia práctica,<sup>400</sup> ya sea desde ópticas pre-jurídicas o estrictamente normativas;<sup>401</sup> PAWLIK y algunos otros autores, retomando la tradición hegeliana, tratan de sustentar tales deberes de solidaridad desde una óptica esencialmente institucional,<sup>402</sup> en la que el llamado a soportar los costes de solución del conflicto actúa a modo de representante del Estado, instancia verdaderamente competente por la conjura de la desgracia.

Sea como fuere, es mérito de todas estas nuevas concepciones haber colocado en el centro del debate la posición de la víctima de la injerencia para tratar de fundamentar desde una perspectiva esencialmente individualista el deber de tolerancia que el estado de necesidad agresivo trae consigo. No puede ser tampoco este el lugar en el que entrar a analizar los distintos modos en los que se ha tratado de fundamentar la solidaridad jurídica. Lo único que me interesa aquí es subrayar que es el principio de solidaridad, como forma excepcional de legitimación de deberes jurídico-penales, el auténtico fundamento del estado de necesidad agresivo y que su carácter anómalo o irregular, es también la razón que determina la estrechez con la que se configura hoy en día la causa de justificación del estado de necesidad agresivo.

---

<sup>398</sup> Fundamentando el estado de necesidad justificante sobre la noción de solidaridad, entre otros muchos, STRATENWERTH, «Prinzipien der Rechtfertigung», *ZStW*, (68), 1956, pp. 50 y ss.; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/1; NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 9; EL MISMO, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 155 y ss.; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 188 y ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 63 y ss., 121 y ss.; MERKEL, en *La insostenible situación del Derecho penal*, 1999, pp. 181 y ss.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 57 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1010 y ss.; CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 13 y ss., pp. 101 y ss.; COCA VILA, *InDret*, (1), 2011, pp. 16 y ss.; ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 93 y ss.; KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, pp. 82 y ss.; PERDOMO-TORRES, *Die Duldungspflicht*, 2011, pp. 36 y ss.; FRISCH, *FS-Puppe*, 2011, pp. 438 y ss.; IWANGOFF, *Die Duldungspflichten im rechtfertigenden Notstand*, 2009, pp. 66 y ss., p. 76; o WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 139 y ss.

<sup>399</sup> Cfr. WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, 2014, pp. 139 y ss.

<sup>400</sup> Cfr. en este sentido, por ejemplo, MERKEL, en *La insostenible situación del Derecho penal*, 1999, pp. 181 y ss.; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 72 y ss., y *passim*; CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 13 y ss.; o FRISCH, *FS-Puppe*, 2011, pp. 425 y ss. Una crítica a estos planteamientos puede leerse en PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 67 y ss.

<sup>401</sup> Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, pp. 188 y ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 63 y ss., 121 y ss.; o FRISTER, «Die Notwehr im System der Notrechte», *GA*, 1988, pp. 291 y ss.

<sup>402</sup> Cfr. por ejemplo, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 80 y ss.; JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 48 y s.; o PERDOMO-TORRES, *Die Duldungspflicht*, 2011, pp. 38 y ss.

### *3. El fundamento triple de disolución de los conflictos entre razones de obligación*

Antes de confrontar ambos institutos y proceder de ese modo a su definitiva delimitación, es conveniente recordar ahora cómo se concibe en este trabajo el fundamento de resolución de los conflictos entre razones de obligación. Como debería haber quedado de manifiesto en el capítulo tercero de este trabajo,<sup>403</sup> el principio del interés preponderante no constituye un punto de partida plausible sobre el que construir el sistema de jerarquización de las razones de obligación. La resolución de los conflictos entre razones de obligación no depende ni está inspirada en un principio de maximización social de los intereses en liza. El fundamento de la disolución de los conflictos entre razones de obligación es triple: el principio de autonomía, el de solidaridad o, en defecto de ambos, el de razonabilidad práctica. Estos dos primeros principios son los que permiten resolver los conflictos entre razones de obligación jerarquizables, que operan, como ya hemos visto, tanto en el plano intersubjetivo, como — indirectamente— en el plano de la especie del deber. Allí donde los principios de autonomía y solidaridad otorgan a alguno de los dos agentes involucrados un derecho auténtico de necesidad, el obligado lo está a garantizar la pretensión jurídica del que ostenta ese verdadero derecho de necesidad. Así, por ejemplo, se resuelve conforme al principio de solidaridad el conflicto de razones de obligación en el que se ve envuelto el padre que ha de escoger entre salvar el reloj de su primogénito o la vida del segundogénito. Se soluciona en cambio en virtud del principio de autonomía el conflicto en el que se ve inmerso el guía de montaña que ha de escoger entre salvar a dos necesitados siendo que uno de los dos crea la situación de peligro tras desobedecer gravemente las instrucciones del guía. Y también se resuelve conforme al principio de autonomía el conflicto en el que se ve sumido el padre que solo puede salvar a su hijo acabando con la vida de un tercero ajeno al peligro. Aquí, el principio del *casum sentit dominus*, como manifestación mediata del referido principio impide al padre injerirse en la esfera del tercero, al atribuir individualmente la competencia por la desgracia al menor. Estos dos principios, el de autonomía y el de solidaridad, determinan también de forma indirecta la resolución de los conflictos a partir de la especie de deber. El socorrista de una piscina debe cumplir su deber de competencia plena de corte negativo frente a un bañista también cuando peligrá morir ahogado en una piscina próxima un extraño con el que solo le une el deber de solidaridad mínimo del art. 195 CP.

No obstante, es todavía posible que del examen de la relación intersubjetiva y del de la especie de deber no se obtenga ningún rango jerárquico entre las razones en liza. Hablamos entonces de conflictos entre razones equivalentes. Aquí, como se ha mostrado ya, los principios de autonomía y solidaridad, entendidos en el sentido clásico, no resultan instrumentos adecuados para resolver los conflictos. En contra de lo que en ocasiones se afirma en el ámbito de las comunidades de peligro vitales, allí donde están en juego intereses o deberes equivalentes, la solidaridad jurídica no aporta criterio alguno de resolución del conflicto. Aquí, el fundamento de disolución de la colisión, formalmente descrito a partir del

---

<sup>403</sup> Cfr. Cap. 3, apdo. II.

principio del *impossibile nulla obligatio*, solo puede advertirse en el interés racional y atendible que tienen los dos agentes involucrados en la situación de peligro en ver garantizada su pretensión. Dado que la situación empírica está configurada de un modo tal que la garantía de las dos razones en liza resulta imposible, a lo único que pueden aspirar ambos agentes es a que, como mínimo, se cumpla una. El peaje ineludible para poder garantizar normativamente la satisfacción de una pretensión es que una vez el facultado a escoger toma una decisión, tanto los implicados como eventuales terceros respeten el curso de cumplimiento que adopta el obligado. La necesidad de que las dos partes en el conflicto asuman la probabilidad de su desgracia es la condición indispensable para poder resolver normativamente la solución de conflicto de un modo racional e igualitario con las dos (o más) partes implicadas. El hijo necesitado que ve como el padre opta por salvar a su hermano no debe tolerar su muerte por razones de solidaridad, sino simplemente porque ello constituye la contractura ineludible de haber dispuesto en un momento previo de una opción de salvación en una situación de conflicto entre razones equivalentes.

#### *4. La solidaridad como un momento particular de la terna de principios de solución de los conflictos entre razones de obligación*

El instituto jurídico-penal de la colisión de razones de obligación, como un problema específico de determinación de normas de comportamiento penales, se define conceptualmente a partir de todas aquellas situaciones en las que dos razones de obligación aisladamente legítimas entran en conflicto al ser imposible su satisfacción cumulativa. Esto significa que también quedan cubiertos por este instituto los conflictos entre mandatos y prohibiciones. Así las cosas, el estado de necesidad justificante, agresivo o defensivo, guarda relación exclusiva con aquellos supuestos en los que entran en conflicto un deber y un interés. O como lo expresa MIR PUIG, «lo peculiar de la colisión de deberes es que en ella el sujeto debe actuar u omitir, a diferencia de lo que sucede en los demás casos de estado de necesidad, en los cuales se faculta (pero no se obliga) al agente a efectuar la lesión de un bien jurídico».<sup>404</sup> Es decir, para aquellos conflictos en los que el necesitado puede libremente tolerar la desgracia que sobre él se cierne.<sup>405</sup> El auxiliante necesario que se plantea una injerencia en intereses ajenos por razones altruistas actúa en situación de estado de necesidad. La conducta del auxiliante necesario que está *prima facie* obligado a injerirse en esa esfera para dar cumplimiento a una segunda razón de obligación quedará cubierta por la dogmática de los conflictos entre razones de obligación. El que las colisiones entre razones de obligación donde la regla del *casum sentit dominus* despliegue efectos se resuelvan de idéntica manera a cómo se resuelven los casos de estado de necesidad agresivo no es óbice para distinguir analíticamente ambas instituciones, pues no puede olvidarse que el auxiliante necesario obligado no dispone solo de una facultad, sino que está gravado con un deber, cuya infracción es constitutiva de un ilícito penal.<sup>406</sup>

<sup>404</sup> Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 465, nm. 11.

<sup>405</sup> Sobre todo ello, con detalle, vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 256 y ss.

<sup>406</sup> Así, mientras que un sujeto ajeno a la víctima puede dejar de salvar un bien de altísimo valor cuando ello es posible a costa de una injerencia en estado de necesidad agresivo mínima en los intereses de otro agente, el padre



Sentado lo anterior, resulta que, en contra de lo históricamente defendido, la colisión entre razones de obligación, comprendida en un sentido amplio, no solo no constituye un mero subcaso del estado de necesidad sino que, en sentido inverso, el estado de necesidad agresivo constituye tan solo un momento parcial de la terna de principios de disolución de los conflictos. La colisión entre razones de obligación constituye, pues, una supraestructura en la que se integran como elementos parciales constitutivos tanto el estado de necesidad (agresivo y defensivo) como la legítima defensa. Es decir, en realidad, el estado de necesidad agresivo, comprendido a partir de la noción de solidaridad, permite resolver un grupo determinado de conflictos, aquellos en los que es posible constatar una diferencia esencial entre los intereses en juego o en los que la mejor especie de una de las razones de obligación se basa en una forma intensificada de solidaridad. Bien mirado, esta conclusión es la consecuencia lógica de asumir que los conflictos entre razones de obligación constituyen un problema particular de la determinación de normas de comportamiento en el marco de un sistema en el que los principios de solidaridad y autonomía son los ejes rectores de dicho proceso. El fundamento parcial particular de este fenómeno es el principio de razonabilidad práctica, que ofrece una solución plausible para aquellas situaciones de absoluta equivalencia entre las pretensiones concurrentes. Todo ello quizá quede más claro de la mano del siguiente diagrama:

<i>Colisión entre razones de obligación</i>				
<i>Razones de obligación jerarquizadas</i>	Relación inter-subjetiva	Solidaridad		
		Solidaridad y Autonomía		
		Autonomía		
Especie razón de Obligación	Razones de competencia plena	Razones de competencia preferente	Razones de competencia mínima	
<i>Razones de obligación equivalentes</i>	Óptica del emisor y obligado	<i>Impossibilium nulla obligatio</i>		
	Óptica de los necesitados	Principio de razonabilidad práctica		

del niño titular del bien en peligro, dándose las condiciones que habilitan a la injerencia en estado de necesidad agresivo debe necesariamente emprender la injerencia salvadora. La omisión constituye una infracción de su deber de competencia plena.

## IV. LA COLISIÓN ENTRE RAZONES DE OBLIGACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

### 1. *Introducción*

El objetivo de este penúltimo apartado consiste en examinar cómo tratar el problema de los conflictos entre razones de obligación en el marco de la regulación penal vigente en nuestro Ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que acontece en Alemania, donde la institución carece de toda regulación legal,<sup>407</sup> en nuestro país parece darse la situación radicalmente inversa, pues no solo está regulada positivamente la colisión entre razones de obligación, sino que parecen ser dos los preceptos eximentes de la responsabilidad que pueden acoger este instituto.<sup>408</sup> A continuación se efectúa una aproximación histórica a la regulación de la colisión de deberes en nuestro Ordenamiento para, acto seguido, presentar las tres tesis sostenidas en nuestro país en lo que se refiere a la ubicación del problema en el sistema *iuspositivo* de causas eximentes de la responsabilidad penal. Y por último se defiende aquí la conveniencia práctica de ubicar el instituto en el art. 20.7.º CP, como cláusula general de atipicidad por la colisión entre razones de obligación.

### 2. *Breve aproximación histórica a la regulación de la colisión entre razones de obligación*

Para comprender en toda su dimensión la actual regulación española debemos remontarnos al Código penal de 1848,<sup>409</sup> en el que se regulan por primera vez como eximentes generales de la responsabilidad penal el estado de necesidad (art. 8.7.º),<sup>410</sup> el cumplimiento de un deber (art. 8.11.º),<sup>411</sup> y la exención de responsabilidad en el delito omisivo por hallarse el obligado impedido por una causa legítima o insuperable (art. 8.13.º).<sup>412</sup> Tras años de importante controversia acerca del fundamento de esta última causa de exención de la responsabilidad,<sup>413</sup>

---

<sup>407</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. II, 3.

<sup>408</sup> La regulación en España coincide parcialmente con la vigente en Italia, donde se discute igualmente sobre el encaje de la colisión de deberes en dos preceptos justificantes, el art. 51 c.p. (*Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere*) y el art. 54 c.p. (*Stato di necessità*). Este segundo precepto, a diferencia del art. 20.5.º CP, no alude sin embargo de forma expresa a la infracción de un deber en “estado de necesidad”. Al respecto, con detalle, vid. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, 2000, pp. 512 y ss., p. 519.

<sup>409</sup> Cfr. el detallado análisis histórico de DÍAZ PALOS, «Estado de necesidad», en MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, v. VIII, 1956, pp. 914 y ss.; y posteriormente, CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 49 y ss.

<sup>410</sup> Art. 8: Estan exentos de responsabilidad criminal: [...] 7.º El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: Primera: Realidad del mal que se trate de evitar. Segunda. Que sea mayor que el causado para evitarlo. Tercera: Que no hay otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

<sup>411</sup> Art. 8: Estan exentos de responsabilidad criminal: [...] 11.º: El que obra en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio ó cargo.

<sup>412</sup> Art. 8: Estan exentos de responsabilidad criminal: [...] 13.º El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima ó insuperable.

<sup>413</sup> Al respecto, con detalle y múltiples citas a la doctrina del momento, vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 49 y ss.

y de un progresivo acercamiento interpretativo entre el instituto del estado de necesidad y el de la omisión por causa legítima, finalmente el Código de la Segunda República adicionó en el art. 8.7.º, regulador del estado de necesidad, la apostilla «o infringe un deber», reuniéndose así ambos institutos en un mismo precepto.<sup>414</sup> La propia Exposición de Motivos del Código penal de 27 de octubre de 1932, en su apartado V titulado “Humanización y elasticidad del Código” señalaba lo siguiente: «El estado de necesidad, tan angostamente aceptado en el antiguo número 7.º del artículo 8.º, recibe ahora considerable aumento, y no sólo se reconoce en caso de daño en propiedad ajena, sino cuando hay que sacrificar cualquier otro bien jurídico. Asimismo se contempla junto a la colisión de intereses el conflicto de deberes, con lo cual se hace innecesario el viejo número 13 del artículo 8.º, que se refería a la exención de las omisiones por motivos legítimos o insuperables. Las condiciones del estado de necesidad se han establecido de acuerdo con los principios que gobiernan esta justificante».<sup>415</sup> Así las cosas, el art. 8.7.º del CP de 1932 rezaba como sigue: “Art. 8: Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 7.º El que en estado de necesidad lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Que el mal causado sea menor que el que se trata de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.”<sup>416</sup>

Como señala MIR PUIG, desde la óptica de la colisión de deberes, su incorporación a la regulación del estado de necesidad supuso una ampliación del instituto, pues mientras que el antiguo precepto guardaba relación exclusiva con el delito omisivo, «en la colisión de deberes del estado de necesidad son también perfectamente subsumibles las acciones conminadas con una pena y cometidas para cumplir un deber».<sup>417</sup> Aunque con algunas alteraciones, la regulación actual de la colisión de deberes se corresponde básicamente con la prevista en el Código de 1932.<sup>418</sup> Los sucesivos textos legales, además de regular de forma conjunta el estado de necesidad y la colisión de deberes, previeron todos una causa de exención de la responsabilidad adicional en caso de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Y este es también el escenario presente, en el que, además de contar el Código con una eximente por cumplimiento de deber o ejercicio de un derecho oficio o

<sup>414</sup> Cfr. DÍAZ PALOS, en MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, v. VIII, 1956, p. 913, pp. 914 y ss., p. 918.

<sup>415</sup> Publicado en *Gaceta de Madrid – Núm. 310*, de 5 de noviembre de 1932, p. 822.

<sup>416</sup> En el art. 8.11.º se sigue regulando en los mismos términos la eximente por cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

<sup>417</sup> Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, pp. 465 y s., nm. 11 y ss. Así también SILVA SÁNCHEZ, «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», *ADPCP*, 1982, p. 676, quien señala que aun cuando la expresión «infringe un deber» se pensó originalmente para los deberes de actuar, ésta abarca literalmente los deberes de omitir, pues la «pretensión subjetiva de los legisladores no se ha visto plasmada en el texto de la ley, que, al hablar simplemente de infracción de deberes, abarca los de uno y otro signo: deberes de actuar que se infringe por omisión, y deberes de no actuar que se infringen actuando». En este mismo sentido, vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 54.

<sup>418</sup> Con la aprobación del CP de 1944, se modifica el art. 8.7 CP, introduciendo expresamente la figura del auxilio necesario y ampliando el alcance de la eximente a los casos en los que los males en conflicto resultan idénticos. Así quedaba por entonces el art. 8.7. CP: Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 7. El que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse.

cargo en el art. 20.7.º CP, aquél regula en el art. 20.5.º CP el estado de necesidad, haciendo referencia dicho precepto expresamente a la infracción de un deber en situación de necesidad.<sup>419</sup> Así las cosas, no es de extrañar que todavía hoy resulte muy confusa la incardinación en el Derecho positivo del instituto de la colisión de deberes.<sup>420</sup> Mientras que para un sector doctrinal tales conflictos están regulados ya en el art. 20.5.º CP, no faltan quienes defienden que estos supuestos deben encuadrarse en el art. 20.7.º CP. Finalmente, son también varios los autores que entienden necesario proceder a una división de los grupos de conflictos de deberes, distribuyendo los distintos conflictos en cada una de las causas de exención de la responsabilidad penal referidas.

### *3. La colisión de deberes en el marco del art. 20.5.º CP*

Posiblemente sea mayoritaria en nuestra doctrina y jurisprudencia la tesis según la cual todos los supuestos de conflicto de deberes encuentran cabida y deben ser resueltos en el art. 20.5.º CP.<sup>421/422</sup> Son dos los argumentos esenciales esgrimidos en favor de esta tesis. En primer lugar, desde un punto de vista axiológico, señala LUZÓN PEÑA que el conflicto de deberes «encaja dentro del esquema general de conflicto de intereses propio del estado de necesidad», por lo que parece lógico que sea también en el art. 20.5.º CP donde se ubiquen tales conflictos.<sup>423</sup> Es decir, si la colisión de deberes atendiendo a su fundamento constituye un mero subcaso del estado de necesidad, parece obligado afirmar que es también en el art. 20.5.º CP donde han de resolverse esta subclase de conflictos entre intereses.<sup>424</sup> Y en segundo lugar, tomando como referencia la voluntad del legislador histórico,<sup>425</sup> parece igualmente evidente

---

<sup>419</sup> Art. 20.5.º: “El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.”

<sup>420</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el código penal*, 1966, p. 238.

<sup>421</sup> En este sentido, cfr. DÍAZ PALOS, en MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, v. VIII, 1956, p. 912; GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, 1979, p. 61, n. 115; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español*, 1984, p. 252; ROLDÁN BARBERO, «Estado de necesidad y colisión de intereses», *CPC*, (20), 1983, pp. 539 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal español*, v. II: el hecho punible, 1984, p. 81; EL MISMO, *Derecho penal. Parte General*, 1987, pp. 235 y s.; PÉREZ ALONSO, «La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», *CPC*, (56), 1995, pp. 642 y s.; LUZÓN PEÑA, «Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis», en MIR PUIG (ed.), *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, 1988, pp. 59 y ss., pp. 70 y s., pp. 78 y s.; EL MISMO, *PG*, 2ª ed., 2012, pp. 424 y s., aunque tal vez fuera más exacto afirmar que este autor defiende una teoría diferenciadora, al ubicar los conflictos entre un deber de actuación y otro de abstención respecto de distintos bienes jurídicos en el art. 20.7.º CP.

<sup>422</sup> En la jurisprudencia, en este sentido, entre otras muchas, vid. STS 1464/1999 de 21 de octubre, ponente Bacigalupo Zapater; o SAP-Alicante 200/2010 de 8 de marzo, ponente Merlos Fernández; y en la jurisprudencia castrense, en este mismo sentido, vid. STS (Sala de lo Militar) 9 de marzo de 1992, ponente Rodríguez Santos; o STS (Sala de lo Militar) 19 de octubre de 2009, ponente Calvo Cabello.

<sup>423</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª ed., 2012, pp. 424 y s.

<sup>424</sup> Sin embargo, también los partidarios de la ubicación en el art. 20.7.º CP de los conflictos entre deberes advierten en el principio del interés preponderante, en tanto que principio general de la justificación, el fundamento de dicha causa de exención de la responsabilidad. Así, muy claramente, vid. Díez Ripollés, «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», *CPC*, (30), 1986, p. 637.

<sup>425</sup> Cfr. CUELLO CALÓN, *PG*, v. I, 8ª ed., 1947, p. 369; y posteriormente, en este mismo sentido, vid. PÉREZ ALONSO, *CPC*, (56), 1995, pp. 642 y s., señalando que la incardinación de los conflictos de deberes en el art. 20.5.º CP es obligada conforme a una interpretación histórica del precepto.

que los conflictos de deberes encuentran acomodo en el art. 20.5.º CP, pues la Exposición de motivos del Código Penal de 1932, de forma expresa, señalaba que los conflictos de deberes quedaban desde entonces regulados junto con el estado de necesidad, considerándose desde entonces superflua la antigua regulación de la exención de responsabilidad en el delito omisivo por causa legítima.<sup>426</sup>

#### *4. La colisión de deberes en el marco del art. 20.7.º CP*

La tesis antagónica a la acabada de mostrar pretende ubicar todos y cada uno de los conflictos de deberes imaginables en el art. 20.7.º CP.<sup>427</sup> Así, señala CEREZO MIR que todos los conflictos de deberes imaginables estarían comprendidos en la eximente de obrar en cumplimiento de un deber (art. 20.7.º CP), pues, en realidad todos los supuestos comprendidos en esta última eximente son conflictos de deberes.<sup>428</sup> Por definición, el que realiza una acción típica en cumplimiento de un segundo deber jurídico se encuentra en una situación de colisión de deberes.<sup>429</sup> El sujeto, «realiza la acción típica en cumplimiento de un deber, que tiene que ser, naturalmente, un deber jurídico y además, un deber jurídico de rango superior o igual al deber de abstenerse de realizar la acción prohibida o de realizar la acción ordenada, pues no se puede admitir la aplicación de la eximente siempre que el sujeto obre en cumplimiento de cualquier deber jurídico, aunque sea de rango inferior».<sup>430</sup> Así las cosas, si «se incluyera la colisión de deberes en la eximente de estado de necesidad, en nuestro Código, quedaría vacía de contenido la eximente de obrar en cumplimiento de un deber».<sup>431</sup> Pese a reconocer que no fue esa la voluntad del legislador histórico, lo contrario «resultaría de difícil aceptación en una interpretación objetiva, que trate de descubrir la voluntad de la ley».<sup>432</sup> Esta ubicación sistemática del instituto de la colisión entre razones de obligación ha sido igualmente amparada en ocasiones por la jurisprudencia de nuestro país.<sup>433</sup>

---

<sup>426</sup> Cfr. Cap. 1, apdo. II, 4.

<sup>427</sup> Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., 1966, p. 135; CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, pp. 251 y s.; y EL MISMO, «La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», *ADPCP*, 1987, pp. 273 y ss., pp. 275 y ss.; o DíEZ RIPOLLÉS, *CPC*, (30), 1986. Un análisis crítico de estos planteamientos puede leerse en PÉREZ ALONSO, *CPC*, (56), 1995, pp. 642 y s.

<sup>428</sup> Cfr. CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, p. 251.

<sup>429</sup> Cfr. CEREZO MIR, *ADPCP*, 1987, p. 275; y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, «Artículo 20.5», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, v. II, 1999, p. 341.

<sup>430</sup> Cfr. CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, p. 251.

<sup>431</sup> Cfr. CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, p. 251.

<sup>432</sup> Cfr. CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, p. 251.

<sup>433</sup> En este sentido, recientemente, la SAP-Madrid, 83/2012 de 6 de marzo, ponente Fraile Coloma, absuelve al padre que incumple una medida de alejamiento respecto de la madre por colisión de deberes al acudir al centro sanitario en el que se encontraba el hijo común de ambos, argumentando como sigue: «*La colisión entre los dos deberes a cuyo cumplimiento estaba obligado el acusado, el de respetar la prohibición de aproximación establecida en la resolución judicial y el de velar por su hija menor de edad, impide la condena del acusado por el delito del art. 468 del Código Penal, pese a su permanencia junto a la denunciante, precisamente porque esa conducta tuvo por objeto el cumplimiento del deber inherente a la patria potestad. El cumplimiento de las obligaciones puede provocar resultados típicos de distintas figuras delictivas. El Código Penal prevé, en su art. 21.7, la eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, que constituye, según lo señalado desde hace tiempo por la doctrina penal, una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales pueda verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales*». [Cursiva en el original].

## *5. La disgregación del instituto entre los art. 20.5.º y 20.7.º del Código penal*

Finalmente, además de las dos teorías acabadas de referir, cabe advertir en la discusión doctrinal un tercer planteamiento en lo que se refiere a la ubicación legal del instituto de la colisión de deberes. Éste consiste en disgregar los grupos de casos dables entre las dos eximentes referidas.<sup>434</sup>

Un argumento relevante a la hora de decidir dónde ubicar sistemáticamente el problema de los conflictos y que, por lo general, ha pasado desapercibido es el que subyace a la propuesta de delimitación de RODRÍGUEZ MOURULLO. Tras sostener la tesis diferenciadora de la colisión de deberes, esto es, defender que el instituto despliega efectos justificantes ante deberes jerarquizables y exculpante ante deberes equivalentes, propone este autor la inclusión en la eximente del número 11 del artículo 8.º del Código penal de 1944, idéntica al vigente art. 20.7.º CP, de los conflictos de deberes de “desigual valor”, es decir, de distinto rango, mientras que en el estado de necesidad se incluirían únicamente los conflictos entre deberes equivalentes.<sup>435</sup> De este modo, en consonancia con el régimen de responsabilidad civil consagrado por entonces en el art. 20 CP 44, y hoy en el art. 118.3.ª CP, se conseguiría que, en caso de conflictos equivalentes, el beneficiario respondiera civilmente frente al afectado, pero no así cuando los dos deberes fueran de “distinto valor”.<sup>436</sup> De este modo consigue RODRÍGUEZ MOURULLO distinguir además legalmente entre los conflictos de naturaleza justificante, aquellos que surgen entre deberes de distinto rango y regulados en el art. 20.5.º CP, y los conflictos entre deberes equivalentes como causa de exculpación, regulados en el precedente legislativo de nuestro vigente art. 20.7.º CP.

Distinto es el criterio de distribución de los grupos de casos con el que opera MIR PUIG. Asumiendo que el art. 20.7º constituye una regla de resolución en favor de la norma penal cuando se produce un conflicto de leyes entre una norma jurídica extrapenal y una norma penal,<sup>437</sup> entiende MIR PUIG que en el vigente art. 20.7.º CP quedarían regulados aquellos

---

<sup>434</sup> Por su parte, en la jurisprudencia cabe advertir en ocasiones un recurso indiscriminado a ambos preceptos justificantes, dejando sin respuesta la pregunta sobre la concreta ubicación sistemática en el Código de la colisión de deberes. En este sentido, se la STS 228/2013 de 22 de marzo, ponente Berdugo y Gómez de la Torre se afirma que «en el campo doctrinal también se considera impune el pago a uno de los acreedores con prioridad a otros cuando el acreedor favorecido sea titular de un crédito legítimo y no de un crédito derivado de un contrato vinculado. La doctrina discrepa a la hora de encuadrar dogmáticamente el fundamento de la absolución, estimando algunos que se está ante un supuesto de atipicidad y otros ante un caso de conflicto de deberes que genera la exclusión de la antijuridicidad (art. 20.5º o 20.7º del C. Penal)».

<sup>435</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, 1966, pp. 239 y s. Una análisis crítico del planteamiento distintivo de RODRÍGUEZ MOURULLO en CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, p. 252.

<sup>436</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, 1966, pp. 239 y s.

<sup>437</sup> Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 492, nm. 4: «cuando un hecho se halla a la vez previsto en una ley penal y en otra norma jurídica no penal que obliga o permite positivamente su realización, se plantea una situación de conflicto de leyes que el art. 20, 7º decide en favor de la norma no penal. La consecuencia es que el hecho ha de considerarse obligado o permitido y no contrario a la ley penal, de modo que no puede considerarse antijurídico. La razón de la ausencia de antijuridicidad ha de verse vinculada a la existencia de determinados intereses que han llevado a obligar o permitir el hecho de que se trate. Tales intereses entran en conflicto con los penalmente protegidos que lesiona la conducta correspondiente, y el conflicto se resuelve por la norma no penal en favor del

conflictos de deberes en los que el deber cumplido consiste específicamente en la lesión del bien jurídico vulnerado, mientras que en el art. 20.5.º CP se regularían los supuestos en los que para cumplir un deber no consistente en lesionar el bien jurídico vulnerado alguien se ve obligado a lesionar dicho bien, ya se infringiendo un deber de actuar, ya sea infringiendo un deber de omitir esa lesión.<sup>438</sup> Así, el agente de policía que practica una detención a la que está obligado actúa de forma justificada conforme al art. 20.7.º CP, «porque obra en cumplimiento de un deber cuyo contenido específico es la práctica de la detención». En cambio, si para lograr detener a unos delincuentes que huyen en un vehículo un policía se ve obligado a conducir de forma temeraria y poner en peligro bienes ajenos, el delito de conducción temeraria solo puede quedar excluido por colisión de deberes del art. 20.5.º CP, pues «el contenido específico del deber de detener no abarca en sí mismo la violación de la seguridad del tráfico».<sup>439</sup> Ello sería así porque «al no implicar *conceptualmente* el deber de detener la lesión de la seguridad del tráfico rodado, no constituye *lex specialis* respecto a la ley penal que impone en general el deber de respetar la seguridad del tráfico, la cual por tanto, no puede entenderse desplazada en virtud del principio *lex specialis derogat generalem* consagrado por el art. 20.7.º en esta materia. Al faltar la relación de deber especial y deber general, si son de distinta importancia sólo puede prevalecer el más importante, y si son iguales, cualquiera de ambos».<sup>440</sup>

Asimismo, de forma ampliamente coincidente con lo sostenido por MIR PUIG, defiende asimismo SAINZ-CANTERO CAPARRÓS la necesidad de disgregar los supuestos de conflicto de deberes en los dos preceptos referidos. Una vez se asume que toda colisión de deberes implica una colisión de intereses, los conflictos podrían «resolverse, según el caso, atendiendo a criterios distintos: al criterio de la valoración realizada en cualquiera de sus ámbitos por el propio ordenamiento, que determina cual es el interés preponderante dando lugar a la aplicación del cumplimiento de un deber; y cuando esto no sea posible, al criterio de valoración material de los intereses y males en conflicto, dando lugar, si concurren sus circunstancias, a la aplicación de la eximente del artículo 20.5».<sup>441</sup>

Finalmente, ha de aludirse en este lugar a la concepción distributiva entre ambas causas propuesta por CUERDA RIEZU.<sup>442</sup> Para este autor resulta evidente que entre ambas eximentes existe un íntimo parentesco, pues las dos hacen referencia a deberes. No obstante, la colisión

---

deber o derecho. Se trata de la estructura de una causa de justificación: el ataque al bien jurídico no desaparece, sino que se permite (u obliga) por razón de intereses que se estiman prevalentes».

<sup>438</sup> En este sentido, aunque a propósito de los antiguos 8.7.º CP y 8.11.º, vid. MIR PUIG, «Problemas de estado de necesidad en el art. 8, 7.º CP», *LH-Pérez Vitoria*, v. I, 1983, p. 513; y EL MISMO, *PG*, 10ª ed., 2015, pp. 494 y s., nm. 16 y ss. Una análisis crítico del planteamiento distintivo de MIR PUIG en CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, p. 252; e igualmente crítico con el planteamiento de MIR PUIG, vid. PÉREZ ALONSO, *CPC*, (56), 1995, pp. 644 y ss., haciendo suyo asimismo el adjetivo con el que desacredita CEREZO MIR la tesis de MIR PUIG, a la que tacha de “artificiosa”.

