

La colisión entre razones de obligación en Derecho penal

Bases para una revisión del concepto y de los fundamentos de disolución de la colisión
de deberes jurídico-penal

Ivó Coca Vila

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

*Abstract**

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

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

This paper aims at reviewing both the concept of the conflict of duties in criminal law as well as the foundations for its solution. Regarding the former, this legal institution is defined as a collision of reasons for duty that cannot be cumulatively fulfilled. Their deontic nature is thus irrelevant. About the second issue, the argument is made that the solution of the collision involves a judgment set out to hierarchically arrange the colliding reasons, a judgment in which the conflict is understood from a formal point of view that is respectful with the autonomy and solidarity principles. The class or kind of duty, as a means of stating the weight of the obligation in view of the obliged party/beneficiary relationship, operates then as a tie-breaker rule in those cases where the comparison between the two beneficiaries of the competing obligations provides no significant normative difference. Therefore, the obliged party must only fulfill the reason of the superior obligation – the only duty which can be legitimized in the particular situation – or, when before a collision of equivalent reasons, they must comply with the disjunctive duty – aid one or the other – which the legal system imposes on them.

* El presente trabajo, que trae causa remota de mi tesis doctoral [*La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, 2016, Atelier, Barcelona], fue concebido inicialmente para su presentación en sendos seminarios en las Universidades de Buenos Aires y Talca (CEDEP). A sus respectivos directores, al Prof. Dr. mult., Dr. h. c. Sancinetti y al Prof. Maldonado, agradezco su amable invitación, así como a todos los asistentes, en especial a los Profs. van Weezel y Lerman, sus valiosas sugerencias y comentarios. Agradezco igualmente a Héctor García de la Torre LL.M. sus observaciones al manuscrito final. Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación financiado por el MEC del Gobierno de España, titulado “La traslación de la teoría del delito al derecho penal económico” (Referencia: DER2013-41252-P).

Titel: Die Kollision zwischen Verpflichtungsgründen im Strafrecht. Grundlagen einer Revision des Begriffs und der Lösungsgrundsätze der strafrechtlichen Pflichtenkollision.

Title: Conflict between Grounds of Obligation in Criminal Law. Foundations of a Review of the Concept and Solution Principles Regarding Conflict of Duties in Criminal Law.

Palabras clave: Colisión de Deberes, Justificación, Legítima defensa, Estado de necesidad defensivo, Estado de necesidad agresivo, Solidaridad, Autonomía.

Stichworte: Pflichtenkollision, Rechtfertigung, Notwehr, Defensivnotstand, Aggressivnotstand, Solidarität, Autonomie.

Keywords: Collision of Duties, Justification, Self-defence, Defensive State of Emergency, Aggressive State of Emergency, Solidarity, Autonomy.

Sumario

1. La colisión de deberes en la doctrina penal contemporánea

1.1. El tratamiento al uso del problema

- a) La colisión de deberes como el conflicto entre dos deberes de actuar
- b) La jerarquización de los deberes según la teoría de la ponderación de intereses
- c) La colisión de deberes como causa de exclusión del injusto: *ultra posse nemo obligatur*

1.2. Sobre la fragilidad de los pilares de la dogmática al uso de la colisión de deberes

2. La colisión de deberes como un conflicto entre razones de obligación

2.1. La colisión entre razones de obligación (no obligantes) como un problema particular del proceso de legitimación de los deberes jurídico-penales

2.2. La irrelevancia del carácter activo u omisivo de la conducta debida en la resolución del conflicto

3. El sistema de jerarquización de las razones de obligación en conflicto

3.1. Breve crítica del método y fundamento de jerarquización de los deberes en la doctrina contemporánea

3.2. Autonomía y solidaridad como principios rectores del sistema bidimensional de jerarquización de las razones de obligación

- a) Autonomía y solidaridad como clave de bóveda del sistema de jerarquización
- b) La doble dimensión conflictiva en las colisiones entre razones de obligación

3.3. La jerarquización de las razones de obligación en conflicto

- a) La relación intersubjetiva entre los beneficiarios de las razones de obligación en liza
- b) La jerarquización de las razones de obligación en el plano de su especie
- c) La compatibilización de los resultados de jerarquización en la dimensión intersubjetiva y de la especie de la razón de obligación

4. La determinación final del deber ante conflictos entre razones de obligación

4.1. La disolución de los conflictos entre razones de obligación jerarquizadas

4.2. La disolución de los conflictos entre razones de obligación equivalentes

5. Conclusiones

6. Bibliografía

1. La colisión de deberes en la doctrina penal contemporánea

1.1. El tratamiento al uso del problema

La colisión de deberes, pese a ser uno de los *topos* tradicionales en la discusión filosófica y jurídica, pareciera constituir en la discusión jurídico-penal contemporánea un problema de segundo orden. Mientras que en el mundo hispanohablante ello queda patente en el exiguo interés que la doctrina le ha deparado históricamente a la institución,¹ en Alemania, donde sí ha sido objeto de varios estudios monográficos e importantes artículos doctrinales,² lo anterior se advierte, básicamente, en la forma en la que se presenta a día de hoy el problema de la colisión de deberes en la profusa literatura formativa. Centrada en su misión esencialmente didáctico-pedagógica, trata ésta de ofrecer una imagen de claridad y certidumbre de la institución que reduce notablemente su problemática y torna en su mayor parte superfluas posteriores reflexiones dogmáticas. En este sentido, como también se advierte en las referencias esporádicas al problema en la doctrina hispanohablante,³ va consolidándose la idea de que la colisión de deberes constituiría una causa de exclusión del injusto exclusiva del delito omisivo que, a diferencia del estado de necesidad (agresivo), haría decaer el injusto incluso cuando el obligado salvara un interés meramente equivalente al que deja a su suerte.⁴ Tres son, pues, los pilares básicos sobre los que se asienta la dogmática jurídico-penal contemporánea de la colisión de deberes: dicha institución se define a partir del conflicto entre deberes de actuar; la jerarquización de los deberes, como paso previo para la solución al conflicto, se rige por el principio del interés preponderante; y, finalmente, el cumplimiento del deber equivalente o de superior rango excluye ya el injusto por la no satisfacción del deber enfrentado. Veamos cada uno de ellos con algo más de detalle.

