Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 52-88

LA COLISIÓN "DEFICITARIA" DE DEBERES.

CONSIDERACIONES SOBRE LA EXCLUSIÓN DEL INJUSTO OMISIVO EN EJECUCIÓN DE ACTOS DE SALVAMENTO SUPEREROGATORIOS

Dr. Ivó COCA VILA*

Fecha de recepción: 18 de mayo de 2018
Fecha de aprobación: 28 de mayo de 2018

Resumen

Que la omisión del obligado que sirve para dar cumplimiento a un segundo deber de igual o superior rango en situación de colisión de deberes no es antijurídica apenas resulta en la actualidad controvertido. Ahora bien, ¿actúa conforme a derecho el obligado que infringe un deber de salvamento para emprender supererogatoriamente una conducta salvadora inexigible? A dar una respuesta afirmativa a esta pregunta se consagra el presente trabajo. Para ello, se analiza en qué consiste el déficit específico de esta clase de conflictos y por qué razón la inexigibilidad objetiva del deber no afecta a los derechos de salvaguarda de los necesitados. Tras defender la naturaleza excluyente del injusto de la colisión "deficitaria" de deberes, este trabajo concluye resolviendo las cuatro variantes estructurales básicas de este instituto de exención de la responsabilidad criminal.

Palabras clave: Colisión de deberes – Colisión entre razones de obligación – Colisión "deficitaria" de deberes – Supererogación – Inexigibilidad

* Becario de la Fundación Alexander von Humboldt (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg). Profesor Lector (Universidad Pompeu Fabra). El presente trabajo ha sido elaborado en el marco de mi investigación postdoctoral como becario de la Fundación Alexander von Humboldt en el Instituto de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad de Friburgo. Su publicación se encuadra en la ejecución del proyecto financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España, titulado "La transformación de los principios limitadores del *ius puniendi* en el moderno Derecho penal económico y de la empresa" [DER2017-82232-P (AEI/FEDER, UE]. Agradezco a Leandro Dias, a Héctor García de la Torre y al evaluador anónimo de *En Letra: Derecho Penal* sus comentarios y sugerencias, así como al Dr. Hernán Orozco López su amable disposición para discutir las principales tesis contenidas en este trabajo.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Title: 'Deficient' Collision of Duties. Remarks on the Justification of Omissions though Supererogatory Acts

Abstract

Currently, it does not seem controversial to affirm that the omission of the obligor that serves to fulfill a second duty of equal or higher rank is not to be deemed unlawful in case of a conflict of duties. But, does the obligor who infringes a duty of rescue to undertake an unenforceable saving behavior acts in accordance with the law? The work will attempt to answer this question affirmatively. In order to do this, we analyze what the specific deficit of this type of conflicts consists of and why the objective unenforceability of duty does not affect the rights of safeguarding of the needy. After defending the exclusionary nature of the unjust from the "deficit" collision of duties, this work concludes by solving the four basic structural variants of this institute of justification.

Keywords: Collision of duties – Collision between grounds of obligation – 'Deficient' collision of duties – Supererogation – Fair expectability

Sumario

I. Introducción; II. La colisión "deficitaria" de deberes; 1. Introducción; 2. La colisión entre razones de obligación; a. La determinación de un deber ante la concurrencia de razones de obligación incompatibles; b. La jerarquización de las razones de obligación en conflicto; c. La disolución de los conflictos entre razones de obligación; 3. La inexigibilidad de un mandato como rasgo definitorio de las colisiones "deficitarias" de deberes; 4. Variantes estructurales de la colisión "deficitaria" de deberes; III. La colisión "deficitaria" de deberes como causa especial de exclusión del injusto; 1. Introducción; 2. ¿Derecho de salvaguarda sin correlativo deber exigible de salvamento?; 3. La colisión "deficitaria" de deberes como causa de exclusión del injusto; 4. Resolución de las cuatro variantes estructurales de la colisión "deficitaria" de deberes; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

I. Introducción

El que para poder hablar de una colisión de deberes penalmente relevante es necesario que sobre un único sujeto recaigan, como mínimo, dos deberes de imposible satisfacción cumulativa parece difícilmente cuestionable. Solo entonces el cumplimiento de un deber presupone conceptualmente la infracción del opuesto y, por consiguiente, solo en tal caso se plantea el problema de cómo la colisión de deberes habría de influir en la valoración jurídico-penal de la infracción de uno de los deberes *prima facie* en conflicto. NEUMANN, sin embargo, viene desde

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

hace un tiempo poniendo en cuestión esta premisa fundamental de la dogmática penal contemporánea de la colisión de deberes.[1] Dicho instituto, como causa de justificación especial del delito omisivo, operaría también ante situaciones dilemáticas en las que el obligado lo está por un único deber y, por lo tanto, en las que no existe —*sensu stricto*— colisión alguna de deberes. El ejemplo al que recurre una y otra vez NEUMANN para fundamentar tan llamativa aseveración es el siguiente:

> Tras el naufragio de una embarcación, un paseante con formación sanitaria pero mal nadador, se encuentra en la siguiente disyuntiva: o bien atiende en la orilla a un sujeto en peligro de muerte; o bien se adentra en la fuerte marea a fin de salvar de una muerte segura por ahogamiento a un segundo necesitado. Pese a que el salvamento de este segundo necesitado resulta inexigible en atención al riesgo

[1] Hasta donde alcanzo, plantea por primera vez esta posibilidad en la primera edición de su influyente comentario al § 34 StGB en el *Nomos Kommentar*. Cfr. NEUMANN, "§ 34", en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), NK-StGB, 1.ª ed., 4.ª entrega, Baden-Baden, Nomos, 1997, n.º m. 127; y, posteriormente, ÍDEM;, "Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen", en *FS-Roxin*, Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 433 s.; ÍDEM, "Zur Struktur des strafrechtlichen Instituts der „Pflichtenkollision"", en *FS-Yamanaka*, Berlín, Duncker & Humblot, 2017, pp. 182 ss.; ÍDEM, "§ 34", en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), NK-StGB, 5.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, n.º m. 127. Recientemente asume el planteamiento de NEUMANN en este punto, además, KÜPER, "Probleme der „defizitären" rechtfertigenden Pflichtenkollision", *JuS,* 12/2016, pp. 1070 ss. El problema lo habían advertido de pasada ya BLEI, *AT*, 18.ª ed., 1983, p. 335, quien entendía que los supuestos en los que se infringe un deber de actuar en ejercicio de un derecho habían de solventarse conforme a los principios de solución de la colisión de deberes y, entre nosotros, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, "'Más allá del deber': Consideraciones introductorias sobre los 'comportamientos supererogatorios' en el Derecho penal peruano", en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* (11-12), n.° m. 47, 2002, p. 178; y antes, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, Bosch, 1994, pp. 225 s., n.° m. 509, 249 ss.; quien plantea la variante estructural de la colisión de deberes de actuar en la que "concurren dos acciones de salvaguarda alternativamente posibles, no acarreando una de ellas riesgo propio alguno y acarreando la otra riesgos propios rayanos en el límite de la inexigibilidad objetiva". Esta diferencia constituiría "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". El problema de los conflictos entre deberes y actos supererogatorios es también objeto clásico de estudio en la discusión filosófica. Al respecto, cfr. por ejemplo, STOCKER, *Supererogation*, doctoral dissertation, Harvard University, cap. 6, 1966; HURD, "Duties Beyond the Call of Duty", en *JRE*, 6/1998, pp. 36 ss.; o KAMM "Supererogation and obligation", en *The Journal of Philosophy*, 3/1985, pp. 119 ss.; ÍDEM, *Morality, Mortality*, vol. II, *Rights, duties, and status*, Nueva York, Oxford University Press, 1996, pp. 313 ss.; ÍDEM, *Intricate Ethics*, *Rights, Responsibilities, and Permissible Harm*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 260 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> propio que el obligado habría de asumir, el paseante decide no satisfacer su deber de socorro ex § 323c StGB[2] para con el necesitado que se encuentra en la orilla y emprender así el salvamento no debido de quien peligra de morir ahogado en las profundidades del mar.

Aunque sobre el obligado recae en este supuesto un único deber, el de salvar a quien se encuentra en la orilla, pues el salvamento de quien se está ahogando en el mar resulta objetivamente inexigible en atención al peligro concreto que supondría para la vida del obligado,[3] NEUMANN entiende que el osado paseante que opta por lanzarse al agua y salvar supererogatoriamente a quien es acechado por una muerte segura habría de ver también justificada la infracción de su deber de socorro en "colisión de deberes".[4] En favor de esta conclusión esgrime el referido autor los dos siguientes argumentos materiales.

Por un lado, NEUMANN entiende que en el marco de un ordenamiento jurídico liberal habrían de ser principalmente los intereses en juego, y no los deberes en liza, el factor decisivo a la hora de resolver una situación de necesidad.[5] El deber de solidaridad que infringe el paseante en el ejemplo propuesto no aumentaría *per se* el valor del interés que aquel deja a su suerte,[6] de modo

[2] El § 323c StGB reza como sigue: (1) Quien en caso de accidente o de peligro común o necesidad no preste ayuda cuando ello es necesario y exigible conforme a las circunstancias, en especial, cuando sea posible auxiliar sin peligro propio y sin infringir otros deberes importantes, será castigado con una pena privativa de libertad de hasta un año o con pena de multa. (2) Del mismo modo será castigado quien en tales situaciones entorpezca la ayuda que un tercero presta o quiere prestar.

[3] Adviértase que para NEUMANN la inexigibilidad del deber de socorro respecto de quien se ahoga en el mar no parece traer causa de la escasa probabilidad de éxito de la conducta salvadora, sino tan solo del riesgo de muerte inherente a su emprendimiento. Cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *FS-Yamanaka*, p. 183.

[4] A decir verdad, no queda suficientemente claro en el planteamiento de NEUMANN si la justificación de la infracción del deber de socorro presupone necesariamente la salvaguarda de un interés superior, como sucede en el ejemplo propuesto por él a tenor del distinto grado de peligro de muerte al que se enfrentan los necesitados (cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *FS-Roxin,* pp. 433 s.) o si, por el contrario, la mera equivalencia entre los intereses en juego bastaría ya para justificar la infracción de un deber de socorro. En este último sentido, vid. KÜPER, *supra* nota 1, p. 1073.

[5] Cfr. NEUMANN, "Die Moral des Rechts", en *JRE,* (2), 1994, p. 102; ÍDEM, *supra* nota 1, *FS-Roxin*, p. 423; ÍDEM, *supra* nota 1, *NK-StGB,* n.° m. 125.