<sup>439</sup> Cfr. MIR PUIG, *LH-Pérez Vitoria*, v. I, 1983, p. 513.

<sup>440</sup> Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 495, nm. 17.

<sup>441</sup> Vid. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, v. II, 1999, pp. 342 y s.

<sup>442</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, pp. 250 y ss. Una análisis crítico del planteamiento distintivo de CUERDA RIEZU en CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, p. 252; y en PÉREZ ALONSO, *CPC*, (56), 1995, pp. 645 y s.

de deberes del vigente art. 20.5.º CP está provista de unos límites o requisitos de los que carece la eximente del art. 20.7.º CP, en especial, del de la proporcionalidad. Asumiendo que se trata en el art. 20.5.º CP de justificar siempre la infracción de un deber penal pues, en caso contrario, no entraría en juego la causa de justificación, entiende CUERDA RIEZU que el deber contrapuesto tendría que ser en virtud del requisito de la proporcionalidad también un deber penal, dado que «no se puede salvaguardar un interés mayor si el deber cumplido es de naturaleza no penal».<sup>443</sup> Así las cosas, habría que entender que la colisión de deberes del art. 20.5.º CP acoge los conflictos entre deberes penales, mientras que el art. 20.7.º CP justifica el incumplimiento de un deber penal a fin de satisfacer otro deber contrapuesto extrapenal. «De otra manera habría que llegar a la conclusión de que la eximente del cumplimiento de un deber resulta superflua pues todo su ámbito de eficacia estaría absorbido por el estado de necesidad en su figura de colisión de deberes».<sup>444</sup> Y concluye CUERDA RIEZU su razonamiento como sigue: «[p]arece que desde un punto de vista lógico lo más coherente es, ya que hay dos preceptos semejantes, atribuirles cometidos distintos en uno, conflictos de deberes penales, y en el otro, deberes penales enfrentados a deberes de distinta naturaleza».<sup>445</sup> En definitiva, todos los conflictos entre dos deberes penales quedan regulados por el art. 20.5.º CP, quedando sin embargo relegados al art. 20.7.º CP los conflictos en los que el autor infringe un deber penal para dar satisfacción a un deber jurídico extrapenal.

## ***6. La ubicación de los conflictos entre razones de obligación en el marco del art. 20.7.º CP***

Pues bien, llegados a este punto, creo posible afirmar que, pese a la viva discusión doctrinal existente en este punto en nuestro país, su trascendencia es más bien poca. Lo cierto es que todos los autores referidos están de acuerdo en que la colisión de deberes opera como una causa de exclusión del injusto penal, justificando un hecho típico, y ello con independencia de que las razones de obligación sean de distinto o igual rango.<sup>446</sup> Salvo por un matiz que a continuación se introduce, la discusión acerca de dónde ubicar el instituto carece de auténtica relevancia práctica, se trata, en esencia, de una cuestión puramente convencional que debe ser resuelta a fin de alcanzar la mayor claridad analítica y sistemática posible en la resolución de los conflictos entre razones de obligación.

A propósito de la discusión arriba referida y, en concreto, a propósito de los conflictos entre deberes de actuar y omitir, señala con razón MIR PUIG que «es discutible que en tales casos

---

<sup>443</sup> Así, CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 254.

<sup>444</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 254.

<sup>445</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 255.

<sup>446</sup> Salvo RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, 1966, pp. 239 y s., quien sostiene la tesis de la exclusión de la culpabilidad para los conflictos equivalentes; y BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 220 y ss., quien sostiene con rotundidad la tesis de la tipicidad en el marco de los conflictos entre dos mandatos, con la que simpatiza asimismo MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 475, nm. 52: «[a] veces se piensa también en los casos en que para salvar a una persona hay que lesionar a otra, en donde concurriría un conflicto del deber de socorro con el deber de no lesionar la vida o la integridad de otro. Sin embargo, es discutible que en tales casos exista deber jurídico de socorro, pues no cabe derivar dicho deber del art. 195 CP, que exige para el delito de omisión de socorro que no hubiere riesgo propio ni de tercero».



exista deber jurídico de socorro, pues no cabe derivar dicho deber del art. 195 CP, que exige para el delito de omisión de socorro que no hubiere riesgo propio *ni de tercero*.<sup>447</sup> BALDÓ LAVILLA, aunque limitando el instituto al conflicto entre deberes de actuar, defiende que tales casos constituyen un problema de determinación de la norma de comportamiento y que, por lo tanto, han de quedar ya zanjados en el ámbito del tipo.<sup>448</sup> En este trabajo se ha defendido asimismo que todos los —así llamados— conflictos de deberes constituyen, en realidad, un conflicto entre dos razones de obligación, de modo que éstos constituyen siempre un problema de determinación de la norma final de comportamiento que se pretende dirigir a un ciudadano.<sup>449</sup> Así pues, como señala SILVA SÁNCHEZ, el obligado en situaciones de colisión no infringe nunca un verdadero deber penal.<sup>450</sup> Y aunque materialmente la distinción entre causas de exclusión del tipo y causas justificación carece de verdadera trascendencia sistemática,<sup>451</sup> se ha optado por razones analítico-expositivas por ubicar el problema en el ámbito del tipo.<sup>452</sup> Aunque las causas de justificación contribuyen en la misma medida a la determinación de las normas de comportamiento jurídico-penales, éstas pueden ser reconducidas a un análisis bilateral de los dos agentes involucrados en la situación de necesidad conforme a los principios de solidaridad y autonomía.<sup>453</sup> En cambio, los conflictos entre razones de obligación, además de presentar una estructura tridimensional, en donde la especie del deber puede ser el factor decisivo para la solución del conflicto, pueden ser resueltos a partir de un fundamento triple conformado, además de por los principios de autonomía y solidaridad, por el principio de razonabilidad práctica que inspira la resolución de los conflictos entre razones equivalentes.<sup>454</sup> Como hemos visto, la colisión de deberes no constituye, pues, un subcaso del estado de necesidad, sino que más bien es el estado de necesidad el que constituye un elemento parcial del fundamento complejo de resolución de los conflictos entre razones de obligación. La tesis de la atipicidad, por otro lado, es sin duda la que explica de un modo más satisfactorio el tratamiento de los supuestos en los que el obligado no da satisfacción a ninguno de las dos razones en liza. Dado que solo se le dirige un deber, solo se le sanciona por la infracción de un deber.<sup>455</sup>

Sentado lo anterior, creo oportuno reconducir todos y cada uno de los conflictos entre razones de obligación al art. 20.7.º CP, y ello, en esencia, por dos razones eminentemente prácticas que creo justifican apartarnos de la voluntad histórica del legislador español.<sup>456</sup> La

---

<sup>447</sup> Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 475, nm. 52; y SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1982, p. 677, quien evidencia que en los supuestos de colisión de deberes el autor no infringe ningún deber, interpretando consecuentemente la cláusula legal como un «momento lógico-abstracto de infracción (que devendrá real en otros supuestos como el que examinemos, pero no justificados), que luego, en el momento *jurídico-concreto* no existe».

<sup>448</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, pp. 220 y ss.; y con detalle en este trabajo, Cap. 2, apdo. III, 4.

<sup>449</sup> Cfr. Cap. 2, apdo. II, 4.3.

<sup>450</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1982, p. 677.

<sup>451</sup> Cfr. Cap. 2, apdo. III, 4.2.

<sup>452</sup> Vid. Cap. 2, apdo. III, 4.

<sup>453</sup> Y teniendo siempre presente, además, el axioma clásico del *casum sentit dominus* como principio de cierre en el análisis de las situaciones de justificación. Cfr. Cap. 4, apdo. II, 4.

<sup>454</sup> Cfr. *supra* apdo. II, 3.3.

<sup>455</sup> Cfr. LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke-Schröder*, 29ª ed., nm. 73.

<sup>456</sup> Sobre la “voluntad del legislador” como un criterio interpretativo más a tener en cuenta, pero no necesariamente concluyente, vid. LARENZ, *Metodología*, 1994, pp. 325 y ss., y sobre la relación de los distintos criterios entre sí, pp. 341 y ss., p. 344: «[d]el intérprete se ha de exigir, ciertamente, que tenga en cuenta los

primera guarda relación con el disímil fundamento de la exención de responsabilidad por estado de necesidad y por conflicto entre razones de deber. A diferencia de lo que estima la doctrina mayoritaria, no creo posible reconducir ambos institutos a un único e idéntico conflicto entre intereses, a resolver conforme al principio del interés preponderante. El estado de necesidad justificante, fundamentado en la idea de solidaridad tiene su encaje indubitado en el art. 20.5.º CP, siempre y cuando se proceda a una interpretación coherente de la cláusula de la diferencia de males conforme al fundamento excepcional que justifica la injerencia necesaria (agresiva).<sup>457</sup> Por consiguiente, creo analíticamente preferible alejar de esta eximente los supuestos de conflicto entre razones de obligación pues, ni constituyen una causa de justificación, ni quedan resueltos necesariamente con base en el principio de solidaridad. Y en segundo lugar, desde una perspectiva orientada a la solución de los conflictos, creo asimismo pertinente reconducir las colisiones al art. 20.7.º CP a fin de evitar algunas soluciones difícilmente aceptables en casos de provocación intencionada de la situación de conflicto.<sup>458</sup> Como es sabido, el art. 20.5.º CP niega en su apartado segundo la exención plena allí donde la situación de necesidad ha sido provocada intencionadamente por el sujeto.<sup>459</sup> Aunque no siempre ha sido visto así por la jurisprudencia, me parece evidente que en los casos de auxilio necesario la privación del derecho de necesidad solo cobra sentido cuando ha sido el mismo necesitado el provocador, y no su auxiliante.<sup>460</sup> Repárese en el siguiente ejemplo: marido y mujer navegan juntos en una embarcación de recreo cuando al despistado marido, como consecuencia de una grave negligencia, se le cae al agua el carísimo reloj de su madre. Justo en el momento en el que el marido se dispone a lanzarse al agua para salvar el referido reloj, su celosa mujer, para evitar que el obligado salve el reloj de la odiada suegra, segura de que su marido la salvará a ella, se lanza también al agua, poniendo así en peligro su vida, pues no sabe nadar. La regulación del art. 20.5.º parece obligar a concluir que el marido debe entonces salvar el reloj, sin embargo, ello no resulta plausible, ni axiológicamente compatible con el amplio reconocimiento de restricciones ético-sociales en el ámbito de la legítima defensa. Como se ha sostenido en este trabajo, también en el supuesto en el que un sujeto provoca intencionadamente la situación de necesidad, éste goza todavía de un mínimo derecho de

---

diferentes criterios de interpretación y que fundamente por qué considera a uno decisivo aquí. Los tribunales con frecuencia de hecho no lo hacen. Si esto se explica en parte por la premura del tiempo bajo la que están, esta disculpa no vale para la labor interpretativa de la Ciencia del Derecho. Su credibilidad depende de que sus resultados resistan la crítica metódica».

<sup>457</sup> En este sentido, por todos, vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 268 y ss.

<sup>458</sup> Al respecto, con detalle, vid. ROPERO CARRASCO, *La provocación del estado de necesidad*, 2002, pp. 107 y ss.

<sup>459</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1982, pp. 679 y ss.

<sup>460</sup> Al respecto, con detalle, vid. ROPERO CARRASCO, *La provocación del estado de necesidad*, 2002, pp. 184 y ss., quien afirma que, pese a entender la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias que la provocación relevante sería la del agente, en los últimos tiempos se abre paso en la doctrina la interpretación del precepto según la cual el sujeto al que se refiere el requisito del art. 20.5.º CP es el necesitado. Esta autora aboga por negar la aplicación del requisito en los casos de auxilio necesario (p. 216). En este último sentido, vid. además BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 121, n. 259, 261; o LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª ed., 2012, p. 432, nm. 46. Allí donde está en juego la garantía de la posición jurídica de un agente parece evidente que solo los comportamiento auto-responsables de aquél pueden aminorar el alcance de la protección jurídico-penal de su esfera. En el ámbito de las colisiones de deberes esto me parece evidente, pues adviértase que de lo contrario, cuando el obligado provoca la situación de conflicto y, como consecuencia de ello, la situación de necesidad de los dos agentes implicados, el Ordenamiento le exigiría que dejara de cumplir los dos deberes de salvamento. Cuestión distinta es que tras disolver el conflicto el Ordenamiento jurídico opte por castigar al obligado en virtud de la *omissio libera in causa* por la provocación de la situación de conflicto. Al respecto, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1982, pp. 681 y ss.; y en este trabajo, con citas adicionales, vid. Cap. 4, apdo. II, 3.3, b), i).

solidaridad que decanta el conflicto en favor de su razón de obligación.<sup>461</sup> A esta conclusión, en cambio, cabe llegar sin problemas recurriendo al art. 20.7.º CP, en donde pueden ser tomadas en consideración tanto la provocación como las posiciones especiales de deber a la hora de jerarquizar los deberes de un modo gradual.

Y creo además posible afirmar que todos y cada uno de los conflictos han de quedar encuadrados en el art. 20.7.º CP, que, bien mirado, constituye siempre una causa de atipicidad.<sup>462</sup> La tesis distintiva de RODRÍGUEZ MOURULLO queda descartada tan pronto como se afirma que todos los conflictos de razones de obligación constituyen un problema a resolver en el ámbito del injusto.<sup>463</sup> Y tampoco resulta plausible la tesis distintiva propuesta por CUERDA RIEZU. Dejando ya a un lado la razón práctica a la que recurre este autor para fundamentar su tesis distintiva, esto es, la mera necesidad de atribuirle algún cometido al art. 20.7.º CP, lo cierto es que tampoco su argumento material resulta decisivo. Afirma CUERDA RIEZU que si el art. 20.5.º CP justifica el incumplimiento de un deber penal, el deber contrapuesto ha de ser también penal, así lo exige el principio de proporcionalidad, pues no se puede salvaguardar un interés mayor si el deber cumplido es de naturaleza no penal. A ello se opondría el principio de fragmentariedad penal.<sup>464</sup> Sin embargo, por un lado, no parece posible afirmar que siempre la infracción de deberes penales vaya a ser más grave que la de deberes no penales.<sup>465</sup> No es descartable que, con carácter excepcional, una razón de obligación extrapenal goce de un rango preferente frente a una razón penal.<sup>466</sup> Y por otro lado, de ser cierta la presunción *iuris et de iure* de preferencia que sostiene CUERDA RIEZU, el mismo art. 20.7.º CP quedaría vacío de contenido, pues allí se mandarían conflictos entre deberes penales y extrapenales que siempre se tendrían que resolver en favor de los primeros. Es decir, que no habría nunca posibilidad de justificar el hecho típico.<sup>467</sup>

Y por último, en tercer lugar, creo que la distinción propuesta por MIR PUIG, aun siendo materialmente correcta, no justifica como tal desmembrar el instituto en dos preceptos eximentes distintos. En contra de lo sostenido por CEREZO MIR, no es aquella ninguna

---

<sup>461</sup> Cfr. Cap. 4, apdo. II, 3.3, b), i).

<sup>462</sup> Sobre las causas de atipicidad, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (eds.), *Causas de justificación y de atipicidad*, 1995, pp. 21 y ss.; EL MISMO, *PG*, 2ª ed., 2012, pp. 331 y ss.

<sup>463</sup> Por otro lado, la consecuencia práctica fundamental de la distinción propuesta por este autor, a saber, la imposición al beneficiario de un deber de resarcimiento en caso de conflictos equivalentes en virtud de lo establecido a día de hoy en el art. 118.1.3.ª CP no parece razón suficiente para sustentar la disgregación del instituto. Los eventuales derechos y deberes de indemnización en el marco de situación de conflicto de deberes precisan de reglas propias, a desarrollar conforme a los principios generales de la responsabilidad civil extracontractual.

<sup>464</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes*, 1984, p. 254.

<sup>465</sup> En este sentido, vid. CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, p. 252; PÉREZ ALONSO, *CPC*, (56), 1995, p. 646.

<sup>466</sup> Por ejemplo, no es descartable que ciertos deberes laborales puedan primar sobre obligaciones penales menores, como ciertas obligaciones familiares o deberes de competencia mínima. En este sentido, la SAP-Barcelona 338/2005 de 19 de abril, ponente Morales Limia, absuelve del delito electoral por el que venía siendo acusado un técnico de la televisión pública catalana que incumple con su deber de asistir a la mesa electoral al dar cumplimiento a su deber profesional de cubrir informativamente los atentados producidos en Madrid el 11 de setiembre de 2004: «[n]o sólo le venía así ordenado expresamente por su jefe sino que incluso no es absurdo afirmar que cumplía estrictamente con su deber profesional (podríamos estar aquí incluso ante un conflicto de deberes esenciales y de principios fundamentales básicos en nuestra Democracia)».

<sup>467</sup> Cfr. CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6ª ed., 2005, p. 252; PÉREZ ALONSO, *CPC*, (56), 1995, p. 646.

distinción artificiosa. En efecto, cabe diferenciar entre aquellos conflictos en los que el obligado actúa en cumplimiento de un deber específico de vulnerar un bien jurídico y aquellos en los que lo hace en cumplimiento un deber genérico.<sup>468</sup> Sin embargo, hasta donde alcanzo, esta distinción no justifica como tal la disgregación de los conflictos entre las dos eximentes referidas. Bien mirado, la presencia de deberes específicos supone simplemente un indicio de la existencia de canales institucionalizados o soluciones establecidas legalmente al conflicto, a diferencia de lo que acontecerá en los casos de conflictos entre deberes genéricos, donde parecerá obligado el recurso al sistema de jerarquización general de las razones en liza. Esta parece ser la principal consecuencia práctica relevante de la distinción presentada por MIR PUIG.

### *7. Efectos jurídico-penales del cumplimiento de la razón de la obligación de menor rango*

Finalmente, en este apartado dedicado a la ubicación sistemática del instituto en nuestro Ordenamiento jurídico debe plantearse en último lugar qué trascendencia jurídico-penal tiene el cumplimiento de la razón de obligación de inferior rango en situaciones de conflicto. Conforme a lo que se ha defendido en este trabajo, el conflicto entre dos razones de obligación jerarquizables se disuelve a partir de la imposición de la razón de rango superior al obligado como un auténtico y único deber penal. El padre que para salvar la vida de su hijo tiene que dañar la propiedad ajena queda obligado por un único deber, que le obliga a salvar a su hijo. La infracción de este deber es, claro está, antijurídica. Ahora bien, ¿qué sucede cuando el obligado deja de dar cumplimiento al único deber para cumplir así la razón de obligación de menor rango? ¿Qué sucede si un padre salva de conformidad con lo establecido en el art. 195 CP la vida del tercero y deja morir a su hijo? Pues bien, en ese caso, el padre actúa de manera antijurídica, al infringir la única de norma de comportamiento que el Ordenamiento jurídico le dirige en el caso concreto.<sup>469</sup> Es más, la salvación del tercero, en la medida en que excluye el

---

<sup>468</sup> Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, pp. 494 y s., nm. 17.

<sup>469</sup> De forma sorprendente, en cambio, señala NEUMANN que también está justificado en “colisión de deberes” la conducta de quien, en vez de cumplir su deber de salvamento, opta por emprender una segunda conducta salvadora supererogatoria por inexigibilidad. Cfr. NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 127. Quien está obligado a cumplir un deber y lo infringe para dar cumplimiento a una obligación moral jurídicamente supererogatoria actúa de manera antijurídica y su loable propósito solo puede ser tenido en cuenta a la hora de determinar la pena. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, p. 226 se refiere igualmente a los conflictos en los que «concurren dos acciones de salvaguarda alternativamente posibles, no acarreado una de ellas riesgo propio alguno y acarreado la otra riesgos propios rayanos en el límite de la inexigibilidad objetiva». Añade este autor que en tales casos «el hecho de que una acción de salvaguarda no acarree riesgos propios y que la otra alternativa incompatible de salvaguarda acarree riesgos propios rayanos en la inexigibilidad constituye un elemento valorativo que no puede sino tenerse en cuenta en los casos de deberes de actuar en amparo ajeno activo de imposible cumplimiento simultáneo» (n. 509). En mi opinión, lo cierto es que la situación de colisión de razones de obligación queda únicamente definida por la concurrencia de dos razones aisladamente legítimas, es decir, exigibles. Así las cosas, no alcanzo a ver por qué razón deberían regir reglas especiales allí donde uno de los deberes exige un sacrificio propio superior. Ante deberes jerarquizados el Ordenamiento impondrá al obligado dar cumplimiento a la razón superior, con independencia de cuál sea el sacrificio de intereses propios concreto que requiere el deber. Ante deberes equivalentes, dado que es el obligado el que por lo general escogerá qué deber cumple, será de su competencia decidir si desea dar satisfacción a la razón que exige un menor o un mayor sacrificio de sus propios intereses. Cuestión distinta es que, por lo general, el sacrificio de mayores intereses va también ligado a una menor probabilidad de éxito en el cumplimiento del deber. Sin embargo, ello afecta ya a la

cumplimiento de su deber solo puede ser considerada como un acto antijurídico. El Derecho, una vez jerarquizadas las razones de obligación, prohíbe dar cumplimiento a la razón de menor rango.<sup>470</sup> Ahora bien, esto no significa que el Ordenamiento tenga que castigar necesariamente de forma idéntica al obligado que no cumple ni su deber ni la razón de obligación de inferior rango y al obligado que no cumple su deber pero sí la razón inferior. Dejando aquí a un lado los supuestos de error en la jerarquización de las razones en conflicto,<sup>471</sup> aquellos en los que el autor decide cumplir la razón de obligación de inferior rango por motivos de conciencia,<sup>472</sup> y aquellos en los que se estime inexigible la provocación activa de la muerte de una persona para salvar así a otra en supuestos de comunidad de peligro,<sup>473</sup> cabe afirmar, en consonancia con la doctrina alemana,<sup>474</sup> que el cumplimiento de una razón de obligación a costa de un deber puede desplegar efectos a la hora de concretar la extensión de la pena por la infracción culpable del deber. A diferencia de quien incumple tanto su deber como la razón concurrente, quien da cumplimiento a la razón inferior a costa del deber puede ser castigado de un modo menos severo en atención a los móviles y fines que inspiran la infracción de su deber, la actitud que desprende su hecho antijurídico frente a la totalidad del Ordenamiento, o el menor grado de injusto ínsito en la infracción de su deber.<sup>475</sup> Estos tres aspectos, expresamente recogidos en el precepto regulador de la determinación de la pena en el sistema penal alemán (§ 46 StGB),<sup>476</sup> pueden y han de ser tenidos igualmente en cuenta a la hora de determinar en el sistema español la pena de quien incumple su deber para dar cumplimiento a una razón de inferior rango.<sup>477</sup>

---

jerarquización de las razones y es allí donde debe ser tomado en cuenta este factor. En un variante del ejemplo que propone NEUMANN, en el que un socorrista puede optar por salvar a quien a escasos metros de la orilla se ahoga o iniciar una arriesgada maniobra de salvación con escasas posibilidades de éxito, posiblemente ya no quepa afirmar la equivalencia de las razones en liza y, por lo tanto, el obligado deberá salvar a quien seguro puede salvar. Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 15/7.

<sup>470</sup> Cfr. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, p. 158.

<sup>471</sup> Si el sujeto cree erróneamente estar cumpliendo su deber, cuando en realidad está dando satisfacción a una razón de obligación que fue derrotada en el juicio de jerarquización se encuentra inmerso en una situación de error de prohibición a resolver conforme a las reglas generales.

<sup>472</sup> Sobre los conflictos entre deberes jurídicos y extrajurídicos, vid. por ejemplo, FRISCH, «Cuestiones de conciencia en el Derecho penal», *LH-Gimbernat Ordeig*, v. I, 2008, pp. 903 y ss., 908 y ss.; JERICÓ OJER, *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, 2007, pp. 345 y ss., y pp. 348 y ss.; o PÉREZ DEL VALLE, *Conciencia y Derecho Penal*, 1994, pp. 167 y ss.

<sup>473</sup> Cfr. *supra*, apdo. II, 3.3, d), iii).

<sup>474</sup> Cfr. RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., nm 122; SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, p. 158; o a propósito del estado de necesidad, HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 295 y s.

<sup>475</sup> Al respecto, vid. SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenollision*, 2000, p. 158.

<sup>476</sup> § 46 StGB: Principios de la medición de la pena. (1) La culpabilidad del autor es el fundamento de la medición de la pena. Deberán tenerse en cuenta los efectos que quepa esperar de la pena sobre la vida futura del autor en la sociedad. (2) El Tribunal ponderará en la medición las circunstancias favorables y contrarias al autor. Entre estas han de considerarse especialmente: - los móviles y fines del autor; - la actitud que se desprende del hecho y la voluntad empleada en el hecho; - el grado de infracción del deber; - el modo de ejecución y los efectos culpables del hecho; - la vida anterior del autor, sus circunstancias personales y económicas, así como su comportamiento posterior al hecho, especialmente sus esfuerzos por reparar el daño, así como los esfuerzos del autor por alcanzar la reparación del ofendido. (3) No podrán ser tenidas en cuenta aquellas circunstancias que ya sean elementos del tipo legal.

<sup>477</sup> Sobre la necesidad de una reconstrucción dogmática de la teoría de la determinación de la pena en nuestro sistema, vid. por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», *InDret*, (2), 2007, pp. 3 y ss.



## Conclusiones

**I-** No existe en la doctrina contemporánea una definición pacífica del instituto jurídico-penal de la colisión de deberes. Ello se debe, básicamente, a la falta de acuerdo sobre el tratamiento que merecen los conflictos entre deberes de actuar (mandatos) y deberes de omitir (prohibiciones). La doctrina dominante alemana delimita la eximente penal a partir de la concreta regla que rige la resolución del conflicto. Para aquélla, ni las colisiones entre mandatos y prohibiciones, ni las que surgen entre mandatos de distinto rango integran en puridad el instituto penal, pues ambas clases de conflicto encuentran una solución apropiada en el marco de la regulación del estado de necesidad agresivo. Así, la colisión de deberes queda integrada exclusivamente por los conflictos entre dos deberes de actuar (mandatos), como causa eximente autónoma de la responsabilidad del delito omisivo. El conflicto entre un deber de actuar y uno de omitir constituye un caso corriente más de estado de necesidad agresivo, en donde el carácter obligatorio de la acción lesiva no modifica en nada el deber de tolerancia de la víctima de la injerencia defensiva.

Frente a este modo de ver las cosas, un sector doctrinal minoritario defiende todavía hoy una concepción amplia de la colisión de deberes, la cual queda conformada por todo conflicto dable entre dos obligaciones, con independencia de su carácter activo u omisivo. También los conflictos entre mandatos y prohibiciones constituyen auténticos conflictos de deberes, pues, una vez se asume la equivalencia normativa entre ambas clases de obligaciones, no hay razón por la que tratar una y otra clase de conflictos de manera distinta. Las cláusulas generales de correspondencia del delito activo y omisivo en comisión por omisión (§ 13 StGB, art. 11 CP) consagran dicha equivalencia normativa.

**II-** La doctrina española y alemana coincide en que la resolución de los conflictos de deberes pasa por el establecimiento de un orden de prelación entre las obligaciones en concurso. Una vez jerarquizados los deberes, el obligado tiene que cumplir el deber de superior rango o, ante conflictos de deberes no jerarquizables, uno de los dos deberes equivalentes. Para la doctrina dominante, este proceso de jerarquización se rige axiológicamente por el principio del interés preponderante. Dado que los deberes protegen intereses y el Ordenamiento jurídico en su conjunto sirve a la mayor protección posible de aquellos, ante una situación de colisión de deberes, el preferente será siempre aquél que garantiza el mayor interés de los que peligran perderse.

El principio del interés preponderante encuentra en el método de la ponderación de intereses su técnica de jerarquización afín. A imagen y semejanza de lo que defiende la doctrina dominante en el ámbito del estado de necesidad, la resolución de los conflictos se vincula a un juicio omnicompreensivo de intereses, en el que se colocan en cada plato de la balanza todos los factores que se entrevén relevantes para la resolución del conflicto. Además de los bienes jurídicos, se toma en consideración la intensidad de la lesión esperable, la probabilidad de que acaezca, y la eventual provocación responsable por parte de alguno de los sujetos

necesitados de la situación de la prioridad temporal conflicto. Por último, hay quienes además pretenden tomar en consideración en dicho juicio la especie del deber, factor que refleja el vínculo normativo entre el obligado y cada uno de los necesitados (deber de garante o de solidaridad mínima). Éste podría decantar en algunos casos el conflicto en favor de quien está protegido por el deber de garante, aminorando en el caso concreto el valor de los intereses de quien solo lo está por un deber de solidaridad mínima.

**III-** También reina el disenso doctrinal en el modo en el que resolver dogmáticamente los conflictos de deberes una vez concluido el proceso de jerarquización. Ante deberes de distinto rango, como mínimo cuando coliden dos mandatos, coincide la doctrina en que el cumplimiento del deber de mayor rango excluye el injusto por la no satisfacción de la “obligación” concurrente. Mientras que una parte (mayoritaria) de la doctrina concibe la colisión de deberes como una causa de justificación, un sector doctrinal, en claro apogeo, patrocina resolver todos y cada uno de los conflictos en la determinación del tipo. Esperar al nivel sistemático de la justificación para disolver la colisión violentaría caprichosamente el axioma del *impossibile nulla obligatio*, principio rector del proceso de legitimación de las normas penales.

La ubicación sistemática de los conflictos resulta todavía más controvertida cuando coliden deberes de idéntico rango. Mientras que los autores que delimitan conceptualmente la exigente a partir del conflicto entre dos deberes de actuar (mandatos) abogan por resolver también éstos en el ámbito del injusto (tipo o causa de justificación); los autores que incluyen en aquélla los conflictos entre mandatos y prohibiciones creen inviable proceder de esta manera. En resumidas cuentas, dos son las propuestas de solución que estos últimos autores formulan: mientras que un grupo de autores opta por relegar la solución de los conflictos al ámbito de la culpabilidad, admitiendo por lo tanto conflictos de deberes irresolubles, otro sector doctrinal trata de desarrollar categorías sistemáticas intermedias entre el injusto y la culpabilidad capaces de ofrecer un mejor acomodo material y sistemático a esta clase de colisiones. Lo pretendido con ello es, en esencia, negar la antijuridicidad de la no satisfacción de un deber en situación de conflicto sin tener que imponer al mismo tiempo a la víctima del conflicto un deber de tolerancia.

**IV-** El principio del *impossibile nulla obligatio* remite a la necesidad de vincular el nacimiento de los deberes penales a sus presupuestos de eficacia, en concreto, a la capacidad del destinatario de dar satisfacción a la obligación que se le pretende imponer. Ello resulta obligado para un Ordenamiento jurídico que pretende legitimar funcionalmente sus normas. Dicho axioma no solo rige a la hora de legitimar individualmente deberes penales, sino que también lo hace en el metaplano en el que concurren una pluralidad de obligaciones de posible cumplimiento alternativo que pretenden ser impuestas a un mismo agente. Nada distinto puede valer en el seno de un Ordenamiento jurídico que pretende constituirse en un verdadero sistema de normas. Desde un punto de vista material, todo ello encuentra un encaje armónico en la teoría de la competencia, como teoría general de la legitimación de las normas penales. La colisión de deberes se presenta así como un problema particular del



complejo fenómeno de determinación definitiva de las posiciones jurídico-penales de competencia. El conflicto queda disuelto ya en el momento de la determinación final del deber penal, el cual se legitima a partir de un juicio pluridimensional en el que se toman en consideración desde la óptica de los principios de autonomía y solidaridad a todos los agentes involucrados en la concreta situación de conflicto. La lesión o la no salvaguarda de un bien jurídico no constituye, pues, siempre y en todo caso un injusto penal, tampoco cuando el bien salvado es equivalente al lesionado. Ni existen conflictos de deberes irresolubles, ni existen en nuestro Ordenamiento situaciones en las que un agente queda obligado por dos deberes de imposible cumplimiento cumulativo. *Impossibilium nulla obligatio*.

**V-** En consonancia con la concepción kantiana del problema es posible afirmar que en un Ordenamiento jurídico no coliden nunca dos deberes (*obligationes non colliduntur*), pero sí que pueden entrar en conflicto dos razones de obligación (*rationes obligandi*). Por razón de obligación se alude en este trabajo a aquella forma obligacional aisladamente legítima que, en la medida en que su compatibilidad con el resto de deberes que pretenden dirigirse a un mismo sujeto en un caso concreto no ha sido valorada, carece todavía de fuerza obligante. Solo una vez disuelto el conflicto entre las distintas razones de obligación concurrentes cabe estimar legitimado un auténtico deber jurídico-penal (deber altamente personal).