a) La colisión de deberes como el conflicto entre dos deberes de actuar

A día de hoy es ampliamente mayoritaria en la doctrina alemana la tesis según la cual solo integrarían el instituto penal de la colisión de deberes los conflictos entre deberes de actuar (mandatos). Por un lado, los conflictos entre deberes de omitir (prohibiciones), o bien serían lógicamente imposibles, pues las prohibiciones nunca agotarían el espacio de actuación del obligado, *conditio sine qua non* para poder hablar de un conflicto de deberes;⁵ o bien, aun siendo dables, habrían de resolverse siempre – por razones axiológicas – conforme a las reglas propias del estado de necesidad justificante (agresivo).⁶ Por el otro, también los conflictos entre deberes de actuar y omitir habrían de excluirse de la definición penal de la colisión de deberes por

¹ Durante más de treinta años el único trabajo en lengua española dedicado de forma omnicompreensiva y en profundidad al estudio de esta institución ha sido la excelente monografía de CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en derecho penal*, 1984, *passim*.

² Las referencias en RÖNNAU, «Vor § 32», *LK*, 12ª ed., *Schrifttum*, 2006, pp. 107 s.

³ Así, muy claramente, CUELLO CONTRERAS, «La justificación del comportamiento omisivo», *ADPCP*, (43), 1990, pp. 497 ss.; y, en un sentido similar, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 483, nota 55; o LUZÓN PEÑA, «Estado de necesidad e intervención médica», *La Ley*, (18201), 2001, pp. 7 ss.; EL MISMO, *PG*, 3ª ed., 2016, p. 410, nm. 22.

⁴ Paradigmáticos, RÖNNAU, «Rechtfertigende Pflichtenkollision», *JuS*, (2), 2013, pp. 113 ss.; o SATZGER, «Die rechtfertigende Pflichtenkollision», *JURA*, (10), 2010, pp. 753 ss.

⁵ En este sentido, fundamental, GROPP, «Die „Pflichtenkollision“: weder eine Kollision von Pflichten noch Pflichten in Kollision», *FS-Hirsch*, 1999, pp. 217 ss.; EL MISMO, *AT*, 4ª ed., 2015, § 5, nm. 311.

⁶ Con ulteriores referencias, vid. solo ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 190 ss. Para un resumen de la discusión sobre la posibilidad y tratamiento dogmático de esta clase de conflictos, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, 2016, pp. 65 ss.

razones funcionales. Dado que a igualdad de bienes jurídicos en juego sería siempre preferible el respeto de la prohibición a costa de la no satisfacción del mandato, para la doctrina alemana mayoritaria tales conflictos encontrarían precisamente en la regla del estado de necesidad agresivo una solución materialmente adecuada: el obligado lo estaría solo a cumplir la prohibición salvo que la satisfacción del mandato enfrentado garantizara un interés esencialmente superior al que la infracción de la prohibición trae consigo.⁷ Y a esta misma conclusión suele llegar el grueso de la doctrina española que, pese a no excluir del instituto los conflictos entre mandatos y prohibiciones, admite sin embargo con carácter general una regla de preferencia de los deberes de omitir frente a los de actuar.⁸ El que en tales casos, a diferencia del escenario clásico de estado de necesidad en auxilio necesario, la infracción de una prohibición sirva al cumplimiento de un mandato enfrentado en nada afectaría al deber de tolerancia del protegido por la prohibición: el deber de actuar solo nacería cuando con ello se salvara un interés esencialmente preponderante al que garantiza la prohibición.⁹

Así las cosas, el padre obligado a salvar la vida de su hijo que pelagra de morir ahogado debería (o podría) hurtar una pequeña embarcación, pues la infracción de tal prohibición queda justificada conforme a la regla del estado de necesidad agresivo. El interés salvaguardado prepondera esencialmente sobre el menoscabado. No así, en cambio, lesionar gravemente a un tercero, pues el interés de su hijo ya no prepondera en tal caso de forma esencial sobre el que se menoscaba a través de la infracción de la prohibición.

b) La jerarquización de los deberes según la teoría de la ponderación de intereses

Que los conflictos habrían de resolverse dando cumplimiento al mandato de mayor rango o, en caso de equivalencia, a cualquiera de los dos deberes de actuar enfrentados no suscita a día de hoy controversia alguna. Esto presupone, claro está, la determinación previa de una prelación entre los deberes enfrentados, la cual habría de lograrse a través de un juicio comparativo de todos los intereses que subyacen a los deberes enfrentados.¹⁰ Asumiendo la imposibilidad de salvaguardar todos los intereses contrapuestos, el obligado debería satisfacer el deber que protege el superior. En lo esencial, pues, el juicio de jerarquización de los deberes coincidiría con el propuesto por la doctrina más tradicional en sede de estado de necesidad justificante,¹¹ aunque con una particularidad: en contra de una visión estrictamente materialista del proceso de

⁷ Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 32 ss.; y en los últimos tiempos, fundamental, NEUMANN, «Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen», *FS-Roxin*, 2001, pp. 421 ss.; EL MISMO, «§ 34», *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 125. En la doctrina española, en el mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, (43), 1990, pp. 497 ss. Y sobre la (i)legitimidad de un deber de actuar que supone la realización de un hecho típico justificado grave, negando con carácter general el castigo en comisión por omisión del garante que no cumple su mandato, cfr. p. ej. LAMPE, «Zum Verhältnis von Handlungsrecht und Handlungspflicht», *FS-Lenckner*, 1998, pp. 165 ss.