[6] Algo distinto valdría, sin embargo, cuando se tratara de un deber de garante, que sí podría inclinar la balanza en caso de conflicto en favor del sujeto beneficiario de ese deber. Al respecto, cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *FS-Yamanaka*, n.° m. 26, p. 182. Lo mismo correspondería en caso de una auténtica colisión de deberes cuando entran en conflicto un deber de garante y uno de solidaridad: salvo que el interés protegido

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que la mínima diferencia entre el peligro que se cierne sobre los dos necesitados bastaría para justificar la omisión típica del obligado. Por otro lado, considera NEUMANN que solo la regla específica de la justificación en colisión de deberes, a saber: la mera equivalencia entre intereses, excluye ya el injusto del delito omisivo; permitiría resolver los supuestos que aquí nos ocupan de forma materialmente justa. En la medida en que la infracción del deber de socorro no constituye una injerencia en la posición jurídica del necesitado, sino más bien la mera no salvaguarda de un interés en peligro, la justificación de tal infracción, siempre según NEUMANN, no requeriría la salvaguarda de un interés esencialmente preponderante, tal y como exige sin embargo la regulación alemana del estado de necesidad agresivo (§ 34 StGB).[7] Sería, pues, suficiente con constatar en tales supuestos que el obligado salvaguarda un interés ligeramente superior, cuando no ya idéntico, al que deja a su suerte.[8] Este distinto umbral de justificación no haría sino reflejar la diferencia cualitativa que media entre la infracción de una prohibición, como lesión fáctica de un interés que constituye al mismo tiempo una injerencia en una esfera jurídica ajena, y la infracción de un mandato, como mera no salvaguarda de un interés en peligro.[9]

Lo anterior pone a las claras por qué NEUMANN quiere tratar como colisiones de deberes supuestos en los que ni concurren ni coliden deberes. Lo pretendido por dicho autor es, en realidad, elevar la norma de justificación de la colisión de deberes a regla general de exclusión del injusto en el delito omisivo. Para ello, distingue nítidamente entre el fenómeno de la colisión de

por este último preponderara esencialmente frente al protegido por el deber de garante, este sería el deber preferente. Vid. NEUMANN, *supra* nota 1, *NK-StGB*, p. 129; ÍDEM, *supra* nota 5, p. 92 s.

[7] Cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *NK-StGB,* n.º m. 125; ÍDEM, *supra* nota 1, *FS-Yamanaka*, p. 174. El § 34 StGB reza como sigue: 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 los 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.

[8] Cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *NK-StGB*, n.º m. 127; ÍDEM, *supra* nota 1, *FS-Roxin*, p. 433 s.

[9] Pese a que NEUMANN reconoce en *NK-StGB*, n.º m. 102 y 129 (*supra* nota 1) que ciertas infracciones de deberes de actuar sí suponen además de la no salvaguarda de un interés en peligro la injerencia en una posición jurídica ajena, esto es lo que sucede cuando un garante infringe su deber, en su planteamiento queda abierta la cuestión de cómo deberían tratarse los conflictos entre deberes de garante e intereses cuya salvaguarda no es obligatoria. Cfr. al respecto, NEUMANN, *supra* nota 1, *FS-Yamanaka*, p. 176, nota 14. Allí tan solo se afirma que para justificar la infracción de un deber de garante a fin de salvaguardar (supererogatoriamente) un interés esencialmente preponderante cabría recurrir al § 34 StGB.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

deberes de imposible satisfacción cumulativa y la colisión de deberes como instituto penal de exclusión del injusto omisivo.[10] Mientras que el conflicto (fenomenológico) entre un mandato y una prohibición no integraría el ámbito conceptual de este instituto, pues se habría de regir por las reglas generales del estado de necesidad agresivo (§ 34 StGB),[11] sí lo harían aquellos conflictos en los que la infracción de un deber de actuar sirve al cumplimiento de otro mandato,[12] aquellos en los que el obligado por un deber de actuar infringe su obligación para salvaguardar un interés propio cuyo sacrificio resulta inexigible[13] y aquellos en los que la infracción de un deber de socorro es condición necesaria para la salvaguarda no obligatoria (supererogatoria) de un interés ajeno. Así pues, el instituto penal de la colisión de deberes, con independencia de si coliden o no obligaciones, constituiría la causa fundamental de exclusión del injusto del delito omisivo, capaz de justificar la infracción de un deber de actuar (mandato) cuando con ello se salvaguarda un interés igual o (ligeramente) superior al que se deja a su suerte.[14] Esta definición puramente funcional del alcance del instituto, sin embargo, no es óbice para que NEUMANN reconozca que su *nomen iuris* resulta equívoco. En su opinión, sería conveniente remplazar el concepto de "colisión de deberes" por el de "colisión de intereses a salvaguardar", a fin de evitar un uso del lenguaje

[10] Cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *NK-StGB*, n.º m. 124.

[11] Es decir, el obligado lo estaría solo a cumplir la prohibición salvo que el mandato enfrentado salvaguardara un interés esencialmente preponderante. Cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *FS-Roxin*, pp. 423 ss.

[12] Al respecto, en detalle, vid. NEUMANN, *supra* nota 1, *NK-StGB*, n.º m. 124 ss.

[13] Cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *FS-Roxin*, pp. 434 ss.; y tematiza este problema como un conflicto entre un deber de actuar y una incumbencia de autoprotección (*Obliegenheit*), fundamentalmente, JAKOBS, "Kommentar: Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision", en ESER/NISHIHARA (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung,* vol. IV, Friburgo, 1995, pp. 170 s.; ÍDEM, *PG,* 2.ª ed., 1997, 15/10. Distinto es el problema de los conflictos entre incumbencias respecto de terceros o incumbencias con relación a terceros y deberes. Colidirían meras incumbencias, por ejemplo, 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, cuando con ello paraliza la recepción de eventuales llamadas de emergencia. Concurren un deber y una incumbencia (con relación a terceros) en el supuesto en el que un socorrista se ve obligado a realizar un gran esfuerzo físico para salvar a un bañista en apuros cuando ello le incapacita para llevar a cabo una ulterior operación de rescate previsible. Sobre esta clase de conflictos, fundamental, KINDHÄUSER, "Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht", en *JRE*, 2/1994, pp. 339 ss.

[14] Cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *NK-StGB*, n.º m. 127. Y en un sentido muy parecido, vid. tempranamente KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, pp. 90 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

contrario a las más elementales reglas de la lógica.[15] KÜPER, por su parte, se ha referido recientemente a los conflictos entre deberes de actuar y operaciones de salvamento inexigibles como colisiones "deficitarias" de deberes (justificantes).[16]

La presente contribución pretende trazar las líneas maestras para un adecuado abordaje dogmático de las así llamadas colisiones "deficitarias" de deberes. Para ello, en el siguiente apartado (II) se analiza en qué consiste su déficit específico. Como se verá, a diferencia de un conflicto clásico de deberes, el obligado lo está allí únicamente por un deber, al estimar el ordenamiento inexigible el cumplimiento del opuesto en atención al riesgo para los intereses del potencial obligado. Acto seguido, ya en el tercer apartado (III), se examina de qué manera la inexigibilidad objetiva de una obligación habría de afectar a la valoración jurídico-penal de la no satisfacción de un deber de salvamento para emprender con ello un acto supererogatorio de salvamento incompatible. En este trabajo se defenderá que el peso normativo de los derechos de salvaguarda de los sujetos necesitados no queda determinado por la existencia de un deber que efectivamente los garantice. Así las cosas, se concluye que el obligado que salvaguarda un derecho de igual o superior rango al que deja a su suerte actúa conforme al ordenamiento jurídico, también cuando ello suponga infringir el único deber que el ordenamiento parecía imponerle en la situación dilemática. El presente trabajo concluye con un último apartado (IV) dedicado a condensar las principales tesis defendidas en lo que sigue.

II. La colisión "deficitaria" de deberes

1. Introducción

Antes de examinar cómo habrían de resolverse las colisiones "deficitarias" resulta conveniente concretar el alcance mismo del problema que ahora nos ocupa. Para ello es necesario, en primer lugar, puntualizar qué se entiende en este trabajo por colisión de deberes y bajo qué presupuestos opera este instituto de exclusión del injusto penal. Será entonces, ya en segundo lugar, cuando cabrá preguntarse en qué consiste realmente el déficit característico de las colisiones aquí tematizadas. El presente apartado concluye con la presentación de cuatro ejemplos académicos representativos de sendas variantes estructurales básicas de la colisión "deficitaria" de deberes.

[15] Cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *FS-Roxin*, p. 434.
[16] Cfr. KÜPER, *supra* nota 1, pp. 1070 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2. La colisión entre razones de obligación

a. La determinación de un deber ante la concurrencia de razones de obligación incompatibles

Un sistema de deberes que se legitima funcionalmente no puede imponer al obligado un deber aislado de imposible cumplimiento, ni puede dirigirle dos deberes de posible satisfacción alternativa, pero de imposible cumplimiento cumulativo. Tan disfuncional es obligar al padre que no sabe nadar a que salve a su hijo, como obligarlo a salvar a sus dos hijos cuando solo puede en el caso concreto salvar a uno de ellos. Así pues, como he tratado de fundamentar con detalle en otro lugar,[17] la legitimación de un deber (altamente personal) a partir de una "norma" abstracta genérica depende de un doble análisis.

Se trata de examinar, en primer lugar, la posibilidad de imponer legítimamente a un sujeto un único deber aislado. Para ello, básicamente, se ha de estar a la posición jurídica del obligado y del concreto beneficiario del deber que se pretende legitimar. Es en este primer plano donde opera, pues, la dogmática del riesgo permitido, de la justificación (consentimiento, legítima defensa, estado de necesidad defensivo y agresivo) y de la inexigibilidad.[18] No cabe prohibir a un motorista circular por la vía pública respetando las normas de circulación por el riesgo residual inherente a tal actividad (riesgo permitido), ni obligar al agredido a respetar la vida de su injusto y culpable agresor cuando ello le supone tolerar su propia muerte (legítima defensa), ni exigirle a un ciudadano que ponga su vida en concreto peligro para salvar a un extraño que peligra de morir ahogado (inexigibilidad). Ya en este primer plano analítico despliega sus efectos el principio voluntarista (*ultra posse nemo obligatur*).[19] El ordenamiento jurídico no impone deber de socorro

[17] Cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal,* Barcelona, Atelier, 2016, pp. 182 ss.; y resumidamente, ÍDEM, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", en *InDret*, 2/2017, pp. 8 ss., ambos trabajos con ulteriores referencias.

[18] Adopto esta diferenciación trifásica de ROBLES PLANAS, "Sobre la exclusión del injusto penal", en *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 188 ss.; y recientemente, ÍDEM, "Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig", en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coord.), en *LH-Mir Puig*, Montevideo/Buenos Aires, BdeF, 2017, pp. 840 ss.

[19] Sobre el principio voluntarista (*impossibilum nulla obligatio* o *ultra posse nemo obligatur*) y algunas de sus implicaciones en la teoría de las normas, cfr. con múltiples referencias, COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 132 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

alguno a quien contempla sentado en un sofá a través del televisor cómo se ahoga a miles de kilómetros de distancia un desconocido.

Superadas estas tres subfases en este plano analítico, la "norma abstracta" deviene en un deber penal que, contemplado aisladamente, podría ser impuesto legítimamente al sujeto que pretende obligarse. Ahora bien, en la medida en que no es descartable que el cumplimiento del deber aisladamente legitimado sea en el caso concreto incompatible con otros deberes que pretenden dirigirse igualmente a un mismo destinatario, resulta todavía necesario un segundo examen a fin de valorar la compatibilidad de las distintas obligaciones que pretenden imponerse a un mismo sujeto. El conflicto entre deberes aisladamente legítimos pero de imposible satisfacción cumulativa, es lo que denominamos clásicamente como una situación de colisión de deberes. Ahora bien, en puridad, no se trata de un conflicto de deberes, entendidos estos como formas obligacionales perfectas y vinculantes, sino más bien de un mero conflicto entre razones de obligación no obligantes.[20] Por razón de obligación me refiero aquí a aquella forma obligacional aisladamente legítima que, en la medida en que su compatibilidad con el resto de razones de obligación que pretenden dirigirse a un mismo sujeto en un caso concreto no ha sido todavía juzgada, carece de fuerza obligante.[21] Solo una vez disuelto el conflicto entre las distintas razones de obligación concurrentes cabe estimar legitimado un auténtico deber, este sí altamente personal y, por consiguiente, de posible cumplimiento para su destinatario.[22] Así pues, todo conflicto

[20] Al respecto, fundamental, JOERDEN, "Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit. Konsequenzen einer These Kants für die strafrechtliche Lehre von der „Pflichtenkollision"", en *JRE,* 5/1997, pp. 43 ss.