A grandes rasgos, tres son los posibles escenarios de disolución del conflicto: o bien una razón de obligación, la de rango superior, alcanza el estatus de deber penal, desplazando así a las razones inferiores que no llegan a constituirse en deber; o bien el Ordenamiento impone al obligado un deber altamente personal disyuntivo o alternativo que le obliga a cumplir una de las dos (o más) razones equivalentes en concurso; o bien el Ordenamiento procede a reconfigurar a la baja las dos razones concurrentes, imponiendo dos deberes altamente personales de posible satisfacción cumulativa. En todo caso, el proceso de valoración conjunta de las razones de obligación en pugna se efectúa en el ámbito del tipo. La discusión doctrinal entre quienes pretenden resolver los conflictos en el ámbito del tipo y quienes lo hacen en el ámbito de la justificación carece de auténtica trascendencia sistemática, pues de esta distinción analítica no cabe extraer consecuencias materiales relevantes.

**VI-** A diferencia de cómo opera habitualmente la doctrina penal, se ha defendido en este trabajo la necesidad de prescindir de la distinción entre mandatos y prohibiciones a la hora de definir conceptualmente el instituto jurídico-penal de la colisión entre razones de obligación. La razón es simple: no cabe extraer consecuencias dogmáticas estables, ni del carácter déontico de las razones de obligación ni de la naturaleza activa u omisiva de las conductas requeridas. Y ello, en esencia, porque no es posible afirmar que las obligaciones de actuar ostenten por definición un rango normativo inferior frente a las de omitir. No es solo que todo mandato puede ser expresado en forma de prohibición, y viceversa, sino que tampoco es posible afirmar con carácter general la mayor entidad axiológico-liberal de los deberes de omitir frente a los de actuar, del mismo modo que tampoco es cierto que el Ordenamiento jurídico-penal reconozca esta supuesta preferencia en el baremo de legitimación de las injerencias agresivas en estado de necesidad.

Si resulta que no cabe asociar distintas reglas de solución al carácter activo u omisivo de las razones de obligación en conflicto, carece igualmente de sentido funcional definir el instituto a partir de la distinción entre mandatos y prohibiciones.

**VII-** La disolución de todo conflicto pasa, en un primer momento, por un juicio de jerarquización entre las razones de obligación concurrentes. Sin embargo, el modo en el que la doctrina dominante pretende entablar este orden de prelación resulta desacertado por dos razones. En primer lugar, la teoría de la ponderación de intereses, en tanto que método, presenta deficiencias insalvables, pues no es capaz de concretar ni el objeto de ponderación, ni sus criterios de valoración, ni el papel que desempeña realmente la especie del deber a la hora de resolver los conflictos. Más bien, la teoría de la ponderación de intereses sume el proceso de jerarquización en la más absoluta indefinición, en un juicio puramente tópico que impide cualquier control racional de la diferencia de rango entre las razones de obligación amparada. En segundo lugar, resulta que la teoría del interés preponderante, como parámetro rector del proceso de jerarquización, resulta asimismo inasumible, pues establecer la jerarquización de los deberes en virtud de un patrón de maximización de los bienes o intereses en juego constituye un proceder consecuencialista y colectivista, incompatible con los postulados esenciales de nuestro actual Ordenamiento jurídico-penal. Éste no se rige por un patrón de maximización del agregado de intereses o de bienes jurídicos particulares, ni por un principio utilitarista negativo, de modo que no puede ser tampoco éste el criterio que inspire el sistema de jerarquización de razones de obligación en conflicto.

**VIII-** Más bien, cabe afirmar que la misión última de nuestro actual Ordenamiento jurídico-penal es la de compatibilizar de una manera justa esferas de libertad en conflicto. Ello pasa por una armónica confluencia de los dos momentos parciales de la libertad de donde derivar deberes jurídico-penales: los principios de autonomía y solidaridad. Si son estos dos los principios esenciales para legitimar normas penales, y resulta que la colisión entre razones de obligación constituye un problema particular del procedimiento de determinación de deberes penales, parece obligado concluir que es también esta dupla de principios el punto de partida esencial sobre el que construir un sistema coherente de resolución de los conflictos entre razones de obligación.

Visto así, el conflicto entre razones de obligación se desmaterializa, para pasar a ser contemplado esencialmente como un conflicto entre pretensiones de libertad enfrentadas. La posibilidad de valorar comparativamente aquéllas pasa, esencialmente, por establecer una separación nítida entre los dos momentos particulares conflictivos que caracterizan toda colisión. Me refiero ahora, por un lado, a la relación intersubjetiva entre los dos necesitados y, por el otro, a la relación que media entre el obligado y cada uno de los beneficiarios de las razones de obligación en conflicto. Los principios de autonomía y solidaridad inspiran el análisis parcial de ambas dimensiones particulares y de su correcta cohesión depende la configuración de un sistema de jerarquización de las razones de obligación axiológicamente asumible.

**IX-** Mientras que el análisis de la relación intersubjetiva entre los dos agentes en situación de conflicto ha sido abordado por la doctrina penal con detenimiento, también desde la óptica principialista que aquí se propone; la relación entre el obligado y el sujeto beneficiario de la razón en liza no ha sido apenas objeto de estudio. En este trabajo se ha descartado la posibilidad de aprehender esta segunda relación normativa a partir de la distinción que media entre el fundamento de las razones de obligación en conflicto (deberes positivos y deberes negativos). En su lugar, se ha defendido la necesidad de definir aquélla a partir de la figura de la especie del deber, como indicador normativo esencial del grado de autovinculación constatable entre el concreto deber y su destinatario. Ello resulta ineludible en el marco de un Ordenamiento jurídico que se levanta sobre el principio de autodeterminación personal. Cuanto mayor es el grado de autoimposición de la obligación, mayor es también la intensidad normativa con la que el Ordenamiento garantiza la obligación y, por lo tanto, mayor el peso comparativo del deber.

Este es el fundamento último que explica la —acertada pero insuficientemente fundada— pretensión de la doctrina mayoritaria de otorgar preferencia al deber de garante frente al de solidaridad mínima. No obstante, el carácter gradual del ejercicio de libertad que explica el nacimiento de la obligación evidencia la excesiva rudeza de la bipartición de los deberes generalmente asumida. Tres son las especies de deber reconocidas en este trabajo: los deberes de competencia plena, los deberes de competencia preferente y, finalmente, los deberes de competencia mínima. Esta tripartición se configura de manera transversal al fundamento positivo o negativo de las obligaciones. Entre los primeros, los de competencia plena, se cuentan además de las obligaciones de no dañar activamente, los deberes de salvamento tras asunción efectiva, los deberes del tráfico, los deberes de salvamento tras injerencia plenamente responsable, los deberes nucleares de la relación paterno-filial y los deberes en el marco de relaciones estatales de sujeción-especial. Aquí, el grado de autovinculación es máximo. Entre los deberes de competencia preferente se cuentan, además de los deberes de salvamento tras injerencia no plenamente responsable, ciertos deberes positivos familiares y estatales. Finalmente, la categoría de los deberes de competencia mínima se integra, de forma paradigmática, por el deber general de socorro y el de denuncia.

**X-** En este trabajo se ha defendido que la competencia para la resolución de los conflictos es siempre de quien emite las dos razones en conflicto, esto es, del legislador. A partir de aquí, cabe distinguir entre aquellos conflictos previstos por el propio legislador y aquellos sobre los que la ley guarda completo silencio. En el primer caso, es posible que el propio legislador establezca una metarregla de solución específica al conflicto, o bien, que se limite a establecer un cauce institucional para su resolución. Allí donde el legislador resuelve expresamente la situación de conflicto, el obligado habrá de estar siempre a la decisión legal. No hay margen para juicios alternativos de rango. Por otro lado, ante supuestos de conflicto en los que el legislador remite su solución a canales institucionalizados, el obligado dejará de estarlo por dos razones de obligación contrapuestas, pues el deber que el Ordenamiento le impone entonces es simplemente el de recurrir al canal institucionalizado para la disolución del conflicto.

Frente a los conflictos no regulados por el legislador, la solución al conflicto viene de la mano de un proceso de jerarquización de las razones de obligación en conflicto a partir de la cláusula general recogida en el art. 20.7.º CP, como un desarrollo continuador del Derecho *praeter legem* plenamente legítimo.

**XI-** El juicio de jerarquización de las razones en conflicto se ha dividido en este trabajo en dos momentos esenciales. Asumiendo que todo conflicto entre dos razones de obligación se materializa en dos planos analíticos distintos, el de la relación entre los dos beneficiarios, y el de la relación entre el obligado y el beneficiario, se defiende aquí que la relación de jerarquía en las pretensiones jurídicas enfrentadas pasa por un análisis individual comparativo de cada uno de los dos planos referidos; para, acto seguido, proceder a conciliar las dos decisiones de rango parciales obtenidas previamente.

El primer juicio provisorio de jerarquización pasa por un examen de la relación intersubjetiva existente entre los dos sujetos beneficiarios por las razones de obligación en conflicto. Aquí es necesario establecer un sistema de comparación respetuoso con la óptica formal que debe presidir la resolución de los conflictos pero, a su vez, permeable a la relación de bienes jurídicos implicados, como elementos de intercesión de la libertad. Para ello, se ha dividido analíticamente este primer juicio parcial de jerarquización en dos subniveles distintos. Se trata, en un primer momento, de establecer un concreto baremo de diferencia entre los intereses en juego (extrema preponderancia, preponderancia esencial, preponderancia mínima...). La determinación de este baremo es posible a partir de un análisis de las dos esferas jurídicas implicadas desde el visor de los principios de autonomía y solidaridad y, más concretamente, a partir de la provocación y las eventuales posiciones especiales de deber que puedan concurrir en la figura de alguno de los dos necesitados. Una vez establecido el baremo de diferencia de intereses exigible, se procede en un segundo momento a una ponderación de los intereses en juego. Este juicio, en esencia, consiste en una ponderación de los bienes jurídicos en juego, matizando su valor a partir de la intensidad de lesión que los amenaza y la probabilidad de que se consuma el daño. También la probabilidad de que la acción salvadora debida sea efectiva desempeña un papel relevante en este momento. Finalmente, la puesta en relación del baremo de diferencia de intereses y la concreta diferencia entre éstos permite establecer el primer juicio provisorio de jerarquía entre las razones en conflicto.

Como consecuencia del anterior análisis es posible, por un lado, que alguno de los dos sujetos beneficiarios ostente una posición de rango superior, es decir, que disponga en la situación de conflicto de un derecho de necesidad frente a su antagonista. Por otro lado, es también posible que ninguno de los dos sujetos ostente un derecho tal, es decir, que ninguno de los beneficiarios pueda eludir el conflicto a costa de su contrincante de manera justificada. En el primer escenario, el análisis de la relación intersubjetiva concluye con la afirmación de la preferencia normativa de una esfera jurídica frente a otra. Esta es la relación de rango obtenida en este primer plano analítico. En el segundo, sin embargo, no cabe afirmar todavía que la relación intersubjetiva entre los necesitados determina una situación de equivalencia absoluta.

**XII-** Ante situaciones de conflicto en las que ninguno de los beneficiarios ostenta un derecho de necesidad frente a su oponente es todavía necesario analizar cuál es la relación normativa de cada uno de los beneficiarios con el peligro que define la situación de conflicto. En este trabajo se ha defendido que en nuestro Ordenamiento jurídico rige —con carácter general— un principio de individualización de la desgracia (*casum sentit dominus*). Los males no imputables a un ser humano, en principio, no se socializan, sino que el Derecho atribuye también un concreto individuo la competencia por aquellos. Ahora bien, en contra de lo que generalmente se sostiene, la individualización de la desgracia no obedece a un mero juicio de previsión causal. El *dominus*, esto es, el competente defectivamente por el peligro no imputable, se estipula también normativamente. Más concretamente, la determinación de la posición de *dominus* se fija a partir del curso de lesión esperado, descontando todos aquellos actos organizativos previsibles que se limiten a proseguir con la gestión de esferas jurídicas de un modo *neutral*, tal y como estaba “previsto” de forma más o menos mecánica. *Sensu contrario*, cabe afirmar que la posición jurídica de competencia por la desgracia no es atribuida siempre a aquél que la naturaleza designa en primera instancia.

Esta concepción normativa de la atribución de la posición de *dominus* abre la puerta a que sean varios los sujetos que ocupan *ab initio* tal posición, sin que la variación causal de la determinación del curso de un *dominus* a otro pueda o deba ser vista como una auténtica alteración del peligro. Es decir, determinadas alteraciones activas del concreto sentido del curso lesivo no pueden ser normativamente contempladas como alteraciones del destino relevantes, no suponen, en definitiva, desplazamientos del mal vulneradores del axioma clásico del *casum sentit dominus*. Todo ello se advierte claramente en el siguiente ejemplo: quien para salvar su vida acelera y retira el automóvil que iba a impedir que un camión que ha perdido los frenos atropelle a dos niños, no ocupa la posición de *dominus* y, por lo tanto, su acción no altera el curso de lesión. *Domini* son, desde un principio, los dos niños, pese a que el curso de lesión se dirige en un primer momento contra el titular del automóvil.

**XIII-** Sentado lo anterior, se ha defendido en este lugar la necesidad de distinguir en el proceso de jerarquización de la relación intersubjetiva entre dos grupos de colisiones: aquéllas en las que los dos sujetos beneficiarios ocupan además la posición de *dominus*, y aquéllas en las que solo uno de los dos sujetos beneficiarios es (defectivamente) competente por el peligro que explica el conflicto. En este segundo caso, aunque el primer análisis de la relación intersubjetiva arroje una equivalencia entre los dos beneficiarios, la competencia residual basada en la norma de imputación del *casum sentit dominus* determina la preferencia normativa del agente beneficiario no necesitado. Es decir, quien aguarda en la sala de espera de un hospital goza de un estatus normativo superior frente a quien necesita un riñón para sobrevivir, también cuando un médico pudiera extraerle fácilmente el riñón al primero para salvar la vida al segundo.

Por el otro lado, cabe igualmente advertir situaciones de conflicto en las que los dos agentes beneficiarios ocupan además la posición de *dominus*. Esto sucede en el clásico supuesto del padre que debe salvar a sus dos hijos que peligran morir ahogados, pero también en el

ejemplo de los dos escaladores unidos por una única cuerda o en el célebre ejemplo presentado por Harro OTTO en el que un conductor ha de frenar y matar al motorista que le sigue para no atropellar a un peatón, o no frenar y matar al peatón para salvar al motorista. Todos los agentes beneficiarios ostentan además la condición normativa de *dominus*. Aquí, el principio del *casum sentit dominus* resulta inaplicable, pues conduce —con carácter general— al peor de los resultados imaginable desde la óptica de los dos necesitados, es decir, obligaría a ambos a soportar su desgracia, liberando al obligado de todo deber. En tales supuestos, el análisis intersubjetivo concluye con la afirmación de la equivalencia entre las dos pretensiones en juego.

**XIV-** El segundo juicio parcial de jerarquización pasa por un análisis de la relación obligado-beneficiario desde la óptica de la especie del deber, como factor determinante del peso comparativo de las razones de obligación en liza. Se trata de jerarquizar las pretensiones en pugna a partir del peso específico de las razones de obligación que las garantizan. Evidentemente, la consideración del conflicto a partir de la especie del deber permite tan solo jerarquizar las pretensiones en conflicto cuando las razones de obligación se distinguen en su especie. Es decir, asumiendo que los deberes de competencia plena priman sobre los de competencia preferente, y ambos a su vez, sobre los de competencia mínima, el análisis comparativo en este plano arrojará una diferencia de rango cuando colidan razones de especie distinta; pero determinará una equivalencia normativa absoluta cuando las dos razones compartan especie. Al igual que en el análisis de la relación intersubjetiva, el examen de la relación obligado-beneficiario puede concluir con el establecimiento de un rango entre las pretensiones en liza o con la constatación de la absoluta equivalencia entre las pretensiones concurrentes en atención a la relación obligado-beneficiario.

**XV-** Una vez se han alcanzado en los dos planos referidos dos relaciones de jerarquía aisladas, es momento de proceder a compatibilizar ambas dimensiones. Aquí es donde reside el nudo gordiano de todos los intentos por sistematizar la jerarquización de los deberes. En este trabajo se ha defendido que, allí donde sea posible establecer una diferencia de rango en la relación intersubjetiva, ésta es siempre la decisiva a la hora de disolver el conflicto. Es decir, donde sea posible advertir conforme a las reglas clásicas de la justificación un auténtico “derecho subjetivo de defensa” por parte de alguno de los dos implicados en el conflicto, el obligado habrá de satisfacer necesariamente la razón de obligación que garantiza la expectativa de aquel sujeto. El obligado opera como su impuesto representante. La razón de obligación de rango superior es la que protege siempre a quien ostenta ese derecho de defensa, con independencia de la especie de las razones en liza. Por su parte, la primacía de la relación intersubjetiva frente a eventuales decisiones de jerarquía opuestas en el plano de la relación obligado-beneficiario se explica, en esencia, por la preeminencia en nuestro Ordenamiento del principio de auto-determinación a la hora de normar. Allí donde quepa resolver el conflicto con base en la relación de los dos interesados y, más concretamente, a partir de la relación que aquellos de forma autorresponsable disponen y configuran, la especie de la razón de obligación carece de fuerza para alterar el sentido de la relación de jerarquía.

Ahora bien, conforme a lo que aquí se ha patrocinado, ante conflictos equivalentes en la relación intersubjetiva, es precisamente la mejor especie de una de las razones en liza el factor decisivo en el proceso de jerarquización. Es decir, dado que la especie de la razón de obligación establece subsidiariamente el estatus de los agentes implicados en la situación de conflicto, la especie del deber disuelve el conflicto entre esferas equivalentes *inter-partes*. Por lo tanto, el padre debe salvar antes a su hijo que a un tercero cuando ambos peligran morir ahogados. En cambio, cuando en ninguno de los dos planos es posible apreciar una diferencia de rango, el proceso de jerarquización concluye con la afirmación de la equivalencia absoluta entre ambas razones de obligación.

**XVI-** La determinación de la posición de competencia definitiva ante conflictos entre razones de obligación jerarquizadas pasa por la elevación de la razón de rango superior a la categoría de auténtico deber penal (*fortior obligandi ratio vincit*). El obligado, pues, ha de satisfacer la razón superior, que aparece desde entonces como el único deber penal que el Ordenamiento le dirige en el caso concreto. La defraudación de la razón de obligación de menor rango es siempre atípica. El garantizado por ésta ha de soportar la defraudación de su expectativa provisional por alguna de las siguientes dos razones: o bien son directamente los principios de autonomía y solidaridad, junto con la regla defectiva del *casum sentit dominus*, los que explican la menor entidad normativa de su expectativa frente a la de su oponente; o bien la víctima del conflicto ha de asumir la pérdida de sus intereses frente al obligado porque su posición jurídica, como la de su contrincante, se define también —en última instancia y de manera supletoria— por las relaciones de especie de deber. El Ordenamiento no puede estimar equivalentes las pretensiones jurídicas de dos agentes protegidos por razones de obligación de distinta especie. Existe un motivo normativo para distinguir y preferir a aquél cuya posición jurídica está protegida de forma más intensa.

**XVII-** Ante las colisiones entre razones de obligación de idéntico rango, la disolución del conflicto se articula mediante la previsión de una obligación alternativa o disyuntiva que requiere al obligado a dar satisfacción a una de las dos razones en conflicto. Es decir, las dos razones de obligación se transforman en un único deber altamente personal, configurado de manera alternativa. El obligado goza entonces de un derecho de elección entre las dos razones contrapuestas, sin que el Ordenamiento condicione o valore los motivos subjetivos últimos de su decisión.

Ahora bien, ¿cabe realmente considerar conforme a Derecho la defraudación de una expectativa de idéntico rango a la que se salvaguarda en la situación de conflicto? Frente a quienes defienden la necesidad de resolver tales conflictos en el ámbito de la culpabilidad, se ha defendido en este trabajo que una concepción de la norma penal respetuosa con sus presupuestos de eficacia y un concepto de injusto personal impiden afirmar tanto la existencia de dos normas de imposible cumplimiento cumulativo, como el carácter antijurídico de quien no atiende una expectativa jurídica provisional para dar cumplimiento a una equivalente. Frente a quienes aceptan la necesidad de resolver los conflictos en el ámbito del injusto, pero creen ineludible autorizar a la víctima (o terceros) a defender sus intereses en la situación de

colisión, se ha señalado que, también a ojos de la víctima, es posible y justo garantizar la ejecución de la decisión del obligado: a diferencia del asno de Buridán, la falta de un motivo sólido para decidir en un sentido o en otro no es óbice para tomar una decisión ante un conflicto de deberes. Las dos potenciales víctimas tienen un interés legítimo en que, como mínimo, uno de los dos necesitados salga incólume de la situación dilemática, viendo su pretensión de libertad finalmente garantizada. Para que el Derecho pueda garantizar la satisfacción de una de las pretensiones en liza es necesario, por un lado, que el obligado sea requerido a cumplir una de las dos razones en conflicto y, por el otro, que el sujeto que tras la decisión del obligado es llamado a soportar los costes del conflicto no interrumpa el curso de cumplimiento que éste inicia. Quien dispone en un momento previo de la posibilidad de ser salvado gracias a la renuncia en abstracto de los dos implicados a la salvación de sus propios intereses, no puede posteriormente y, una vez ya se han concretado los roles, desmarcarse de los costes predecibles del disfrute de aquella última posibilidad. Ubicar el conflicto en un espacio libre de Derecho supone negar frente a los dos necesitados la garantía cierta de la salvaguarda de una expectativa jurídica, autorizando un *bellum omnium contra omnes* en el que la probabilidad de que todos los intereses acaben perdiéndose no está normativamente excluida. Ello expondría además de forma ilegítima al obligado a los ataques defensivos de los necesitados y sus auxiliares necesarios.

**XVIII-** A esta misma solución llega la doctrina dominante en los supuestos de conflicto entre dos deberes de actuar. Ésta es, en realidad, la solución correcta igualmente para todos aquellos conflictos entre dos razones de obligación equivalentes, con independencia del carácter activo u omisivo de las razones de obligación en liza. Y aunque con matices, lo mismo cabe afirmar en el marco de los supuestos de comunidad de peligro simétrica, en los que un agente puede salvar una parte de los intereses que amenazan con perderse a costa de la otra parte, siendo aún todos ellos salvables.

En consonancia con la regla clásica mercantil de la avería gruesa, el agente obligado debe aquí salvar igualmente una parte de los intereses a costa de la otra. Desde la perspectiva de los dos agentes necesitados, la situación de conflicto se presenta, en realidad, como un conflicto entre dos razones de salvaguarda activa. La renuncia recíproca en un momento previo de la razón de obligación de corte negativo que protege el interés propio es *conditio sine qua non* para gozar de una probabilidad de salir indemne del conflicto. Es decir, los dos propietarios de los contenedores que amenazan con caer al mar tienen un interés racional en renunciar a las dos prohibiciones que impiden al capitán del buque lanzar un contenedor al agua, pues aquéllas, en la situación concreta, resultan disfuncionales. La norma que nace para proteger la integridad del contenedor es la que lo condena a perderse. Sin embargo, definido el conflicto a partir del concurso de dos razones de salvaguarda activa, y esta es la perspectiva correcta desde los postulados de la razonabilidad práctica, el obligado ha de cumplir simplemente su deber alternativo y la víctima soportar el costo de haber dispuesto de una probabilidad de salvación en un momento previo.



Algo distintas se presentan en cambio las cosas en las comunidades de peligro asimétricas. El titular del interés abocado a perderse no tiene en tal caso motivo alguno por el que renunciar a su pretensión negativa frente al obligado. Es decir, su renuncia no le abre la posibilidad a una posible salvaguarda. Así las cosas, nos encontramos ante un conflicto entre dos razones de obligación equivalentes, en donde el obligado habrá de cumplir su deber alternativo. O bien respeta la razón prohibitiva, o bien hace lo propio con la razón que impone una salvaguarda activa. En ambos casos actuará conforme a Derecho. Y hasta donde alcanzo, a la misma conclusión cabe llegar en el caso dilemático extremo en el que coliden vidas humanas. Sin embargo, en este escenario ha de reconocerse una especialidad doble: por un lado, el deber alternativo se mostrará en tales supuestos con frecuencia como una obligación subjetivamente inexigible; por el otro, es igualmente posible afirmar que la interrupción del curso salvador por parte de la víctima de la decisión del obligado podrá ser generalmente exculpada, pues el apartamiento objetivo de un estándar de conducta que requiere en el caso concreto soportar la propia muerte no será subjetivamente atribuible. En ambos casos, sin embargo, tanto el obligado como el segundo necesitado podrán defenderse en estado de necesidad defensivo frente a la víctima que se defiende. El Ordenamiento no desregula el conflicto, ofrece una pauta clara, si bien reconoce la posibilidad de no imponer una pena allí donde el cumplimiento de la norma exige soportar la propia muerte.

**XIX-** Los conflictos entre tres o más razones de obligación se rigen por las reglas generales arriba enunciadas. Especialmente discutida es la posibilidad de agregar las razones de obligación para decantar la solución al conflicto cuando los deberes son aisladamente equivalentes. ¿Debe el padre salvar preferentemente a (A) y (B), antes que a (C)? Conforme a lo aquí defendido, la óptica individualista que inspira la resolución jurídica de los conflictos entre razones de obligación determina que también en estos supuestos el Derecho grave al obligado con un deber puramente alternativo, permitiéndole escoger entre cumplir las dos razones cumulativamente realizables o la razón de obligación aislada. La defensa de la obligación alternativa tampoco se vincula aquí a ningún tipo de sorteo entre las opciones de salvamento. El arbitrio subjetivo es igualmente admisible allí donde el Ordenamiento carece de razones normativas apreciables para tomar una decisión que se muestra ineludible. El obligado está facultado para escoger cómo desea resolver el conflicto, y el Derecho no condiciona en modo alguno su decisión, tampoco procedimentalmente. El titular necesitado de la pretensión que es compatible con la de un segundo sujeto también necesitado no goza de un mejor estatus frente al sujeto que aparece aislado y solo al otro lado del conflicto por razones empíricas.

**XX-** Algo distintas se plantean las cosas en los supuestos en que el obligado a salvar la vida de dos o más personas puede distribuir el daño entre los agentes necesitados de modo que, por ejemplo, nadie acabe muriendo, pero todos sufran un grado más o menos equivalente de lesión. En tales supuestos, el Ordenamiento jurídico no sustituye las dos razones de obligación concurrentes (a saber: salva la vida de tu paciente sin causar ningún menoscabo a su integridad física) por un único deber alternativo, sino que nova a la baja las pretensiones de las dos razones en liza, que pasan a rezar entonces como sigue: evita la muerte del paciente

(A) y evita la muerte del paciente (B). Éstas, en el caso concreto, sí serían de posible cumplimiento cumulativo, con lo que el conflicto quedaría disuelto. Esta solución parece ser más justa e igualitaria en atención a la concreta situación de conflicto y resulta legítima a ojos de los dos necesitados, pues ambos preferirán razonablemente asumir un peaje cierto en forma de lesión de la integridad física a cambio de la salvaguarda también segura de la propia vida. Esta solución constituye un desarrollo específico y coherente del principio de concordancia práctica y rige en tanto no quepa advertir protocolos de actuación y sistemas institucionales de resolución de estos conflictos que apunten en un sentido opuesto.

**XXI-** En contra de lo históricamente defendido, la colisión de deberes, comprendida en un sentido amplio, no solo no constituye un mero subcaso del estado de necesidad, sino que es el estado de necesidad agresivo, o mejor dicho, la idea de solidaridad, la que constituye tan solo un momento parcial de la terna de principios de disolución de los conflictos entre razones de obligación. La colisión de razones de obligación representa, pues, una supraestructura en la que se integra como un momento parcial la dogmática del estado de necesidad agresivo, defensivo y la legítima defensa. En realidad, el estado de necesidad agresivo, comprendido a partir de la noción de solidaridad, permite resolver un grupo concreto y determinado de conflictos, aquellos en los que es posible constatar una diferencia esencial entre los intereses en juego. Esto no es más que la consecuencia lógica de afirmar que los conflictos de deberes constituyen un problema general de la determinación de normas de comportamiento en el marco de un sistema en el que los principios de solidaridad y autonomía son los ejes centrales de legitimación de tales normas. A estos dos, se añade en situaciones excepcionales de conflicto un tercer principio de solución, el de razonabilidad práctica, que permite disolver de manera legítima los conflictos entre pretensiones absolutamente equivalentes allí donde la no decisión resulta a ojos de todos los agentes el peor escenario imaginable.

**XXII-** En este trabajo se ha defendido la necesidad de reconducir todos y cada uno de los conflictos entre razones de obligación al art. 20.7.º CP, y ello, en esencia, por dos razones eminentemente prácticas. La primera guarda relación con el disímil fundamento de la exención de responsabilidad por estado de necesidad y por conflicto entre razones de deber. A diferencia de lo que estima la doctrina mayoritaria, no creo posible reconducir ambos institutos a un único e idéntico conflicto entre intereses, a resolver conforme al principio del interés preponderante. Si bien hay conflictos de deberes que se resuelven a partir de la regla propia del estado de necesidad, éstos son solo una pequeña parte de todo el conjunto de conflictos entre razones de obligación imaginables. Y en segundo lugar, desde una perspectiva teleológica, creo pertinente igualmente reconducir los conflictos al art. 20.7.º CP para evitar algunas soluciones difícilmente aceptables en casos de provocación del conflicto o en supuestos en los que median deberes especiales de sacrificio. La previsión en el art. 20.5º CP de dos cláusulas limitativas de la justificación para estos supuestos impide abordar el problema de un modo lo suficientemente diferenciado, tal y como el carácter gradual de la provocación y la distinta intensidad de los deberes de sacrificio reclaman. Así las cosas, bien mirado, el art. 20.7.º regula una causa de atipicidad por colisión entre razones de obligación.

## Resümee

**I-** Es existiert derzeit in der Strafrechtswissenschaft keine unumstrittene Definition des Rechtsinstituts der Pflichtenkollision. Dies liegt in erster Linie an der fehlenden Einigkeit darüber, wie Konflikte zwischen Handlungspflichten (Geboten) und Unterlassungspflichten (Verboten) zu behandeln sind. Die h.L. in Deutschland grenzt dieses Institut anhand der konkreten Regel ab, die in der Konfliktlösung herrscht. Für die h.M. bilden weder die Kollisionen zwischen Geboten und Verboten noch die Kollisionen zwischen nicht gleichwertigen Geboten einen typischen Fall der Pflichtenkollision, da sie nach der Regelung des Aggressivnotstands angemessen gelöst werden können (§ 34 StGB). Die Pflichtenkollision betrifft damit allein Fälle, in denen zwei gleichrangige Handlungspflichten (Gebote) aufeinandertreffen und ist ein eigenständiger Strafausschließungsgrund im Rahmen des Unterlassungsdelikts. Folgt man der h.M., ist die Kollision zwischen einer Handlungs- und einer Unterlassungspflicht ein gewöhnlicher Fall des Aggressivnotstands, in dem der zwingende Charakter der rechtsgutsverletzenden Handlung in keiner Weise die Duldungspflicht des Opfers dieses Eingriffs verändert.

Allerdings vertritt eine Mindermeinung bis heute ein weites Verständnis dieses Rechtsinstituts. Die Pflichtenkollision umfasst nach dieser Auffassung jedes Aufeinandertreffen von zwei Pflichten, unabhängig davon, ob diese sich auf ein Handeln oder ein Unterlassen beziehen. Auch die Kollision von Gebot und Verbot sei in Wirklichkeit eine Pflichtenkollision, denn wenn man von der normativen Gleichwertigkeit zwischen diesen Pflichten ausgeht, gibt es dieser Ansicht zufolge keinen Grund, die verschiedenen Fälle der Kollision unterschiedlich zu behandeln. Die allgemeinen Vorschriften, die bestimmen, dass ein deliktisches Handeln einem Unterlassen entspricht (§ 13 StGB; Art. 11 CP\*), schreiben besagte normative Gleichwertigkeit vor.