⁸ Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, p. 483, nota 55; LUZÓN PEÑA, *La Ley*, (18201), 2001, pp. 7 ss.; EL MISMO, *PG*, 3ª ed., 2016, p. 410, nm. 22.

⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 381 s., nota 109; o NEUMANN, «Die Moral des Rechts», *JRE*, (2), 1994, pp. 91 s. En sentido opuesto, en cambio, OTTO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, p. 100, quien, no obstante, cambiará posteriormente de opinión (EL MISMO, «Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlich gleichrangiger Interessen», *JURA*, (7), 2005, p. 479) y acogerá en este punto el planteamiento de la doctrina mayoritaria alemana sin ofrecer explicación alguna.

¹⁰ Para NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 423, ello resultaría evidente en el marco de un ordenamiento jurídico en el que los deberes no son un fin en sí mismo, sino instrumentos al servicio de la mayor protección posible de intereses individuales.

¹¹ Cfr. ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, A § 16, nm. 26 ss.

jerarquización de los deberes,¹² son mayoría los autores que abogan a día de hoy por arrojar al juicio de ponderación un factor adicional, a saber, la clase o especie del deber en juego.¹³ La mayor entidad normativa de los deberes de garante frente a los de solidaridad mínima, plasmada básicamente en la distinta pena prevista ante su infracción culpable, habría de ser también tomada en consideración a la hora de jerarquizar los deberes enfrentados.

Así, por ejemplo, es común, aunque no pacífico, afirmar que el padre garante queda obligado a salvar a su hijo antes que a un extraño cuando ambos peligran de morir ahogados. Por mucho que a ambos necesitados les amenace un idéntico mal, la distinta especie de los deberes en juego impediría afirmar su equivalencia.

c) La colisión de deberes como causa de exclusión del injusto: *ultra posse nemo obligatur*

Finalmente, el análisis al uso de la colisión de deberes concluye con la afirmación de su naturaleza excluyente del injusto. Conforme al principio del interés preponderante, en tanto que ley general de la justificación, la resolución de los conflictos entre deberes jerarquizables no supondría mayores problemas. Algo distintas se presentarían las cosas ante conflictos entre deberes de actuar equivalentes, para muchos, el único escenario de auténtica colisión de deberes.¹⁴ Aquí sería imprescindible el desarrollo de una regla de exclusión del injusto especial, derivada de un fundamento igualmente distinto. Dado que un ordenamiento jurídico no podría exigir legítimamente a un ciudadano el cumplimiento de dos deberes de imposible satisfacción cumulativa (*ultra posse nemo obligatur*), el obligado actuaría ya conforme a Derecho cuando satisface cualquiera de los dos deberes equivalentes enfrentados.¹⁵ Es decir, la mera paridad entre los intereses en juego permitiría ya la exclusión del injusto en el delito omisivo, pues, a diferencia de lo que acontece ante la infracción de una prohibición, la no satisfacción de un mandato no constituiría una injerencia en una posición jurídicamente garantizada con carácter *erga omnes*, sino la mera no salvaguarda de unos intereses susceptibles de ser salvados.¹⁶

A partir de aquí, quedaría ya solo por definir la ubicación sistemática del instituto. Mientras que para la *communis opinio* la colisión de deberes constituiría una causa de justificación exclusiva del delito omisivo, pues lo único que no puede hacer el obligado es garantizar el agregado de todos los bienes en juego, problema propio de la justificación;¹⁷ para un sector todavía minoritario, pero

¹² Si se trata de salvaguardar el interés preponderante, ¿por qué habría de influir en el juicio de ponderación la distinta intensidad del deber? Negándole toda relevancia a este factor, p. ej., RUDOLPHI/STEIN, «Vor § 13», *SK-StGB*, 8ª ed., 2009, nm. 47. A propósito del conflicto entre vidas humanas, en el mismo sentido, FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 282, nota 37; EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 2009, § 6, nm. 98; o FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, 22/62: otorgar primacía al deber de garante conculcaría el principio de imponderabilidad de la vida humana.

¹³ Mientras que para algunos autores la diferencia en la especie del deber operaría — simplemente — como regla de desempate ante intereses equivalentes, así p. ej., RÖNNAU, «§ 32», *LK*, 12ª ed., 2006, nm. 125; para otros, vid. p. ej., JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 15/7, los deberes de garante primarían con carácter general, salvo que el interés salvaguardado por el deber de solidaridad fuera esencialmente preponderante respecto del lesionado.

¹⁴ Muy claro en este sentido, KINDHÄUSER, «Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *JRE*, (2), 1994, p. 348, nota 31.

¹⁵ P. ej., KÜPER, «Probleme der „defizitären“ rechtfertigenden Pflichtenkollision», *JuS*, (12), 2016, p. 1072.

¹⁶ Fundamental, NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 125; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, pp. 426 s.; EL MISMO, *JRE*, (1), 1994, pp. 92 s.: en la colisión de deberes, a diferencia de lo que sucede en los casos de estado de necesidad, no colidiría un interés con un derecho, sino dos intereses o dos derechos.