[21] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal,* pp. 180 ss.; o resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", pp. 8 s.

[22] Aunque no puedo detenerme en este punto, adviértase que en este segundo plano analítico no se trata solo de analizar la compatibilidad de las distintas razones de obligación cuando estas resultan de imposible satisfacción cumulativa, sino que también ha de enjuiciarse la exigibilidad del cumplimiento conjunto de razones de obligación aisladamente exigibles. Repárese en el siguiente ejemplo que tomo de BALDÓ LAVILLA, *supra* nota 1, p. 220, nota 494 y p. 245, nota 555: "[u]na población de la costa, famosa por sus vientos, se ve 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)". Aisladamente contemplado, el deber de salvamento es exigible, pues la pérdida específica de intereses que ello exige no parece desproporcionada. Ahora bien, este análisis resulta insuficiente, en la medida en que olvida la dimensión plural y prolongada en el tiempo de todo fenómeno normativo. La pregunta relevante es aquí, pues, si cabe o no imponer un deber diario, o incluso múltiples deberes diarios, 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

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

queda disuelto ya en el momento de la determinación final del deber penal. Bien mirado, tienen razón aquellos autores que afirman que todas las colisiones de deberes son aparentes o que, directamente, no existen auténticas colisiones de deberes.[23]

Desde el prisma de la teoría de las normas son tres, en suma, las vías de disolución de los conflictos entre razones de obligación:[24] o bien una razón de obligación, la de rango superior, alcanza el estatus de deber penal, y desplaza así 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, e impone finalmente dos deberes altamente personales, ahora sí, de posible satisfacción cumulativa.[25]

b. La jerarquización de las razones de obligación en conflicto

La disolución de un conflicto entre razones de obligación presupone un juicio de jerarquización de las razones enfrentadas. Ahora bien, a diferencia de lo que frecuentemente se afirma en la doctrina penal contemporánea, la disolución de las colisiones entre razones de obligación, como en general la resolución de todos los conflictos de los que se ocupa la teoría de la exclusión del injusto penal, no pasa simplemente por la búsqueda y posterior salvaguarda del más importante de los intereses en juego contemplados holísticamente.[26] Más bien, la jerarquización de las razones de obligación ha de obedecer a un análisis formalizado, esto es, atento a los derechos particulares en juego, y pluridimensional, es decir, respetuoso con los derechos de todos y cada uno de los sujetos involucrados en la situación de conflicto que se pretende resolver.

playa. Sobre la "supererogación acumulativa", vid. BRINKMANN, "Disjunctive duties and supererogatory sets of actions", en *Royal Institute of Philosophy Supplements,* 77/2015, pp. 67 ss.

[23] En este sentido, vid. por ejemplo, JOERDEN, *Logik im Recht*, 3.ª ed., Berlín, Springer, 2018, pp. 55 s.; o BALDÓ LAVILLA, *supra* nota 1, pp. 221 s.

[24] Sobre todo ello, COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 180 ss. y 431 ss.

[25] Esta tercera vía de solución queda esbozada en COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, p. 508. Baste aquí con ilustrar el problema a través del siguiente ejemplo: un médico accede a la última dosis de sangre disponible que puede transfundir por completo a uno de sus dos pacientes, con lo que evitaría cualquier lesión relevante de la integridad física pero condenaría al mismo tiempo a la muerte al segundo paciente; o bien puede distribuir la dosis en partes iguales entre los dos pacientes y salvar ambas vidas, pero condenaría a ambos a sufrir ciertas lesiones físicas como consecuencia de la hipovolemia parcial.

[26] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 161 ss., 221 ss. y 268 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Jerarquizar las razones de obligación no consiste, pues, en indagar cuál de los deberes protege el mayor de los intereses en peligro, sino cuál de los derechos de salvaguarda en liza merece en el caso concreto ser finalmente protegido por el ordenamiento jurídico.

En consonancia con la moderna dogmática de la justificación penal,[27] dos son los principios materiales que permiten fundamentar soluciones de jerarquía entre razones de obligación enfrentadas:[28] por un lado, el principio de autonomía permite atribuir los costes de solución del conflicto a quien es responsable de haberlos ocasionado. Verbigracia: quien ha sido negligentemente atropellado por un ebrio conductor goza de un mejor derecho frente a este cuando ambos peligran de morir y un médico tan solo puede socorrer a uno de los dos, por mucho que estén en juego bienes jurídicos equivalentes. Por otro lado, es el principio de solidaridad, ya sea plasmado en vínculos especiales, o en el lazo general de solidaridad entre los miembros de una comunidad jurídica, el segundo parámetro axiológico fundamental a la hora de resolver los conflictos. Con otro ejemplo: el sujeto que peligra de morir en una casa en llamas y puede ser rescatado por su padre tiene un mejor derecho frente a su hermano al que solo acecha la destrucción de su carísima bicicleta aparcada en el garaje.

En todo caso, al igual que la teoría del interés preponderante encuentra en la teoría de la ponderación de intereses su método afín,[29] el recurso a la dupla autonomía/solidaridad como *ratio* del sistema de jerarquización aquí propuesto requiere igualmente una contemplación metodológica del problema algo distinta. Como he expuesto en detalle en otro lugar, son dos las dimensiones relevantes en las que se materializa un conflicto entre razones de obligación.[30] Por un

[27] Cfr. por todos, WILENMANN, "El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal", en *InDret,* 3/2014, pp. 3 ss., con múltiples referencias; y en un sentido esencialmente coincidente, COCA VILA, "Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo", en *InDret,* 1/2011, pp. 2 ss. y 33 ss.

[28] Sobre todo ello, con múltiples referencias, cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 268 ss.; y resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", pp. 16 ss.

[29] *Pars pro toto,* MOLINA FERNÁNDEZ, "El estado de necesidad como ley general", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2), 2000, pp. 210 ss. y 217 s.

[30] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 268 ss.; y resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", pp. 18 ss. En los últimos tiempos, con distinción entre el plano de los intereses y los deberes, vid. también, KÜPER, *supra* nota 1, pp. 1072 ss.,

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lado, el conflicto se manifiesta en el plano de la relación horizontal (o intersubjetiva) entre los dos necesitados, en el que concurren dos pretensiones o derechos de salvaguarda incompatibles. Por el otro, este conflicto cristaliza en un segundo plano, el vertical, definido por la especie de la razón de obligación (garante o solidaridad general) que vincula a cada uno de los necesitados con el agente obligado.[31]

Así las cosas, la jerarquización de las razones de obligación pasa en un primer momento por examinar si en la relación horizontal alguno de los dos necesitados ostenta conforme a la lógica del sistema de causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad defensivo o agresivo) un mejor derecho frente a su oponente, es decir, si alguno de ellos puede eludir el conflicto a costa de su contrincante de manera justificada. De ser así, imagínense, por ejemplo, que un sujeto se ve en la disyuntiva de salvar la vida de un extraño (deber de solidaridad) o evitar un mínimo menoscabo en el patrimonio de su propio hijo (deber de garante); el conflicto se resuelve en favor del interés de quien ostenta en la relación horizontal un mejor derecho, en este caso, en favor del extraño que puede exigir a su contrincante —conforme a la lógica del estado de necesidad agresivo— el sacrificio del activo patrimonial en peligro.[32] La primacía de la relación intersubjetiva frente a eventuales decisiones de jerarquía opuestas en el plano de la relación vertical obligado-beneficiario se explica por la preeminencia en nuestro ordenamiento del principio del merecimiento como criterio para la distribución de recursos escasos. A fin de cuentas, es frente a los beneficiarios de las razones de obligación en liza que ha de justificarse

quien, sin embargo, le resta valor analítico a la distinción al entender que el peso de los deberes influye simplemente en el valor de los intereses en el marco del juicio de ponderación.

[31] La diferencia reside en el doble plano relacional relevante, pues 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. Tales situaciones no presentan especialidad alguna respecto de las situaciones estándar de justificación, pues el actuante lo hace desempeñando el papel del necesitado y ejerciendo en su nombre una potestad defensiva que el ordenamiento reconoce primariamente a su representado. Cfr. por ejemplo, MAÑALICH, "Normas permisivas y deberes de tolerancia", en *La antijuridicidad en el Derecho penal*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2013, pp. 273 ss. La anterior distinción vale aun cuando se asuma que de los preceptos sancionadores de la omisión del socorro debido se deriva una obligación de defender al agredido en auxilio necesario. Sobre esto último, cfr. recientemente COCA VILA, "Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-24/2017, pp. 5 s., nota 11, con múltiples referencias doctrinales.

[32] En detalle, COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 331 ss.; y resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", pp. 20 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

primariamente la disolución del conflicto, pues son ellos quienes en última instancia sufren las consecuencias derivadas del conflicto. Y esto rige también cuando el obligado pueda tener un interés particular en cumplir la razón de obligación respecto de quien tiene un peor derecho en la relación horizontal. Verbigracia: la mujer debe salvar, siendo los intereses en juego equivalentes, antes al extraño que a su propio marido cuando es este último el que ha provocado la situación de conflicto. La mejor especie del deber que vincula a la mujer con el marido no puede alterar la prelación de las razones de deber basada en la relación horizontal entre los necesitados.[33]

Cuando no quepa constatar en la relación horizontal un mejor derecho, como sucede, por ejemplo, en el caso del padre que ha de escoger a cuál de sus dos hijos salva de morir ahogado tras naufragar la embarcación en la que navegaban conjuntamente, entra en consideración la especie de la razón de obligación como factor subsidiario de resolución del conflicto.[34] Ahora bien, como tempranamente pusiera de relieve SILVA SÁNCHEZ, la tradicional distinción entre deberes de garante y de solidaridad es excesivamente tosca,[35] pues no hace justicia al carácter gradual del ejercicio de libre autovinculación al que reconducir en última instancia el nacimiento de todo deber penal. Entiendo, pues, que son tres las clases de deberes distinguibles en atención a su especie:[36] me refiero, en primer lugar, a los deberes de competencia plena (o de garante), como expresiones obligatorias de la máxima intensidad, reconducibles también a un comportamiento cumplidamente libre del agente obligado. Entre estos se cuentan, además de los deberes básicos de no dañar organizativamente, los deberes de salvamento tras asunción efectiva, los deberes del tráfico, los deberes de salvamento tras injerencia plenamente responsable, los deberes nucleares propios de la relación paterno-filial, así como ciertos deberes en el marco de relaciones estatales de sujeción especial. En segundo lugar, cabe advertir una inferior clase de deberes a los que

[33] Con mayor profundidad y ulteriores referencias doctrinales, vid. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 421 ss.; y resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", pp. 27 ss.

[34] Vid. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 425 ss.; y resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", p. 28.

[35] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión: Concepto y sistema*, 2.ª ed., BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2012, p. 470, nota 8, pp. 476 s.; y de idéntica opinión, ROBLES PLANAS, "Deberes negativos y positivos en Derecho penal", en *InDret,* 4/2013, pp. 13 ss.