**II-** Sowohl die spanische als auch die deutsche Lehre gehen einhellig davon aus, dass die Lösung einer Pflichtenkollision nur in der Festlegung eines Rangverhältnisses der konkurrierenden Pflichten liegen kann. Ist eine solche Rangfolge erst einmal festgestellt, muss der Verpflichtete die höherwertige Pflicht erfüllen. Ist eine solche Einordnung nicht möglich, muss er eine der gleichwertigen Pflichten erfüllen. Der h.L. zufolge richtet sich dieser Prozess axiologisch nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses. Da die Pflichten Interessen schützen und die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit dem bestmöglichen Schutz dieser Rechtsgüter dient, sei im Falle einer Pflichtenkollision die Pflicht vorrangig, die das wichtigere der bedrohten Interessen schützt. Das Prinzip des überwiegenden Interesses basiert auf der Methode der Interessenabwägung, um dadurch auf kohärente Weise eine Rangfolge zu

---

\* Art. 11 CP: Die Straftaten, die in der Herbeiführung eines Erfolgs bestehen, werden nur dann als durch Unterlassung begangen angesehen, wenn dessen Nichtvermeidung unter Verletzung einer besonderen Rechtspflicht des Täters nach dem Sinn des Gesetzestextes der Verursachung gleichsteht. Insoweit ist die Unterlassung der Handlung gleichzustellen: a) Wenn eine besondere gesetzliche oder vertragliche Verpflichtung zum Handeln vorliegt. b) Wenn der Unterlassende durch eine vorausgegangene Handlung oder Unterlassung eine Gefahrenlage für das rechtlich geschützte Gut geschaffen hat.

ermitteln. Parallel zu dem Vorgehen in Fällen des rechtfertigenden Notstands, ist die Lösung dieses Konflikts eine umfassende, aber zu undifferenzierte Beurteilung der Interessen, bei der auf beiden Seiten alle Umstände abgewogen werden, die auf irgendeine Weise für die Lösung des Konflikts von Bedeutung sein können. Die Lehre stimmt darin überein, dass abgesehen von den Rechtsgütern auch die Intensität der zu erwartenden Verletzung, deren Wahrscheinlichkeit, deren zeitliche Priorität und gegebenenfalls das schuldhaft Hervorrufen der Notstandslage durch einen der Betroffenen berücksichtigt werden. Bei genauerem Hinsehen fällt auf, dass verglichen mit der Abwägung im Rahmen des Notstands der einzige neu zu berücksichtigende Umstand die Art der Pflicht ist, d.h. das normative Band zwischen dem Verpflichteten und denen, die sich in einer Notlage befinden. Auch wenn dies nicht unumstritten ist, so ist dies für die h.M. von Bedeutung und kann die Abwägung zugunsten desjenigen entscheiden, der von einer Garantienpflicht geschützt wird und sich nicht nur auf die Rechtspflicht zur Mindestsolidarität berufen kann. Bei einer Konkurrenz von verschiedenartigen Pflichten geht die Garantienpflicht vor.

**III-** Umstritten ist in der Lehre auch, wie die Pflichtenkollision dogmatisch zu lösen ist, nachdem die Rangordnung der Pflichten ermittelt worden ist. Bei Konflikten von nicht gleichwertigen Pflichten ist sich das Schrifttum darüber einig, dass die Erfüllung des höherwertigen Gebots, jedenfalls in Fällen, in denen mindestens zwei Gebote kollidieren, das Unrecht wegen Nichterfüllung der geringwertigeren Pflicht ausschließt. Während die h.L. die Pflichtenkollision als Rechtfertigungsgrund versteht, spricht sich im Gegensatz dazu eine Mindermeinung dafür aus, dieses Problem im Rahmen des Tatbestands zu behandeln. Eine Verschiebung auf die Ebene der Rechtswidrigkeit bedeute eine unnötige Verletzung des Grundsatzes *impossibile nulla obligatio* und damit eines essentiellen Prinzips der Legitimation von Verhaltensnormen.

Die systematische Verortung erscheint insbesondere dann problematisch, wenn zwei gleichwertige Pflichten kollidieren. Die Stimmen, die dieses Institut von der Kollision zweier Handlungspflichten ausgehend abgrenzen, sprechen sich dafür aus, diese Konflikte auch auf Unrechtsebene zu lösen, sei es im Tatbestand, sei es im Rahmen der Rechtswidrigkeit. Jene Autoren hingegen, die auch Kollisionen zwischen Geboten und Verboten miteinbeziehen, sträuben sich grundsätzlich gegen diese Lösung. Mit Unterschieden im Detail werden stattdessen zwei Ansätze vertreten: Während eine Auffassung die Lösung dieser Fälle im Bereich der Schuld sieht und dabei unlösbare Widersprüche bei der Bestimmung der Verhaltensnorm hinnimmt, versucht ein anderer Teil der Lehre, systematische Kategorien zwischen Unrecht und Schuld zu entwickeln, um diesen Konflikten materiellrechtlich und systematisch besser gerecht zu werden. Diese Auffassung möchte im Wesentlichen verhindern, dass den Betroffenen zwei kumulativ nicht erfüllbare Pflichten treffen, ohne jedoch zugleich dem Opfer des Konflikts eine Duldungspflicht aufzuerlegen.

**IV-** Der Grundsatz *impossibile nulla obligatio* weist auf die Notwendigkeit hin, die Entstehung von strafrechtlichen Pflichten mit der Voraussetzung der Wirksamkeit zu verknüpfen, genauer gesagt mit der Fähigkeit des Adressaten, die auferlegte Pflicht auch erfüllen zu

können. Dies ist in einer Rechtsordnung, die ihre Vorschriften funktional legitimiert, zwingend notwendig. Besagtes Axiom gilt nicht nur für die Begründung individueller strafrechtlicher Pflichten, sondern auch auf der systematischen Metaebene, in der viele verschiedene Pflichten zusammentreffen, die demselben Adressaten auferlegt werden. Nichts anderes kann für eine Rechtsordnung gelten, die das Ziel hat, ein kohärentes System von Vorschriften zu formen. Aus materieller Sicht fügt sich all dies harmonisch in die Zuständigkeitslehre als generelle Theorie der Legitimation strafrechtlicher Normen ein. Die Pflichtenkollision stellt sich somit als spezielles Problem des komplexen Phänomens der definitiven Bestimmung der strafrechtlichen Zuständigkeit dar. Jeder Konflikt wird durch die endgültige Bestimmung der strafrechtlichen Pflicht gelöst, die durch eine pluridimensionale Beurteilung legitimiert ist, bei der vom Standpunkt der Prinzipien der Autonomie und der Solidarität alle in der konkreten Situation betroffenen Adressaten berücksichtigt werden. Die Verletzung oder die unterlassene Rettung eines Rechtsguts verwirklicht damit nicht immer ein strafrechtliches Unrecht. Weder bestehen nicht auflösbare Pflichtenkollisionen, noch existieren in unserer Rechtsordnung Situationen, in denen dem Adressaten zwei Pflichten auferlegt werden, die er unmöglich kumulativ erfüllen können. *Impossibilium nulla obligatio*.

**V-** In Übereinstimmung mit der Pflichtenlehre Kants ist festzuhalten, dass in einer Rechtsordnung niemals zwei Pflichten kollidieren (*obligationes non colliduntur*), sondern nur zwei Verpflichtungsgründe (*rationes obligandi*) in Konflikt geraten können. Unter Verpflichtungsgrund versteht man jene isoliert betrachtet legitime, strafrechtliche Pflicht, die jedoch eine vorläufige Verpflichtung bleibt, solange nicht ihre Vereinbarkeit mit den übrigen Pflichten, die sich an einen bestimmten Adressaten in einem konkreten Fall richten, beurteilt worden ist. Erst nachdem dieser Konflikt zwischen den Gründen der Verpflichtung gelöst worden ist, kann von einer legitimen strafrechtlichen Pflicht, also einer höchstpersönlichen Pflicht, ausgegangen werden.

Grob gesagt ergeben sich drei Möglichkeiten, diesen Konflikt aufzulösen: Zum einen kann der höherwertige Grund der Verpflichtung zur strafrechtlichen Pflicht werden und geringwertigere Gründe verdrängen, die damit nicht den Rang einer Pflicht erreichen. Zum anderen kann die Rechtsordnung dem Adressaten die alternative persönliche Pflicht auferlegen, einen der gleichwertigen Gründe zu erfüllen. Schließlich kann die Rechtsordnung die ursprünglichen Anforderungen an die Pflichten senken, indem zwei höchstpersönliche Pflichten auferlegt werden, die kumulativ erfüllt werden können. In Übereinstimmung mit der jüngeren Lehre ist davon auszugehen, dass die Bewertung der kollidierenden Gründe der Verpflichtung bereits auf Ebene des Tatbestands erfolgt. Allerdings ist der Streit über die Frage, ob diese Konflikte auf Ebene des Tatbestands oder der Rechtswidrigkeit zu lösen sind, nicht wirklich bedeutsam, da diese Unterscheidung nicht systematisch relevant ist. Es handelt sich letztlich um eine Frage der analytischen Zweckmäßigkeit des Problems.

**VI-** Im Gegensatz zur herrschenden Lehre wird vorliegend vertreten, dass die Unterscheidung zwischen Geboten und Verboten aufzugeben ist, soweit es um eine begriffliche Definition des strafrechtlichen Instituts der Pflichtenkollision geht. Dies hat einen

einfachen Grund: Weder aus dem deontischen Charakter der Verpflichtungsgründe, noch aus den Unterschieden zwischen Handlungs- und Unterlassungspflichten können sichere dogmatische Schlussfolgerungen gezogen werden. Dies liegt daran, dass eine Handlungspflicht nicht per se geringwertiger ist als eine Unterlassungspflicht. Es ist nicht nur so, dass jedes Gebot auch als Unterlassungspflicht formuliert werden kann und jedes Unterlassen als Handlungspflicht. Eine Unterlassungspflicht hat zudem keinen größeren axiologisch-liberalen Wert als eine Handlungspflicht. Ebenso wenig kann behauptet werden, dass die Strafrechtsordnung diesen angeblichen Vorrang bzgl. der Legitimation von aggressiven Eingriffen im Rahmen des Notstands anerkennt. Handeln und Unterlassen können normativ gleichwertig sein, wie Art. 11 CP explizit bestimmt. Wenn aber die Lösung der Pflichtenkollision nicht davon abhängt, ob es sich um widerstreitende Handlungs- oder Unterlassungspflichten handelt, dann macht es auch funktional keinen Sinn, dieses Rechtsinstitut ausgehend von der Unterscheidung zwischen Geboten und Verboten zu definieren.

**VII-** Jede Kollision zwischen zwei Verpflichtungsgründen lässt sich durch deren Rang auflösen. Allerdings ist die Art und Weise, wie die h.M. diese Rangordnung der Pflichten festgelegt hat, aus zwei Gründen unzutreffend. Zum einen weist die Theorie der Interessenabwägung erhebliche Defizite auf. Sie ist nicht in der Lage, das Abwägungsobjekt, die Kriterien der Bewertung und die Rolle, die der Art der Pflicht bei der Lösung der Kollision zukommt, zu konkretisieren. Vielmehr ergibt sich aus der Theorie der Interessenabwägung ein völlig undefiniertes Verfahren zur Bewertung des Ranges einer Pflicht, welches jegliche rationale Kontrolle des Ergebnisses verhindert. Zum anderen ist die Theorie des überwiegenden Interesses als Richtlinie zur Bewertung des Ranges einer Pflicht ebenfalls ungeeignet. Die Ermittlung dieser Rangordnung nach einem Muster der Maximierung des Güter und Interessen führt zu einem konsequentialistischen und kollektivistischen Vorgehen, das grundlegenden Anforderungen unserer Rechtsordnung nicht gerecht wird. Diese liberale Ordnung richtet sich nicht nach einem Muster der Maximierung der Gesamtheit der einzelnen Interessen und Rechtsgüter, so dass dies auch nicht das Kriterium sein kann, um die Kollision von Verpflichtungsgründen zu lösen.

**VIII-** Vielmehr hat unsere derzeitige Strafrechtsordnung letztlich das Ziel, in Konflikt geratene Freiheitsphären zu einem gerechten Ausgleich zu führen. Im Endeffekt gibt es im Rahmen eines formalisierten Verständnisses von juristischen Zusammenhängen zwei Prinzipien, die strafrechtliche Pflichten legitimieren können: das Prinzip der Autonomie und das Prinzip der Solidarität. Bei genauerer Betrachtung sind dies einzelne Aspekte der komplexen Freiheitsidee. Aufgrund dieser Garantie erweist sich das Recht als ein rationaler, Zwang einsetzender Mechanismus, um letztlich der Freiheit seiner Adressaten zu dienen. Wenn dies die beiden essentiellen Grundprinzipien sind, um eine Strafnorm legitimieren zu können und eine Kollision zwischen Verpflichtungsgründen ein besonderes Problem des komplexen Verfahrens zur Festlegung strafrechtlicher Pflichten ist, so erscheint die Schlussfolgerung zwingend, dass diese beiden Prinzipien der Autonomie und der Solidarität auch der Ausgangspunkt für ein System der Lösung von Konflikten zwischen zwei

Verpflichtungsgründen sein müssen. So betrachtet kann dies grundsätzlich als Konflikt zwischen Freiheitsansprüchen statt als bloßer Konflikt zwischen verschiedenen Interessen angesehen werden. Um diese entgegengesetzten Freiheitsansprüche vergleichend bewerten zu können, müssen die beiden Elemente des Konflikts scharf getrennt werden, die der Ausgangspunkt jeder Kollision von Verpflichtungsgründen sind. Damit meine ich einerseits das intersubjektive Verhältnis zwischen den beiden Personen, die sich in einer Notstandslage befinden, und andererseits das Verhältnis zwischen dem Verpflichteten und jedem einzelnen Begünstigten der widerstreitenden Verpflichtungsgründe. Die Prinzipien der Autonomie und Solidarität wirken sich auf die vorläufige, noch unvollständige Analyse beider Elemente aus. Möchte man diese beiden Elemente miteinander in Einklang bringen, so hängt dies von einer axiologisch annehmbaren Gestaltung eines Systems der Bewertung der Verpflichtungsgründe ab.

**IX-** Während die Analyse des intersubjektiven Verhältnisses zwischen den beiden von der Konfliktsituation Betroffenen im Schrifttum ausführlich behandelt worden ist, insbesondere auch aus der hier vertretenen prinzipialistischen Sicht, denn dies ist der Gegenstand der Untersuchung der gesamten Rechtfertigungsdogmatik, wird das Verhältnis zwischen dem Verpflichteten und dem Begünstigten im aktuellen Schrifttum zur Pflichtenkollision kaum näher diskutiert. Dieser Arbeit liegt dabei nicht ein Verständnis dieses normativen Verhältnisses basierend auf der Unterscheidung zugrunde, die auch für die Grundlage der Verpflichtungsgründe gilt (positive und negative Pflichten). Stattdessen bin ich der Auffassung, dass es notwendig ist, dieses Verhältnis an der Art der Pflicht als grundlegendem normativem Indikator des Grades der feststellbaren Selbstbindung zwischen der konkreten Pflicht und ihrem Adressaten festzumachen. Dies ist in einer Rechtsordnung, die auf dem Prinzip der Selbstbestimmung basiert, unumgänglich. Die Art der Pflicht weist daher auf das spezifische Maß der Selbstbindung hin, auf das die Auferlegung einer in Konflikt stehenden Verpflichtung zurückzuführen ist. Der normative Wert der Pflicht hängt in diesem Maße von der Selbstbindung ab, die bei Entstehung der Verpflichtung feststellbar ist. Je größer der Grad der Selbst-Auferlegung der Verpflichtung, desto größer ist auch die normative Intensität, mit der die Rechtsordnung die Verpflichtung garantiert und umso größer ist folglich im Vergleich das Gewicht der Pflicht. Dies ist das Fundament, das die zwar zutreffende, aber nicht ausreichend begründete Annahme der h.M. erklärt, die einer Garantenpflicht Vorrang vor der Mindestsolidarität einräumt.

Allerdings zeigt der graduelle Charakter der Ausübung der Freiheit, der die Entstehung der Verpflichtung erklärt, dass die häufige Annahme der Zweiteilung der Pflichten zu schroff ist. Folglich werden vorliegend drei Arten von Pflichten anerkannt: Garantenpflichten (oder Zuständigkeitspflichten ersten Ranges), sonstige vorrangige Zuständigkeitspflichten und Mindestzuständigkeitspflichten. Diese Dreiteilung gestaltet sich transversal zur positiven oder negativen Grundlage der Verpflichtung. Zu den Garantenpflichten gehört auch die Pflicht, niemanden aktiv zu verletzen, die Rettungspflichten nach Übernahme dieser Verpflichtung, die Rettungspflichten aus verschuldeter Ingerenz, die grundlegenden Pflichten aus familiären Näheverhältnissen (Eltern-Kind-Verhältnis) sowie Pflichten aus besonderen staatlichen

Unterordnungsverhältnissen. Hier besteht ein Höchstgrad an Selbstbindung. Die vorrangigen Zuständigkeitspflichten umfassen neben der Rettungspflicht bei nicht voll schuldhafter Ingerenz (art. 195. 3 CP)\* bestimmte positive familiäre und staatliche Pflichten. Die Mindestzuständigkeitspflichten bestehen schließlich paradigmatisch aus der allgemeinen Hilfeleistungspflicht sowie der Anzeigepflicht. Hier ist der Grad der Selbstbindung minimal, da das normative Band allein auf der Möglichkeit zum Handeln oder der Stellung als Bürger gründet.

**X-** In vorliegender Arbeit wird vertreten, dass immer derjenige für die Auflösung eines Konflikts von mehreren Verpflichtungsgründen zuständig ist, der diese Verpflichtungsgründe geschaffen hat, also der Gesetzgeber. Hiervon ausgehend ist zwischen den vom Gesetzgeber vorgesehenen Konflikten und denen, die vom Gesetz nicht erwähnt werden, zu unterscheiden. Im ersten Fall kann der Gesetzgeber selbst eine Meta-Regel für die spezifische Lösung des Konflikts oder ein institutionalisiertes Verfahren festlegen. Dort, wo der Gesetzgeber die Konfliktsituation explizit löst, muss der Verpflichtete immer den Verpflichtungsgrund erfüllen, den der Gesetzgeber für vorrangig erklärt. Hier verbleibt kein Spielraum für eine andere Bewertung des Ranges. Im Gegensatz dazu wird der Betroffene im Bezug auf Konflikte, zu deren Lösung der Gesetzgeber auf ein vorgeschriebenes institutionalisiertes Verfahren verweist, nicht durch zwei widerstrebende Verpflichtungsgründe verpflichtet, eben weil die Rechtsordnung ihm zur Konfliktlösung auferlegt, den institutionalisierten Weg zu beschreiten, damit die zuständige Stelle den Konflikt lösen kann. Bei nicht durch den Gesetzgeber geregelten Konflikten basiert deren Lösung auf der Ermittlung des Ranges der in Konflikt stehenden Verpflichtungen auf Grundlage der Generalklauseln des Art. 20.5\* und 20.7 CP,\* was als Fortentwicklung des Rechts *praeter legem* völlig legitim ist.

**XI-** Die Bewertung des Ranges eines Verpflichtungsgrundes wird vorliegend in zwei grundlegende Elemente unterteilt. Nimmt man an, dass alle Kollisionen zwischen zwei Verpflichtungsgründen sich auf zwei unterschiedlichen analytischen Ebenen materialisieren, nämlich auf der Ebene des Verhältnisses zwischen zwei Begünstigten und auf der Ebene des Verhältnisses zwischen dem Verpflichteten und dem Begünstigten, so wird in dieser Arbeit vertreten, dass die Rangordnung der widerstrebenden Positionen durch eine individuell

---

\* Art. 195 CP: (1) Wer einer Person, die schutzlos ist und sich in einer offenkundigen und schwerwiegenden Gefahr befindet, nicht Hilfe leistet, wenn er dies ohne Gefahr für sich selbst oder für Dritte tun kann, wird mit Geldstrafe von drei bis zu zwölf Monaten bestraft. [...] (3) Ist jemand Opfer eines Unfalls geworden, der durch Zufall von demjenigen verursacht wurde, der die Hilfeleistung unterlassen hat, ist die Strafe Gefängnis von sechs bis zu achtzehn Monaten, geschah der Unfall durch Fahrlässigkeit, Gefängnis von sechs Monaten bis zu vier Jahren.

\* Art. 20.5 CP: Nicht strafrechtlich verantwortlich ist: (5) Wer im Notstand, um ein eigenes oder fremdes Übel zu vermeiden, ein Rechtsgut einer anderen Person verletzt oder gegen eine Pflicht verstößt, sofern die folgenden Voraussetzungen vorliegen: Erstens: Das verursachte Übel darf nicht größer sein als dasjenige, um dessen Vermeidung es geht. Zweitens: Der Notstand darf durch den Täter nicht absichtlich provoziert worden sein. Drittens: Der in Not Befindliche darf nicht aufgrund seines Berufs oder Amtes verpflichtet sein, sich aufzuopfern.

\* Art. 20.7 CP: Nicht strafrechtlich verantwortlich ist: (7) Wer in Erfüllung einer Pflicht oder in rechtmäßiger Ausübung eines Rechts, einer beruflichen Tätigkeit oder eines Amtes handelt.



vergleichende Analyse beider Ebenen zu ermitteln ist, um anschließend die beiden zuvor erreichten, noch unvollständigen Ergebnisse hinsichtlich des Ranges in Einklang zu bringen.

Die erste vorläufige Bewertung basiert m.E. auf dem intersubjektiven Verhältnis zwischen den beiden von den Verpflichtungsgründen Begünstigten. Hier ist es notwendig, ein Vergleichssystem zu bestimmen, das einerseits die formelle Betrachtungsweise berücksichtigt und die Lösung des Konflikts leiten muss, das andererseits aber auch zugänglich ist für das Verhältnis der betroffenen Rechtsgüter als freiheitsvermittelnde Elemente. Hierfür wird diese erste noch unvollständige Bewertung de Ranges analytisch in zwei Schritte unterteilt: Zunächst ist ein bestimmtes Verhältnis zwischen den betroffenen Interessen zu ermitteln (extremes Überwiegen, wesentliches Überwiegen, einfaches Überwiegen...). Die Bestimmung des Verhältnisses beruht auf einer Analyse der betroffenen juristischen Sphären aus Sicht der Prinzipien der Solidarität und der Autonomie sowie konkret auf der Provokation und der etwaigen besonderen Pflichtenstellung, die zwischen den beiden sich in der Notstandslage Befindlichen vermitteln können. Nachdem das Verhältnis der Interessen bestimmt worden ist, wird in einem zweiten Schritt die Abwägung der betroffenen Interessen vollzogen. Diese Beurteilung besteht im Grunde in einer Abwägung der betroffenen Rechtsgüter, die von der Intensität der Verletzung sowie von der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts geprägt wird. Auch die Wahrscheinlichkeit, dass die Rettungshandlung Erfolg haben wird, ist hier von Bedeutung.

Die Berücksichtigung des Verhältnisses der verschiedenen betroffenen Interessen entsprechend dem jeweiligen Maßstab der konkreten Rechtfertigungsnorm erlaubt ein vorläufiges Urteil über die Rangordnung der widerstreitenden Verpflichtungsgründe. Es ist einerseits möglich, dass einer der Begünstigten eine höherwertige Stellung hat, d.h. dass er gegenüber dem anderen Begünstigten in der Konfliktsituation ein Notstandsrecht hat. Andererseits ist es auch möglich, dass keiner der Begünstigten ein solches Notstandsrecht geltend machen kann, d.h. dass keiner dem Konflikt auf Kosten des anderen entkommen kann. Im ersten Fall ergibt die Analyse des intersubjektiven Verhältnisses einen normativen Vorrang einer juristischen Sphäre vor der anderen. Dies ist das Rangverhältnis, das in diesem ersten analytischen Schritt ermittelt wird. Allerdings kann noch nicht in einem zweiten Schritt festgestellt werden, dass das intersubjektive Verhältnis zwischen den Betroffenen eine absolute Gleichrangigkeit zur Folge hat.

**XII-** In den Konfliktsituationen, in denen keiner der Begünstigten ein Notstandsrecht gegenüber dem anderen aufweist, ist es erforderlich, das Verhältnis jedes einzelnen Begünstigten zu der Gefahr, die die Konfliktsituation auslöst, zu bestimmen. In dieser Arbeit wird vertreten, dass unsere Rechtsordnung sich nach dem Prinzip der Individualisierung des Unglücks richtet, üblicherweise ausgedrückt in dem Satz „Casum sentit dominus“. Um also eine stabile Trennung der Freiheitssphären zu gewährleisten, geht unsere Rechtsordnung von der Notwendigkeit aus, den Zufall zu individualisieren. Nicht zurechenbare Schäden werden generell nicht sozialisiert, vielmehr bestimmt das Recht auch ein für diesen Schaden zuständiges Individuum. Im Gegensatz zur allgemeinen Annahme beruht diese

Individualisierung nicht auf einer bloßen Beurteilung einer kausalen Prognose. Der „dominus“, d.h. der subsidiär für diese nicht zurechenbare Gefahr Zuständige wird ebenfalls normativ bestimmt. Genauer gesagt wird die Bestimmung des „dominus“ anhand des zu erwartenden Verlaufs der Verletzung konkretisiert, wobei all jene vorhersehbaren organisatorischen Akte nicht berücksichtigt werden, die sich auf neutrale Handlungen innerhalb der juristischen Sphären beschränken, so wie es mehr oder weniger automatisch „vorgesehen“ war.

Dieses normative Verständnis der Zuweisung der Stellung des „dominus“ bestimmt auch die Möglichkeit, dass mehrere diese Stellung *ab initio* einnehmen können, ohne dass die kausale Veränderung zwischen den verschiedenen „domini“ als eine echte Änderung der Gefahr angesehen werden könnte. Dies bedeutet, dass bestimmte aktive Änderungen des Kausalverlaufs der Verletzung normativ nicht als relevante Änderungen des Schicksals angesehen werden können, sie sind letzten Endes keine Verlagerung des Schadens, die das klassische Axiom des „casum sentit dominus“ verletzen würden. All dies lässt sich anhand des folgenden Beispiels verdeutlichen: Wer in der Absicht, sein Leben zu retten, beschleunigt und mit einem Auto wegfährt, welches verhindert hätte, dass ein Lastwagen mit defekten Bremsen zwei Kinder überfährt, hat nicht die Position eines „dominus“ inne, so dass seine Handlung den Schadensverlauf nicht berührt. „Dominus“ ist von Anfang an jedes der beiden Kinder, obwohl der Schadensverlauf zunächst gegen den Autofahrer gerichtet war.

**XIII-** Auf dieser Grundlage wird in dieser Arbeit vertreten, dass es notwendig ist, bei der Ermittlung der Rangordnung des intersubjektiven Verhältnisses zwischen zwei Gruppen von Kollisionen von Verpflichtungsgründen zu unterscheiden: zum einen die, in der die Begünstigten eine Stellung als „dominus“ innehaben, zum anderen jene, in der nur einer der Begünstigten für die Gefahr normativ zuständig ist. Auch wenn eine erste Analyse des intersubjektiven Verhältnisses eine Gleichwertigkeit zwischen den Begünstigten ergibt, so bestimmt die subsidiäre Kompetenz nach dem Grundsatz „casum sentit dominus“ die Vorrangigkeit des Begünstigten, der sich nicht in einer Notstandsfrage befindet. Daraus folgt, dass derjenige, der sich im Wartesaal eines Krankenhauses befindet, einen höherwertigen normativen Status hat als derjenige, der eine Niere zum Überleben braucht, auch wenn ein Arzt ersterem die Niere entnehmen könnte, um letzteren zu retten.

Andererseits existieren auch Konfliktsituationen, in denen jeder Begünstigte als „dominus“ anzusehen ist. Dies geschieht in dem klassischen Sachverhalt, in dem der Vater seine beiden Kinder vor dem Ertrinken retten muss, aber auch in dem Beispiel der miteinander durch ein Seil verbundenen Bergsteiger oder in dem bekannten Fall von OTTO, in dem ein Autofahrer vor der Wahl steht, entweder zu bremsen, um einen Fußgänger zu retten, dadurch aber einen hinter ihm fahrenden Motorradfahrer zu töten, oder nicht zu bremsen, um so den Motorradfahrer zu retten, aber den Fußgänger zu töten. Alle Begünstigten sind hier in der Stellung des „dominus“. Hier ist das Prinzip des „casum sentit dominus“ nicht anwendbar, da es regelmäßig zu dem aus Sicht der Begünstigten schlechtesten Lösung führt, weil es beide verpflichten würde, ihr Unglück hinzunehmen, wodurch der Verpflichtete von jeder Pflicht

befreit würde. In solchen Sachverhalten gilt dieses Prinzip nicht, so dass die intersubjektive Analyse zu dem Ergebnis kommt, dass die betroffenen Ansprüche gleichwertig sind.

**XIV-** Das zweite vorläufige Urteil über die Rangordnung basiert auf einer Analyse des Verhältnisses zwischen dem Verpflichteten und dem Begünstigten unter Berücksichtigung der Art der Pflicht, die das entscheidende Kriterium für das Gewicht der widerstreitenden Verpflichtungsgründe ist. Hier geht es darum, die widerstreitenden Ansprüche anhand des spezifischen Gewichts der sie garantierenden Verpflichtungsgründe zu bewerten. Dies ist natürlich nur möglich, wenn sich die widerstreitenden Ansprüche auf Verpflichtungsgründe unterschiedlicher Art stützen. Nimmt man an, dass die Garantienpflichten (Zuständigkeitspflichten ersten Ranges) höherwertig sind als Pflichten wegen vorrangiger Zuständigkeit und dass gleichzeitig beide Vorrang haben vor Mindestzuständigkeitspflichten, weist die vergleichende Analyse einen Rangunterschied auf, wenn zwei Verpflichtungsgründe unterschiedlicher Art aufeinandertreffen, während die Kollision von zwei Verpflichtungsgründen gleicher Art eine normative Gleichrangigkeit ergibt. Ebenso wie bei der Analyse des intersubjektiven Verhältnisses kann die Bewertung des Verhältnisses zwischen Verpflichtetem und Begünstigtem zur Festlegung eines Rangverhältnisses zwischen den widerstreitenden Ansprüchen oder zur Feststellung absoluter Gleichwertigkeit zwischen diesen im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Verpflichtetem und Begünstigtem führen.

**XV-** Nachdem auf den beiden genannten Ebenen zwei isolierte Rangverhältnisse festgestellt worden sind, sind in einem nächsten Schritt diese beiden Ebenen in Einklang zu bringen. Hier liegt der gordische Knoten für alle Versuche, die Rangordnung der Pflichten zu systematisieren. In dieser Arbeit wird vertreten, dass in Fällen, in denen es möglich ist, einen Rangunterschied im Rahmen des intersubjektiven Verhältnisses festzulegen, dieser ausschlaggebend für die Lösung des Konflikts ist. Wenn also im Einklang mit den klassischen Rechtfertigungsregeln einem der Begünstigten ein echtes „subjektives Verteidigungsrecht“ zusteht, wird der Verpflichtete dem Verpflichtungsgrund, der diesen Begünstigten schützt, Folge leisten müssen. Der Verpflichtete handelt als dessen verpflichteter „Vertreter“. Der höherwertige Verpflichtungsgrund schützt immer den, der ein solches Verteidigungsrecht hat, unabhängig von der Art der widerstreitenden Gründe. Der Vorrang des intersubjektiven Verhältnisses vor einem etwaigen widersprechenden Ergebnis, welches auf Grundlage des Verhältnisses zwischen Verpflichteten und Begünstigtem ermittelt worden ist, erklärt sich letztlich durch den Vorrang des Prinzips der Selbstbestimmung in unserer Rechtsordnung. Dort, wo der Konflikt auf Grundlage des Verhältnisses der beiden Betroffenen, genauer gesagt des Verhältnisses, welches von beiden eigenverantwortlich bestimmt wird, gelöst werden kann, kann die Art der Pflicht das Rangverhältnis nicht beeinflussen.

Allerdings ist das Rangverhältnis zwischen den auf der Art der Pflicht gründenden, widerstreitenden Ansprüchen relevant, wenn das intersubjektive Verhältnis zu keinem Rangunterschied führt. Vorliegend wird vertreten, dass bei im intersubjektiven Verhältnis gleichrangigen Konflikten gerade die bessere Art des widerstreitenden Verpflichtungsgrundes der normative Grund ist, der das Verfahren zur Rangermittlung bestimmt. Da die Art des

Verpflichtungsgrundes subsidiär den Status der Betroffenen in Konfliktsituationen bei inter partes gleichrangigen Sphären festlegt, liegt die Lösung des Konflikts in der Art der Pflicht. Der Vater muss zuerst seinen eigenen Sohn statt einen Dritten retten, wenn beide zu ersticken drohen. Wenn dagegen auf keiner der beiden Ebenen einen Rangunterschied besteht, führt das Verfahren zur Rangermittlung zur Gleichrangigkeit der beiden Verpflichtungsgründe.