¹⁷ Por todos, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 15/6, nota 10: “Pese a que el autor no puede cumplir cumulativamente todos los deberes, no se trata de un problema del tipo (del concepto de acción o de omisión), sino de justificación o de exculpación. Y es que el tipo atiende tan solo al bien singular, y ello lo puede preservar el autor en cada caso descuidando los otros bienes. El saldo general, que el autor (¡como en el propio estado de necesidad!) no puede

en auge, ésta operaría ya en el tipo, impidiendo el nacimiento de dos deberes *prima facie* incompatibles. Solo una vez resuelto este conflicto el ordenamiento impondría un auténtico deber jurídico-penal, este sí, de posible cumplimiento para el obligado. ¿Cómo explicar de otro modo que el padre que no salva a ninguno de sus dos hijos en una situación de conflicto solo ha de responder por un único homicidio?¹⁸

1.2. Sobre la fragilidad de los pilares de la dogmática al uso de la colisión de deberes

La imagen de certidumbre acabada de presentar contrasta sin embargo con los juicios de valor críticos que desde antaño vienen emitiendo quienes se han ocupado en profundidad del estudio de la colisión de deberes. La cuestión se habría abordado históricamente de manera esencialmente tópica,¹⁹ rehuyendo el examen de los fundamentos de la institución.²⁰ Ello explicaría que, a día de hoy, quede todavía por aclarar cuál es su estructura normativa fundamental, así como su concreta ubicación sistemática a lo largo y ancho de la teoría del delito.²¹ En realidad, la colisión de deberes sería uno de los institutos jurídico-penales más controvertidos, intensamente afectado por múltiples malentendidos que impedirían el indefectible consenso mínimo que habría de caracterizar a cualquier institución dogmática.²²

Y lo cierto es que, efectivamente, los tres pilares sobre los que se asienta el tratamiento de la institución descansan sobre premisas no siempre explicitadas y cuya mera enunciación comienza ya a erosionar la imagen de certeza que comúnmente se ofrece en la literatura contemporánea. En primer lugar, la reducción conceptual del instituto a los conflictos entre deberes de actuar asume –en ocasiones de forma tácita, en otras de forma explícita– la vigencia de una regla de preferencia de los deberes de omitir frente a los de actuar. Al mismo tiempo que se reconoce que la omisión del garante es normativamente equivalente a la infracción activa del deber correspondiente, siendo por lo tanto idénticas las consecuencias jurídicas, la doctrina dominante asume que, *ceteris paribus*, sería preferible omitir antes que actuar.²³ No es de extrañar, pues, que hayan sido también muchos los autores que a lo largo de la historia han definido la colisión de deberes de forma amplia, al margen del operador deóntico del deber. Si el ordenamiento jurídico reconoce la equivalencia entre ciertos deberes de omitir y actuar, ¿por qué hacer distinciones en el tratamiento de los conflictos a partir del carácter activo u omisivo de la obligación? ¿Por qué

maximizar hasta la suma de todos los bienes, tan solo entra en consideración en el plano de la justificación". Y en un sentido parecido, aunque solo a propósito de los conflictos entre deberes equivalentes, cfr. MITSCH, «Mehrfachtötung als Mord», *ZStW*, (3), 2016, p. 671, quien sí cree en cambio posible negar la tipicidad en los casos en los que el obligado satisface el deber de mayor rango.

¹⁸ Cfr. p. ej., BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 223; o FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 281.

¹⁹ Cfr. JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1930, p. 2.

²⁰ Cfr. KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 13

²¹ Cfr. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, pp. 421 s.

²² Cfr. GROPP, *AT*, 4ª ed., 2015, § 5, nm. 292.

²³ Fundamental, NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, pp. 423 ss.; EL MISMO, «§ 34», *NK*, 4ª ed., nm. 124, 126: la infracción de la prohibición supondría una injerencia en una esfera jurídica ajena, a diferencia de la omisión del garante que solo dejaría de salvar un interés en peligro, pero no constituiría una injerencia normativamente relevante en la esfera jurídica del afectado.

razón habrían de resolverse los conflictos entre mandatos conforme a una regla distinta a la que rige los conflictos entre mandatos y prohibiciones?²⁴

En segundo lugar, resulta que el aparentemente impecable procedimiento de jerarquización de los deberes, por un lado, se asienta sobre un fundamento de exclusión del injusto penal, esto es, el principio del interés preponderante, profundamente cuestionado en los últimos tiempos.²⁵ Éste, en resumidas cuentas, no explicaría de forma convincente a ojos de la víctima de la injerencia, sea esta última activa o sea omisiva, por qué razón debería tolerar la no satisfacción del deber que garantiza *prima facie* sus intereses. Por otro lado, la teoría de la ponderación de intereses, en tanto que método para la jerarquización de los deberes, es igualmente objeto de una importante discusión doctrinal. Ni es pacífico qué elementos han de ser tenidos en cuenta en ese macrojuicio de ponderación de intereses, pues no existe un criterio claro que permita definir qué es relevante y qué no a la hora de conformar los platos de la balanza;²⁶ ni existe tampoco, como ya se ha apuntado arriba, certeza alguna en lo que se refiere al papel de la especie del deber, cuestión sin duda primordial a la hora de disolver los conflictos de deberes entre intereses equivalentes.²⁷

Finalmente, en tercer lugar, tampoco el razonamiento estándar sobre la ubicación sistemática del instituto en la teoría del delito está exento de problemas. La mera alusión a la imposibilidad del ordenamiento jurídico de obligar a un sujeto con dos deberes de imposible cumplimiento cumulativo, además de no informar sobre la verdadera razón material por la que ello no sería justo o razonable, tampoco explica a la víctima el por qué ha de tolerar en la situación de conflicto la defraudación de su expectativa. No hay mejor prueba de lo insuficientes que resultan en este punto las explicaciones de la doctrina mayoritaria, en especial ante conflictos de deberes equivalentes, que el amplísimo abanico de teorías que tratan de ofrecer un adecuado tratamiento sistemático al instituto. Mientras que para algunos autores los conflictos entre deberes equivalentes caerían directamente en un espacio libre de Derecho,²⁸ para otros la justificación de la infracción de un deber no traería consigo ningún deber de tolerancia para la víctima.²⁹ Por último, tampoco faltan a día de hoy quienes siguen tratando de resolver directamente los conflictos entre deberes equivalentes en el ámbito de la exculpación: ante conflictos equivalentes,

²⁴ Ofreciendo un tratamiento idéntico a los conflictos con independencia del carácter activo u omisivo del deber, fundamentales, OTTO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeiturteil*, 3ª ed., 1978, p. 130, *passim*; y CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en derecho penal*, 1984, pp. 263 s.; EL MISMO, «Hechos omisivos y causas de justificación. En particular: la colisión de deberes», en GIMBERNAT *et al.* (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, 1994, pp. 51 ss.