[36] Al respecto, cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 288 ss.; y resumidamente, ÍDEM, "La legítima defensa frente a omisiones", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* 69/2016, pp. 101 ss.; ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", p. 25 s.; o ÍDEM , *supra* nota 31, pp. 30 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

denomino de competencia preferente y cuya legitimación trae causa en actos de libertad especial del obligado de naturaleza algo más tenue. Estos no solo pueden tener un origen positivo (solidaridad agravada), piénsese, por ejemplo, en deberes estatales o familiares de segundo grado, sino que, como nos demuestra la dogmática del estado de necesidad defensivo, también pueden ser derivados del principio negativo de no interferencia (*neminem laede*). Ello es lo que sucede de forma paradigmática con el deber de salvamento tras injerencia no plenamente responsable (fortuita en ejercicio de riesgos especiales o imprudente). Finalmente, esta tripartición se completa con los deberes de competencia mínima (o de solidaridad general), apenas reconducibles a actos de autonomía del obligado, de los que solo cabe derivar, por lo tanto, deberes jurídico-penales de nimia entidad (deberes estatales *quivis ex populo*). El caso paradigmático es, sin duda, el deber general de socorro.

Pues bien, atendiendo al grado de ejercicio de libertad al que reconducir su nacimiento, los deberes de competencia plena (deberes de garante) priman sobre los de competencia preferente y ambos, a su vez, sobre los de competencia mínima (solidaridad). Allí donde sea imposible establecer una diferencia entre las razones de obligación enfrentadas en atención a la relación horizontal entre los necesitados, será la distinta especie del deber el factor determinante para su jerarquización.[37] Y ello, si no voy errado, resulta compatible con la comprensión individualista del conflicto que aquí se defiende. Tampoco la víctima 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. Con un ejemplo: a igualdad de bienes en juego, el hijo tiene frente al padre obligado un mejor derecho que un extraño en apuros, y el obligado debe cumplir su deber de garante a costa del deber general de solidaridad. La especie de la razón de obligación sirve aquí para deshacer la situación de empate que arroja el examen comparativo de los derechos de salvaguarda enfrentados en el plano horizontal.

c. La disolución de los conflictos entre razones de obligación

Como se ha señalado arriba, allí donde sea posible jerarquizar las razones en conflicto, el ordenamiento acaba por elevar la razón de superior rango a la categoría de deber, quedando el

[37] En profundidad, COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 425 s.; y resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", p. 28.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

obligado vinculado desde un principio por un único deber. La no satisfacción de la razón de obligación de menor rango es, pues, atípica.[38] Mayores problemas se plantean cuando el proceso de jerarquización no arroja diferencia alguna. Basta aquí con señalar que, en contra de lo defendido por un sector minoritario de la doctrina, también en estos supuestos el ordenamiento resuelve el conflicto en el ámbito del injusto. El obligado lo está en tal caso por un único deber, alternativamente configurado, que le obliga a dar satisfacción a una de las dos razones de obligación enfrentadas.[39] La víctima final del conflicto, aun siendo su pretensión equivalente a la que decide salvaguardar el obligado, no puede interrumpir el curso salvador que aquel decide iniciar.[40] Y es que, por un lado, los dos necesitados son en cierta medida corresponsables (en un sentido lato) por la situación de necesidad, en la medida en que al exigir la salvaguarda de su derecho ponen en peligro el ajeno. Nadie puede, pues, exigir válidamente desde un comienzo ser considerado como un sujeto ajeno al conflicto. Por el otro lado, los dos necesitados tienen un interés legítimo en que, como mínimo, uno de los dos derechos enfrentados sea finalmente garantizado. Ahora bien, para ello es necesario, en primer lugar, que el obligado sea requerido a cumplir una de las dos razones en conflicto y, en segundo lugar, que el sujeto que tras la decisión del obligado es llamado a soportar los costes del conflicto no obstaculice el curso de cumplimiento que este inicia. Quien dispone en un momento previo de la posibilidad de ser salvado gracias a la renuncia en abstracto de los dos sujetos implicados a la salvación de sus propios intereses, no puede posteriormente, y una vez que ya se han concretado los roles, desmarcarse válidamente de los costes del disfrute de aquella última posibilidad.[41] Adviértase que al reconocer a la víctima final del conflicto un derecho de defensa se estaría exponiendo ilegítimamente al obligado a los ataques defensivos de los necesitados o sus potenciales auxiliantes. ¿Cómo iba el ordenamiento a obligar a

[38] La discusión entre los partidarios de ubicar el problema en el ámbito del tipo y aquellos que creen que ha de resolverse en sede de justificación carece en mi opinión de auténtica trascendencia material. En todo caso, los partidarios de la teoría de la justificación no han explicado convincentemente por qué el obligado que incumple los dos deberes solo debería responder por la infracción de uno. Por razones estrictamente analíticas estimo preferible resolver los conflictos a través de una causa de exclusión del tipo. Sobre todo ello, COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 186 ss.

[39] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 438 ss.

[40] Para una crítica de las soluciones intermedias (espacio libre de derecho, exclusión del injusto penal, acciones no prohibidas, justificación débil…) que abogan por reconocer la no antijuridicidad de la infracción de un deber, pero conceden a la víctima del conflicto un derecho de defensa frente al obligado o el segundo necesitado, vid. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 447 ss.

[41] Los detalles en COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 446 ss.; ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", pp. 30 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

un sujeto —bajo amenaza de pena— a salvar a uno de los dos niños y, al mismo tiempo, permitir que terceros le ataquen a fin de que altere el curso de salvación emprendido? Ni siquiera ante conflictos entre razones de obligación equivalentes el derecho capitula ante los puños del más fuerte.

3. La inexigibilidad de un mandato como rasgo definitorio de las colisiones "deficitarias" de deberes

Visto lo anterior, se torna evidente dónde reside la irregularidad de las así llamadas colisiones "deficitarias". En un conflicto de deberes al uso, las razones de obligación enfrentadas son —aisladamente contempladas— plenamente legítimas. En el clásico ejemplo del padre que naufraga junto a sus dos hijos, la razón de obligación de garante del padre con relación al primogénito es, separadamente examinada, tan legítima y vinculante como la razón de obligación del padre para con el segundogénito. Es únicamente la incompatibilidad de tales razones entre sí el motivo que explica que aquellas carezcan de verdadera fuerza vinculante.

En las colisiones "deficitarias" de deberes, en cambio, no se trata de la concurrencia de dos razones de obligación aisladamente legítimas. El obligado no lo está, en ningún momento, por dos razones de obligación de imposible satisfacción cumulativa, pues, una de estas, ya aisladamente contemplada, resulta de imposible legitimación en atención al grado de sacrificio que precisa su cumplimiento.[42] Y es que, como es sabido, un ordenamiento jurídico que regula una situación dilemática atendiendo a todos los derechos afectados no puede dejar de tomar en consideración el sacrificio que supone para el obligado el cumplimiento del deber de salvamento que se le pretende imponer.[43] Con independencia de dónde se fije el concreto umbral de riesgos propios exigibles al

[42] Lo advierte con razón KÜPER, *supra* nota 1, p. 1071; y anteriormente, aunque a propósito de los conflictos entre deberes e intereses propios, vid. MITSCH, *Rechtfertigung und Opferverhalten,* Hamburgo, Dr. Kovač, 2004, pp. 207 ss. y 209 ss.; o SCHLEE, *Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten*, Hamburgo, Dr. Kovač, 2009, pp. 284 ss.

[43] Sobre la exigibilidad objetiva de la conducta como presupuesto del nacimiento del deber, cfr. por ejemplo, FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung,* Frankfurt aM., Metzner, 1980, pp. 208 ss.; MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten,* Berlín, Nomos, 2005, pp. 424 ss.; HRUSCHKA, *Strafrecht,* 2.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1988, pp. 120 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 35, pp. 375 ss.; o BALDÓ LAVILLA, *supra* nota 1, pp. 200 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

obligado,[44] y del específico encaje sistemático que se le depare al problema de la inexigibilidad objetiva,[45] resulta evidente que no toda acción necesaria virtualmente obligatoria resulta finalmente debida para quien solo puede satisfacerla a gran coste para sus propios intereses. Y eso vale no solo para el virtualmente obligado por un deber general de solidaridad, sino que también rige cuando es un garante el llamado a emprender la operación de salvamento. En los conflictos que aquí nos ocupan, bien mirado, una de las razones de obligación no supera el primer filtro de legitimación al ser objetivamente inexigible el sacrifico que su cumplimiento requiere.[46] Sobre el obligado no recaen dos razones de obligación aisladamente legítimas, pero de imposible satisfacción cumulativa, sino un único deber de actuar que es incompatible en el caso concreto con un segundo acto de salvamento no debido.

Aisladamente contemplado, en nuestro ejemplo de partida el salvamento de quien peligra morir en el mar es, como mínimo a ojos del derecho (penal), un comportamiento supererogatorio, esto es, una acción voluntaria loable, cuya omisión no es censurable, y que no

[44] Sobre los distintos grados de sacrificio exigible en atención a la distinta naturaleza del deber de actuar, cfr. por ejemplo, JAKOBS, *supra* nota 13, *PG,* 15/11 ss., en donde distingue entre deberes de solidaridad y deberes de garante organizativos e institucionales; o HRUSCHKA, "Rettungspflichten in Notstandssituationen", en *JuS,* 6/1979, pp. 390 ss.; ÍDEM, *supra* nota 43, pp. 120 ss. y 158 s., quien distingue a tales efectos entre los deberes de aseguramiento y los de custodia.

[45] La doctrina contemporánea coincide ampliamente en que la inexigibilidad de la conducta debida afecta ya al tipo objetivo del delito omisivo propio. Monográficamente, FRELLESEN, *supra* nota 43, pp. 156 ss. y 209 ss. Cfr., sin embargo, KÖHLER, *AT,* 1997, pp. 297 s. Más controvertida resulta la ubicación sistemática del problema en el delito omisivo impropio. Mientras que para un importante sector doctrinal también los conflictos entre los intereses del garante y los del garantizado han de resolverse en el tipo objetivo, así por ejemplo, FREUND, "§ 13", *MK-StGB*, 3.ª ed., 2017, n.º m. 201; HRUSCHKA, *supra* nota 43, pp. 120 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 35, pp. 375 ss.; para otros se trataría de un problema de justificación, cfr. por ejemplo, JAKOBS, *supra* nota 13, *PG,* 15/11 ss. y 29/98; o MOLINA FERNÁNDEZ, "Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria", en BAJO FERNÁNDEZ (ed.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial),* vol. II, Madrid, Ceura, 1998, pp. 154 s. Tampoco faltan quienes abogan por relegar el problema al ámbito de la culpabilidad, vid. por ejemplo, BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, *AT,* 12.ª ed., 2016, § 15, n.º m. 19; o STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6.ª ed., Múnich, Vahlen, 2011, § 14, n.º m. 82.