**XVI-** Die Bestimmung der endgültigen Zuständigkeitsstellung bei Konflikten zwischen Verpflichtungsgründen, deren Rang bereits ermittelt wurde, beruht auf der Anhebung des höherwertigen Grundes zu einer echten strafrechtlichen Pflicht (*fortior obligandi ratio vincit*). Der Verpflichtete muss dem höherwertigen Grund entsprechen, der einzigen echten strafrechtlichen Pflicht, die ihm die Rechtsordnung auferlegt. Dass er dem geringerwertigen Verpflichtungsgrund nicht Folge leistet, ist nicht tatbestandsmäßig. Der durch diesen Begünstigte muss diese Enttäuschung seiner vorläufigen Erwartung aus einem von zwei Gründen hinnehmen: Entweder sind es die Prinzipien der Autonomie und der Solidarität zusammen mit der subsidiären Regel des „Casum sentit dominus“, die den geringeren normativen Wert seiner Erwartung verglichen mit der seines Gegenübers erklären, im Endeffekt also die Dogmatik der Rechtfertigungsgründe, oder das Opfer des Konflikts muss den Verlust seiner Interessen gegenüber dem Verpflichteten hinnehmen, weil seine Rechtsstellung, ebenso wie die des anderen Begünstigten, sich letztlich ergänzend über das Verhältnis der Art der Pflichten definiert. Die Rechtsordnung kann nicht zwei rechtliche Ansprüche von zwei Begünstigten, die durch Verpflichtungsgründe unterschiedlicher Art geschützt werden, als gleichwertig ansehen. Es existiert ein normativer Grund um eine Unterscheidung zu treffen und dem den Vorzug zu geben, dessen rechtliche Stellung intensiver geschützt ist.

**XVII-** Bei Kollisionen von gleichrangigen Verpflichtungsgründen wird der Konflikt gelöst, indem eine alternative Verpflichtung vorgesehen ist, die von dem Verpflichteten verlangt, dass er einem der Verpflichtungsgründe nachkommt. Die beiden sich wechselseitig ausschließenden Verpflichtungsgründe wandeln sich in eine einzige höchstpersönliche Pflicht um, die alternativ ist. Der Verpflichtete hat daher ein Wahlrecht zwischen zwei widerstreitenden Verpflichtungsgründen, ohne dass die Rechtsordnung dieses Wahlrecht beschränken oder die persönlichen Motive der Entscheidung bewerten würde. Die Verletzung dieser alternativen Pflicht wird nach dem geringeren Unrecht bestraft. Kann aber die Enttäuschung einer Erwartung, die mit einer anderen Erwartung, die in der Konfliktsituation erfüllt wird, gleichwertig ist, als rechtskonform angesehen werden?

Während eine Ansicht diese Konflikte im Rahmen der Schuld lösen möchte, ist es m.E. unter Berücksichtigung eines Verständnisses von Strafnormen, das die Voraussetzung der Wirksamkeit respektiert, und eines personalen Unrechtsbegriffs weder vertretbar, dass zwei Normen existieren, die unmöglich kumulativ erfüllt werden können, noch kann angenommen werden, dass derjenige, der eine provisorische rechtliche Erwartung enttäuscht um eine

gleichwertige Erwartung zu erfüllen, rechtswidrig handelt. Der Unwert des Erfolges bestimmt nicht per se die Rechtswidrigkeit einer Tat in Kollisionsfällen.

Im Gegensatz zu der Auffassung, die diesen Konflikt im Rahmen des Unrechts lösen will, es aber gleichzeitig für unumgänglich hält, dem Opfer (oder Dritten) in Kollisionsfällen ein Verteidigungsrecht zuzugestehen, bin ich der Ansicht, dass es auch aus Sicht des Opfers möglich und gerecht ist, den Vollzug der Entscheidung des Verpflichteten zu garantieren. Dies lässt sich zusammengefasst damit begründen, dass anders als bei Buridans Esel das Fehlen eines fundierten Entscheidungsmotivs kein Hindernis ist, um bei einer Pflichtenkollision eine Entscheidung zu treffen. Die beiden potentiellen Opfer haben ein legitimes Interesse, dass wenigstens eines unversehrt aus seiner Notlage befreit wird. Damit das Recht garantieren kann, dass einer der widerstreitenden Ansprüche erfüllt wird, ist es notwendig, dass der Verpflichtete einem der beiden Verpflichtungsgründe entsprechen muss und dass das Opfer, das nach der Entscheidung des Verpflichteten den Preis dieses Konflikts zahlen muss, die Rettung, die in Erfüllung dieser Pflicht vorgenommen wird, nicht behindert. Wer zunächst die Möglichkeit hat, dass er dank des abstrakten Verzichts der beiden Betroffenen gerettet wird, kann sich nicht später, wenn sich die Rollen konkretisiert haben, vor dem vorhersehbaren Preis für den Nutzen dieser letzten Möglichkeit drücken. Wer seine Erwartungen enttäuscht sieht, muss diesen fehlenden juristischen Schutz nicht etwa hinnehmen, weil dies ein notwendiges Mittel ist, um aus kollektiver Sicht die Zahl von rechtlichen Gütern und Interessen zu maximieren, sondern weil dies der zwingende Preis ist für die Möglichkeit, unverletzt aus einer konkreten Konfliktsituation zu entkommen. Diesen Konflikt im rechtsfreien Raum zu verorten hieße, beiden Betroffenen ein gewisses Maß an Schutz der rechtlichen Erwartungen zu verwehren. Das Recht würde ein *bellum omnium contra omnes* erlauben, in dem die Möglichkeit, dass kein Interesse bewahrt wird, normativ nicht ausgeschlossen wäre.

**XVIII-** Zu der gleichen Lösung kommt die h.M. bei Konflikten zwischen zwei Handlungspflichten. In Wirklichkeit ist diese Lösung gleichermaßen richtig bei allen Konflikten zwischen zwei gleichwertigen Verpflichtungsgründen, unabhängig von dem Handlungs- oder Unterlassungscharakter der widerstreitenden Verpflichtungsgründe. Mit Abstufungen gilt dies auch im Rahmen von symmetrischen Gefahrengemeinschaften, bei denen der Verpflichtete einen Teil der gefährdeten Interessen auf Kosten des anderen Teils retten kann, wobei prinzipiell jedes Interesse für sich genommen gerettet werden kann. In Übereinstimmung mit der Grundregel im Falle einer großen Havarie, muss der Verpflichtete ebenfalls einen Teil der Interessen auf Kosten der anderen retten. Aus Sicht der Opfer erscheint diese Konfliktsituation in Wirklichkeit wie ein Konflikt zwischen zwei Verpflichtungsgründen zum Handeln. Der wechselseitige Verzicht zu einem früheren Zeitpunkt auf einen negativen Verpflichtungsgrund, der das eigene Interesse schützt, ist *conditio sine qua non*, um eine Chance zu erhalten, dem Konflikt unverletzt zu entkommen. So haben die beiden Eigentümer von Containern, die ins Meer zu fallen drohen, ein rationales Interesse daran, dass die beiden Verbote, einen Container ins Meer zu werfen, nicht gelten, da sich diese in der konkreten Situation als disfunktional erweisen, wenn jeder Container nur

dadurch gerettet werden kann, dass der jeweils andere Container ins Meer geworfen wird. Die Norm, die entsteht, um die Unversehrtheit des Containers zu garantieren, ist jene, die dessen Verlust zwingend vorschreibt. Wird der Konflikt allerdings ausgehend von dem Zusammentreffen zweier Gründe zur aktiven Rettung bestimmt, muss der Verpflichtete lediglich diese alternative Pflicht erfüllen und das Opfer muss den Preis dafür erdulden, dass es zu einem vorherigen Zeitpunkt die Möglichkeit zur Rettung hatte.

Etwas anders hingegen sind die Fälle von asymmetrischen Gefahrengemeinschaften zu behandeln. Hier hat derjenige, dessen Interesse ohnehin nicht erfüllt werden kann, keinen Grund, auf seinen negativen Anspruch gegenüber dem Verpflichteten zu verzichten. Sein Verzicht würde keine Möglichkeit seiner Rettung eröffnen. Daher befinden wir uns in einem Konflikt zwischen zwei gleichwertigen Verpflichtungsgründen, in denen der Verpflichtete seine alternative Pflicht erfüllen muss. Entweder beachtet er den Verbotsgrund oder den Grund, der ihm eine aktive Rettung auferlegt. In beiden Fällen handelt er rechtmäßig. Diese Begründung und die entsprechende Schlussfolgerung greifen nach meinem Dafürhalten auch in den Extremfällen, in denen zwei Menschenleben kollidieren. Allerdings müssen in diesem Szenario zwei Besonderheiten berücksichtigt werden. Einerseits ist die alternative Pflicht bei solchen Sachverhalten regelmäßig unzumutbar. Andererseits wird auch der Abbruch des Rettungsverlaufs durch das nicht begünstigte Opfer immer entschuldigt sein, da die Verletzung der Pflicht, den eigenen Tod zu erdulden, subjektiv nicht vorwerfbar ist. In beiden Fällen steht jedoch sowohl dem Verpflichteten als auch dem anderen Opfer ein Notwehrrecht gegenüber dem sich verteidigenden Opfer zu. Die Rechtsordnung verzichtet nicht etwa darauf, diesen Konflikt zu regeln, sondern legt vielmehr einen eindeutigen Grundsatz fest, wenngleich sie anerkennt, dass auf eine Bestrafung verzichtet werden kann, wenn die Erfüllung einer Norm zur Duldung des eigenen Todes führen würde.

**XIX-** Die Konflikte zwischen drei oder mehr Verpflichtungsgründen richten sich nach den oben dargelegten generellen Regeln. Besonders viel diskutiert wird die Möglichkeit, zur Lösung des Konflikts die Pflichten zu aggregieren, wenn diese isoliert betrachtet gleichwertig sind. Muss der Vater vorrangig A und B statt C retten? M.E. bestimmt die individualistische Betrachtungsweise, die die Lösung von Kollisionen von Verpflichtungsgründen prägt, dass auch in solchen Sachverhalten das Recht dem Verpflichteten eine alternative Pflicht auferlegt und diesem die Entscheidung erlaubt, ob er lieber die kumulativ realisierbaren Verpflichtungsgründe oder den isolierten Verpflichtungsgrund erfüllen möchte. Die Annahme einer alternativen Verpflichtung führt nach hier vertretener Auffassung jedoch nicht dazu, dass die Rettungschancen zufällig ausgelost werden müssten.

Die subjektive Willkür ist dort, wo die Rechtsordnung keine überzeugenden normativen Gründe für eine bestimmte Entscheidung bietet, ebenso zulässig wie unumgänglich. Der Verpflichtete ist berechtigt, selbst zu entscheiden, wie er den Konflikt lösen möchte, die Rechtsordnung beeinflusst seine Entscheidung oder das Entscheidungsverfahren in keiner Weise.

**XX-** Etwas anders sind jene Fälle zu lösen, in denen der Verpflichtete bei Lebensgefahr für zwei oder mehr Personen den Schaden zwischen den Betroffenen aufteilen kann, ohne dass irgendjemand stirbt, alle aber in etwa gleich schwere Verletzungen erleiden. Beispielsweise steht ein Arzt, der den letzten Vorrat an gespendetem Blut in einem Krankenhaus nimmt, vor der Entscheidung, ob das Blut entweder zur Gänze einem der beiden Patienten gibt und dadurch jeden nennenswerten körperlichen Schaden des Begünstigten vermeidet, während der andere Patient stirbt, oder ob er das Blut gleichmäßig auf beide Patienten verteilt, wodurch er beiden das Leben rettet, die Betroffenen aber Verletzungen in Form von Blutarmut erleiden. Bei solchen Sachverhalten ersetzt die Rechtsordnung nicht zwei Verpflichtungsgründe („Rette das Leben deines Patienten ohne dessen körperliche Unversehrtheit zu beeinträchtigen“) durch eine alternative Pflicht, sondern senkt die Ansprüche der widerstreitenden Verpflichtungsgründe die anschließend wie folgt lauten: „Verhindere den Tod des Patienten A und verhindere den Tod des Patienten B.“ Diese Pflichten wären vorliegend kumulativ erfüllbar, so dass der Konflikt gelöst ist. Dieses Ergebnis führt zu einer gleichen und damit gerechten Behandlung der gleichwertigen Interessen und ist absolut legitim aus Sicht der Patienten. Wenn nämlich die eigene Existenz auf dem Spiel steht, würden es beide Opfer vernünftigerweise vorziehen, einen bestimmten Preis in Form einer Körperverletzung zu bezahlen, wenn sie dadurch mit Sicherheit ihr Leben retten können. Dieses Ergebnis ist eine spezifische und kohärente Fortentwicklung des Prinzips der praktischen Konkordanz. Jedenfalls aber gelten diese Grundsätze nur, soweit bestimmte Handlungsanweisungen und institutionelle Systeme zur Konfliktlösung nichts Gegenteiliges vorschreiben.

**XXI-** Im Gegensatz zur herkömmlichen Auffassung ist die Pflichtenkollision im weiteren Sinne nicht nur ein Unterfall des Notstands, sondern der aggressive Notstand oder besser gesagt das Solidaritätsprinzip ist Teil der Prinzipien zur Lösung von Konflikten zwischen mehreren Verpflichtungsgründen. Die Kollision von Verpflichtungsgründen, ein dogmatisches Institut zur Auflösung von für sich genommen legitimen Normen, die aber unmöglich gemeinsam befolgt werden können, ist eine übergreifende Struktur, die als Teilaspekt die Dogmatik des defensiven und aggressiven Notstands sowie der Notwehr umfasst. In Wirklichkeit erlaubt es der aggressive Notstand, vom Begriff der Solidarität ausgehend, eine bestimmte Gruppe von Konflikten zu lösen, nämlich jene, in denen ein grundlegender Unterschied der betroffenen Interessen festgestellt werden kann. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich, dass dies nichts weiter als die logische Konsequenz dessen ist, dass die Pflichtenkollisionen ein generelles Problem der Bestimmung von Verhaltensnormen im Rahmen eines Systems bilden, in dem die Prinzipien der Solidarität und der Autonomie der Mittelpunkt der Legitimation solcher Normen sind. Zu diesen beiden Prinzipien tritt in Ausnahmefällen das Prinzip der praktischen Vernunft hinzu, welches erlaubt, Konflikte zwischen absolut gleichrangigen Ansprüchen auf legitime Weise zu lösen, wenn aus Sicht der Betroffenen der Verzicht auf eine solche Entscheidung das denkbar schlechteste Szenario wäre.

**XXII-** Trotz der lebendigen Diskussion in der spanischen Wissenschaft über die rechtliche Verortung des Problems, bleibt diese doch sehr relevant. In meiner Arbeit vertrete ich die Notwendigkeit, jeden Konflikt zwischen zwei Verpflichtungsgründen aus zwei äußerst praktischen Gründen auf Art. 20.7 CP zurückzuführen. Der erste steht in Verbindung mit den verschiedenen Begründungen zum Ausschluss der Verantwortlichkeit wegen einer Notstandslage sowie wegen Konflikten zwischen Verpflichtungsgründen. Im Unterschied zur h.M. halte ich es nicht für möglich, beide Institute auf einen einzigen, identischen Interessenkonflikt zurückzuführen, der nach dem Grundsatz des überwiegenden Interesses zu lösen ist. Wenngleich Pflichtenkonflikte existieren, die nach den Regeln des aggressiven oder defensiven Notstands zu lösen sind, so bildet die Dogmatik des Notstands nur einen Teilaspekt der allgemeineren Dogmatik der Konflikte zwischen Verpflichtungsgründen. Außerdem halte ich es aus einer an der Konfliktlösung orientierten Perspektive für angemessen, die Konflikte auf Art. 20.7 CP zurückzuführen, um kaum hinnehmbare Lösungen in Fällen der Provokation der Konflikte oder bei besonderen Opferpflichten zu vermeiden. Die Vorschrift des Art. 20.5 CP, die für solche Fälle zwei einschränkende Merkmale der Rechtfertigung enthält, verhindert eine differenzierte Lösung dieses Problems, bei der Charakter und Umfang der Provokation und die unterschiedliche Intensität der Opferpflichten berücksichtigt werden.



## Bibliografía

- AICHELE, Alexander, «Was ist und wozu taugt das Brett des Karneades?», *JRE*, (11), 2003, pp. 245 y ss.
- ALBERTI, Otto von, *Gefährdung durch überlegene Gewalt: (Notstand)*, Berlin, 1903.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus, *Ocupación, hallazgo y tesoro: reminiscencias civiles: revisión y actualización legal, jurisprudencial y doctrinal*, Valencia, 2014.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Autonomía, solidaridad y deber de socorro», *ADPCP*, 2000, pp. 361 y ss.
- ALTENHAIN, Karsten, *Das Anschlußdelikt: Grund, Grenzen und Schutz des staatlichen Strafanspruchs und Verfallrechts nach einer individuellen Strafrechtsauffassung*, Tübingen, 2002.
- ANDERHEIDEN, Michael, *Pluralismus und Pflichtenkollisionen als Grenze und Aufgabe der Sozialphilosophie*, Würzburg, 2000.
- ANDROULAKIS, Nikolaos K., *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München, 1963.
- APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe: zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin, 1998.
- ARCHANGELSKIJ, Alexander, *Das Problem des Lebensnotstandes am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeuges*, Berlin, 2005.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*. Estudio preliminar de Rus Rufino, traducción de Rus Rufino y E. Meabe, revisión a cargo de Arenas Dolz, 2ª ed., Madrid, 2011.
- ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, «Las averías y los accidentes marítimos y aéreos», en URÍA et al. (eds.), *Curso de Derecho Mercantil*, v. II, 2ª ed., Madrid, 2007.
- ASCOMBE, G. E. M., «Who is Wronged? Philippa Foot on Double Effect: One Point», *Oxford Review*, (5), 1967, pp. 16 y ss.
- ASHWORTH, Andrew, *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford, 2013.
- AST, Stephan, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 2010.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, 1987.
- EL MISMO, *Principios de Derecho penal español*, v. II: el hecho punible, Madrid, 1985.
- BALDÓ LAVILLA, «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal: (libro homenaje a Claus Roxin)*, Barcelona, 1997, pp. 357 y ss.
- EL MISMO, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994.
- BALDUS, Manfred, *Die Einheit der Rechtsordnung: Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts*, Berlin, 1995.
- VON BAR, Carl Ludwig, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, v. III. Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz, Berlin, 1909.
- BARTHOLOMÉ, Josef, *Die Bedeutung der Pflichtenkollision im Strafrecht*, Bonn, 1930.
- BARTUSCHAT, Wolfgang, «Zum Status des abstrakten Rechts in Hegels Rechtsphilosophie», *ZphilF*, (41), 1987, pp. 19 y ss.
- BAUMANN, Jürgen, *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, 5ª ed., Stuttgart, 1979.
- EL MISMO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Bielefeld, 1968.

- BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht: allgemeiner Teil; Lehrbuch*, 11ª ed., Bielefeld, 2003.
- BAUMGARTEN, Arthur, «Der Deutsche Strafgesetzentwurf vom Jahre 1919», *MSchrKrim*, (14), 1923, pp. 97 y ss.
- EL MISMO, *Notstand und Notwehr: eine Studie im Hinblick auf das künftige Strafrecht*, Tübingen, 1911.
- BAYERTZ, Kurt, «Begriff und Problem der Solidarität», en EL MISMO (ed.), *Solidarität. Begriff und Problem*, Frankfurt am Main, 1998, pp. 11 y ss.
- BECKSCHÄFER, Sebastian, *Die Strafrahmenmilderung beim Begehen durch Unterlassen: zur Auslegung des § 13 Absatz 2 StGB*, Baden-Baden, 2012.
- BEHRENDT, Hans-Joachim, *Die Unterlassung im Strafrecht: Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage*, Baden-Baden, 1979.
- BEISTEGUI, Miguel de, «Hegel: or the tragedy of thinking», en EL MISMO (ed.), *Philosophy and Tragedy*, London, 2000, pp. 11 y ss.
- BELING, Ernst von, *Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege: Rede des Rektors am Geburtstage des Königs*, Tübingen, 1913.
- EL MISMO, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.
- BENNET, Jonathan, «Whatever the Consequences», *Analysis*, (26), 1966, pp. 83 y ss.
- BERGBOHM, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie: Einleitung. Das Naturrecht der Gegenwart*, v. I, Leipzig, 1892.
- BERKEMANN, Jorg, «Zum Prinzip der Widerspruchsfreiheit in der deontischen Logik», en LENK (ed.), *Normenlogik: Grundprobleme der deontischen Logik*, Pullach bei München, 1974, pp. 166 y ss.
- BERLIN, Isaiah, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, traducción de Ángel Rivero, Madrid, 2001.
- BETZLER, Monika, «Moralische Konflikte: Versuch einer kantischen Deutung», en GERHARDT et al. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung: Akten des IX. Internationalen Kant-Kongresses*, v. III, Berlin, 2001, pp. 141 y ss.
- BEULKE, Werner, «„Pflichtenkollisionen“ bei § 323c StGB?», en HETTINGER/HILLENKAMP (eds.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2007, pp. 1 y ss.
- BIENFAIT, Agathe, *Freiheit, Verantwortung, Solidarität: zur Rekonstruktion des politischen Liberalismus*, Frankfurt am Main, 1999.
- BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, v. IV, Die Fahrlässigkeit, Aalen, 1919.
- EL MISMO, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885.
- BIRNBACHER, Dieter, *Tun und Unterlassen*, Stuttgart, 1995.
- EL MISMO, «Natur als Maßstab menschlichen Handelns», *Zeitschrift für philosophische Forschung*, (45), 1991, pp. 60 y ss.
- BLEI, Hermann, *Strafrecht- 1: Allgemeiner Teil*, 18ª ed., München, 1983.
- BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, 1990.
- BOCKELMANN, Paul, *Hegels Notstandslehre*, Berlin, 1935.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, 2006.
- BÖHM, Sonja, *Garantenpflichten aus familiären Beziehungen: zur Deutung des § 13 Abs. 1 StGB als Blankettvorschrift*, Frankfurt am Main, 2006.
- BOLEA BARDON, Carolina, «Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales: cuotas de responsabilidad», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Protección penal de los derechos de los*

- trabajadores: seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Buenos Aires, 2009, pp. 281 y ss.
- BOLDT, J./SCHÖLLHORN, T., «Ethik und Monetik. Einfluss ökonomischer Aspekte auf Entscheidungsprozesse in der Intensivmedizin», *Der Anaesthesist*, (11), 2008, pp. 1075 y ss.
- BOSCH-DOMÈNECH, Antoni/SILVESTRE I BENACH, Joaquim, «¿Preparados para tomar riesgos?», *CREI*, (16), 2005, pp. 1 y ss.
- BOTT, Ingo, *In dubio pro Straffreiheit?: Untersuchungen zum Lebensnotstand*, Heidelberg, 2011.
- BOTTKE, Wilfried, «Das Recht auf Suizid und Suizidverhütung», *GA*, 1982, pp. 346 y ss.
- BRADLEY, Ben, «Saving People and Flipping Coins», *Journal of Ethics and Social Philosophy*, (3), 2009, pp. 1 y ss.
- BRADLEY, Francis Herbert, «Collision of Duties», en GOWANS (ed.), *Moral Dilemmas*, New York, 1987, pp. 63 y ss.
- BRAMMSEN, Joerg, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1986.
- BRAUNECK, Anne-Eva, «Der strafrechtliche Schuldbegriff», *GA*, 1959, pp. 261 y ss.
- BROGLIO, Rolf Paul, *Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform*, Bonn, 1928.
- BROOME, John, «Selecting People Randomly», *Ethics*, (95), 1984, pp. 38 y ss.
- BURRI, Alex, «Möglichkeit», en KOLMER/WILDFEUER et al. (eds.), *Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe. 2. Gerechtigkeit – Praxis*, v. II, Freiburg im Breisgau, 2011.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan José, *Manual de Derecho penal español*, Barcelona, 1984.
- CALABRESI, Guido, «Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts», *Yale Journal of Law*, (70), 1961, pp. 499 y ss.
- CALABRESI, Guido/BOBBITT, Philip, «Reine Allokationsverfahren», en LÜBBE (ed.), *Tödliche Entscheidung: Allokation von Leben und Tod in Zwangslagen*, Paderborn, 2004, pp. 55 y ss.
- LOS MISMOS, *Tragical Choices*, New York, 1978.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *El sistema en la Jurisprudencia*, traducción de García Amado, Madrid, 1998.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel, «El caso de la Luftsicherheitsgesetz», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (ed.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*, Madrid, 2011, pp. 911 y ss.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *La justificación penal: fundamento, naturaleza y fuentes*, Caracas, 1982.
- DE LAS CASAS LEÓN, María Etlvina, *De inutilibus stipulationibus*, Universidad de La Laguna, 2006, ftp://tesis.bbtk.ull.es/ccsyhum/cs90.pdf
- CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, Federico, *Derecho Penal*, v. I: Criminología general y especial, Madrid, 1931.
- CASTIÑEIRA PALOU, M<sup>a</sup> Teresa/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, «Delitos contra las relaciones familiares», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal*, 4<sup>a</sup> ed., 2015, pp. 201 y ss.
- CATHREIN, Victor, *Moralphilosophie*, v. I, Allgemeine Moralphilosophie, Freiburg im Breisgau, 1890.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte General*, v. II, Teoría jurídica del delito, 6<sup>a</sup> ed., 7<sup>a</sup> reimpresión, Madrid, 2005.
- EL MISMO, «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht», en ESER/PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990*, v. III, 1991, pp. 9 y ss.
- EL MISMO, «La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», *ADPCP*, 1987, pp. 273 y ss.

- CICERÓN, Marco Tulio, *Tratado de los deberes*, edición preparada por Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1975.
- CLARKE, Randolph, *Omissions: agency, metaphysics, and responsibility*, New York, 2014.
- COCA VILA, Ivó, «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, (1), 2011, pp. 1 y ss.
- COING, Helmut, *Fundamentos de filosofía del Derecho*, traducción de Juan Manuel Mauri, Barcelona, 1976.
- COMES, Heinrich, *Der rechtsfreie Raum: zur Frage der normativen Grenzen des Rechts*, Berlin, 1976.
- CONINX, Anna, «Zufall und Verteilungsgerechtigkeit- Grundlagen für eine kontraktualistische Begründung von rechtlichen Solidaritätspflichten in Notstandssituationen», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Baden-Baden, 2013, pp. 175 y ss.
- EL MISMO, *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand: Zufall, rationale Entscheidung und Verteilungsgerechtigkeit*, Baden-Baden, 2012.
- CORTES ROSA, Manuel, «Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem», en SCHÜNEMANN (ed.), *Bausteine des europäischen Strafrechts-Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln, 1995, pp. 183 y ss.
- CORTINA ORTS, Adela, «Estudio Preliminar», en KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, traducción y notas de Cortina Orts y Conill Sancho, 4ª ed., (Reimpresión), Madrid, 2012, pp. XV y ss.
- CRELIER, Andrés, «La reflexión moral kantiana y el problema del conflicto de deberes», *Praxis Filosófica*, (33), 2011, pp. 11 y ss.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal: conforme al nuevo "Código Penal, texto refundido de 1944"*, v. I, 8ª ed., Barcelona, 1947.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho penal español: Parte general Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., 2002.
- EL MISMO, «La justificación del comportamiento omisivo», *ADPCP*, (43), 1990, pp. 497 y ss.
- CUERDA RIEZU, Antonio, «Hechos omisivos y causas de justificación. En particular: la colisión de deberes», en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal. Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho penal en homenaje al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor "Honoris Causa" por la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 1994, pp. 51 y ss.
- EL MISMO, «Sobre el concurso entre causas de justificación», *ADPCP*, (43), 1990, pp. 519 y ss.
- EL MISMO, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Madrid, 1984.
- VAN DEN DAELE, Wolfgang, «Die Natürlichkeit des Menschen als Kriterium und Schranke technischer Eingriffe», *Wechsel Wirkung*, junio/agosto, 2000, pp. 24 y ss.
- DELONGE, Franz-Benno, *Die Interessenabwägung nach § 34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen*, München, 1988.
- DENCKER, Friedrich, «Ingerenz: Die defizitäre Tathandlung», en KÜPER (ed.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, pp. 159 y ss.
- DEPENHAUER, Otto, «„Nicht alle Menschen werden Brüder“. Unterscheidung als praktische Bedingung von Solidarität. Eine rechtsphilosophische Erwägung in praktischer Absicht», en ISENSEE (ed.), *Solidarität in Knappheit. Zum Problem der Priorität*, Berlin, 1998, pp. 41 y ss.
- EL MISMO, «Zufall als Rechtsprinzip? - Der Losentscheid im Rechtsstaat», *JZ*, (4), 1993, pp. 171 y ss.
- DEUTSCH, Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2ª ed., Köln, 1996.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I, 6ª ed., Madrid, 2007.

- EL MISMO, «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», *ADC*, 2000, pp. 1009 y ss.

- EL MISMO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. II, 4ª ed., Madrid, 1993.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis/GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, v. IV, t. 1, 11ª ed., 2012, Madrid.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», *CPC*, (30), 1986, pp. 608 y ss.

DIGESTO DE JUSTINIANO, EL, versión castellana por A. D' ORS et al., v. III, Libros 37 – 50, Pamplona, 1975.

DINGELDEY, Thomas, «Pflichtenkollision und Rechtsfreier Raum», *JURA*, 1979, pp. 478 y ss.

DOHNA, Alexander zu, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen: ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre*, Halle, 1905.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea», *Revista de Administración Pública*, (170), 2006, pp. 389 y ss.

DOMINGO, Rafael/ORTEGA, Javier/RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, Beatriz/ZAMBRANA, Nicolás, «Ad impossibilia nemo tenetur», en DOMINGO (dir.), *Principios de Derecho Global. 1000 reglas, principios y aforismos jurídicos comentados*, 2ª ed., Cizur Menor, 2006.

DONAGAN, Alan, *The Theory of Morality*, Chicago, 1979.

DONATSCH, Andreas, «Garantenpflicht zur Notwehr – und Notstandshilfe?», *ZStrR*, (106), 1989, pp. 345 y ss.

DÖNICKE, Sabine, *Strafrechtliche Aspekte der Katastrophenmedizin*, Frankfurt am Main, 1987.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, 2006.

- EL MISMO, «Omisión de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas», *ADPCP*, 2002, pp. 235 y ss.

DOUGHERTY, Michael V., *Moral Dilemmas in Medieval Thought: From Gratian To Aquinas*, Cambridge, 2011.

DREIER, Horst, «Grenzen des Tötungsverbotes – Teil 1», *JZ*, (6), 2007, pp. 261 y ss.

DUFNER, Annette/SCHÖNE-SEIFERT, Bettina, «Fairness und Effizienz in Verteilungskonflikten: Do Numbers Count, After All?», Preprints and Working Papers of the *Centre for Advanced Study in Bioethics*, (24), 2012, pp. 2 y ss.

DUTTGE, Gunnar, «§ 34», *Gesamtes Strafrecht: StGB, StPO, Nebengesetze; Handkommentar*, 3ª ed., Baden-Baden, 2013.

- EL MISMO, «Zum „rechtsfreien Raum“ nach Lothar Philipps», en SCHÜNEMANN (ed.), *Gerechtigkeitswissenschaft - Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Lothar Philipps*, Berlin, 2005, pp. 369 y ss.

DUXBURY, Neil, *Random justice: on lotteries and legal decision-making*, Oxford, 1999.

DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, traducción de Horacio Pons, México, 2014.

EBEL, Wilhelm, «Glücksvertrag und Versicherung. Zur Geschichte der rechtstheoretischen Erfassung des Versicherungsverhältnisses», *ZVersWiss*, 1962, pp. 52 y ss.

EBERT, Theodor, «Kants kategorischer Imperativ und die Kriterien gebotener, verbotener und freigestellter Handlungen», *Kant-Studien*, (68), 1976, pp. 570 y ss.