²⁵ Sin ánimo de exhaustividad, a propósito del estado de necesidad agresivo, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 63 ss.; RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, pp. 188 ss.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 29 ss.; o, en los últimos tiempos, HELMERS, *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts*, 2016, pp. 331 ss.

²⁶ Ello se advierte de forma meridiana en el análisis de SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt*, 2000, pp. 34 ss., en especial, pp. 89 ss.

²⁷ Cfr. NEUMANN, *JRE*, (1), 1994, pp. 93 s.

²⁸ Fundamental, Arth. KAUFMANN, «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs», *FS-Maurach*, 1993, pp. 327 ss.

²⁹ Así, OTTO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeiturteil*, 3ª ed., 1978, p. 112; o CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en derecho penal*, 1984, pp. 309 s. Y a una conclusión similar llega H. L. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 331, para quien la colisión entre deberes equivalentes operaría como una mera causa de exclusión del injusto penal propia.

el no querer salvar pese al poder individual de evitación sería a ojos de la víctima siempre una injerencia antijurídica frente a la que ésta podría defenderse en legítima defensa.³⁰

Sentado lo anterior, lo pretendido en el presente trabajo es compendiar las líneas esenciales de la que es, en mi opinión, una imprescindible revisión del concepto y fundamento de resolución de la colisión de deberes jurídico-penal. Ello responde a la firme convicción de que ni la definición del instituto penal amparada por la doctrina dominante, ni la pretensión de resolver los conflictos a partir del principio del interés preponderante, ni la ubicación sistemática que se le depara al problema habitualmente constituyen puntos de partida idóneos para la resolución de tales conflictos. Así las cosas, el segundo apartado (2) de este trabajo se dedica a la redefinición del instituto penal de la colisión de deberes. A partir de aquí, en el tercer apartado (3) se ensaya una revisión de los presupuestos normativos rectores del sistema de jerarquización de los deberes o, mejor, de las razones de obligación en conflicto. Todo ello habrá de hacer posible, ya en el cuarto apartado (4) de este trabajo, justificar a ojos de la víctima final del conflicto la concreta naturaleza eximente que se reconoce al instituto y, por extensión, determinar su ubicación sistemática en el marco de la teoría del delito.

2. La colisión de deberes como un conflicto entre razones de obligación

La (re)definición conceptual del instituto de la colisión de deberes jurídico-penal que aquí se pretende requiere antes dar respuesta a dos cuestiones previas esenciales. La primera guarda relación con el significado material del axioma *ultra posse nemo obligatur*, la segunda con la necesidad o conveniencia funcional de excluir del concepto penal de colisión de deberes los conflictos entre mandatos y prohibiciones. Veamos ambas cuestiones por separado.

2.1. La colisión entre razones de obligación (no obligantes) como un problema particular del proceso de legitimación de los deberes jurídico-penales

Por lo general se define una situación de colisión de deberes como aquella en la que sobre un mismo sujeto recaen dos obligaciones de posible cumplimiento alternativo que, en el caso concreto, por razones estrictamente empíricas, resultan de imposible satisfacción cumulativa. Es decir, aun siendo posible el cumplimiento por separado de ambas obligaciones, el cumplimiento de cada una de ellas supone necesariamente en el caso concreto el incumplimiento de la enfrentada. *Tertium non datur*. A partir de aquí, parece existir un acuerdo unánime en que en tales situaciones no cabe castigar al obligado por la no satisfacción del deber de menor rango o, ante conflictos equivalentes, por la no satisfacción de cualquiera de los dos deberes. El razonamiento que una y otra vez se ofrece en apoyo de esta tesis se condensa en las máximas latinas *impossibilium nulla obligatio est* o *ultra posse nemo obligatur*, esto es, nadie queda (o puede quedar) obligado a lo imposible.³¹ Ahora bien, qué significa realmente que nadie está obligado a lo imposible es algo que dista con mucho de ser pacífico en la doctrina jurídico-penal contemporánea.³² Es más, un

³⁰ En la doctrina contemporánea, vid. PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff», NK, 4ª ed., 2013, nm. 171, 174; o KLESZCZEWSKI, AT, 2ª ed., 2012, § 4, nm. 371, 400.

³¹ Sobre la relación entre las nociones de capacidad y deber, vid. el ilustrativo análisis de HRUSCHKA, «Zwei Axiome des Rechtsdenkens», FS-Reimers, 1979, pp. 459 ss.

³² Mientras que para algunos autores, cfr. p. ej., FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 281; EL MISMO, AT, 2ª ed., 2009, § 6, nm. 96, este axioma exige la resolución de los conflictos ya en el plano del tipo, de modo que la doctrina mayoritaria lo estaría conculcando al resolver el problema en el ámbito de la justificación, para otros, cfr.

sucinto análisis de cómo procede habitualmente la doctrina en la definición de las condiciones de legitimación de los deberes jurídico-penales es suficiente para afirmar que para aquella, en realidad, rige con carácter general precisamente el principio opuesto: *ultra posse multi homines obligantur*.³³