[46] A lo sumo, en los casos que aquí nos ocupan, podría derivarse de la "norma abstracta" un deber de socorro imperfecto, un mero "consejo" carente de fuerza vinculante. Sobre la distinción entre deberes o preceptos (*praecepta*) y meros consejos (*consilia*) en la tradición escolástica y en su tributaria discusión filosófica, cfr. HRUSCHKA, "Supererogation and Meritorious Duties", en *JRE,* 6/1998, pp. 93 ss.; JOERDEN, *supra* nota 23, pp. 197 s.; o ambos en HRUSCHKA/JOERDEN, "Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck", en *ARSP*, 1/ 1987, pp. 93 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

deviene obligatoria dado el sacrificio propio que su realización le supondría al potencial obligado.[47] Se trata, pues, de una acción que no está prohibida, pero tampoco es obligatoria, ni resulta jurídicamente indiferente, sino más bien atribuible a su autor a título de mérito.[48] Su ejecución, como la de cualquier otra auto-puesta en peligro, no requiere —en principio— de norma de autorización alguna, incluso cuando el actuante asume riesgos concretos para su vida o integridad física.[49] Ahora bien, que el acto supererogatorio sea con carácter general indiferente para el derecho penal no significa que este no merezca una valoración distinta cuando es examinado en un contexto de acción más amplio. El hecho heroico, como lo es cualquier auto-puesta en peligro, deja de ser irrelevante para el derecho penal tan pronto su ejecución implica en el caso concreto la lesión o puesta en peligro de derechos ajenos.[50] Y es que, dejando ahora a un lado la discusión clásica de teoría del derecho sobre si de una obligación de actuar se deriva automáticamente la

[47] Acerca de la posibilidad y controvertida conceptualización del acto súper y suberogatorio en la discusión filosófica contemporánea, fundamental, URMSON, "Saints and Heroes", en MELDEN (ed.), *Essays in Moral philosophy*, University of Washington Press, 1958, pp. 198 ss.; y posteriomente, HEYD, *Supererogation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, pp. 115 ss.; HURD, *supra* nota 1, pp. 4 ss.; KAMM, *supra* nota 1, "Supererogation and obligation" pp. 119 ss.; ÍDEM, *supra* nota 1, *Morality, Mortality*, pp. 313 ss.; ÍDEM, *supra* nota 1, *Intricate Ethics*, pp. 260 ss.; o MOORE, "Liberty and Supererogation", en *JRE*, 6/1998, pp. 121 ss. Mientras que el acto supererogatorio sería aquel no obligatorio cuya ejecución es loable y su omisión no censurable (piénsese en el soldado que se abalanza sobre una granada para salvar a sus camaradas), el suberogatorio sería aquel no obligatorio cuya ejecución es censurable y su omisión no loable (piénsese, por ejemplo, en la persona que mata a su agresor en legítima defensa cuando la huida [facultativa] es todavía posible).

[48] Acerca de la naturaleza deóntica del acto supererogatorio, cfr. solo JOERDEN, *supra* nota 23, pp. 195 ss.; ÍDEM, "Deontische Logik", en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Springer, 2017, pp. 242 ss.; y monográficamente, WESSELS, *Die gute Samariterin*, Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, 2002, *passim*.

[49] De la cláusula de inexigibilidad no cabe derivar el deber de no asumir el coste considerado inexigible. Si una auto-puesta en peligro es considerada con carácter general como un ejercicio de libertad intrascendente para el derecho penal, más aun lo ha de ser la auto-puesta en peligro en salvaguarda ajena. En este sentido, cfr. BALDÓ LAVILLA, *supra* nota 1, pp. 212 ss., n. 478.; y en la discusión filosófica, en el mismo sentido, cfr. por ejemplo, HEYD, *supra* nota 47, pp. 174 s.

[50] O como señala BALDÓ LAVILLA, *supra* nota 1, p. 212, nota 478, nadie requiere una norma de autorización para ponerse a sí mismo en peligro, pero sí cuando la salvaguarda ajena acarree riesgos no solo propios, sino también para esferas organizativas autónomas ajenas. En este mismo sentido, vid. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *supra* nota 1, p. 178.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

prohibición de llevar a cabo todo comportamiento que haga imposible su cumplimiento,[51] lo cierto es que en los supuestos que aquí nos ocupan la ejecución del acto supererogatorio supone *de facto* dejar de cumplir el deber de salvamento que el ordenamiento impone al obligado. Contemplado el acto supererogatorio en toda su dimensión, este no solo constituye una auto-puesta en peligro propia, sino la lesión de una pretensión de salvaguarda ajena no válidamente consentida. En las colisiones de deberes "deficitarias", en suma, no estamos ni ante una colisión de deberes, ni ante un acto supererogatorio jurídicamente indiferente, sino frente a un conflicto entre un deber y un acto meramente supererogatorio.[52] Lo imposible no es cumplir dos razones de obligación contrapuestas, sino emprender un curso de salvamento supererogatorio sin infringir al mismo tiempo el único deber de socorro que el ordenamiento le impone al obligado.

Sentado lo anterior, parece en todo caso posible afirmar que el motivo del decaimiento de la razón de obligación del paseante para con el necesitado en el mar no es un factor despreciable a la hora de valorar el comportamiento de quien infringe su deber para emprender supererogatoriamente una operación de salvamento.[53] En las colisiones "deficitarias" de deberes

[51] Al respecto, cfr. HRUSCHKA, "Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen", en *FS-Larenz,* Múnich, Beck, 1983, pp. 271 ss. Si resulta que del deber de salvar a quien se ahoga en la orilla se deriva la prohibición de llevar a cabo toda forma de comportamiento que sea incompatible con dicho deber, el salvamento de quien peligra de morir ahogado en el mar no sería ya un acto supererogatorio, sino uno sencillamente prohibido. En este sentido, vid. por ejemplo, RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, Berlín, Duncker & Humblot, 1994, p. 217, n.° m. 243. De otra opinión, VOGEL, *Norm und Pflicht,* Berlín, Duncker & Humblot, 1993, pp. 94 ss.

[52] Cfr. al respecto KAMM, *supra* nota 1, "Supererogation and obligation", pp. 119 ss. y 122; ÍDEM, *supra* nota 1, *Morality, Mortality*, pp. 313 ss.; ÍDEM, *supra* nota 1, *Intricate Ethics*, pp. 260 ss. y 368 ss.

[53] Con razón criticaron tempranamente HRUSCHKA y JOERDEN, *supra* nota 46, pp. 122 s., el desinterés de la ciencia del derecho penal por los actos supererogatorios y sus consecuencias dogmáticas. Sin ánimo de exhaustividad, advierto como mínimo tres ámbitos en los que el comportamiento supererogatorio puede tener consecuencias jurídico-penalmente relevantes. Me refiero, en primer lugar, a la valoración normativa —a los efectos de justificar o exculpar un acto posterior de defensa— de la provocación de una situación de necesidad propia en ejecución de un acto de salvamento supererogatorio. En segundo lugar, a la hora de valorar la infracción de un deber incompatible, ya sea con intereses generales, piénsese en el bañista que en infracción a la prohibición de baño (bandera roja) se adentra en el mar para rescatar a un niño; ya sea con intereses particulares, piénsese en el caso arriba planteado del paseante que incumple su deber de socorro con un necesitado para salvar la vida de quien peligra de morir en el mar. En tercer lugar, merece igualmente la pena analizar de qué manera habrían de influir en la determinación final de la pena comportamientos supererogatorios del responsable de un delito. Cfr., sobre esto último, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *supra*

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ocurre que el ordenamiento jurídico, más allá de la relación que media entre los posibles necesitados, opta por imponer al obligado un único deber porque entiende que sería ilegítimo imponerle una segunda razón de obligación dados los costes que su cumplimiento traería consigo. Sin embargo, en la medida en que es el propio obligado el que decide libremente asumir ese sacrificio considerado inexigible por el ordenamiento (auto-puesta en peligro), no parece evidente que la pretensión de salvamento del necesitado al que el derecho había negado en un primer momento protección jurídica, haya de ostentar necesariamente un peor estatus frente al necesitado cuya pretensión estaba desde un principio amparada por una obligación jurídica de socorro.[54] Con otras palabras: asumiendo que la solución a una situación de conflicto (de deberes o de intereses) pasa por un análisis normativo de las distintas pretensiones enfrentadas, en especial, de las de los dos sujetos necesitados, la cuestión fundamental a resolver en los casos que aquí nos ocupan es, por un lado, si la pretensión de la víctima no garantizada por un deber es, *ceteris paribus*, de menor rango que la de su oponente cuando el obligado libremente decide asumir el riesgo que el ordenamiento estimaba inexigible. ¿Tiene con carácter general un mejor derecho a ser salvado quien está protegido por el deber de socorro cuando el obligado está dispuesto a salvar supererogatoriamente a su contrincante? Por otro lado, asumido que el valor normativo de la pretensión o el derecho de cada uno de los necesitados es inmune a la exigibilidad o inexigibilidad de cada uno de los deberes que las garantizan, queda por aclarar si y, en su caso, bajo qué condiciones, puede el obligado infringir su deber para emprender supererogatoriamente el salvamento del segundo necesitado. A responder a estas dos preguntas se dedica el tercer apartado de este trabajo. Antes, sin embargo, se presentan las cuatro variantes estructurales básicas de las colisiones "deficitarias" de deberes.

4. Variantes estructurales de la colisión "deficitaria" de deberes

En lo que sigue, asumo que el obligado lo está siempre por un único deber de actuar, siendo jurídicamente inexigible la salvación del segundo necesitado dado el riesgo concreto que ello

nota 1, pp. 175 ss.; o MAÑALICH, "El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad", en *Revista de Derecho (Valdivia),* 2/2015, pp. 227 ss.

[54] Muy clara en este sentido, KAMM, *supra* nota 1, "Supererogation and obligation", pp. 122 s., con ulteriores referencias a los defensores de la primacía general de la conducta debida frente a la supererogatoria en la filosofía moral.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

supone para la vida del obligado.[55] No me ocupo, pues, de la ardua cuestión de cómo concretar la cláusula de exigibilidad, ni de los distintos grados de sacrificio exigible en atención a los vínculos especiales que puedan mediar entre el obligado y el necesitado.[56] Asimismo, a fin de no incrementar innecesariamente la complejidad del problema que aquí interesa resolver, distingo en lo que sigue únicamente entre dos clases de deberes en atención a su especie, los deberes de solidaridad (o de competencia mínima) y los de garante (o de competencia plena). No hago, pues, ulteriores distinciones entre clases de deberes de garante, ni abordo eventuales conflictos entre deberes de competencia intermedia y deberes de garante o de solidaridad.[57] Del mismo modo, ejemplifico de ahora en adelante exclusivamente a partir de supuestos dilemáticos en los que coliden vidas humanas, en tanto supuesto paradigmático de equivalencia entre los derechos de salvaguarda enfrentados. Finalmente, dejo también a un lado el problema de cómo resolver conflictos en los que es posible la salvaguarda de una pluralidad de vidas humanas a costa de la infracción de un deber cuyo cumplimiento supondría la salvaguarda de una única vida.[58] Sentado

[55] Esa es la única razón por la que decae el deber. No me ocupo por lo tanto de aquellos supuestos en los que decae la obligación de salvamento en atención a la probabilidad casi inexistente de que el obligado salve al necesitado. Cfr. MITSCH, *supra* nota 42, pp. 209 ss.; o ALCÁCER GUIRAO, "Límites al deber de socorro", en *Revista General de Derecho Penal,* 26/2016, p. 7. Soy consciente de que en la mayoría de los supuestos imaginables, el riesgo propio y la escasa probabilidad de salvación van de la mano. Ahora bien, en la medida en que se admita que, estando en juego vidas humanas, una mínima probabilidad de éxito ya permite afirmar la equivalencia de derechos en juego, cfr. por ejemplo, KÜPER, *supra* nota 14, pp. 57 ss., la probabilidad de éxito de la operación de salvamento no condicionará decisivamente la resolución del conflicto vital. Tampoco me ocupo de aquellos supuestos en los que el deber de salvamento decae por la válida negativa del necesitado a ser salvado. En el marco de un ordenamiento liberal no hay margen para acciones supererogatorias contrarias a la voluntad de su beneficiario. En este sentido, cfr. solo HRUSCHKA, *supra* nota 43, pp. 166 ss. De forma más distintiva, vid., en cambio, DONATSCH, "Garantenpflicht - Pflicht zur Notwehr- und Notstandshilfe?", en *ZStrR,* 106/1989, pp. 348 ss. y 360 ss.; y próximamente, SILVA SÁNCHEZ, "Terceros en discordia. Del tercero que defiende al agredido al tercero que soporta la defensa", en *LH-Morillas Cueva,* 2018, (en prensa).