- EBNER, Markus, «Die rechtfertigende Pflichtenkollision im Verkehrsstraf- und – ordnungswidrigkeiten-recht», *SVR*, (6), 2006, pp. 201 y ss.
- END, Heinrich, *Existentielle Handlungen im Strafrecht: die Pflichtenkollision im Lichte der Philosophie von Karl Jaspers*, München, 1959.
- ENDERLEIN, Wolfgang, *Abwägung in Recht und Moral*, Freiburg, 1992.
- ENGELHARD, Herbert/RADBRUCH, Gustav, *Strafrecht: die Lehre vom Verbrechen an Hand von Rechtsfällen*, 2ª ed., Heidelberg, 1948.
- ENGISCH, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, 9ª ed., Stuttgart, 1997.
- EL MISMO, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Darmstadt, 1987.
  - EL MISMO, «Der Rechtsfreie Raum», en EL MISMO, *Beiträge zur Rechtsstheorie*, Frankfurt am Main, 1984.
  - EL MISMO, «Tun und Unterlassen», en LACKNER (ed.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1973, pp. 163 y ss.
  - EL MISMO, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2ª ed., Heidelberg, 1968.
  - EL MISMO, *Introducción al pensamiento jurídico. Presentación de Garcia San Miguel*, Madrid, 1967.
  - EL MISMO, «Zur Natur der Sache im Strafrecht», en BOCKELMANN/GALLAS (eds.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, pp. 90 y ss.
  - EL MISMO, «Der Arzt im Strafrecht», *Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform*, 1939, pp. 414 y ss.
  - EL MISMO, *Die Imperiventheorie*, Tesis doctoral, Gießen 1924 (inédita), extracto publicado en: *Auszüge aus den der juristischen Fakultät der Universität Gießen vorgelegten Dissertationen*, Gießen, 1925, pp. 42 a 47.
- ENGLÄNDER, Armin, «Vor §§ 32 ff.», en MATT/RENZIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, München, 2013.
- EL MISMO, «Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen», *GA*, 2010, pp. 15 y ss.
  - EL MISMO, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, Tübingen, 2008.
- ENNECCERUS, Ludwig/NIPPERDEY, Hans Carl, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, v. II, 15ª ed., Tübingen, 1960.
- ERASMO DE ROTTERDAM, *Adagiorum chiliades*, 1536, Basilea, edición a cargo de F. Heinimann y E. Kienzle, *Opera omnia Desiderii Erasmi Rotterodami*, v. II, Amsterdam-Oxford: North-Holland, Elsevier, 1981.
- ERB, Volker, «§ 34», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, v. I, 2ª ed., München, 2011.
- EL MISMO, «Der rechtfertigende Notstand», *JuS*, (17), 2010, pp. 18 y ss.
- ESSER, Andrea, «Kant und moralische Konflikte», en GERHARDT et al. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung*, Akten des IX. Internationalen Kant-Kongresses, v. III, Berlin, 2001, pp. 194 y ss.
- ESSER, Josef, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung: Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts*, 2ª ed., München, 1969.
- ESSER, Josef/SCHMIDT, Eike, *Schuldrecht*, v. I, 8ª ed., Heidelberg, 1995.
- ETZEL, Jochen *Notstand und Pflichtenkollision im amerikanischen Strafrecht*, Freiburg im Breisgau, 1993.
- EUE, Jens, «Anmerkung zu BGH», *JZ*, (15-16), 1990, pp. 763 y ss.

- EVERS, Hans-Ulrich, «Existenzphilosophie und rechtliche Pflichtenkollision», *JR*, (10), 1960, pp. 369 y ss.
- EVERSCOR, Monika, *Probleme der Neugeborenenethanasie und der Behandlungsgrenzen bei schwerstgeschädigten Kindern und ultrakleinen Frühgeborenen aus rechtlicher und ethischer Sicht*, Frankfurt am Main, 2001
- FEHSEMEIER, Wolfgang, *Das Denkmodell des strafrechtsfreien Raumes*, Saarbrücken, 1970.
- FERNÁNDEZ DE SIMÓN BERMEJO, Carlos, «La posición del notario ante los deberes de secreto profesional y de denuncia de posibles conductas delictivas», en FUENTES MARTÍNEZ (dir.), *Delitos económicos. La función notarial y el Derecho penal*, Madrid, Cizur Menor, 2007, pp. 221 y ss.
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*. Nueva edición actualizada por la cátedra de Ferrater Mora bajo la dirección de Josep-Maria Terricabras, v. I, II, III, 2ª ed., Barcelona, 2009.
- FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição, *Vida contra vida: conflitos existenciais e limites do direito penal*, Coimbra, 2019.
- FICHTE, Johann Gottlieb, *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*. Traducción de Villacañas Berlanga, Ramos Valera, y Oncina Coves, Madrid, 1995.
- FISCHER, Thomas, «Vor § 32», *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 61ª ed., München, 2014.
- FISHKIN, James S., *The Limits of Obligation*, New Haven, 1982.
- FLETCHER, George P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford, 2000.
- FOOT, Philippa, «Moral Realism and Moral Dilemma», en EL MISMO, *Moral Dilemmas: and Other Topics in Moral Philosophy*, Oxford, 2002.
- EL MISMO, «The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect», en STEINBOCK (ed.), *Killing and letting die*, USA, 1980, pp. 156 y ss.
- FORSCHNER, Maximilian, «Pflichtenkollision», en HÖFFE (ed.), *Lexikon der Ethik*, 7ª ed., München, 2008, pp. 241 y ss.
- FRANK, Franz Hermann Reinhold von, *System der christlichen Sittlichkeit*, v. I, Erlangen, 1884.
- FRANK, Reinhard, «Vorbem. III vor § 51», en EL MISMO (ed.), *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich: nebst dem Einführungsgesetz*, 18ª ed., Tübingen, 1931.
- FRANKFURT, Harry G, *Freiheit und Selbstbestimmung: ausgewählte Texte*, Berlin, 2001.
- FRELLESEN, Peter, *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, Frankfurt am Main, 1980.
- FREUND, Georg, «Vor §§ 13 ff.», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, v. I, 2ª ed., München, Beck.
- EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: personale Straftatlehre*, 2ª ed., Berlin, 2009.
- EL MISMO, *Erfolgsdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln, 1992.
- FRISCH, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado*. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas, estudio preliminar de Robles Planas, traducción de Coca Vila, Barcelona, 2015.
- EL MISMO, «Pena, delito y sistema del delito en transformación», *InDret*, (3), 2014, pp. 1 y ss.
- EL MISMO, «Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien», en PAEFFGEN (ed.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2011, pp. 425 y ss.
- EL MISMO, «Cuestiones de conciencia en el Derecho penal», en GARCÍA VALDÉS et al. (eds.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, v. I, Madrid, 2008, pp. 903 y ss.

- EL MISMO, «Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Madrid, 2007, pp. 309 y ss.
  - EL MISMO, «Wesentliche Strafbarkeitsvoraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung», en ESER/KAISER/WEIGEND (eds.), *Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht Kriminalpolitische Reformtendenzen im Strafrecht osteuropäischer Länder*, Freiburg im Breisgau, 1993, pp. 201 y ss,
  - EL MISMO, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.
  - EL MISMO, *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes; zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Köln, 1983.
- FRISTER, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 7ª ed., München, 2015.
- EL MISMO, «Die Notwehr im System der Notrechte», *GA*, 1988, pp. 291 y ss.
- FRITZE, Lothar, *Die Tötung Unschuldiger: ein Dogma auf dem Prüfstand*, Berlin, 2004.
- FUCHS, Maximilian, *Deliktsrecht: eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung des Rechts der unerlaubten Handlungen und der Gefährdungshaftung*, 7ª ed., Berlin, 2009.
- FÜTTERER, Werner, *Steuergeheimnis und Pflichtenkollision*, Bonn, 1959.
- GALLAS, Wilhelm, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, Heidelberg, 1989.
- EL MISMO, «Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», en Arthur KAUFMANN (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, Beck, 1979.
  - EL MISMO, «Pflichtenkollision als Schuldaußschließungsgrund», en ENGISCH (ed.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, München, 1954, pp. 311 y ss. [También publicado en GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968, pp. 60 y ss.]
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Penal», en CORTÉS BECHIARELLI (dir.), *Dossier de Jurisprudencia: Tirant lo Blanch*, Valencia, 2015, pp. 38 y ss.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al derecho penal: instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, 5ª ed., v. I, Madrid, 2012.
- GARCÍA SALGADO, María José, *La jurisprudencia de intereses de Philipp Heck*, Granada, 2011.
- GARRIDO, Manuel, «Reflexiones sobre el imperativo categórico», en KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducción de García Morente, 1ª ed., (reimpresión), Madrid, 2009, pp. 192 y ss.
- GARRRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, v. II, Madrid, 1979.
- GEIBEL, Stefan J., «Pflichtenkollision des GmbH-Geschäftsführers bei Zahlungen nach Insolvenzreife?», *ZJS*, (6), 2008, pp. 666 y s.
- GIERKE, Otto von, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Frankfurt am Main, 1943.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión»», *ADPCP*, 2000, pp. 29 y ss.
- EL MISMO, «¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?», *ADPCP*, 1999, pp. 51 y ss.
  - EL MISMO, «Prólogo», en CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Madrid, 1984.
  - EL MISMO, *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, Madrid, 1979.
  - EL MISMO, «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 107 y ss.



- EL MISMO, «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 57 y ss.
- GLASER, Julius, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, v. I, Wien, 1858.
- GÓMEZ CALERO, Juan, *Derecho de las averías y de los accidentes marítimos*, Madrid, 1992.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, «Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia tolerable», en GARCÍA VALDÉS et al. (eds.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, v. I, Madrid, 2008, pp. 949 y ss.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *El deber de socorro* (Artículo 195.1 del Código Penal), Valencia, 2003.
- EL MISMO, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: artículo 196 del código penal*, Valladolid, 1999.
- GONZÁLEZ VICEN, Felipe, «La filosofía del Estado en Kant», en KANT, *Introducción a la teoría del Derecho*, versión del alemán por González Vicen, Madrid, 1997, pp. 45 y ss.
- GOODIN, Robert E., *Protecting the vulnerable: a reanalysis of our social responsibilities*, Chicago, 1985.
- GOWANS, Christopher W., «The Debate on Moral Dilemmas», en GOWANS (ed.), *Moral Dilemmas*, New York, 1987, pp. 3 y ss.
- GRACIA MARTÍN, Luí, «La comisión por omisión en el Derecho penal español», *AP*, (38), 1995, pp. 683 y ss.
- EL MISMO, «Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (y II)», *AP*, (18), 1994, XIX, pp. 345 y ss.
- GRÄFRATH, Bernd, «Dilemma», en KOLMER/WILDFEUER (eds.), *Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe*. 1: Absicht - Gemeinwohl -, v. I, Freiburg im Breisgau, 2011.
- GRECO, Luis, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht: ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin, 2009.
- EL MISMO, «Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld», *GA*, 2009, pp. 636 y ss.
- EL MISMO, «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*», *InDret*, (4), 2007, pp. 1 y ss.
- GREGOR, Mary J., *Laws of freedom: a study of Kant's method of applying the categorical imperative in the Metaphysik der Sitten*, Oxford, 1963.
- GRIMA LIZANDRA, Vicente, «El deber de secreto notarial y su colisión con otros deberes», en FUENTES MARTÍNEZ (dir.), *Delitos económicos. La función notarial y el Derecho penal*, Cizur Menor, 2007, pp. 233 y ss.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870: Concordado y comentado*, v. I, 2ª ed., Madrid, 1902.
- GROPP, Walter, «Der Radartechniker-Fall – ein durch Menschen ausgelöster Defensivnotstand?», *GA*, 2006, pp. 284 y ss.
- EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, 3ª ed., 2005.
- EL MISMO, «Die „Pflichtenollision“: weder eine Kollision von Pflichten noch Pflichten in Kollision», en WEIGEND (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1999, pp. 207 y ss.
- EL MISMO, «Der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes und die fragmentarische Natur des Strafrechts», en KREUZER et al. (eds.), *Fühlende und denkende Kriminalwissenschaften. Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck*, Mönchengladbach, 1999, pp. 285 y ss.
- EL MISMO, *Der straflose Schwangerschaftsabbruch: die rechtliche Einordnung der Straffreiheit zu § 218 StGB*, Tübingen, 1981.

GROSS, Oren, «Extra-legality and the ethic of political responsibility», en RAMRAJ (ed.), *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge, 2008, pp. 60 y ss.

- EL MISMO, «Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?», *Yale Law Journal*, (112), 2003, pp. 1011 y ss.

GRÜNEWALD, Anette, *Das Vorsätzliche Tötungsdelikt*, Tübingen, 2010.

GÜNTHER, Hans-Ludwig, «Defensivnotstand und Tötungsrecht», en BÖSE et al. (eds.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2009, pp. 147 y ss.

- EL MISMO, «La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (eds.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Pamplona, 1995, pp. 45 y ss.

- EL MISMO, «Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem», en ESER/FLETCHER (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, v. I, 1987, pp. 363 y ss.

- EL MISMO, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*: Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Köln, 1983.

- EL MISMO, «Die Genese eines Straftatbestandes», *JuS*, (1), 1978, pp. 8 y ss.

GUYER, Paul, *Kant's System of Nature and Freedom*, Oxford, 2005.

HAAS, Volker, «§ 13», en MATT/RENIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, München, 2013.

- EL MISMO, *Kausalität und Rechtsverletzung*: ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe, Berlin, 2002.

HABERMAS, Jürgen, *El futuro de la naturaleza humana*, Barcelona, 2002.

HAFKE, Bernhard, «El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995.

HAFT, Fritjof, *Strafrecht, allgemeiner Teil: eine Einführung für Anfangssemester*, 9ª ed., München, 2004.

HARDWIG, Werner, *Die Zurechnung*: ein Zentralproblem des Strafrechts, Hamburg, 1957.

HARE, R. M., *Freedom and Reason*, Oxford, 1963.

HARKE, Jan Dirk, «Casum sentit dominus?», *Orbis Iuris Romani: journal of ancient law studies*, (9), 2004, pp. 33 y ss.

HARRER, Friedrich, «§ 1311», en SCHWIMANN (ed.), *Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen*, 2ª ed., Wien, 1997.

HARRIS, John, *The Value of life: an introd. to medical ethics*, London, 1985.

- EL MISMO, «The Survival Lottery», *Philosophy*, (50), 1975, pp. 81 y ss.

HART, H. L. A., «Are There Any Natural Rights?», *The Philosophical Review*, (2), 1955, pp. 175 y ss.

HARTMANN, Nicolai, *Ética*, traducción de Javier Palacios, 2011, Madrid.

HEGEL, G. W. F., *Filosofía del arte o Estética*: verano de 1826: apuntes de Friedrich Carl Hermann Victor von Kehler. Edición de Annemarie Gethmann-Siefert, Bernadette Collenberg-Plotnikov; traducción de Domingo Hernández Sánchez, 2006.

- EL MISMO, *Lecciones sobre la estética*, traducción de Brotóns Muñoz, Madrid, 1989.

- EL MISMO, *Principios de la filosofía del Derecho*, traducción y prólogo de Juan Luis Vermal, Barcelona, 1988.

- EL MISMO, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*: 1 lógica, 2 filosofía de la naturaleza, 2 filosofía del espíritu, traducción de Ovejero y Maury, 1974, México D. F.

- EL MISMO, Philosophie des Rechts, *Vorlesung* 1824/25 nach der Nachschrift K.G.v. Griesheims, en EL MISMO, *Rechtsphilosophie*, v. IV, Stuttgart, 1974, pp. 67 y ss.
- HEINIG, Hans Michael, «Antagonisten: Lorenz von Stein und Robert Nozick», en KLESCZEWSKI et al. (eds.), *Die Idee des Sozialstaates: conditio sine qua non der Freiheit des Weltbürgers?*, Paderborn, 2006, pp. 45 y ss.
- HENKEL, Heinrich, *Exigibilidad e inexigibilidad* como principio jurídico regulativo, traducción y notas por Guzmán Dalbora, Montevideo, 2008.
- EL MISMO, *Introducción a la filosofía del Derecho*, traducción Gimbernat Ordeig, Madrid, 1968.
- EL MISMO, *Recht und Individualität*, Berlin, 1958.
- EL MISMO, *Der Notstand* nach gegenwärtigem und künftigem Recht, München, 1932.
- HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, reimpression de la 20ª ed., Heidelberg, 1999.
- HERMAN, Barbara, *The Practice of Moral Judgment*, Cambridge, 1993.
- HERNANDO LERA, Julio, «*Ad impossibilia nemo tenetur*», en REINOSO-BARBERO (ed.), *Principios generales del Derecho: antecedentes históricos y horizonte actual*, Pamplona, 2014, pp. 419 y ss.
- HERZBERG, Dietrich, *Die Unterlassung* im Strafrecht und das Garantenprinzip, Berlin, 1972.
- HEYMANN, Steven J., «Foundations of the Duty to Rescue», *Vanderbilt Law Review*, (47), 1994, pp. 673 y ss.
- HILGENDORF, Eric, «Tragische Fälle», en BLASCHKE et al. (eds.), *Sicherheit statt Freiheit?: staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen*, Berlin, 2005.
- EL MISMO, «Zwischen Humanexperiment und Rettung ungeborenen Lebens - Der Erlanger Schwangerschaftsfall», *JuS*, 1993, pp. 97 y ss.
- HILLGRUBER, Christian, «Der Staat des Grundgesetzes - nur "bedingt abwehrbereit"», *JZ*, (5), 2007, pp. 209 y ss.
- VON HIPPEL, Robert, *Deutsches Strafrecht*, Das Verbrechen: allgemeine Lehren, v. II, Berlin, 1930.
- HIROSE, Iwao, *Moral Aggregation*, New York, 2015
- EL MISMO, «Weighted lotteries in life and death cases», *Ratio*, (20), 2007, pp. 45 y ss.
- HIRSCH, Hans Joachim, «Vor §§ 32», en BURKHARD (ed.), *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar: Großkommentar*, v. II, 11ª ed., Berlin, 2003.
- EL MISMO, «Strafrecht und rechtsfreier Raum», en Arthur KAUFMANN, *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, pp. 89 y ss.
- HOERSTER, Norbert, *Ethik und Interesse*, Stuttgart, 2003.
- EL MISMO, *Abtreibung* im säkularen Staat: Argumente gegen den § 218. Mit einem Anhang zur zweiten Auflage: Das Lippenbekenntnis des Bundesverfassungsgerichts zum Lebensrecht des Ungeborenen, 2ª ed., Frankfurt am Main, 1995.
- HÖFFE, Otfried, «Antropología y metafísica en el concepto categórico del Derecho de Kant: Una interpretación de los parágrafos B y C de la Teoría del Derecho», *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, (5), septiembre 2013 – febrero 2014, pp. 3 y ss.
- EL MISMO, «Moralische Dilemmata», en HÖFFE (ed.), *Lexikon der Ethik*, 7ª ed., München, 2008, pp. 214 y ss.
- EL MISMO, «*Königliche Völker*» - Zu Kants kosmopolitischer Rechts- und Friedenstheorie, Frankfurt am Main, 2001.
- EL MISMO, *Immanuel Kant*, 4ª ed., München, 1996.
- HOLD-FERNECK, Alexander, *Die Rechtswidrigkeit. Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, v. I, Jena, 1903.

- HOLMES, Oliver Wendell, *Common Law*, 57ª reimpresión, Boston, 1990.
- HOLTUNG, Niels, «Egalitarianism and the Levelling down Objection», *Analysis*, (58), 1998, pp. 166 y ss.
- HONIG, Richard M., *Die Entwicklung des Unterlassungsdelikts vom römischen bis zum gemeinen Recht*, Leipzig, 1932.
- HÖPFNER, Ludwig Julius, «Warum sind die Menschenpflichten entweder vollkommene oder unvollkommene? und welche Pflichten gehören zu der ersten, welche zu der letzten Gattung?», en EL MISMO, *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker*, 6ª ed., Gießen, 1795, pp. 289 y ss.
- HÖRNLE, Tatjana, «Matar para salvar muchas vidas», *InDret*, (2), 2010, pp. 1 y ss.
- EL MISMO, «Hijacked airplanes: may they be shot down?», *New Criminal Law Review*, (4), 2007, pp. 582 y ss.
  - EL MISMO, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999.
- HÖBFELD, Felix H., *Tun und Unterlassen: zur normativen Unterscheidung auf der Grundlage einer rechtebasierten Ethik*, Frankfurt am Main, 2007.
- HOYER, Andreas, «Wie wesentlich muss das „wesentlich überwiegende Interesse“ bei § 34 StGB überwiegen?», en HETTINGER et al. (eds.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, pp. 173 y ss.
- EL MISMO, «Vor §§ 32 ff.», en WOLTER (ed.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: SK-StGB, v. I, Allgemeiner Teil (§§ 1 - 79 b), 8ª ed., ent. 130, septiembre de 2011, Köln.
  - EL MISMO, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann: Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie*, Berlin, 1997.
  - EL MISMO, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Strukturelement der Rechtfertigungsgründe», en ALEXY (ed.), Juristische Grundlagenforschung Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, *ARSP-Beiheft*, (104), München, 2005, pp. 99 y ss.
- HRUSCHKA, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., Berlin, 1988.
- EL MISMO, «Anmerkung zu OLG Karlsruhe», *JZ*, 1984, pp. 240 y ss.
  - EL MISMO, «Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen», en CANARIS (ed.), Festschrift für Karl Larenz zum achtzigsten Geburtstag, München, 1983, pp. 257 y ss.
  - EL MISMO, «Das Strafrecht neue durchdenken!», *GA*, 1981, pp. 237 y ss.
  - EL MISMO, «Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand», *NJW*, (1-2), 1980, pp. 21 y ss.
  - EL MISMO, «Zwei Axiome des Rechtsdenkens», en ACKERMANN (ed.), Aus dem Hamburger Rechtsleben: Walter Reimers zum 65. Geburtstag, Berlin, 1979, pp. 459 y ss.
  - EL MISMO, «Rettungspflichten in Notstandssituationen», *JuS*, 1979, pp. 385 y ss.
  - EL MISMO, «Extrasystematische Rechtfertigungsgründe», en JESCHECK (ed.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, Berlin, 1977, pp. 189 y ss.
- HUBMANN, Heinrich, «Grundsätze der Interessenabwägung», *AcP*, (155), 1956, pp. 85 y ss.
- HÜBNER, Jürgen, *Schadenszurechnung nach Risikosphaeren: eine Studie zur schadensgeneigten Arbeit selbständig Tätiger am Beispiel der privatrechtlichen Haftung des Seelotsen*, Berlin, 1974.
- HUERTA TOCILDO, Susana, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Valencia, 1997.
- EL MISMO, «Injerencia y art. 489 bis, 3.º CP», *ADPCP*, 1985, pp. 37 y ss.

HÜGLI, Anton, «Pflichtenkollision», en RITTER/GRÜNDER (eds.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, v. VII, P - Q, Basel, 1989, pp. 440 y ss.

HÜWELS, Hermann, *Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung: die Organisationszuständigkeit und die institutionelle Zuständigkeit des Amtsträgers, dargestellt an Beispielen aus dem Umweltschutzrecht*, Berlin, 1986.

ILTING, Heinz, «La estructura de la «Filosofía del Derecho» de Hegel», en AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, Madrid, 1989, pp. 67 y ss.

ISENSEE, Josef, «Leben gegen Leben – Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug», en PAWLIK (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, pp. 205 y ss.

- EL MISMO, «Nachwort», en EL MISMO (ed.), *Solidarität in Knappheit. Zum Problem der Priorität*, Berlin, 1998, pp. 97 y ss.

- EL MISMO, «§ 115», en ISENSEE/KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. V, Heidelberg, 1987.

- EL MISMO, *Das Grundrecht auf Sicherheit: zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates; Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. November 1982*, Berlin, 1983.

IWANGOFF, Nikolai, *Die Duldungspflichten im rechtfertigenden Notstand*, Basel, 2009.

IZQUIERDO, Cristóbal, «Comisión por Omisión: Algunas consideraciones sobre la Injerencia como Fuente de la Posición de Garante», *Revista chilena de derecho*, (33), 2006, pp. 329 y ss.

JAEGER, Gerd, *Die Möglichkeit der Gebotserfüllung als Voraussetzung strafbaren Unterlassens: tatsächliche und rechtliche Grenzen normgemäßen Handelns*, Tübingen, 2006.

JÄGER, Christian, *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*, Heidelberg, 2006.

- EL MISMO, «Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie», *ZStW*, (115), 2003, pp. 765 y ss.

JAKOBS, Günther, «Recht und Gut – Versuch einer strafrechtlichen Begriffsbildung», en FREUND (ed.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013, pp. 81 y ss.

- EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, 2012.

- EL MISMO, *Rechtsgüterschutz?: zur Legitimation des Strafrechts*, Paderborn, 2012.

- EL MISMO, «Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand», en AMELUNG (ed.), *Festschrift für Volker Krey: zum 70. Geburtstag*, Stuttgart, 2010, pp. 207 y ss.

- EL MISMO, *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3ª ed., Berlin, 2008.

- EL MISMO, «Zum Begriff des Delikts gegen die Person», en BERNSMANN (ed.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen*, Köln, 2003, pp. 63 y ss.

- EL MISMO, «Beteiligung», en DÖLLING (ed.), *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht: Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2003, pp. 561 y ss.

- EL MISMO, «Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?», en ATSUMI et al. (eds.), *Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft (Saito-Festschrift)*, Tokio, 2003, pp. 17 y ss.

- EL MISMO, «Teoría y praxis de la injerencia», *ADPCP*, 1999, pp. 17 y ss.

- EL MISMO, «La interrupción del tratamiento a solicitud del paciente y el § 216 StGB (homicidio a solicitud de la víctima)», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, traducción al castellano de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, Madrid, 1997, pp. 413 y ss.

- EL MISMO, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, traducción de Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Bogotá, 1996.
  - EL MISMO, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien», *ZStW*, (107), 1995, pp. 843 y ss.
  - EL MISMO, «Kommentar: Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision», en ESER/NISHIHARA (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, v. IV, Freiburg im Breisgau, 1995, pp. 169 y ss.
  - EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*; Lehrbuch, 2ª ed., Berlin, 1993.
  - EL MISMO, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1972.
- JAKOBS, Horst Heinrich, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn, 1969.
- JANSEN, Max, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, (Repr. d. Ausg. Breslau, 1930), Frankfurt am Main, 1977.
- JARAMILLO GARCÍA, Antonio, *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, v. I, Salamanca, 1928.
- JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, Madrid, 2007.
- JEROUSCHEK, Günter, «Nach dem 11. September 2001: Strafrechtliche Überlegungen zum Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeugs», en AMELUNG (ed.), *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2003, pp. 185 y ss.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, «§ 13», en BURKHARD (ed.), *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar: Großkommentar*, v. I, 11ª ed., Berlin, 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El estado de necesidad en materia penal*, Buenos Aires, 1922.
- JOECKS, Wolfgang, «§ 13», *Studienkommentar, Strafgesetzbuch: StGB*, 11ª ed., München, 2014.
- JOERDEN, Jan C., «Solidaritätspflichten und Strafrecht», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Baden-Baden, 2013, pp. 49 y ss.
- EL MISMO, «Erlaubniskollisionen, insbesondere im Strafrecht», en DANNECKER (ed.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag*, Köln, 2007, pp. 331 y ss.
  - EL MISMO, *Logik im Recht: Grundlagen und Anwendungsbeispiele*, 1ª ed., Berlin, 2005.
  - EL MISMO, *Menschenleben: ethische Grund- und Grenzfragen des Medizinrechts*, Stuttgart, 2003.
  - EL MISMO, «Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit. Konsequenzen einer These Kants für die strafrechtliche Lehre von der "Pflichtenkollision"», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (5), 1997, pp. 43 y ss.
  - EL MISMO, «Interessenabwägung im rechtfertigenden Notstand bei mehr als einem Eingriffsoffer», *GA*, 1993, pp. 245 y ss.
  - EL MISMO, «§ 34 Satz 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung», *GA*, 1991, pp. 411 y ss.
  - EL MISMO, *Dyadische Fallsysteme im Strafrecht*, Berlin, 1986.
- JUNGERMANN, Helmut/SLOVIC, Paul, «Charakteristika individueller Risikowahrnehmung», en KROHN/KRÜCKEN (eds.), *Risikante Technologien: Reflexion und Regulation*, Frankfurt am Main, 1993, pp. 79 y ss.
- KAHLO, Michael, *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Theorie des personalen Handelns*, Frankfurt am Main, 2001.

- KAHRS, Hans Jürgen, *Das Vermeidbarkeitsprinzip* und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, Hamburg, 1968.
- KAMM, Frances Myrna, *Intricate Ethics Rights, Responsibilities and Permissible Harm*, New York, 2007.
- EL MISMO, *Morality, Mortality*, v. I: Death and Whom to Save from It, New York, 1993.
  - EL MISMO, «Harming Some to Save Others», *Philosophical Studies*, (57), 1989, p. 227 y ss.
- KANG, Hee-Won, *Gesetzesflut und Rechtsfreier Raum*, Pfaffenweiler, 1990.
- KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, estudio preliminar de Cortina Orts, traducción y notas de Cortina Orts y Conill Sancho, 4ª ed., (Reimpresión), Madrid, 2012.
- EL MISMO, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducción de García Morente, 1ª ed., (Reimpresión), Madrid, 2009.
  - EL MISMO, «En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica»», en KANT, *Teoría y Práctica*, traducción de Miguel Palacios, Pérez López y Rodríguez Aramayo, 4ª ed., Madrid, 2006, pp. 3 y ss.
  - EL MISMO, «Sobre un presunto derecho de mentir por filantropía», en KANT, *Teoría y Práctica*, traducción de Miguel Palacios, Pérez López y Rodríguez Aramayo, 4ª ed., Madrid, 2006, pp. 61 y ss.
  - EL MISMO, *Sobre la paz perpetua*, traducción de Joaquín Abellán, 7ª ed., Madrid, 2005.
- KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, traducción de la 2ª ed., alemana a cargo de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 2006.
- EL MISMO, «Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung», en KOHLMANN (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, Köln, 1983, pp. 277 y ss.
  - EL MISMO, *Teoría de las normas*. Fundamentos de la dogmática penal moderna. Versión castellana de Bacigalupo Zapater y Garzón Valdés, Buenos Aires, 1977.
- KAUFMANN, Arthur, «Zum Problem von Wertungswidersprüchen zwischen Recht und Moral», en EL MISMO, *Über Gerechtigkeit: dreißig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie*, Köln, 1993, pp. 93 y ss.
- EL MISMO, «Strafloser Schwangerschaftsabbruch; rechtswidrig, rechtmäßig oder was?», *JZ*, (47-20), 1992, pp. 981 y ss.
  - EL MISMO, «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs», en SCHROEDER (ed.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, pp. 327 y ss.
  - EL MISMO, *Rechtsphilosophie im Wandel: Stationen eines Weges*, 2ª ed., Köln, 1984.
  - EL MISMO, «Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung», *JZ*, 1955, pp. 37 y ss.
  - EL MISMO, «Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen», *JZ*, 1954, pp. 653 y ss.
- KARDING, Hilde, *Die Notpflicht oder Grenzen des strafbefreienden Notstandes*, Kiel, 1933.
- KELSEN, Hans, «Zum Begriff der Norm», en DIETZ (ed.), *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, v. I, München, 1965, pp. 57 y ss.
- KERN, Eduard, «Grade der Rechtswidrigkeit», *ZStW*, (64), 1952, pp. 255 y ss.
- KERSTING, Wolfgang, *Der liberale Liberalismus: notwendige Abgrenzungen*, Tübingen, 2006.
- EL MISMO, *Kritik der Gleichheit: über die Grenzen der Gerechtigkeit und der Moral*, Weilerswist, 2005.
  - EL MISMO, *Politik und Recht: Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie*, Weilerswist, 2000.
  - EL MISMO, *Wohlgeordnete Freiheit: Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, Berlin, 1984.

- EL MISMO, «Der kategorische Imperativ, die vollkommenen und die unvollkommenen Pflichten», *Zeitschrift für philosophische Forschung*, (37-3), 1983, pp. 404 y ss.
- KEUTH, Herbert, «Deontische Logik und Logik der Normen», en LENK (ed.), *Normenlogik: Grundprobleme der deontischen Logik*, Pullach bei München, 1974, pp. 64 y ss.
- KINDHÄUSER, Urs, «§ 34», *Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar*, 6ª ed., Baden-Baden, 2015.
- EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6ª ed., Baden-Baden, 2013.
  - EL MISMO, «Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht», *GA*, 2010, pp. 490 y ss.
  - EL MISMO, «Rechtstreue als Schuld-kategorie», *ZStW*, (107), 1995, pp. 701 y ss.
  - EL MISMO, «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *JRE*, (2), 1994, pp. 339 y ss.
  - EL MISMO, *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main, 1989.
- KLEFISCH, Th., «Die nat.-soz. Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre», *MDR*, (4-5), 1950, pp. 258 y ss.
- KLESCZEWSKI, Diethelm, *Strafrecht: Allgemeiner Teil, das examensrelevante Kernwissen im Grundriss*, 2ª ed., Leipzig, 2012.
- EL MISMO, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft: eine systematische Analyse des Verbrechens- und des Strafbegriffs in Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1991.
- KNEBEL, Sven K., «Zufall», en RITTER/GRÜNDER (eds.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, v. XII, W-Z, Basel, 2004.
- KÖHLER, August, *Der Notstand im künftigen Strafrecht*, Erlangen, 1926.
- KÖHLER, Michael, «Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand», en HOYER (ed.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2006, pp. 257 y ss.
- EL MISMO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, Heidelberg, 1997.
  - EL MISMO, *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg, 1986.
- KOHLRAUSCH, Eduard, «Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung», en Festgabe für Dr. Karl Güterbock zur achtzigsten Wiederkehr seines Geburtstages, Berlin, 1910.
- KORIATH, Heinz, «Über rechtsfreie Räume in der Strafrechtsdogmatik», *JRE*, (11), 2003, pp. 317 y ss.
- EL MISMO, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1994.
- KUBICIEL, Michael, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts: ihre Aufgaben, ihre Methoden*, Frankfurt am Main, 2013.
- KÜHL, Kristian, *Strafrecht: allgemeiner Teil*, 7ª ed., München, 2012.
- EL MISMO, «Die Unterlassungsdelikte als Problemfall für Rechtsphilosophie, Strafrechtsdogmatik und Verfassungsrecht», en PUTZKE et al. (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar*, Tübingen, 2008, pp. 177 y ss.
  - EL MISMO, «Die strafrechtliche Garantienstellung – Eine Einführung mit Hinweisen zur Vertiefung», *JuS*, 2007, pp. 497 y ss.
  - EL MISMO, «Zu den rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstands», en ESER (ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998, pp. 143 y ss.