Hasta donde alcanzo, la máxima voluntarista (“deber” implica “poder”) constituye efectivamente un principio esencial del procedimiento de legitimación de deberes o normas de comportamiento en un ordenamiento penal funcional.³⁴ Asumiendo que los deberes operan como razones para la acción del obligado y que la intrínseca merma de libertad que su imposición trae consigo ha de legitimarse funcionalmente, parece difícilmente cuestionable que solo cabe imponer a un ciudadano aquel deber que *ex ante* resulta idóneo para influir en la toma de decisión de su destinatario entre distintas formas de comportamiento posibles.³⁵ *Sensu contrario*, cabe afirmar que nadie queda obligado a aquello que le resulta *in concreto* imposible.³⁶ Este es, en definitiva, el fundamento último del axioma voluntarista. Sin embargo, sería un error restringir su vigencia al momento de determinación individual de un deber penal. Este axioma, en realidad, también rige en el metaplano en el que concurre una pluralidad de obligaciones de posible cumplimiento alternativo que pretenden ser impuestas a un mismo agente.³⁷ Es decir, un ordenamiento compuesto por múltiples deberes que aspira a constituirse en un verdadero sistema ha de asegurarse igualmente de que aquellos sean de posible cumplimiento cumulativo. Tan disfuncional es obligar al padre que no sabe nadar a que salve a su hijo como obligarle a salvar a sus dos hijos cuando solo puede salvar a uno.

Así pues, la colisión de deberes constituye un problema particular más del complejo fenómeno de determinación de los deberes jurídico-penales. Todo conflicto queda, por consiguiente, 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.³⁸ En consonancia con la concepción clásica kantiana del

p. ej., PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff.», *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 170 ss., aquél demanda simplemente exculpar al infractor que satisface el deber opuesto equivalente o de superior rango.

³³ Por un lado, se procede habitualmente a fraccionar el concepto de capacidad, tomando en consideración únicamente alguna de las nociones parciales (p. ej., la incapacidad física de cumplir lo prescrito) a la hora de legitimar normas de comportamiento. Así, p. ej., se obliga al inimputable, aun cuando éste no pueda cumplir la norma. Por el otro, la doctrina tiende a objetivizar la noción de capacidad, de modo que tras la figura del hombre medio se esconde —con frecuencia— un sujeto *in concreto* incapaz. Sobre todo ello, fundamental, MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, pp. 192 ss. Una defensa expresa de la relativización del principio voluntarista puede leerse p. ej., en KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, p. 21.

³⁴ Con ulteriores referencias, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 146 ss.

³⁵ Así, p. ej., MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, 2001, pp. 502 ss.; FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 1, nm. 13; o ROBLES PLANAS, «Sobre la exclusión del injusto penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 186, nota 7. Sobre el principio voluntarista como límite a la imputación tras la infracción de la norma, cfr. p. ej., KINDHÄUSER, «Zum sog. „unerlaubten Risiko“», *FS-Maiwald*, 2010, pp. 401 ss.

³⁶ Y aunque en los casos de colisión de deberes se alude por lo general a un problema de incapacidad físico-natural, adviértase que el baremo para medir la capacidad ha de ser siempre individual. El que un “hombre medio” distinto al padre obligado sí pueda nadar no legitima la imposición de un deber de salvamento al padre no nadador. Cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 160 s.; y en general, sobre las distintas nociones de capacidad y los distintos baremos a los que se recurre en la doctrina para valorarla, *op. cit.*, pp. 138 ss., 140 ss.

³⁷ Muy claro, HRUSCHKA, «Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen», *FS-Larenz*, 1983, p. 274, nota 36, pp. 276 ss.; y EL MISMO, *FS-Reimers*, 1979, pp. 470 s. En cambio, circunscribiendo —erróneamente— la vigencia del principio voluntarista al momento de legitimación aislada de los deberes, cfr. p. ej., ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik*, 1963, pp. 127 s.

³⁸ En este sentido, JOERDEN, *Logik im Recht*, 2ª ed., 2010, pp. 72 s.; o BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima*

problema, cabe afirmar que en un ordenamiento jurídico no coliden bajo ningún concepto deberes (*obligationes non colliduntur*), sino a lo sumo razones de obligación no obligantes (*rationes obligandi non obligantes*).³⁹ Por razón de obligación me refiero en este trabajo 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 todavía de fuerza obligante.⁴⁰ 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.⁴¹

Así pues, desde el prisma de la teoría de las normas son tres, a grandes rasgos, las vías de disolución del conflicto: o bien una razón de obligación, la de rango superior, alcanza el estatus de deber penal, desplazando así a las razones inferiores que no llegan a constituirse en deber; o bien el ordenamiento impone al obligado un deber altamente personal disyuntivo o alternativo que le obliga a cumplir una de las dos (o más) razones equivalentes en concurso; o bien el ordenamiento procede a reconfigurar a la baja las dos razones concurrentes, imponiendo finalmente dos deberes altamente personales, ahora sí, de posible satisfacción cumulativa.⁴²

2.2. La irrelevancia del carácter activo u omisivo de la conducta debida en la resolución del conflicto

La (re)definición conceptual del instituto de la colisión de deberes que aquí se presenta requiere dar finalmente respuesta a una segunda cuestión no menos trascendental. La doctrina mayoritaria restringe el instituto penal a los conflictos entre mandatos, pues solo éstos se regirían por una regla especial, distinta a la del estado de necesidad agresivo. En favor del reconocimiento de una regla de este tipo se han esbozado, básicamente, dos argumentos de naturaleza axiológica. Por un lado, es común la afirmación según la cual los deberes de omitir gozarían con carácter general de una mayor dignidad liberal. Es decir, los deberes negativos, entendidos como deberes de omitir (prohibiciones), constituirían la forma obligacional básica en el marco de un ordenamiento liberal, a diferencia de los deberes positivos que, plasmados en deberes de actuar (mandatos), representarían formas obligaciones excepcionales, basadas en un principio

defensa, 1994, pp. 221 s.

³⁹ En la doctrina penal, fundamental, JOERDEN, «Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit. Konsequenzen einer These Kants für die strafrechtliche Lehre von der "Pflichtenkollision"», *JRE*, (5), 1997, pp. 43 ss.; y en la filosófica, con más referencias, vid. TIMMERMANN, «Kantian Dilemmas? Moral Conflict in Kant's Ethical Theory», *AGPh*, (1), 2013, pp. 36 ss.