[56] Al respecto, cfr. *supra* nota 45.

[57] Sobre esta clase de conflictos, aunque en el marco de la colisión de deberes, cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 415 ss.

[58] Asumo en lo que sigue la tesis de la imponderabilidad cuantitativa y cualitativa de la vida humana. Al respecto, en profundidad, WILENMANN, "Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas", en *InDret,* 1/2016, pp. 1 ss.; y en particular, sobre los conflictos entre tres o más deberes, en los que el obligado puede escoger entre dar satisfacción cumulativa a varios deberes o cumplir uno solo, cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 497 ss., con ulteriores referencias.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lo anterior, son, pues, básicamente cuatro las variantes estructurales de colisión "deficitaria" de deberes penalmente relevantes:

(1) Deber de solidaridad >< Razón de obligación de solidaridad inexigible

En primer lugar, es posible que un deber de solidaridad entre en colisión con una razón de obligación de solidaridad cuyo cumplimiento resulta jurídicamente inexigible. En esta primera estructura ha de encuadrarse el ejemplo propuesto por NEUMANN que fue presentado al comienzo de este trabajo: el paseante está obligado a socorrer a quien se encuentra en la orilla por un deber general de solidaridad, siendo la razón de obligación para con quien se ahoga en el mar inexigible a tenor del riesgo para la vida e integridad física del obligado.

(2) Razón de obligación de solidaridad inexigible >< Deber de garante

En segundo lugar, es posible que la razón de obligación de solidaridad colida con un deber de garante, siendo la primera inexigible. Con un ejemplo: el padre que advierte cómo su hijo peligra de morir ahogado en la orilla se percata en el mismo instante de que un extraño peligra igualmente de morir ahogado tras ser arrastrado por grandes olas debajo de un muelle. La razón de obligación de solidaridad con relación con el extraño es aquí inexigible, pues su cumplimiento expondría al padre a un riesgo cierto de morir ahogado entre las violentas olas del muelle.

(3) Deber de solidaridad >< Razón de obligación de garante inexigible

En tercer lugar, es posible que un deber de solidaridad colida con una razón de obligación de garante, siendo esta inexigible. Con un ejemplo: el padre que advierte cómo su hijo peligra de morir ahogado tras ser arrastrado por grandes olas debajo de un muelle se percata en el mismo instante de que un extraño peligra de morir ahogado en la orilla. El deber de garante del padre para con su hijo es aquí inexigible, pues su cumplimiento expondría al padre a un importante riesgo cierto de morir ahogado entre las violentas olas del muelle.

(4) Deber de garante >< Razón de obligación de garante inexigible

Y en cuarto y último lugar, es posible finalmente que un deber de garante colida con una razón de obligación de garante, siendo esta inexigible. Con un ejemplo: el padre que advierte cómo su hijo peligra de morir ahogado tras ser arrastrado por las olas debajo de un muelle se percata en el mismo instante de que su segundo hijo peligra de morir ahogado en la orilla. La

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

razón de obligación de garante del padre para con el hijo que trata de mantenerse a flote entre las olas del muelle es aquí inexigible, pues su cumplimiento expondría al padre a un importante riesgo cierto de morir ahogado entre las violentas olas del muelle.

III. La colisión "deficitaria" de deberes como causa especial de exclusión del injusto

1. Introducción

¿Actúa conforme a derecho el obligado que infringe su deber para salvaguardar supererogatoriamente un interés equivalente al que deja a su suerte? Hasta donde alcanzo, la respuesta a esta pregunta pasa por definir, en primer lugar, de qué modo la inexigibilidad de un deber afecta a la pretensión o al derecho de salvamento no garantizado por un deber. Se trata, retomando nuestro ejemplo de partida, de decidir si el hecho de que el necesitado que se encuentra en alta mar no está protegido por un deber de socorro significa al mismo tiempo que su pretensión de salvaguarda es normativamente más débil que la del necesitado que se encuentra en la orilla y sí está protegido por un deber de socorro. Asumiendo que, como aquí se defenderá, el peso normativo de la pretensión de salvaguarda del necesitado no depende de la exigibilidad de un deber que la garantice, queda entonces por aclarar, ya en segundo lugar, de qué modo habría de decaer el injusto derivado de la infracción de un deber necesario para emprender un salvamento supererogatorio. Veamos ambas cuestiones en detalle.

2. ¿Derecho de salvaguarda sin correlativo deber exigible de salvamento?

La posibilidad de considerar conforme a derecho el acto supererogatorio que exige la infracción de un deber de salvamento contrapuesto no entra en consideración para quien estime que el valor normativo de una pretensión de salvaguarda está determinado por la existencia de un deber correlativo. Desde esta perspectiva, la pretensión de salvaguarda del necesitado que no está protegido por un deber carecería de valor normativo o, cuando menos, esta sería de inferior peso que el derecho del necesitado protegido por un deber. Mientras que el no emprendimiento de un acto supererogatorio de salvamento supondría la mera no salvaguarda de un interés normativamente no garantizado, la infracción de un deber de actuar, aunque fuera de solidaridad, sí constituiría una injerencia en la posición jurídica del afectado normativamente relevante. Vistas así las cosas, el obligado que infringe su deber para salvaguardar supererogatoriamente a un segundo necesitado actuaría de forma antijurídica. En la medida en que estaría infringiendo un

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

deber de actuar para salvaguardar un interés o un derecho de salvaguarda de menor rango, sería imposible de legitimar a ojos del necesitado protegido por un deber la omisión del obligado. A lo sumo, cabría plantearse una posible exculpación del hecho antijurídico, difícilmente admisible en supuestos en los que el autor está vinculado por un deber especial con la víctima final del conflicto.

Esta forma de ver las cosas, sin embargo, no hace justicia a la verdadera razón material por la que uno de los dos necesitados no está protegido en el caso concreto por un deber. En los supuestos que aquí interesan, el obligado no se ve sumido en una auténtica situación de colisión entre razones de obligación única y exclusivamente porque el ordenamiento jurídico no está dispuesto a exigirle el sacrificio propio que el cumplimiento de uno de los dos deberes requiere. Es decir, es solo la voluntad del ordenamiento jurídico de no gravar al obligado sobremanera el motivo por el que el derecho de salvaguarda de uno de los necesitados no encuentra un correlativo deber que lo garantice. Ahora bien, si resulta que el ordenamiento vincula el nacimiento de un deber no solo a las pretensiones de los necesitados, sino también a las del obligado y, en particular, al nivel de sacrificio que el cumplimiento de un deber requiere, parece plausible afirmar que los derechos de salvaguarda de los necesitados no pueden ser definidos enteramente por la existencia o inexistencia de deberes que los garanticen en el supuesto concreto.[59] Retomando el ejemplo con el que se iniciaba este trabajo, que el ordenamiento decida no obligar al paseante a lanzarse al agua en atención al riesgo concreto de muerte que esto le supondría no significa que el derecho de ese necesitado sea frente al de su oponente necesariamente de menor rango.

Y es que, aunque la concreta naturaleza del vínculo de un necesitado con un obligado influye en el pesaje de dos razones de obligación consideradas en la relación horizontal como equivalentes,[60] esto es, el padre debe salvar, *ceteris paribus*, antes a su hijo que a un extraño, aquella

[59] Sobre la precedencia material del derecho subjetivo frente al deber (jurídico-penal), fundamental, HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Berlín, Duncker & Humblot, 2002, pp. 104 ss., con ulteriores referencias; y en la discusión filosófica, asimismo, cfr. KAMM, *supra* nota 1, *Intricate Ethics*, pp. 242 ss.

[60] Al respecto, en profundidad, vid. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 425 ss. Niegan sin embargo mayor entidad al deber de garante frente al de solidaridad mínima cuando coliden vidas humanas, FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Colonia, Heymann, 1992, p. 282; FRISTER, *AT*, 7.ª ed., 2015, p. 316, n.º m. 62.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

no es determinante cuando el deber decae única y exclusivamente en atención al coste personal que su cumplimiento le supondría al obligado (inexigibilidad). Mientras que es posible legitimar a ojos de un extraño el menor rango de su derecho de necesidad cuando resulta que el obligado a salvarlo lo está también con su propio hijo, pues el valor de su pretensión de salvaguarda se determina también en atención al mejor derecho del segundo necesitado,[61] no hay forma de explicarle a la víctima no protegida por un deber por qué su derecho habría de perder valor frente al de su oponente por el mero hecho de que la conducta indicada es estimada como objetivamente inexigible. Como mínimo, no allí donde el obligado esté dispuesto a asumir libremente el sacrifico propio considerado por el ordenamiento como supererogatorio. El peso de un derecho de salvaguarda en conflicto o, si se prefiere, de la expectativa de salvaguarda del necesitado, en resumidas cuentas, no queda íntegramente definido por la exigibilidad del deber que lo habría de garantizar.[62] La imposibilidad de legitimar un deber que garantice el derecho de salvaguarda del necesitado no elimina automáticamente del mundo de pretensiones normativas atendibles la correlativa expectativa de salvamento.

Si lo anterior es cierto, la pregunta que se plantea inmediatamente es qué sucede cuando el obligado decide efectivamente asumir ese riesgo y deja de cumplir para ello su único deber. ¿Puede el ordenamiento jurídico, asumida la equivalencia normativa de los derechos de salvaguarda enfrentados, considerar conforme a derecho la no satisfacción de la conducta debida cuando el obligado emprende el curso de salvamento supererogatorio?

3. La colisión "deficitaria" de deberes como causa de exclusión del injusto

Pues bien, si resulta que los derechos de salvaguarda de los necesitados no se ven afectados por la declaración de inexigibilidad de una acción de salvamento indicada, parece posible afirmar

[61] Con más referencias, cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 425 ss.