- EL MISMO, «Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidung von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht – ein Problemaufriß», en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, 1991, pp. 139 y ss.
- KUHLEN, Lothar, «La restricción de las facultades de actuación en la legítima defensa de terceros», en GARCÍA VALDÉS (ed.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, v. I, Madrid, 2008, pp. 1099 y ss.
- KÜHN, Karl, *Die Pflichtenkollision im Strafrecht*, Leipzig, 1908.
- KÜHNBACH, Lena, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter: dargelegt am Beispiel von Aggressivnotstand, Defensivnotstand, unterlassener Hilfeleistung und polizeilichem Notstand*, Baden-Baden, 2007.
- KUKATHAS, Chandran/PETTIT, Philip, *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos*, traducción de Miguel Ángel Rodilla, Madrid, 2004.
- KUMAR, Rahul, «Contractualism on Saving the Many», *Analysis*, (61), 2001, pp. 165 y ss.
- KÜNSCHNER, Alfred, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenwahl: knappe medizinische Ressourcen als Rechtsproblem*, Stuttgart, 1992.
- KÜPER, Wilfried, *Immanuel Kant und das Brett des Karneades: das zweideutige Notrecht in Kants Rechtslehre*, Heidelberg, 1999.
  - EL MISMO, «„Es kann keine Not geben, welche, was unrecht ist, gesetzmäßig machte“», ZACZYK (ed.), *Festschrift für E. A. Wolff: zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1998, pp. 285 y ss.
  - EL MISMO, *Darf sich der Staat erpressen lassen?: zur Problematik des rechtfertigenden Nötigungsnotstandes*, Heidelberg, 1986.
  - EL MISMO, *Der "verschuldete" rechtfertigende Notstand: zugleich ein Beitrag zur "actio illicita in causa"*, Berlin, 1983.
  - EL MISMO, «Das „Wesentliche“ am „wesentlich überwiegenden Interesse“. Zur Interpretation der Interessenabwägungsformel des § 34 StGB», *GA*, 1983, pp. 289 y ss.
  - EL MISMO, «Der entschuldigende Notstand – ein Rechtfertigungsgrund? Bemerkungen zur kriminalpolitischen "Einheitstheorie" Gimbernat Ordeigs», *JZ*, 1983, pp. 88 y ss.
  - EL MISMO, «Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision „Leben gegen Leben“», *JuS*, 1981, pp. 745 y ss.
  - EL MISMO, «Die sog. „Gefahrtragungspflichten“ im Gefüge des rechtfertigenden Notstandes», *JZ*, 1980, pp. 755 y ss.
  - EL MISMO, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision*, Berlin, 1979.
  - EL MISMO, «Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung», *JuS*, 1971, pp. 474 y ss.
- VON KUTSCHERA, Franz, *Grundlagen der Ethik*, 2ª ed., Berlin, New York, 1999.
- KRAUSHAAR, Reinhold, «Das Gewissen im Strafrecht und die Konsequenzen für die Begriffe der Rechtsnorm und der Rechtswidrigkeit sowie die Regelung des Verbotsirrtums», *GA*, 1959, pp. 325 y ss.
  - EL MISMO, «Die Rechtswidrigkeit in teleologischer Sicht», *GA*, 1965, pp. 1 y ss.
- KREY, Volker, «Fall zu Problemen des rechtfertigenden und entschuldigenden Notstandes», *JUR4*, 1979, pp. 316 y ss.
  - EL MISMO, «AT 1 – Grundfälle zu den Straftaten gegen das Leben», *JuS*, 1971, pp. 248 y ss.
- KRONER, Heinrich, *Die Verletzung von Rechtsgütern des Dritten bei der Notwehr: ein Beitrag zur Lehre von der civil- und strafrechtlichen Bedeutung der Notwehr und des Notstandes*, Göttingen, 1897.
- KRÜGER, Uwe, *Der Adressat des Rechtsgesetzes: ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre*, Berlin, 1969.

LADIGES, Manuel, *Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum: unter besonderer Berücksichtigung des § 14 Abs. 3 LuftSiG und der strafrechtlichen Beurteilung der Tötung von Unbeteiligten*, 2ª ed., Berlin, 2013.

- EL MISMO, «Die notstandsbedingte Tötung von Unbeteiligten im Fall des § 14 Abs. 3 LuftSiG - ein Plädoyer für die Rechtfertigungslösung», *ZIS*, 2008, pp. 129 y ss.

LANGER, Richard, «Ist Schuld möglich?», en Arthur KAUFMANN (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, pp. 261 y ss.

LANGER, Winrich, *Das Sonderverbrechen: eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Berlin, 1972.

LANG-HINRICHSSEN, Dietrich, «Epoché und Schuld. Über den von strafrechtlicher Schuldbeurteilung ausgeschlossenen Raum», en LUTTER (ed.), *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart: Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag*, München, 1975, pp. 583 y ss.

LA ORDEN MIRACLE, Ernesto, *El estado de necesidad en el Derecho privado*, Murcia, 1933.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción y revisión de Rodríguez Molinero, Barcelona, 1994.

- EL MISMO, «Sittlichkeit und Recht bei Samuel Pufendorf», *Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie*, (10), 1994, pp. 101 y ss.

- EL MISMO, «Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem», *NJW*, (1/2), 1965, pp. 1 y ss.

- EL MISMO, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*, Leipzig, 1927.

LARENZ, Karl/CANARIS, Claus-Wilhelm, *Lehrbuch des Schuldrechts*, v. II-2, 13ª ed., München, 1994.

LARRAURI PIJOAN, Elena, «Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad», *ADPCP*, 1995, pp. 865 y ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, 2002.

LEMME, Ludwig, *Christliche Ethik*, v. II, Berlin, 1905.

LENCKNER, Theodor, «Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung», *GA*, 1985, pp. 295 y ss.

- EL MISMO, «Das Merkmal der „Nicht-anders-Anwendbarkeit“ der Gefahr in den §§ 34, 35 StGB», en KÜPER (ed.), *Festschrift für Karl Lackner zum siebzigsten Geburtstag*, Berlin, 1987, pp. 95 y ss.

- EL MISMO, «Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, ein „übergesetzlicher“ Rechtfertigungsgrund?», en HAUSER et al. (eds.), *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Zürich, 1984, pp. 243 y ss.

- EL MISMO, «Ärztliche Hilfeleistung und Pflichtenkollision», *Medizinische Klinik*, (64), 1969, pp. 1000 y ss.

- EL MISMO, *Der Rechtfertigende Notstand: zur Problematik der notstandsregelung im Entwurf eines strafgesetzbuches (E1962)*, Tübingen, 1965.

LENCKNER, Theodor/STERNBERG-LIEBEN, Detlev, «Vorbem. §§ 32 ff.», en ESER (ed.), *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed., München, 2014.

LERMAN, Marcelo, «Zuständigkeitskollision in Fällen des entschuldigenden Notstandes – Über die Grenzen der Anwendbarkeit des § 35 Abs. 1 Satz 2 StGB», *ZStW*, (127), 2015, pp. 284 y ss.

- EL MISMO, *La omisión por comisión*, Buenos Aires, 2013.

- EL MISMO, «Die fakultative Strafmilderung für die unechten Unterlassungsdelikte», *GA*, (2), 2008, pp. 78 y ss.
- LESCH, Heiko, «Die Notwehr», en WIDMAIER (ed.), *Festschrift für Hans Dahs*, Köln, 2005, pp. 81 y ss.
  - EL MISMO, *Notwehrrecht und Beratungsschutz. Zur Zulässigkeit der Nothilfe gegen die nach § 218a Abs. 1 StGB tatbestandslose Abtötung der Leibesfrucht*, Paderborn, 2000.
  - EL MISMO, *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln, 1999.
- LIEBS, Detlef, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtsprüchwörter*, 7ª ed., München, 2007.
- LINDNER, Josef Franz, «Grundrechtsfragen aktiver Sterbehilfe», *JZ*, (8), 2006, pp. 373 y ss.
  - EL MISMO, «Die Würde des Menschen und sein Leben», *DÖV*, (14), 2006, pp. 577 y ss.
  - EL MISMO, «Zur Kategorie des rechtswertungsfreien Raumes aus rechtsphilosophischer Sicht», *ZRph*, (2), 2004, pp. 87 y ss.
  - EL MISMO, «Tragische Konflikte», *FAZ*, 15.10.04, p. 8.
- LINK, Hans-Jürgen, «Playing God and the Intrinsic Value of Life: Moral Problems for Synthetic Biology?», *Sci Eng Ethics*, (19), 2013, pp. 443 y ss.
- LINNENBRINK, Dominik, *Der Wegfall der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Garanten*, Freiburg, 1992.
- LISZT, Franz von, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26ª ed., Berlin, 1932.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona, «Administradores sociales y colisión de deberes: información a los socios vs. secreto empresarial», *La Ley*, 2863/2010, pp. 1 y ss.
- LOOS, Fritz, «Zur Bedeutung des Unrechtsbegriffs im Strafrecht», en LOOS (ed.), *Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart: Manfred Maiwald zu ehren*, Heidelberg, 2010, pp. 155 y ss.
- LOOSCHELDERS, Dirk, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, Tübingen, 1999.
  - EL MISMO, «Bewältigung des Zufalls durch Versicherung?», *VersR*, 1996, pp. 529 y ss.
- LÓPEZ GÁLVEZ, Marta Natalia, «El principio *Impossibilium nulla est obligatio*: litigio sobre el cumplimiento de la normativa de aguas de baño en la UE», en REINOSO-BARBERO (ed.), *Principios generales del Derecho: antecedentes históricos y horizonte actual*, 2014, pp. 635 y ss.
- LOUDEN, Robert B., *Morality and moral theory: a reappraisal and reaffirmation*, New York, 1953.
- LÜBBE, Weyma, *Nonaggregationismus: Grundlagen der Allokationsethik*, Münster, 2015.
  - EL MISMO, «Das Aggregationsproblem: Grundlagentheoretische Überlegungen zur Güterabwägung in Notstandslagen», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Baden-Baden, 2013, pp. 201 y ss.
  - EL MISMO, «Lebensnotstand- Ende der Normativität?», en EL MISMO (ed.), *Tödliche Entscheidung: Allokation von Leben und Tod in Zwangslagen*, Paderborn, 2004, pp. 104 y ss.
  - EL MISMO, *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Freiburg, 1998.
- LÜBBE-WOLFF, Gertrude, «Die Sittlichkeit in der bürgerlichen Gesellschaft: Hegels Wegweisung durch das Nadelöhr», *ARSP*, (68), 1982, pp. 223 y ss.
- LUDEN, Heinrich, *Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechtes*, v. I, Jena, 1847.
  - EL MISMO, *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, v. II, Göttingen, 1840.
- LUGERT, Georg, *Zu den erhöht Gefährtragungspflichtigen im differenzierten Notstand*, Berlin, 1991.
- LUHMANN, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, 1983.

- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal: parte general*, 2ª ed., Valencia, 2012.
- EL MISMO, «*Actio illicita in causa* y provocación en las causas de justificación», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho penal: (libro homenaje a Claus Roxin)*, Barcelona, 1997, pp. 243 y ss.
  - EL MISMO, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (eds.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Pamplona, 1995, pp. 21 y ss.
  - EL MISMO, «Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis», en MIR PUIG (ed.), *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, Barcelona, 1988, pp. 59 y ss.
  - EL MISMO, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978.
- MACK, Eric, «Bad Samaritanism and the Causation of Harm», *Philosophy and Public Affairs*, (31), 1980, pp. 230 y ss.
- MACKIE, John Leslie, *Ética: la invención de lo bueno y lo malo*. Traducción de Fernández Aúz, Barcelona, 2000.
- MÄDRICH, Matthias, *Das allgemeine Lebensrisiko: ein Beitrag zur Lehre von der Haftungsbegrenzung im Schadensersatzrecht*, Berlin, 1980.
- MAIHOFFER, Werner, «Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre», en HOHENLEITNER (ed.), *Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag*, Aalen, 1957, pp. 141 y ss.
- MAIWALD, Manfred, «Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte» *JuS*, (7), 1981, pp. 473 y ss.
- DE MALLOL, Federico, «Echazón», en MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia jurídica*, t. VIII, Barcelona, 1956.
- MANGAKIS, Georgios, «Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts», *ZStW*, (84), 1972, pp. 447 y ss.
- MANSEL, Heinz-Peter, «Eigen- und Fremdverantwortung im Haftungsrecht – zu den außerjuristischen Triebkräften der Haftungsverschärfung», en GOTTWALD (ed.), *Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 2000, pp. 425 y ss.
- MAÑALICH, Juan Pablo, *Norma, causalidad y acción: una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultados puros*, Madrid, 2014.
- EL MISMO, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *REJ*, (12), 2010, pp. 169 y ss.
  - EL MISMO, *Nötigung und Verantwortung: rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Baden-Baden, 2009.
- MARCUS, Ruth Barcan, «Moral Dilemmas and Consistency», en GOWANS (ed.), *Moral Dilemmas*, New York, 1987, pp. 188 y ss.
- MARTÍN CASALS, Miquel, «Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”», *InDret*, (2), 2005, pp. 1 y ss.
- MARTÍNEZ CANTÓN, Silvia, *La ponderación en el estado de necesidad*, León, 2006.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, «Pobreza, estado de necesidad y prevención general los "correos de la cocaína" y el tribunal supremo Español», CUERDA RIEZU (dir.), *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos: IX Jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las universidades de Madrid*, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8. 9 y 10 de marzo de 2005, Madrid, 2006, pp. 229 y ss.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, «The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights», *Law and Philosophy*, (30), 2011, pp. 729 y ss.
- EL MISMO, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, 2007.

- MARUENDA PAULINO, A., «Clasificación de las víctimas. Triage. Fichas de evaluación», en ÁLVAREZ LEIVA et al. (eds.), *Manual de Asistencia Sanitaria en las Catástrofes*, Madrid, 1992, pp. 309 y ss.
- MAURACH, Reinhart, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbüttel, 1948.
- EL MISMO, *Kritik der Notstandslehre*, Berlin, 1935.
- MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, v. I, 8ª ed., Heidelberg, 1992.
- MAYER, Hellmuth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1953.
- MAYORDOMO RODRIGO, Virginia, «Un supuesto de colisión de deberes: la obligación de denunciar y el mantenimiento del secreto profesional», *AP*, (33), 2002, pp. 835 y ss.
- MCINTYRE, Alison, «Guilty Bystanders? On the Legitimacy of Duty to Rescue Statutes», *Philosophy & Public Affairs*, (2), 1994, pp. 157 y ss.
- MEDER, Stephan, *Schuld, Zufall, Risiko: Untersuchungen struktureller Probleme privatrechtlicher Zurechnung*, Frankfurt am Main, 1993.
- EL MISMO, «Risiko als Kriterium der Schadensverteilung», *JZ*, (11), 1993, pp. 539 y ss.
- MEIBNER, Andreas, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)*, Berlin, 1990.
- MENDELSSOHN, Moses, *Jerusalem o Acerca de poder religioso y judaísmo*, traducción de Monter Pérez, Barcelona, 1991.
- MERKEL, Adolf, *Kriminalistische Abhandlungen. Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, Leipzig, 1867.
- MERKEL, Rudolf, *Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen: im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in zweiter Lesung*, Straßburg, 1895.
- MERKEL, Reinhard, «Die chirurgische Trennung sogenannter siamesischer Zwillinge», en ROXIN/SCHROTH (ed.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4ª ed., 2010, pp. 603 y ss.
- EL MISMO, «§ 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?», *JZ*, (8), 2007, pp. 373 y ss.
  - EL MISMO, *Forschungsobjekt Embryo: verfassungsrechtliche und ethische Grundlagen der Forschung an menschlichen embryonalen Stammzellen*, München, 2002.
  - EL MISMO, «Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht», *ZStW*, (114), 2002, pp. 437 y ss.
  - EL MISMO, *Frühethanasie: rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin*, Baden-Baden, 2001.
  - EL MISMO, «La filosofía, ¿«Convidada de piedra» en el debate del Derecho penal?», en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada 2000.
- MEZGER, Edmund, «Die subjektiven Unrechtselemente», *GS*, (89), 1924, pp. 207 y ss.
- EL MISMO, «Gerechtigkeit und soziale Ordnung in evangelischer Sicht», en *Zur Politischen Predigt: Aus der Vorbereitungsarbeit des Evang.-Luth. Dekanats München zur Tagung des Lutherischen Weltbundes in Hannover*, München, 1952, pp. 18 y ss.
- MIETH, Corinna, *Positive Pflichten: Über das Verhältnis von Hilfe und Gerechtigkeit in Bezug auf das Weltarmutproblem*, Berlin, 2012.
- MIKUS, Rudolf Alexander, *Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts*, Berlin, 2002.
- MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, traducción de Pablo de Azcárate, Madrid, 2001.

- EL MISMO, *El Utilitarismo*. Un sistema de la lógica, traducción y notas de Esperanza Guisán, Madrid, 1984.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Barcelona, 2015.
- EL MISMO, *Estado, pena y delito*, Montevideo, 2006.
  - EL MISMO, «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», *RECPC*, (06-02), 2004, pp. 1 y ss.
  - EL MISMO, *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª ed., Buenos Aires, 2002.
  - EL MISMO, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», *ADPCP*, 1988, pp. 661 y ss.
  - EL MISMO, «Problemas de estado de necesidad en el art. 8.7º CP», en MIR PUIG et al. (eds.), *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Barcelona, 1983, pp. 501 y ss.
- MITSCH, Wolfgang, «Flugzeugabschüsse und Weichenstellungen», *GA*, 2006, pp. 11 y ss.
- EL MISMO, «„Nantucket Sleighride" - Der Tod des Matrosen Owen Coffin», en HEINRICH (ed.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 2004, pp. 49 y ss.
  - EL MISMO, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, Hamburg, 2004.
- MOLINA BLÁZQUEZ, María Concepción, «El artículo 195.3 del Código Penal de 1995: problemas de aplicación», *RDPC*, (4), 1999, pp. 555 y ss.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, «Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (ed.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, 2006, pp. 373 y ss.
- EL MISMO, «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura?», en CUERDA RIEZU (dir.), *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos: IX Jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005*, Madrid, 2006, pp. 265 y ss.
  - EL MISMO, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001.
  - EL MISMO, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica», *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 57 y ss.
  - EL MISMO, «El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», *RDPC*, (1), 2000, pp. 199 y ss.
  - EL MISMO, «Capítulo V. Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria», en BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, v. II, Madrid, 1998, pp. 139 y ss.
- MOMSEN, Carsten, «§ 34», en HEINTSCHEL-HEINEGG (ed.), *Beck'scher Online-Kommentar StGB*, 10. 09. 2015, edición 28.
- EL MISMO, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, Baden-Baden, 2006.
- MOMMSEN, Friedrich, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse: Beiträge zum Obligationenrecht- 1*, Braunschweig, 1853.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, «Einwirkung einer Garantenstellung auf die Reichweite von Rechtfertigungsgründen», *GA*, (11), 2013, pp. 641 y ss.
- MOORE, Michael S., *Placing blame: a general theory of the criminal law*, Oxford, 1997.
- MORITZ, Manfred, «Verpflichtung und Freiheit», *Theoria*, (19), 1953, pp. 131 y ss.
- MOTHERSILL, Mary, «The Moral Dilemmas Debate», en MASON (ed.), *Moral Dilemmas and Moral Theory*, New York, 1996, pp. 66 y ss.
- MÜLLER, Thomas, *Die Lehre vom rechtsfreien Raum im Lichte des Suizids: eine strafrechtsdogmatische, rechts- und moralphilosophische Studie am Grenzbereich des Rechts*, Aachen, 1999.
- MÜNZBERG, Wolfgang, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt a. M., 1966.

MURMANN, Uwe, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 2<sup>a</sup> ed., München, 2013.

- EL MISMO, «Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten beider Verhaltensnormkonturierung», en PUTZKE (ed.), Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar, Tübingen, 2008.

MURPHY, Jeffrie G., «The Killing of the Innocent», en EL MISMO, *Retribution, Justice and Therapy*, Dordrecht, 1979, pp. 3 y ss.

MURSWIEK, Dietrich, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik: verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung*, Berlin, 1985.

MÜSSIG, Bernd, «§ 35», en JOECKS/MIEBACH (eds.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, v. I, 2<sup>a</sup> ed., München, 2011.

- EL MISMO, *Mord und Totschlag: Vorüberlegungen zu einem Differenzierungsansatz im Bereich des Tötungsunrechts*, Köln, 2005.

NAGEL, Thomas, «The Fragmentation of Value», en GOWANS (ed.), *Moral Dilemmas*, New York, 1987, pp. 174 y ss.

NAGLER, Johannes, «Der Begriff der Rechtswidrigkeit», en HEGLER (ed.), Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, v. I, 1930, pp. 339 y ss.

- EL MISMO, «Der heutige Stand der Rechtswidrigkeit», en EL MISMO (ed.), Festschrift für Karl Binding, v. II, Leipzig, 1911, pp. 273 y ss.

NAUCKE, Wolfgang, Strafrecht: eine Einführung, 10<sup>a</sup> ed., Neuwied, 2012.

NAVARRETE URIETA, José María, «La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, (3), 1959, pp. 419 y ss.

NELSON, Leonard, *Kritik der praktischen Vernunft*, v. I, Leipzig, 1917.

NEUBACKER, Friedrich Karl, *Zwang und Notstand in rechtsvergleichender Darstellung*, Leipzig, 1910.

NEUMANN, Ulfrid, «Necessity/Duress», en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *Handbook of Criminal Law*, Oxford, 2014.

- EL MISMO, «§ 34», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (ed.), Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch, v. I, 4<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, 2013.

- EL MISMO, «Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Notstands“ auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Baden-Baden, 2013, pp. 155 y ss.

- EL MISMO, «Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen», en SCHÜNEMANN (ed.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin, 2001, pp. 421 y ss.

- EL MISMO, «Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?», en PRITTWITZ/MANOLEDAKIS (eds.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende: Deutsch-Griechisches Symposium*, Baden-Baden, 2000, pp. 119 y ss.

- EL MISMO, «Schrifttum: Andreas Hoyer, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann», *GA*, 1999, pp. 443 y ss.

- EL MISMO, «Die Moral des Rechts. Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral», *JRE*, (2), 1994, pp. 81 y ss.

NINO, Carlos, *Fundamentos de Derecho penal*, Buenos Aires, 2008.

- EL MISMO, *Introducción al análisis del Derecho*, 10<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2001.

- NOLL, Peter, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe* im besondern die Einwilligung des Verletzten, Basel, 1955.
- NOWAKOWSKI, Friedrich, «Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit», *ZStW*, (63), 1951, pp. 287 y ss.
- NUSSBAUM, Martha C., *La fragilidad del bien*. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega, 2ª edición, traducción de Antonio Ballesteros, Madrid, 2004.
- ODENDAHL, Kerstin, «Der Umgang mit Unbeteiligten im Recht der Gefahrenabwehr: Das Luftsicherheitsgesetz als verfassungsgemässer Paradigmenwechsel?», *Die Verwaltung*, (38), 2005, pp. 425 y ss.
- OETKER, Friedrich, «Notwehr und Notstand», Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, v. I, reimp. edición Tübingen 1930, Aalen, 1969, pp. 359 y ss.
- EL MISMO, «Notwehr und Notstand», en BIRKMEYER et al. (eds.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, v. II, Berlin, 1908, pp. 255 y ss.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo, «Artículo 20.7», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, v. II, Madrid, 1999, pp. 498 y ss.
- ORTEGA DEBALLON, Iván M<sup>a</sup>., «"Triage" en los atentados del 11-M. Análisis ético y legal», *Revista Electrónica de Medicina Intensiva*, (5), mayo de 2004. (<http://remi.uninet.edu/2004/05/REMIA018.htm>)
- ORTEGA DEBALLON, Iván M<sup>a</sup>/RODRÍGUEZ-ARIAS VAILHEN, David/DE LA PLAZA HORCHE, Edurne, «Donación en asistolia en emergencias versus reanimación cardiopulmonar no convencional: ¿obtenemos órganos o intentamos salvar vidas?», *Emergencias*, (24), 2012, pp. 488 y ss.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, «Caso de los psiquiatras en el III Reich» en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, (ed.), *Casos que hicieron doctrina* en el Derecho penal, Madrid, 2011, pp. 177 y ss.
- EL MISMO, «De moscas y agresores muertos: Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo», *InDret*, (3), 2008, pp. 1 y ss.
- OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., Berlin, 2004.
- EL MISMO, «Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlich gleichrangiger Interessen», *JUR4*, (7), 2005, pp. 470 y ss.
  - EL MISMO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 1ª ed., Hamburg, 1965. [2ª ed., 1974 y 3ª ed., 1978]
- PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado*; estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera, Madrid, 2000.
- PAEFFGEN, Hans-Ullrich, «Vor §§ 32 ff», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (ed.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, v. I, 4ª ed., Baden-Baden, 2013.
- PALERMO, Omar, *La Legítima defensa: una revisión normativista*, Barcelona, 2006.
- PARFIT, Derek, «Gleichheit und Vorrangigkeit», en KREBS (ed.), *Gleichheit oder Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, 2000, pp. 81 y ss.
- EL MISMO, «Innumerate Ethics», *Philosophy and Public Affairs*, (6), 1977, pp. 285 y ss.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria/COCA VILA, Ivó «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? Un análisis dogmático a la luz del art. 252 del Proyecto de Reforma del Código Penal de 4 de Octubre de 2013», *InDret*, (1), 2015, pp. 1 y ss.
- PAWLIK, Michael, «Las competencias del ciudadano», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *El injusto del ciudadano*, Barcelona, 2016, en prensa.
- EL MISMO, «Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática», *InDret*, (4), 2015, pp. 1 y ss.



- EL MISMO, «Selbstbestimmtes Sterben: Für eine teleologische Reduktion des § 216 StGB», en ALBRECHT (ed.), Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, Berlin, 2015, pp. 407 y ss.
  - EL MISMO, «Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes», *JRE*, (22), 2014, pp. 137 y ss.
  - EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen, 2014.
  - EL MISMO, «„Erlaubte aktive Sterbehilfe? Neuere Tendenzen in der Auslegung von § 216 StGB», en ZÖLLER (ed.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013.
  - EL MISMO, «Hegel y la racionalidad de lo real», en EL MISMO, *La libertad institucionalizada*. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal, Madrid, 2010, pp. 15 y ss.
  - EL MISMO, ««¿El paso más importante de la dogmática de la última generación?». Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en Derecho penal», en EL MISMO, *La libertad institucionalizada*. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal, Madrid, 2010, pp. 109 y ss.
  - EL MISMO, «El funcionario policial como garante de impedir delitos», *InDret*, (1), 2008, pp. 1 y ss.
  - EL MISMO, «§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?», *JZ*, (21), 2004, pp. 1045 y ss.
  - EL MISMO, «Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte», *GA*, 2003, pp. 12 y ss.
  - EL MISMO, *Der rechtfertigende Notstand: zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Berlin, 2002.
  - EL MISMO, «Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils: Bemerkungen zur Lehre von den Garantienpflichten», en SCHÜNEMANN (ed.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin, 2001, pp. 931 y ss.
  - EL MISMO, «Kant und das Pathos der Form», en BAHNERS/ROELLECKE (ed.), *Preussische Stile*. Ein Staat als Kunststück, Stuttgart, 2001, pp. 207 y ss.
  - EL MISMO, *Das unerlaubte Verhalten*, Köln, 1999.
  - EL MISMO, «Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur», *GA*, 1995, pp. 360 y ss.
- PELCZYNSKI, Zbigniew A., «La concepción hegeliana del Estado», en AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, Madrid, 1989, pp. 249 y ss.
- PEÑA-WASAFF, Silvia, *Der entschuldigende Notstand*, Tübingen, 1979.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Estudios sobre el delito de asesinato*, Montevideo, 2014.
- EL MISMO, «La pena: nociones generales», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Introducción al Derecho penal*, Madrid, 2011, pp. 221 y ss.
  - EL MISMO, «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (ed.), *Derecho y justicia penal en el Siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid, 2006, pp. 411 y ss.
  - EL MISMO, *Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*, Madrid, 1991.
- PEPERZAK, Adriaan, «Los fundamentos de la ética según Hegel», AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, Madrid, 1989, pp. 93 y ss.
- PERDOMO-TORRES, Jorge F., *Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand*, Baden-Baden, 2011.

- EL MISMO, «Das Begehen durch Unterlassen im positiven Recht», en PAWLIK (ed.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli, Köln, 2007.
  - EL MISMO, *La problemática de la posición de garante* en los delitos de comisión por omisión: la contribución de la filosofía del derecho de Hegel a la solución, Bogotá, 2001.
- PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, «La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproductivo», *CPC*, (56), 1995, pp. 623 y ss.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Conciencia y derecho penal: límites a la eficacia del derecho penal en comportamientos de conciencia*, Granada, 1994.
- PERRON, Walter, «§ 34 », en ESER (ed.), Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 29ª ed., München, 2014.
- EL MISMO, «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im Deutschen Strafrecht», en ESER/PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*. Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtssymposium 1990, v. III, Freiburg im Breisgau, 1991, pp. 97 y ss.
- PETERS, Karl, «Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen», *JR*, 1949, pp. 496 y ss.
- EL MISMO, «Die Tötung von Menschen in Notsituationen», *JR*, 1950, pp. 742 y ss.
- PETROCELLI, Biagio, «Riesame degli elementi del reato», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1963, pp. 337 y ss.
- VON DER PFORDTEN, Dietmar, «Zur Rechtfertigung von Hilfeleistungspflichten», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Baden-Baden, 2013, pp. 103 y ss.
- EL MISMO, *Rechtsethik*, 2ª ed., München, 2011.
  - EL MISMO, *Normative Ethik*, Berlin, 2010.
- PHILIPPS, Lothar, *Der Handlungsspielraum: Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, Frankfurt, 1974.
- EL MISMO, «Sinn und Struktur der Normlogik», *ARSP*, (52), 1966, pp. 195 y ss.
- PIEROTH, Bodo/SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte Staatsrecht II*, 15ª ed., Heidelberg, 1999.
- PIPPIN, Robert B., *Hegel's Practical Philosophy: Rational Agency as Ethical Life*, Cambridge, 2008.
- POELZIG, Dörte/THOLE, Christoph, «Kollidierende Geschäftsleiterpflichten», *ZGR*, (5), 2010, pp. 836 y ss.
- POPPE, Andreas, *Die Akzessorietät der Teilnahme: eine kritische Analyse der dogmatischen Grundlagen*, Frankfurt am Main, 2011.
- POSCHER, Ralf, «"Die Würde des Menschen ist unantastbar"», *JZ*, (15-16), 2004, pp. 756 y ss.
- PRIESTER, Jens-Michael, «Rechtsfreier Raum und strafloser Schwangerschaftsabbruch», en HAFT (ed.), *Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, pp. 499 y ss.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación», *Dritto e questioni pubbliche*, (2), 2002, pp. 97 y ss.
- PUFENDORF, Samuel von, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers an dem Gesetz der Natur*, edición a cargo de Klaus Luig, Frankfurt am Main, 1994.
- EL MISMO, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, reproducción edición 1682, New York, 1972.
- PUPPE, Ingeborg, «§ 13», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (ed.), *Nomos Kommentar*. Strafgesetzbuch, v. I, 4ª ed., Baden-Baden, 2013.

- EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil: im Spiegel der Rechtsprechung*, 2ª ed., Baden-Baden, 2011.
- QUANTE, Michael, *El concepto de acción en Hegel*, traducción de Barreto González, México D. F., 2010.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «Tirar a matar», *CPC*, (21), 1983, pp. 729 y ss.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., puesta al día por Gimbernat Ordeig, Madrid, 1966.
- RABEL, Ernst, «Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch», en BERNHÖFT (ed.), *Aus römischem und bürgerlichem Recht: Ernst Immanuel Bekker zum 16. August 1907*, Weimar, 1907, pp. 171 y ss.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, «La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas», *InDret*, (4), 2015, pp. 1 y ss.
- RAKOWSKI, Eric, «Taking and Saving Lives», *Columbia Law Review*, (93), 1993, p. 1063 y ss.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo, «La inexigibilidad y los conflictos de intereses como causas de exclusión de la tipicidad», en CARBONELL MATEU (dir.), *La justificación penal: balance y perspectivas*, Valencia, 2008, pp. 175 y ss.
- RAMS ALBESA, Joaquín, *Las obligaciones alternativas*, Cizur Menor, 2012.
- RATERS, Marie-Luise, *Das moralische Dilemma: Antinomie der praktischen Vernunft?*, Freiburg, 2013.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, traducción de María Dolores González, 2ª ed., 7ª reimp., México D.F., 2010.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986.
- REGLERO CAMPOS, Luis Fernando/BUSTO LAGO, José Manuel (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, v. I, 5ª ed., Cizur Menor, 2014.
- RENGIER, Rudolf, «Vor §§ 15, 16», *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3ª ed., München, 2006.
- RENZIKOWSKI, Joachim, «§ 323c», en MATI/RENZIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, München, 2013.
- EL MISMO, «Solidarität in Notsituationen - Ein historischer Überblick von Thomas v. Acquin bis Hegel», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Baden-Baden, 2013, pp. 13 y ss.
- EL MISMO, «Pflichten und Recht – Rechtsverhältnis und Zurechnung», *GA*, 2007, pp. 561 y ss.
- EL MISMO, «Normentheorie und Strafrechtsdogmatik», *ARSP*, (104), 2005, pp. 115 y ss.
- EL MISMO, «Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe», en BYRD (ed.), *Philosophia Practica Universalis: Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2005, pp. 643 y ss.
- EL MISMO, «Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB bei Zahlungsunfähigkeit wegen Vorverschuldens?», en HEINRICH, 2004, pp. 333 y ss.
- EL MISMO, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997.
- EL MISMO, *Notstand und Notwehr*, Berlin, 1994.
- REQUEJO NAVEROS, Mª Teresa, *El Delito de revelación de secreto médico y la protección penal de la información genética*, Madrid, 2006.
- RESCHER, Nicholas, *Ethical idealism: an inquiry into the nature and function of ideals*, Berkeley, 1987.
- EL MISMO, «Choice Without Preference: A Study of the History and of the Logic of the Problem of “Buridan’s Ass”», *Kant-Studien*, (51), 1960, pp. 142 y ss.

- RIEDEL, Manfred, «El concepto de la «sociedad civil» en Hegel y el problema de su origen histórico», en AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, Madrid, 1989, pp. 195 y ss.
- RIGGI, Eduardo Javier, *Interpretación y ley penal: un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, Barcelona, 2010.
- RINCK, Klaus, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, Berlin, 2000.
- RITTER, Joachim, «Moralidad y eticidad. Sobre la confrontación de Hegel con la ética kantiana», en AMENGUAL COLL (ed.), *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, 1989, Madrid, pp. 121 y ss.
- ROBBERS, Gerhard, *Sicherheit als Menschenrecht: Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*, Baden-Baden, 1987.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, «La «teoría de la imputación objetiva»: algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro», en FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas, Barcelona, 2015, pp. 20 y ss.
- EL MISMO, «Sobre la exclusión del injusto penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico, Buenos Aires, 2014, pp. 185 y ss.
  - EL MISMO, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, 2014, pp. 103 y ss.
  - EL MISMO, «Dogmática de los límites al Derecho penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, 2014, pp. 27 y ss.
  - EL MISMO, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, 2014, pp. 131 y ss.
  - EL MISMO, ROBLES PLANAS, «Deberes de solidaridad», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, 2014, pp. 93 y ss.
  - EL MISMO, «La identidad de la dogmática jurídico-penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, 2014, pp. 3 y ss.
  - EL MISMO, «La construcción del sistema del delito en la "Aproximación al derecho penal contemporáneo"», en ROBLES PLANAS/SÁNCHEZ OSTIZ GUTIÉRREZ (eds.), *La crisis del derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 2011, pp. 39 y ss.
  - EL MISMO, «Caso del Leinenfänger», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (ed.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, Madrid, 2011, pp. 111 y ss.
  - EL MISMO, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», en LUZÓN PEÑA (ed.), *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, pp. 445 y ss.
  - EL MISMO, «Zwischen Beihilfe zur Tat und unterlassene Hilfeleistung», *GA*, 2008, pp. 18 y ss.
  - EL MISMO, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, 2007.
  - EL MISMO, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Madrid, 2003.
- RÖDIG, Jürgen, *Einführung in eine analytische Rechtslehre*, Berlin, 1986.
- EL MISMO, «Zur Problematik des Verbrechenbaus», en WARDA (ed.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1976, pp. 39 y ss.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, 1966.
- ROLDÁN BARBERO, Horacio, «Estado de necesidad y colisión de intereses», *CPC*, (20), 1983, pp. 469 y ss.
- RÖNNAU, Thomas, «Rechtfertigende Pflichtenollision», *JuS*, (2), 2013, pp. 113 y ss.
- EL MISMO, «Vor § 32», en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar: Großkommentar*, v. II, 12ª ed., Berlin, 2006.

- EL MISMO, *Willensmängel bei der Einwilligung* im Strafrecht, Tübingen, 2001.
- RÖNNAU, Thomas/HOHN, Kristian «§ 32», en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar: Großkommentar*, v. II, 12ª ed., Berlin, 2006.
- ROPERO CARRASCO, Julia, *La Provocación del estado de necesidad en derecho penal: provocación de situaciones de riesgo en el tráfico automovilístico y otros estados de conflicto*, Granada, 2002.
- ROBNER, Hans-Jürgen, *Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes* bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten: eine medizinrechtliche Studie mit vergleichenden Betrachtungen des nordamerikanischen Rechts, Frankfurt am Main, 1998.
- ROSS, W. D., *Lo correcto y lo bueno*, traducción de Leonardo Rodríguez, Salamanca, 1994.
- ROSSENAU, Henning, «Vor §§ 32 ff.», en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (eds.), *StGB - Strafgesetzbuch Kommentar*, 2ª ed., Köln, 2014.
- RÖTTGER, Wolfgang, *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss nach den finalistischen Straftatlehren und nach einer materialen Konzeption*, Berlin, 1993.
- ROXIN, Claus, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania», *InDret*, (4), 2012, pp. 1 y ss.
- EL MISMO, «Der Abschuss gekaperter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben», *ZIS*, (6), 2011, pp. 555 y ss.
  - EL MISMO, *Strafrecht. Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, v. I, 4ª ed., München, 2006.
  - EL MISMO, *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducción de Muñoz Conde, 2ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, 2006.
  - EL MISMO, *Strafrecht. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, v. II, München, 2003.
  - EL MISMO, »Die strafrechtliche Verantwortlichkeit zwischen Können und Zumutbarkeit«, en KREUZER et al. (eds.), *Fühlende und denkende Kriminalwissenschaften. Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck*, Mönchengladbach, 1999, pp. 385 y ss.
  - EL MISMO, «Otras causas de justificación y exculpación en el Derecho penal alemán», en ESER/GIMBERNAT/PERRON (eds.), *Justificación y exculpación en Derecho penal* (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal), Madrid, 1995, pp. 219 y ss.
  - EL MISMO, «Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen», *JuS*, 1988, pp. 425 y ss.
  - EL MISMO, «Notstandsähnliche Lage – ein Strafunrechtsausschließungsgrund?», en HERZBERG (ed.), *Festschrift für Dietrich Oehler: zum 70. Geburtstag*, Köln, 1985, pp. 181 y ss.
  - EL MISMO, «Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand», en VOGLER et al. (eds.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, v. I, Berlin, 1985, pp. 457 y ss.
- RUBIO LARA, Pedro Ángel, *Denegación de auxilio por funcionario público: Código penal, art. 412, párrafo tercero*, Madrid, 2006.
- RUDOLPH, Tobias, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht: der Vorrang von ex-ante-Betrachtungen gegenüber ex-post-Betrachtungen bei der strafrechtlichen Zurechnung*, Berlin, 2006.
- RUDOLPHI, Joachim, «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht. Ein Beitrag zur Funktion, Struktur und den Prinzipien der Rechtfertigung», en DORNSEIFER (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, pp. 371 y ss.
- RUDOLPHI, Joachim/STEIN, Ulrich, «Vor § 13», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: SK-StGB*, v. I, Allgemeiner Teil (§§ 1 - 79 b), 8ª ed., ent. 119, septiembre de 2009, Köln.
- RUEDA MARTÍN, M.ª Ángeles, «¿Participación por omisión?», *Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Barcelona, 2013.

- RUEDA MARTÍNEZ, José Alejo, «Artículo 806 y ss.», en BALDÓ DEL CASTAÑO/RUEDA MARTÍNEZ (eds.), *Comentarios al Código de comercio: doctrina y jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, v. III, Barcelona, 2002, pp. 1993 y ss.
- RÜMELIN, Max, *Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht*, Freiburg, 1896.
- RÜTHERS, Bernd/FISCHER, Christian/BIRK, Axel, *Rechtstheorie: mit juristischer Methodenlehre*, 7ª ed., München, 2013.
- SABINE, George H., «Hegel: dialéctica y nacionalismo», *Historia de la teoría política*, traducción de Vicente Herrero, 3ª ed., México, 1965, pp. 456 y ss.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José A., «Artículo 20.5», en COBO DEL ROSAL (dir.) *Comentarios al Código Penal*, v. II, Artículos 19 a 23, Madrid, 1999.
- SALDAÑA, Quintiliano, *Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870. Infracción y responsabilidad (Artículos 1 a 7)*, v. I, Madrid, 1920.
- SAMSON, Erich, «§ 34», en RUDOLPHI (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: SK-StGB*, v. I, Allgemeiner Teil (§§ 1 - 79 b), 7ª ed., ent. 31, septiembre de 1999, Köln.
- EL MISMO, «Begehung und Unterlassung», en STRATENWERTH (ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März*, Berlin, 1974, pp. 579 y ss.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, «¿Incumbencias en Derecho Penal?.- Depende», *InDret*, (1), 2015, pp. 1 y ss.
- EL MISMO, *Fundamentos de política criminal*, Un retorno a los principios, Madrid, 2012.
  - EL MISMO, «La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?», *InDret*, (1), 2014, pp. 1 y ss.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002.
- SANDEL, Michael, «Solidarität», *Transit*, (44), 2013, pp. 103 y ss.
- EL MISMO, *Justicia: ¿Hacemos lo que debemos?*, traducción de Campos Gómez, Barcelona, 2011.
- SANGENSTEDT, Christof, *Garantenstellung und Garantienpflicht von Amtsträgern: zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantienhaftung*, Frankfurt am Main, 1989.
- SARTRE, Jean-Paul, *El existencialismo es un humanismo*, traducción de Victoria Prati de Fernández; introducción de José María Ortega Ortiz, Barcelona, 1984.
- SATZGER, Helmut, «Die rechtfertigende Pflichtenkollision», *JURA*, (10), 2010, pp. 753 y ss.
- SAUER, Wilhelm, *Juristische Methodenlehre: zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften*, Stuttgart, 1940.
- EL MISMO, *Grundlagen des Strafrechts: nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie*, Berlin, 1921.
- SCANLON, Thomas, *Lo que nos debemos unos a otros: ¿qué significa ser moral?*, traducción de Weikert García, Barcelona, 2003.
- SCHEEL, Eva, *Die Übergesetzlichen Unrechts-, Schuld- und Strafausschliessungsgründe: eine kritische Untersuchung der in den sogenannten Ärzteprozessen ergangenen höchstrichterlichen Entscheidungen*, Frankfurt am Main, 1957.
- SCHEFFLER, Samuel (ed.), *Consequentialism and its Critics*, Oxford, 1998.
- SCHEID, Georg Maria, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt: (unter besonderer Berücksichtigung der Abwägung Leben gegen Leben)*, Aachen, 2000.

- SCHIAMANN, Gottfried, «Das allgemeine Schädigungsverbot: „alterum non laedere“», *JuS*, (5), 1989, pp. 345 y ss.
- SCHILD, Wolfgang, «Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raums», *JA*, 1978, pp. 449 y ss.
- SCHILLING, Otto, *Grundriss der Moralthologie*, 2ª ed., Friburgi Brisgoviae, 1949.
- SCHLEHOFER, Horst, «Vor §§ 32 ff.», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, v. I, 2ª ed., München, Beck.
- SCHMALZ, Theodor von, *Das Recht der Natur*, v. I, Königsberg, 1795. Disponible online: Halle, Saale: Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt, 2015.
- SCHMID, Eberhard, «Das Reichsgericht und der „übergesetzliche Notstand“», *ZStW*, (49), 1929, pp. 350 y ss.
- SCHMID, Carl Christian Erhard, *Grundriss der Moralphilosophie für Vorlesungen*, 2ª ed., Jena, 1800.
- EL MISMO, *Grundriss der Moralphilosophie: für Vorlesungen*, Jena, 1793.
  - EL MISMO, *Versuch einer Moralphilosophie*. Zweyte, vermehrte Ausgabe. Jena, 1792.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Strafrecht: Lehrbuch*, Tübingen, 1970.
- SCHMIDT, Eberhard, «Anmerkung OGH f. d. Brit. Zone, Urteil v. 5.3.49 – StS», *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, (4), 1949, pp. 559 y ss.
- EL MISMO, «Das Reichsgericht und der „übergesetzliche Notstand“», *ZStW*, (49), 1929, pp. 350 y ss.
- SCHMIDT, Konrad, *Die Interessen- und Pflichtenkollision im Rahmen des § 330c StGB*, Bonn, 1949.
- SCHMITT-LERMANN, Hans, *Der Versicherungsgedanke im deutschen Geistesleben des Barock und der Aufklärung*, München, 1954.
- SCHMITZ, Jörg L., *Rechtfertigender Notstand bei internen Interessenkollisionen*, Berlin, 2013.
- SCHROTH, Ulrich, *Vorsatz und Irrtum*, München, 1998.
- SCHRAMM, Annina, *Haftung für Tötung: eine vergleichende Untersuchung des englischen, französischen und deutschen Rechts zur Fortentwicklung des deutschen Haftungsrechts in Tötungsfällen*, Tübingen, 2010.
- SCHÜNEMANN, Bernd, «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung», en NEUMANN et al. (eds.), *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns Tagung 10. bis 11. Mai 2003 in München*, *ARSP-B*, (100), Stuttgart, 2005, pp. 145 y ss.
- EL MISMO, «Las reglas de la técnica en Derecho penal», *ADPCP*, 1994, traducción de Cancio Meliá y Pérez Manzano, pp. 307 y ss.
  - EL MISMO, «Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen», *ZStW*, (96), 1984, pp. 287 y ss.
  - EL MISMO, «Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?», en GRÜNWARD (ed.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein: zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1975.
  - EL MISMO, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, 1971.
- SEEBAB, Gottfried, «Handlungstheoretische Aspekte der Fahrlässigkeit», *JRE*, (2), 1994, pp. 375 y ss.
- SEELMANN, Kurt, *Rechtsphilosophie*, 5ª ed., München, 2010.
- EL MISMO, «Nichtstun als Straftat: Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte», *SchwZstr*, (125), 2007, pp. 262 y ss.
  - EL MISMO, «§ 13», en NEUMANN (ed.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1ª ed., Baden-Baden, 1999, nm. 71 y ss.

- EL MISMO, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion: Hegels Straftheorien*, Freiburg, 1995.
- EL MISMO, «"Unterlassene Hilfeleistung" oder: Was darf das Strafrecht?», *JuS*, (4), 1995, pp. 281 y ss.
- EL MISMO, «Solidaritätspflichten im Strafrecht?», en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, 1991, pp. 295 y ss.
- EL MISMO, «Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik», *GA*, 1989, pp. 241 y ss.
- EL MISMO, *Das Verhältnis von Paragraph 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, Heidelberg, 1978.

SEIDL, Horst, «Möglichkeit», en RITTER/GRÜNDER (eds.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, v. VI, MO – O, Basel, 1984.

SELLMAIER, Stephan, *Ethik der Konflikte: über den angemessenen Umgang mit ethischem Dissens und moralischen Dilemmata*, 2ª ed., Stuttgart, 2011.

SIEGERT, Karl, *Notstand und Putativnotstand*, Tübingen, 1931.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «¿Responsabilidad individual o responsabilidad social en el delito?», en EL MISMO, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Montevideo, 2015, pp. 125 y ss.

- EL MISMO, «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?», *InDret*, (3), 2014, pp. 1 y ss.
- EL MISMO, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., Montevideo, 2012.
- EL MISMO, «Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación», en HORMAZÁBAL MALARÉE (ed.), *Estudios de derecho penal: en memoria del prof. Juan José Bustos Ramírez*, Barcelona, 2011, pp. 215 y ss.
- EL MISMO, «Strukturen der Zurechnung bei den Straftaten gegen die Umwelt», en HASSEMER et al. (eds.), *In dubio pro libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, pp. 755 y ss.
- EL MISMO, «Kant, el Derecho y el "caso de las siamesas"», en EL MISMO, *Tiempos de Derecho penal*, Buenos Aires, 2009, pp. 110 y ss.
- EL MISMO, «Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización», en DA COSTA ANDRADE (ed.), *Estudos em homenagem ao prof. doutor Jorge de Figueiredo Dias*, v. II, Coimbra, 2009, pp. 979 y ss.
- EL MISMO, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», *InDret*, (2), 2007, pp. 1 y ss.
- EL MISMO, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en JORGE BARREIRO (ed.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Pamplona, 2005, pp. 1007 y ss.
- EL MISMO, *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima, 2004.
- EL MISMO, *El Delito de omisión: concepto y sistema*, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2003.
- EL MISMO, *Normas y acciones en Derecho penal*, Buenos Aires, 2003.
- EL MISMO, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en SCHÜNEMANN (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, pp. 641 y ss.
- EL MISMO, «Sobre las actuaciones en una «situación de necesidad» que no implican deberes de tolerancia», en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (eds.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, 1999, pp. 155 y ss.



- EL MISMO, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código penal», en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, (4), Madrid, 1999, pp. 153 y ss.
  - EL MISMO, «Art. 11», en COBO DEL ROSAL (ed.), *Comentarios al código penal*, v. I, Madrid, 1999, pp. 441 y ss.
  - EL MISMO, «La comisión por omisión», en ASÚA BATARRITA (ed.), *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Bilbao, 1998, pp. 37 y ss.
  - EL MISMO, «La regulación de la «comisión por omisión» (Artículo 11)», en EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pp. 51 y ss.
  - EL MISMO, «Aspectos de la comisión por omisión fundamento y formas de intervención: El ejemplo del funcionario penitenciario», *CPC*, (38), 1989, pp. 367 y ss.
  - EL MISMO, «Problemas del tipo de omisión del deber de socorro (Comentario a la STS de 27 de abril de 1987, ponente Díaz Palos)», *ADPCP*, 1988, pp. 573 y ss.
  - EL MISMO, «La responsabilidad penal del médico por omisión», *La Ley*, (1), 1987, pp. 955 y ss.
  - EL MISMO, «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», *ADPCP*, 1982, pp. 663 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/BALDÓ LAVILLA, Francisco/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales: parte general*, 2ª ed., Barcelona, 1997.
- SILVELA, Luis, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, v. II, 2ª ed., Madrid, 1903.
- SIMMEL, Georg, Gesamtausgabe in 24 Bänden: Band 4: *Einleitung in die Moralphilosophie. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe*, v. II, 1ª ed., Frankfurt am Main, 1991.
- SINGER, Marcus G., «Negative and positive duties», *The Philosophical Quarterly*, (15), 1965, pp. 97 y ss.
- SINGER, Peter, *Salvar una vida: Cómo terminar con la pobreza*, traducción por García Pérez, Buenos Aires, 2012.
- EL MISMO, *Ética práctica*. Traducción de la segunda edición del original a cargo de Herrera Bonet, Madrid, 2009.
  - EL MISMO, «Famine, Affluence, and Morality», *Philosophy and Public Affairs*, (1), 1972, pp. 229 y ss.
- SINN, Arndt, «Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 III Luftsicherheitsgesetz – rechtmäßig?», *NStZ*, (11), 2004, pp. 585 y ss.
- SINNOTT-ARMSTRONG, «Moral Dilemmas and Incomparability», *American Philosophical Quarterly*, (4), 1985, pp. 321 y ss.
- SLOTE, Michael, *The Impossibility of perfection: Aristotle, Feminism, and the complexities of ethics*, Oxford, 2011.
- SMART, John Jamieson Carswell/WILLIAMS, Bernard, *Utilitarianism for & against*, Cambridge, 2008.
- SMITH, Patricia, *Liberalism and Affirmative Obligation*, Oxford, 1998.
- SÓFOCLES, *Antígona*, presentación de María Rosa Lida; traducción de Assela Alamillo, Madrid, 2014.
- SOLA RECHE, Esteban, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Granada, 1999.
- SOLER, W./GÓMEZ MUÑOZ, M./BRAGULAT, E./ÁLVAREZ, A., «El triaje: herramienta fundamental en urgencias y emergencias», *Anales Sis San Navarra*, (33), 2010, pp. 55 y ss.
- SOMLÓ, Felix, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, 1917.
- SPENDEL, Günter, «Luftsicherheitsgesetz und Bundesverfassungsgericht», *RP*, (1), 2006, pp. 131 y ss.
- EL MISMO, «§ 323c», en BURKHARD (ed.), *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar: Großkommentar*, v. VIII, 11ª ed., Berlin, 2005.

- EL MISMO, «Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund», en BOCKELMANN (ed.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main, 1969, pp. 511 y ss.
- SPINOZA, Benedictus de, *Ética: demostrada según el orden geométrico*, Madrid, 1998.
- STAMMLER, Rudolf, *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes: unter Berücksichtigung der Quellen des früheren gemeinen Rechts und der modernen Gesetzgebungen, namentlich des Strafgesetzbuches für das deutsche Reich*, Erlangen, 1878.
- STATMAN, Dāniyyèl, *Moral Dilemmas*, Amsterdam, 1995.
- STOCKHAMMER, Morris, «Ultra posse nemo obligatur», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, (36), 1959, pp. 25 y ss.
- STÜBINGER, Stephan, *Notwehr-Folter und Notstands-Tötung?: Studien zum Schutz von Würde und Leben durch Recht, Moral und Politik*, Göttingen, 2015.
- EL MISMO, «„Not macht erfinderisch“ – Zur Unterscheidungsvielfalt in der Notstandsdogmatik – am Beispiel der Diskussion über den Abschuss einer sog. „Terrormaschine“», *ZStW*, (123), 2011, pp. 403 y ss.
- STUCKI-GALLWOSZUS, Angelika, *Pflichtenkollision von Schweigepflicht und Aufklärungspflicht des Arztes*, Düsseldorf, 1981.
- STRATENWERTH, Günter, «Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt», en VOGLER (ed.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin, v. I, 1985, pp. 285 y ss.
- EL MISMO, *Verantwortung und Gehorsam: zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns*, Tübingen, 1958.
- EL MISMO, «Prinzipien der Rechtfertigung», *ZStW*, (68), 1956, pp. 41 y ss.
- STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar, *Strafrecht, allgemeiner Teil: die Straftat*, 6ª ed., München, 2011.
- STREE/BOSCH, «vor §§ 13 ff.», en ESER (ed.), Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed., München, 2014.
- STRUENSEE, Eberhard, *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, Bonn, 1971.
- TAUREK, John M., «Should the Numbers Count?», *Philosophy and Public Affairs*, (6), 1977, pp. 293 y ss.
- THOMASUS, Christian, *Fundamentos de derecho natural y de gentes*, traducción Rus Rufino y Sánchez Manzano, Madrid, 1994.
- THON, August, *Rechtsnorm und subjectives Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, 1878.
- TIMMERMANN, Jens, «Kantian Dilemmas? Moral Conflict in Kant's Ethical Theory», *AGPh*, (1), 2013, pp. 36 y ss.
- EL MISMO, «The individualist lottery: how people count, but not their numbers», *Analysis*, (64), 2004, pp. 106 y ss.
- EL MISMO, «The Dutiful Lie: Kantian Approaches to Moral Dilemmas», en GERHARDT et al. (eds.), *Kant und die Berliner Aufklärung: Akten des IX. Internationalen Kant-Kongresses*, v. III, Berlin, 2001, pp. 245 y ss.
- TIMPE, Gerhard, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot: Unters. zu d. Paragraphen 23 Abs. 2, 13 Abs. 2, 17 Satz 2, 35 Abs. 1 Satz 2 u. 46 Abs. 3 StGB*, Berlin, 1983.
- TOEPEL, Friedrich, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1992.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, *El Efecto oclusivo entre causas de justificación*, Granada, 2009.

- TORP, Carl, «Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft», *ZStW*, (23), 1903, pp. 84 y ss.
- TRAEGER, Ernst, *Das Notstandsproblem: (mit besonderer Berücksichtigung des übergesetzlichen Notstandes und der Rechtsprechung des Reichsgerichts)*, Marburg, 1932.
- TUGENDHAT, Ernst, «El problema de la eutanasia desde la perspectiva filosófica», en EL MISMO, *Problemas*, Barcelona, 2002, pp. 43 y ss.
- EL MISMO, «Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht», *ARSP*, (14), 1980, pp. 1 y ss.
- VON TUHR, Andreas, *Der Nothstand im Civilrecht*, Heidelberg, 1888.
- UEDA, Kenji, «Suizid und Euthanasie in Kaufmanns „personaler“ Rechtsphilosophie», en NEUMANN et al. (eds.), *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns Tagung 10. bis 11. Mai 2003 in München*, *ARSP-B*, (100), Stuttgart, 2005, pp. 91 y ss.
- ULSENHEIMER, Klaus, «Der Arzt im Konflikt zwischen Heil Auftrag und Selbstbestimmungsrecht des Patienten – in dubio pro vita?», en ARNOLD (ed.), *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München, 2005, pp. 1225 y ss.
- EL MISMO, «Strafbarkeit des Garanten bei Nichtvornahme der einzig möglichen, aber riskanten Rettungshandlung», *JuS*, (5), 1972, pp. 252 y ss.
- UNGER, Peter, *Living High & Letting Die: Our Illusion of Innocence*, New York, 1996.
- VARONA GÓMEZ, Daniel, *Derecho penal y solidaridad: teoría y práctica del mandato penal de socorro*, Madrid, 2005.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, traducción de Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, 1963.
- VIGANÒ, Francesco, *Stato di necessità e conflitti di doveri: contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.
- DE VIZMANOS, Tomás María/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo, *Comentarios al Código penal*, v. I, Madrid, 1848.
- VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993.
- VOGLER, Theo, «Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt», en WARDA (ed.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1976, pp. 265 y ss.
- VOLK, Klaus, «Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme», *Festschrift für Herbert Tröndle zum siebzigsten Geburtstag am 24. August*, Berlin, 1989, pp. 219 y ss.
- VOß, Barbara, *Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht*, Heidelberg, 1999.
- VOSENKUHL, Wilhelm, «Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns», en ROXIN/SCHROTH (eds.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4ª ed., Stuttgart, 2010, pp. 3 y ss.
- EL MISMO, «Die Unableitbarkeit der Moral aus der Evolution», en KOSLOWSKI et al. (eds.), *Die Verführung durch das Machbare: ethische Konflikte in der modernen Medizin und Biologie*, 1983, pp. 141 y ss.
- WACH, Adolf, «Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts», *GS*, (25), 1873, pp. 432 y ss.
- WÄCHTER, Carl Georg, «Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?» *AcP*, (15), 1832, pp. 97 y ss.
- WÄCHTER, Matthias, *Das Unrecht des versuchten Tat*, Tübingen, 2015.
- WACKE, Andreas, «Wer zuerst kommt, mahlt zuerst— *Prior tempore potior iure*», *JA*, 1981, pp. 94 y ss.
- WALDMANN, Peter, «Der rechtsfreie Raum», *ZöR*, (22), 1971, pp. 113 y ss.

- WALTER, Tonio, *Der Kern des Strafrechts: die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Tübingen, 2006.
- WALTER, Stefan, *Die Pflichten des Geschäftsberrn im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 2000.
- WARDA, Günter, «Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen», en SCHROEDER (ed.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, pp. 143 y ss.
- VON WEBER, Helmuth, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2ª ed., Bonn, 1948.
- EL MISMO, «Die Pflichtenkollision im Strafrecht», *Festschrift für Wilhelm Kiesselbach zu seinem 80. Geburtstag*, Hamburg, 1947, pp. 233 y ss.
  - EL MISMO, *Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925*, Leipzig, 1925.
- WEBER, Max, *Methodologische Schriften*. Mit einer Einf. besorgt von Johannes Winckelmann, Frankfurt am Main, 1968.
- WEIGEND, Thomas, «§ 13», en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar: Großkommentar*, v. I, 12ª ed., Berlin, 2007.
- WEINBERGER, Ota, *Norm und Institution: eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Wien, 1988.
- WELGER, Friedrich, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, Coburg, 1934.
- WELP, Jürgen, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin, 1968.
- WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, 11ª ed., Berlin, 1969.
- EL MISMO, *El nuevo sistema del Derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción Cerezo Mir, Barcelona, 1964.
  - EL MISMO, «Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem», *ZStW*, (67), 1955, pp. 196 y ss.
  - EL MISMO, «Zum Notstandsproblem», *ZStW*, (63), 1951, pp. 47 y ss.
  - EL MISMO, «Anmerkung zum OGH Strafsenat, Urteil vom. 5.3.1949», *MDR*, 1949, pp. 373 y ss.
  - EL MISMO, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht: Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim, 1935.
- WEYERS, Hans-Leo, *Unfallschäden: Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen*, Frankfurt am Main, 1971.
- WILENMANN, Javier, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff: die Dogmatik des Defensivnotstands im Strafrecht*, Tübingen, 2014.
- EL MISMO, «El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal», *InDret*, (3), 2014, pp. 1 y ss.
- WITTIG, Petra, «Das Extra-Legal Measures Model of Emergency Powers von Gross: Eine neue Antwort auf die Herausforderung des Rechts in extremen Konfliktsituationen?», en HEFENDEHL et al. (eds.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2014, pp. 281 y ss.
- WOHLERS, Wolfgang/GAEDE, Karsten, «§ 13», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (ed.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, v. I, 4ª ed., Baden-Baden, 2013.
- LOS MISMOS, «§ 323c», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (ed.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, v. III, 4ª ed., Baden-Baden, 2013.
- WOLF, Erik, *Griechisches Rechtsdenken- 2: Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik*, v. II, Frankfurt am Main, 1952.
- WOLFF, Erich, *Ein Beitrag zur Lehre vom übergesetzlichen Notstand*, Halle, 1936.

WOLFF, Ernst Amadeus, «Das neue Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität», *ZStW*, (97), 1985, pp. 787 y ss.

- EL MISMO, *Kausalität von Tun und Unterlassen: eine strafrechtliche Untersuchung*, Heidelberg, 1965.

WOLFF, Karl, «§ 1311», en KLANG (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, v. VI, 2ª ed., 1951.

WOLLSCHLÄGER, Christian, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie: zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen*, Köln, 1970.

- EL MISMO, «Die willenstheoretische Unmöglichkeitstheorie im aristotelisch-thomistischen Naturrecht», en WOLLSCHLÄGER (ed.), *Symptica Franz Wieacker: Sexagenario Sasbachwaldeni a suis libata*, Göttingen, 1970, pp. 154 y ss.

WOLTER, Jürgen, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981.

VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norma y acción: una investigación lógica*, traducción García Ferrero Madrid, 1970.

YAMANAKA, Keiichi, «Begriff und systematische Einordnung der Pflichtenkollision», en DIAS (ed.), *Liber amicorum de José de Sousa e Brito: em comemoração do 70. aniversário; estudos de direito e filosofia*, Coimbra, 2009, pp. 865 y ss.

ZACZYK, Rainer, «Was ist Strafrechtsdogmatik?», en HETTINGER (ed.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2007, pp. 723 y ss.

- EL MISMO, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993.

- EL MISMO, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin, 1989.

ZIELINSKI, Diethart, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff: Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Berlin, 1973.

ZIESCHANG, Frank, «§ 34», en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar: Großkommentar*, v. II, 12ª ed., Berlin, 2006.

- EL MISMO, «Die deutsche Strafrechtsentwicklung zwischen 1945 und 1975 am Beispiel der Vorschriften über den Notstand», en HILGENDORF/WEITZEL (eds.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, 2007, pp. 173 y ss.

ZIMMERMANN, Theo, «Die Gefahrengemeinschaft als Rechtfertigungsgrund», *MDR*, (3), 1954, pp. 147 y ss.

ZIMMERMANN, Till, *Rettungstötungen: Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand*, Baden-Baden, 2009.

ZIPPELIUS, Reinhold, *Rechtsphilosophie: ein Studienbuch*, 6ª ed., München, 2011.

- EL MISMO, *Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtsphilosophie*, 5ª ed., München, 1997.

- EL MISMO, «Problemjurisprudenz und Topik», *NJW*, 1967, pp. 2229 y ss.

ZIPPELIUS, Reinhold/WÜRTEMBERGER, Thomas, *Deutsches Staatsrecht: ein Studienbuch*, 32ª ed., München, 2008.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del código penal», *CPC*, (2), 1984, pp. 571 y ss.