⁴⁰ En detalle, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 180 ss.

⁴¹ 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, regulada en el caso español en el art. 20.7 CP. Sobre todo ello, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 186 ss.; y en particular, sobre la ubicación sistemática del instituto en el sistema de eximentes de nuestro Código Penal, pp. 520 ss.

⁴² Esta tercera vía de solución, desarrollo específico y coherente del principio de concordancia práctica e inexplorada por la doctrina penal, queda esbozada en COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, p. 508. Baste aquí con ilustrar el problema a partir del siguiente ejemplo: un médico accede a la última dosis de sangre disponible que puede transfundir por completo a uno de sus dos pacientes, evitando con ello cualquier lesión relevante de la integridad física pero condenando al mismo tiempo a la muerte al segundo paciente; o bien puede distribuir la dosis en partes iguales entre los dos pacientes, salvando ambas vidas, pero condenando a ambos a sufrir ciertas lesiones físicas como consecuencia de la hipovolemia parcial.

subalterno de solidaridad.⁴³ Por otro lado, vinculado con el primero, es frecuente asimismo el recurso a un segundo argumento de corte casi metafísico: asumiendo que el Derecho penal tiene un interés especial en la protección del *status quo* dado, y asumiendo que dicha protección se consigue a través del respeto de prohibiciones, esto es, omitiendo, se concluye que, *ceteris paribus*, el ordenamiento jurídico preferiría siempre el cumplimiento de los deberes de omitir frente a los de actuar.⁴⁴ A falta de una buena razón para actuar, inexistente ante conflictos entre intereses equivalentes, sería deseable omitir, dejar que las cosas se queden como están o que sucedan como iban a suceder, antes que arrogarse soberbiamente la potestad de “jugar a ser Dios” o de “alterar el destino”.⁴⁵ Este mismo razonamiento es el que explicaría asimismo por qué solo cabe justificar en estado de necesidad agresivo injerencias activas que salvaguardan intereses — esencialmente— preponderantes: solo tal diferencia legitimaría una interferencia activa en el suceder natural de los acontecimientos.⁴⁶

La seguridad con la que la doctrina contemporánea acepta una primacía general de los deberes de omitir frente a los de actuar contrasta sin embargo con el reconocimiento legal, jurisprudencial y doctrinal de la posibilidad de imputar un resultado lesivo al omitente en las mismas condiciones que si lo hubiera causado activamente. A decir verdad, los partidarios de esta tesis no han explicado todavía de manera convincente cómo compatibilizar esta supuesta primacía de los deberes de omitir con la atribución de plena responsabilidad penal en comisión por omisión.⁴⁷ Y es que, en realidad, no cabe afirmar una primacía general de los deberes de omitir frente a los de actuar, tampoco a los efectos de resolver conflictos entre razones de obligación. En primer lugar, desde una perspectiva estrictamente *iuspositiva*, resulta que el ordenamiento jurídico español reconoce expresamente en el art. 11 CP la equivalencia normativa absoluta de ciertos deberes de actuar y de omitir, sin que quepa extraer del art. 20.5 CP una regla de preferencia del deber de omitir frente al de actuar. El que la justificación en estado de necesidad agresivo se condicione —conforme a lo defendido por la mejor versión de la teoría de la diferenciación— a la salvaguarda de un interés esencialmente preponderante no se explica por el carácter activo de la injerencia, de hecho, tal exigencia se mantiene cuando se trata de justificar por razones de solidaridad la omisión de un garante; sino por la naturaleza excepcional en nuestro actual ordenamiento jurídico de los deberes de tolerancia basados en la idea de la solidaridad. En definitiva, la exigencia de un interés preponderante no pone de manifiesto la primacía de los deberes de omitir frente a los de actuar, sino la del principio de autonomía frente a los deberes o derechos de solidaridad *quibus ex populo*.⁴⁸

Y, en segundo lugar, tampoco los argumentos suprapositivos arriba reseñados resultan concluyentes. Por un lado, como hace tiempo viene reconociéndose en la doctrina penal, la

⁴³ Así, entre otros muchos, KÜHL, «Die Unterlassungsdelikte als Problemfall für Rechtsphilosophie, Strafrechtsdogmatik und Verfassungsrecht», *FS-Herzberg*, 2008, pp. 179 ss.

⁴⁴ Paradigmático, JOERDEN, *JRE*, (5), 1997, p. 48.

⁴⁵ Sobre la natural resistencia a “imitar activamente a Dios”, NINO, «¿Da lo mismo omitir que actuar?», en MAURINO (ed.), *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 216 s.

⁴⁶ Sobre el § 34 StGB como norma para la justificación exclusiva del hecho típico *activo*, cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 126, nota 459. En la doctrina española, en este mismo sentido, cfr. CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, (43), 1990, pp. 498 ss.

⁴⁷ En este mismo sentido, OTTO, «Nachtrag», *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeiturteil*, 3ª ed., 1978, pp. 120 s.; o CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en derecho penal*, 1984, pp. 263 s.; y EL MISMO, en GIMBERNAT *et al.* (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, 1994, pp. 107 y 113.