[62] También quien se aferre a la tesis *hohfeldiana* de la correlación entre derechos y deberes puede compartir la conclusión material aquí alcanzada. Vid. HOHFELD, "Some fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", en *Yale L.J.,* 23-1/1913, pp. 16 ss. Críticamente, vid. PERRY, "Correlativity", en *Law and Philosophy,* 28/2009, pp. 537 ss. Aun negando que el necesitado goce frente al potencial salvador de un auténtico derecho, aquel podría conservar una mera "expectativa" normativa de salvaguarda, idónea a su vez para justificar la infracción del único deber que recae sobre el obligado en los conflictos que aquí interesan. La conclusión aquí defendida, si no voy errado, trasciende de la discusión sobre la correlación de los derechos y los deberes y cómo etiquetar (derecho, expectativa…) la pretensión normativa de salvaguarda de quien no está protegido por un deber en atención a los costes que su cumplimiento le exigiría al potencial obligado.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que cuando el propio obligado decide libremente asumir el riesgo propio considerado inexigible y salvaguardar así supererogatoriamente un segundo derecho de salvaguarda, aquel no actúa antijurídicamente. Dada la equivalencia de los derechos en juego, el acto supererogatorio del obligado despliega efectos excluyentes del injusto omisivo.[63]

¿Significa esto que el obligado lo está finalmente por dos deberes? Una primera posibilidad para canalizar la exclusión del injusto en estos supuestos pasaría efectivamente por estimar que la libre decisión del obligado suprime el déficit de la colisión de deberes. Es decir, la libre disposición del obligado para llevar a cabo el acto supererogatorio reactivaría la colisión de deberes, impidiendo el decaimiento de uno de ellos por inexigibilidad, de modo que, como sucede en un escenario clásico de colisión de deberes, el obligado lo estaría por dos razones de obligación de imposible satisfacción cumulativa. Siendo equivalentes las razones enfrentadas, el obligado lo estaría por un deber alternativo y actuaría conforme a derecho si cumpliera cualquiera de las dos razones enfrentadas. Siendo pasibles de jerarquización, el obligado lo estaría por la de superior rango, único deber realmente vinculante en la situación dilemática. Esto significa, con un ejemplo, que el padre que decide supererogatoriamente salvar a su hijo a costa de la vida de un extraño al que debía salvar en virtud de un deber general de socorro quedaría desde el momento de su decisión obligado tan solo por el deber de garante.

Con independencia de sus consecuencias prácticas, esta forma de ver las cosas no parece de recibo. Y es que, bien mirado, se estaría vinculando el nacimiento de un deber a la mera disposición del obligado a cumplirlo. Ahora bien, si la voluntad contraria a lo prescrito no puede hacer desaparecer la prescripción, pues un concepto útil de deber jurídico ha de ser necesariamente compatible con su infracción, la voluntad de llevar a cabo lo no prescrito tampoco puede fundamentar prescripción alguna.[64] Estar dispuesto a hacer un sacrificio, en suma, no puede convertirlo en obligatorio. Y esta objeción no puede soslayarse recurriendo a la figura de un deber de vinculación condicionada del tipo: "estás obligado al salvamento de (A) salvo que ello suponga

[63] En un sentido parecido, cfr. KÜPER, *supra* nota 1, p. 107.
[64] Que la voluntad de cumplir la norma por parte del obligado no puede ser presupuesto de nacimiento del deber es acertadamente advertido por MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, Bosch, 2001, pp. 564 ss. y 566 s. En este mismo sentido, cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, p. 155, nota 129.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

un sacrificio de intereses propios igual o superior a (X) y no estés dispuesto a asumirlo".[65] Con ello no se hace sino vincular el nacimiento del deber específico a la voluntad del potencial obligado. Así pues, el padre que opta por salvar supererogatoriamente a su hijo a costa de infringir un deber general de socorro no se autoimpone un deber de garante, ni se coloca a sí mismo en una situación de colisión de razones de obligación.

Descartada la posibilidad de una reactivación de la colisión de deberes, queda, sin embargo, todavía abierta la posibilidad de reconocer al obligado un mero permiso para infringir el único deber que el ordenamiento le dirige en la situación de conflicto. Esta es, en mi opinión, la naturaleza eximente de la colisión "deficitaria" de deberes, que opera como una causa de exclusión del injusto allí donde el obligado infringe su deber para garantizar supererogatoriamente un derecho de salvaguarda superior o equivalente al que se deja a su suerte.[66] Desde una perspectiva formal, la colisión "deficitaria" de deberes puede concebirse como un conflicto entre una razón de obligación plenamente legitimable y una razón de obligación objetivamente inexigible. Ante tal escenario, el ordenamiento jurídico reconoce al obligado la posibilidad de dejar de cumplir la única razón legitimable para salvaguardar un derecho de necesidad de igual o superior rango.[67] Así las cosas, resulta que el obligado se ve ante una situación de colisión "deficitaria" de deberes, ante la siguiente disyuntiva: o cumple con el deber exigible, con total independencia de cuál sea el peso normativo del derecho que con ello garantiza, o bien salvaguarda supererogatoriamente un derecho de igual o mayor peso del que deja a su suerte a través de la infracción de la razón de obligación *prima facie* exigible. En ambos casos el obligado actúa conforme a derecho.

Desde una perspectiva material, las razones que permiten justificar a ojos de la víctima del conflicto que el obligado no salvaguarde su derecho son tres. En primer lugar, es posible que la víctima deba tolerar la no salvaguarda de su pretensión porque el ordenamiento no puede exigirle

[65] En la discusión filosófica, crítica de esta posibilidad, cfr. KAMM, *supra* nota 1, pp. 121 s.; ÍDEM, *supra* nota 1, *Morality, Mortality*, pp. 317 ss.

[66] Le atribuye efectos justificantes, asimismo, KÜPER, *supra* nota 1, p. 1073.

[67] Aunque la distinción entre causas de justificación y de exclusión del tipo carece en mi opinión de verdadera trascendencia material, cabe considerar que la colisión "deficitaria" de deberes, al igual que la colisión estándar entre razones de obligación, excluye ya el tipo objetivo del correspondiente delito omisivo. Al respecto, en detalle y con ulteriores referencias, cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 186 ss. En los últimos tiempos, dubitativo sobre la ubicación del instituto de la colisión de deberes, cfr. además KÜPER, "Die Kollision von Garantenpflichten und die Rechtfertigung pflichtwidrigen Unterlassens", en *FS-Neumann,* 2017, pp. 940 s.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

al obligado que la garantice. Esto es lo que sucede cuando el obligado se decide por cumplir el deber de salvamento exigible, con total independencia de cuál de los dos derechos de salvamento enfrentados resulta de mayor peso. En segundo lugar, es posible que la víctima protegida por un deber haya de soportar la lesión de su pretensión de salvaguarda porque el segundo necesitado ostenta un mejor derecho de necesidad, ya sea conforme a la lógica de las causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad defensivo o agresivo), o en virtud del mejor vínculo del necesitado con su obligado (deber de garante frente a un deber de solidaridad).[68] Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el supuesto en el que el padre deja de cumplir el deber de socorro para con un extraño para emprender supererogatoriamente el salvamento de su propio hijo. Y finalmente, en tercer lugar, es posible que, aun siendo completamente equivalentes las pretensiones enfrentadas, la víctima final del conflicto deba tolerar el curso de salvamento que emprende el obligado como consecuencia necesaria de haber gozado en un momento previo de la posibilidad abstracta de que el obligado se decidiera por salvaguardar su pretensión.[69] Esto es lo que acontece en el caso del padre que opta por emprender supererogatoriamente el salvamento de un hijo y deja para ello de cumplir un deber de garante exigible equivalente para con su segundo hijo. Todo lo anterior habrá de quedar de manifiesto en el último epígrafe de este apartado, dedicado a la resolución de las variantes estructurales presentadas arriba.

4. Resolución de las cuatro variantes estructurales de la colisión "deficitaria" de deberes

En el supuesto en el que un obligado deja de cumplir un deber de socorro para salvaguardar supererogatoriamente una razón de obligación de solidaridad inexigible (1), cabe afirmar con KÜPER que el obligado actúa efectivamente conforme a derecho también cuando se decide por emprender el curso de salvamento supererogatorio.[70] En la relación horizontal entre los dos necesitados no existe diferencia alguna, ninguno ostenta —conforme a la dogmática de la justificación o en atención al vínculo con el obligado— un mejor derecho frente a su oponente, de modo que, asumida la disposición del obligado a emprender la acción de salvamento no debida,

[68] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 435 ss.; y resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", pp. 29 ss.
[69] Al respecto, en detalle, COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 446 ss.; y resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", pp. 30 ss.
[70] Cfr. KÜPER, *supra* nota 1, p. 1073.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

este puede optar efectivamente por esta segunda opción, quedando excluido el injusto por la infracción del deber de socorro en colisión "deficitaria" de deberes. Y adviértase que, en contra de lo que parece sugerir NEUMANN,[71] no es necesario que el obligado salvaguarde con su acto supererogatorio un interés superior al que deja a su suerte a través de la infracción del deber de socorro. Constatada la equivalencia entre los derechos de salvaguarda enfrentados, siendo irrelevante el deber de socorro a efectos de su valoración, no hay razón por la que la mera equivalencia no habría de bastar para afirmar la conformidad a derecho del acto supererogatorio del obligado que desatiende su deber.

En el supuesto en el que un obligado deja de cumplir un deber de socorro para cumplir supererogatoriamente una razón de obligación de garante inexigible (2), piénsese en el padre que salva supererogatoriamente a su hijo cuando peligra de morir en el mar a costa de la vida del extraño que se encuentra en la orilla, cabe nuevamente afirmar que el obligado actúa conforme a derecho cuando se decide por emprender el curso de salvamento no debido. A diferencia de lo que acontecería ante un supuesto de colisión entre razones de obligación, el obligado no lo está a salvaguardar a su hijo, pues pese a ser superior la especie de la razón de obligación (deber de garante), el grado de sacrificio que requiere su cumplimiento lo torna jurídicamente inexigible. Ahora bien, en la medida en que el padre está dispuesto a asumir el riesgo cierto de muerte para salvar a su hijo, la no satisfacción del deber de socorro exigible no puede ser estimada antijurídica. Es más, adviértase que, conforme a lo aquí sostenido, la no satisfacción del deber de socorro es atípica siempre y cuando dicho deber no garantice un interés esencialmente superior al que garantiza la acción supererogatoria del padre. Con un ejemplo: también actúa conforme a derecho el padre que, más allá de su deber, evita a su hijo unas lesiones de gravedad media cuando para ello deja de cumplir un deber de solidaridad para con el extraño en riesgo de muerte. El mejor derecho del hijo frente al extraño en la relación intersubjetiva no basta para legitimar la imposición al padre del deber de salvar a su hijo, pues a ello se opone la cláusula de inexigibilidad, pero sí logra excluir el injusto cuando el padre opta por asumir supererogatoriamente dicho riesgo y salvar a su hijo. El mejor derecho del extraño, en suma, era solo aparente, en tanto en cuanto el ordenamiento jurídico deja en manos del padre la decisión de si quiere o no salvar a su hijo.

Por el contrario, en el supuesto en el que un obligado deja de cumplir un deber de garante para salvaguardar supererogatoriamente una razón de obligación de solidaridad inexigible (3),

[71] Vid., por ejemplo, NEUMANN, *supra* nota 1, *NK-StGB*, n.º m. 127.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

piénsese en el padre que salva supererogatoriamente a un extraño cuando peligra de morir en el mar a costa de la vida de su hijo que se encuentra en la orilla, el obligado actúa de forma antijurídica. Y ello con total independencia de que salve un interés equivalente al que deja a su suerte. En este caso, el hecho de que el obligado decida asumir el riesgo inherente a la operación de salvamento del extraño no es motivo suficiente para contrarrestar el mejor derecho del hijo protegido por el deber de garante frente al extraño. Se advierte, pues, con especial claridad de qué modo la aprehensión formalista del conflicto aquí acogida, basada en la noción de derecho, conduce a soluciones distintas a las defendidas por quienes reducen el conflicto a una situación de incompatibilidad entre intereses en peligro.[72] Pese a la equivalencia de los intereses en juego, no cabe, pues, excluir el injusto del homicidio en comisión por omisión cuando el padre opta supererogatoriamente por salvar a un extraño.[73] Y difícilmente cabría exculpar el hecho antijurídico del padre, pues este infringe su deber de garante para con su propio hijo a fin de salvar la vida de un extraño frente al que el derecho lo libera, en el caso concreto, de toda obligación jurídica.

Y finalmente, en el supuesto en el que un obligado deja de cumplir un deber de garante para salvaguardar supererogatoriamente una razón de obligación de garante inexigible (4), piénsese en el padre que se adentra en el mar para salvar a su hijo primogénito y deja morir al segundogénito en la misma orilla, cabe afirmar de nuevo que el obligado actúa conforme a derecho. Y es que los dos niños, más allá de que el deber para con el que está en el mar decaiga por razón de su inexigibilidad, ostentan un mismo derecho frente a su padre, por lo que este, tal y como sucedería en una situación clásica de conflicto entre razones de obligación, puede decidir a qué hijo desea salvar y actuar en todo caso conforme a derecho.[74] La víctima final del conflicto, tal y como

[72] El permiso para dejar de cumplir el deber en ejecución de un acto supererogatorio, en suma, no es el mero resultado de una ponderación de intereses. Vid., sin embargo, NEUMANN, *supra* nota 1, *FS-Roxin,* p. 433.

[73] A los ojos del derecho, el padre de nuestro ejemplo no es un héroe dispuesto a soportar la pérdida de un hijo, pues lo que aquel protege no es el interés del obligado en que su hijo siga con vida, sino la propia vida del hijo. Del mismo modo que la expectativa del niño no se determina por el interés del padre en su salvaguarda, los motivos heroicos o de auto-sacrificio del padre tampoco alteran su peso normativo. El hijo puede exigir válidamente a su padre que lo salve, y el extraño ha de asumir que en la concreta configuración del conflicto su expectativa resulta ser la más débil. Al respecto, con detalle, COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 425 s., nota 431.

[74] Por moralmente reprobable que pueda ser el criterio sobre la base del cual decide en el caso concreto el obligado, el derecho no puede condicionar una decisión tras haber asumido la equivalencia de las pretensiones enfrentadas. En este sentido, KÜPER, *supra* nota 14, pp. 27 ss. En la discusión filosófica, en

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

acontece en una situación estándar de colisión entre razones de obligación, está obligada a no interrumpir el curso salvador que emprende el padre. Cuestión distinta es que, pese a estar ambos necesitados vinculados por lazos especiales con el obligado,[75] quepa admitir también aquí la exculpación de la interrupción de dicho curso salvador.

IV. Conclusiones

1. Pese a constituir un *topos* clásico en la discusión filosófica, es fundamentalmente mérito de NEUMANN el haber planteado en la discusión jurídico-penal contemporánea el problema de las así llamadas colisiones "deficitarias" de deberes.

2. Su rasgo característico reside en el hecho de que, a diferencia de un conflicto clásico de deberes o, mejor, de razones de obligación, el obligado lo está únicamente por un deber, al considerar el ordenamiento inexigible el cumplimiento del opuesto en atención al riesgo que implica para los intereses propios del potencial obligado.

3. En este trabajo se ha defendido que el peso normativo de los derechos de salvaguarda de los sujetos necesitados en una situación de conflicto no queda determinado por la existencia o inexistencia de un deber que efectivamente los garantice.

4. Asumiendo que la última instancia frente a la que hay que legitimar la solución a un conflicto son los propios necesitados y que sus derechos de salvaguarda no pierden valor por el carácter inexigible del deber que los habría de garantizar, cabe afirmar que el obligado que salvaguarda un derecho de igual o superior rango al que deja a su suerte actúa conforme a derecho, también cuando ello suponga infringir el único deber que el ordenamiento le imponía en la situación dilemática.

---

sentido opuesto, vid., sin embargo, DWORKIN, *Justicia para erizos*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 347. Sobre las particularidades de este derecho de elección, en detalle, vid. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho* penal, pp. 442 ss. y 444 ss.

[75] Sobre el efecto compensatorio de los deberes especiales de soportar peligro por idéntico motivo a los efectos de exculpar acciones necesarias antijurídicas, fundamental, LERMAN, "Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante", en *InDret,* 1/2017, pp. 13 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

5. La colisión "deficitaria" de deberes opera, en suma, como una causa de exclusión del injusto allí donde un sujeto infringe un deber para garantizar supererogatoriamente una pretensión de salvaguarda igual o equivalente a la que deja a su suerte.

IV. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL, "Límites al deber de socorro", en *Revista General de Derecho Penal,* 26/2016.

BALDÓ LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, Bosch, 1994.

BAUMANN, JÜRGEN/WEBER, ULRICH/MITSCH, WOLFGANG/EISELE, JÖRG, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 12.ª ed., Bielefeld, Gieseking, 2016.

BLEI, HERMANN, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, 18.ª ed., München,1983.

BRINKMANN, MATTHIAS, "Disjunctive duties and supererogatory sets of actions", en *Royal Institute of Philosophy Supplements*, 77/2015.

COCA VILA, IVÓ, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución,* Barcelona, Atelier, 2016.

— "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", en *InDret*, 2/2017.

— "La legítima defensa frente a omisiones", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* 69/2016.

— "Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo", en *InDret,* 1/2011.

— "Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 19-24/2017.

DONATSCH, ANDREAS, "Garantenpflicht — Pflicht zur Notwehr- und Notstandshilfe?", en *ZStrR,* 106, 1989.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DWORKIN, RONALD MYLES, *Justicia para erizos*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2014.

FRELLESEN, PETER, *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung,* Frankfurt aM., Metzner, 1980.

FREUND, "§ 13", *MK-StGB*, 3.ª ed., 2017.

— *Erfolgsdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Colonia, Heymann, 1992.

FRISTER, HELMUT, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 7.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2015.

HAAS, VOLKER, *Kausalität und Rechtsverletzung ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Berlín, Duncker & Humblot, 2002.

HEYD, DAVID, *Supererogation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

HOHFELD, WESLEY NEWCOMB, "Some fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", en *Yale Law Journal,* vol. 23, n.° m. 1, 1913.

HRUSCHKA, JOACHIM, "Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen", en CANARIS (ed.), *Festschrift für Karl Larenz zum achtzigsten Geburtstag,* Múnich, C. H. Beck, 1983.

— "Rettungspflichten in Notstandssituationen", en *Juristische Schulung,* 6/1979.

— Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1988.

— "Supererogation and Meritorious Duties", en *Jahrbuch für Recht und Ethik,* 6/1998.

HRUSCHKA, JOACHIM/JOERDEN, JAN C., "Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1/1987.

HURD, HEIDI M., "Duties Beyond the Call of Duty", en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (6), 1998.

JAKOBS, GÜNTHER, "Kommentar: Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision", en ESER, ALBIN/NISHIHARA, HARUO (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung,* vol. IV, Friburgo, 1995.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

— Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación (trad. Joaquín CUELLO SERRANO y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991]. *PG,* 2.ª ed., 1997.

JOERDEN, JAN C., "Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit. Konsequenzen einer These Kants für die strafrechtliche Lehre von der „Pflichtenkollision"", en *Jahrbuch für Recht und Ethik,* 5/1997.

— "Deontische Logik", en HILGENDORF, ERIC/JOERDEN, JAN C. (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Springer, 2017.

— *Logik im Recht*, 3.ª ed., Berlín, Springer, 2018.

KAMM, FRANCES MYRNA, "Supererogation and obligation", en *The Journal of Philosophy*, 3/1985.

— *Morality, Mortality*, vol. II, *Rights, duties, and status*, Nueva York, Oxford University Press, 1996.

— *Intricate Ethics. Rights, Responsibilities, and Permissible Harm*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.

KINDHÄUSER, "Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht", en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 2/1994.

KÖHLER, MICHAEL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, Springer, 1997.

KÜPER, WILFRIED, "Probleme der „defizitären" rechtfertigenden Pflichtenkollision", en *Juristische Schulung,* 12/2016.

— *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision*, Berlín, Duncker & Humblot, 1979.

— "Die Kollision von Garantenpflichten und die Rechtfertigung pflichtwidrigen Unterlassens", en *FS-Neumann,* 2017.

LERMAN, MARCELO D., "Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante", en *InDret,* 1/2017.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO, "El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad", en *Revista de Derecho (Valdivia),* 2/2015.

— "Normas permisivas y deberes de tolerancia", en ÍDEM (coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2013.

MITSCH, WOLFGANG, *Rechtfertigung und Opferverhalten,* Hamburgo, Kovac, 2004.

MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, Bosch, 2001.

— "El estado de necesidad como ley general", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2/2000.

— "Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria", en BAJO FERNÁNDEZ (ed.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial),* vol. II, Madrid, Ceura, 1998.

MOMSEN, CARSTEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten,* Berlín, Nomos, 2005.

MOORE, "Liberty and Supererogation", en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 6/1998.

NEUMANN, ULFRIED, "§ 34", en KINDHÄUSER, URS/NEUMANN, ULFRIED/PAEFFGEN, HANS-ULLRICH (eds.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch* (NK-StGB), 1.ª ed., 4.ª entrega, Baden-Baden, Nomos, 1997, n.º m. 127.

— "§ 34", en KINDHÄUSER, URS/NEUMANN, ULFRIED/PAEFFGEN, HANS-ULLRICH (eds.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch* (NK-StGB), 5.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, n.º m. 127.

— "Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen", en SCHÜNEMANN (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag,* Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, 2001.

— "Die Moral des Rechts. Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral", en Jahrbuch für Recht und Ethik, 2/1994.

— "Zur Struktur des strafrechtlichen Instituts der „Pflichtenkollision"", en *Festschrift für Keiichi Yamanaka*, Berlín, Duncker & Humblot, 2017.

PERRY, RONEN, "Correlativity", en *Law and Philosophy,* 28/2009.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

RENZIKOWSKI, JOACHIM, *Notstand und Notwehr*, Berlín, Duncker & Humblot, 1994.

ROBLES PLANAS, RICARDO, "Deberes negativos y positivos en Derecho penal", en *InDret,* 4/2013.

— "Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig,* Montevideo/Buenos Aires, BdeF, 2017, pp. 829-842

— "Sobre la exclusión del injusto penal", en *Estudios de dogmática jurídico-penal*, Montevideo/Buenos Aires, BdeF, 2014.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, PABLO, "'Más allá del deber': Consideraciones introductorias sobre los 'comportamientos supererogatorios' en el Derecho penal peruano", en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* (11-12), n.° m. 47, 2002.

SCHLEE, ALEXANDER, *Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten*, Hamburgo, Dr. Kovač, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *El delito de omisión: Concepto y sistema*, 2.ª ed., Montevideo/Buenos Aires, BdeF, 2012.

— "Terceros en discordia. Del tercero que defiende al agredido al tercero que soporta la defensa", en *LH-Morillas Cueva,* 2018, (en prensa).

STOCKER, MICHAEL, *Supererogation*, doctoral dissertation, Harvard University, cap. 6, 1966,

STRATENWERTH, GÜNTER/KUHLEN, LOTHAR, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., Múnich, Vahlen, 2011.

URMSON, JAMES O., "Saints and Heroes", en MELDEN, A. I. (ed.), *Essays in Moral philosophy*, University of Washington Press, 1958.

VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten,* Berlín, Duncker & Humblot, 1993.

WESSELS, ULLA, *Die gute Samariterin*, Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, 2002.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

WILENMANN, JAVIER, "Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas", en *InDret,* 1/2016.

— "El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal", en *InDret,* 3/2014.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/