⁴⁸ Pormenorizadamente, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 216 ss.

común asociación entre deberes negativos y prohibiciones y entre deberes positivos y mandatos resulta equivocada. La distinción de los deberes a partir de su fundamento de legitimación nada tiene que ver con la forma fenomenológica de la conducta exigida. Los deberes negativos o de abstención pueden ser infringidos tanto por acción como por omisión, del mismo modo que cualquier deber positivo puede ser infringido activa u omisivamente.⁴⁹ Por otro lado, tampoco me parece posible asociar sin más los deberes de omitir con el mantenimiento o respeto de un *status quo* dado y los deberes de actuar, en cambio, con su perturbadora alteración.⁵⁰ Al margen de la cuestión de a qué se refiere realmente la doctrina penal cuando alude al mantenimiento de un *status quo* dado, ha de afirmarse en este lugar que no cabe asociar sin más su alteración con un comportamiento activo y su respeto con un comportamiento omisivo. Es decir, el *status quo* cuya indemnidad preocupa a la doctrina penal puede alterarse también omitiendo, esto es precisamente lo que acontece cuando un garante deja de cumplir su deber, como también puede respetarse a través de un comportamiento activo que altera fenomenológicamente un curso de acontecimientos previsible. Esto último queda claramente de manifiesto en el siguiente supuesto dilemático presentado por Claus ROXIN:⁵¹

En un pueblo de montaña, el conductor de un camión ha quedado inconsciente y peligra de impactar a gran velocidad contra un automóvil en el que se encuentra su ocupante, lo que le provocará a este último importantes lesiones o incluso la muerte. El ocupante del vehículo, sin embargo, puede ponerse a salvo mediante una rápida maniobra evasiva, pero al retirar su vehículo condena a un tercer sujeto a una muerte segura, pues la posición original del automóvil impediría a modo de tope que dicho tercero acabara siendo arrollado por el camión.

Aquí no cabe afirmar que el ocupante del vehículo está cometiendo un homicidio típico, en definitiva, que está alterando el *status quo* dado de forma normativamente relevante a través de una acción. Más bien parece que está aprovechando simplemente a través de una maniobra evasiva una opción de salvación normativamente garantizada, que le corresponde a él, de modo que el desplazamiento – a través de un comportamiento activo – del mal sobre un tercer sujeto

⁴⁹ En este sentido, entre otros muchos, vid. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 28/13; EL MISMO, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, 1996, pp. 16 s.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, 2002, pp. 107 ss., 134 ss.; PEÑARANDA RAMOS, «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión», *LH-González-Cuéllar García*, 2006, pp. 420 s.; LERMAN, *La Omisión por Comisión*, 2013, pp. 193 ss.; o ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 103 ss.

⁵⁰ En profundidad y ulteriores referencias, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 212 ss.

⁵¹ Cfr. ROXIN, «Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand», *FS-Jescheck*, t. I, 1985, pp. 470 s. El supuesto planteado por ROXIN y otros muchos de análoga naturaleza son discutidos en la filosofía jurídica y moral anglosajona bajo la etiqueta del “*ducking harm*”. Se trata allí, en esencia, de explicar desde una óptica no utilitarista por qué razón determinadas conductas activas que provocan en términos causales un mal no serían sin embargo moralmente reprobables. Hasta donde alcanzo, es mérito de BOORSE/SORENSEN, «Ducking Harm», *The Journal of Philosophy*, (85-3), 1988, pp. 115 ss., haber aislado con claridad el problema y haber ofrecido la paleta de casos dilemáticos sobre los que ha girado desde entonces la discusión filosófica y jurídico-penal. Mientras que parece evidente que quien se encuentra al final de una cola y advierte como un sujeto se dispone a dispararle no comete un homicidio cuando se aparta de la cola, de modo que el proyectil alcanza finalmente a la persona que se encontraba delante de ella; nadie duda de que sí es responsable del homicidio quien para evitar ser alcanzado por la bala agarra a la persona que se encuentra delante de ella y la utiliza como escudo humano. Así pues, existiría una diferencia moral relevante entre sacrificar a un tercero o evadir activamente un daño determinando causalmente la muerte de un tercero. Vid. además HASLETT, «Boulders and Trolleys», *Utilitas*, (23-3), 2011, pp. 268 ss., tematizando otros muchos supuestos dilemáticos análogos. Críticos con la distinción, cfr. en cambio FISCHER/RAVIZZA, «Ducking Harm and Sacrificing Others», *Journal of Social Philosophy*, (25-3), 1994, pp. 135 ss. En la discusión jurídico-penal alemana se ha ocupado del problema MERKEL, «Die Abgrenzung von Handlungs- und Unterlassungsdelikten», *FS-Herzberg*, 2008, pp. 193 ss.

no puede ser visto como la arrogación de una pretensión ajena de salvación.⁵² Y es que, en realidad, como señala JAKOBS, lo que es manipulación de la fatalidad no se decide en función de si el autor actúa u omite.⁵³ Como más adelante habrá de ponerse en evidencia, la perturbación del ordenamiento o la alteración del *status quo* no depende del carácter activo u omisivo del comportamiento, sino de su concreto significado normativo. De su análisis, y no de la transformación de acciones en omisiones a voluntad,⁵⁴ depende, pues, el correcto tratamiento dogmático de esta clase de supuestos.

Si resulta que no es posible establecer una distinción estable y normativamente relevante entre los deberes de actuar y de omitir, y tampoco cabe afirmar una prevalencia general de la omisión frente a la acción, no cabe extraer consecuencias dogmáticas del carácter activo u omisivo de los deberes para resolver los conflictos. Y consecuentemente, si la resolución de los conflictos no depende del carácter (activo u omisivo) de las razones de obligación en liza, tampoco tiene sentido delimitar la eximente penal a partir de la distinción que media entre los deberes de omitir y de actuar. En lo que sigue, pues, se define en este trabajo la eximente como el conflicto entre dos o más razones de obligación, con independencia del carácter deóntico o la forma fenomenológica de las conductas que satisfacen o quebrantan las razones en liza.

3. El sistema de jerarquización de las razones de obligación en conflicto

3.1. Breve crítica del método y fundamento de jerarquización de los deberes en la doctrina contemporánea

Pocas dudas parece plantearle a la doctrina penal la cuestión de cómo jerarquizar los deberes en conflicto. Si tras el deber solo se esconde un interés, siendo su máxima protección el fin último del ordenamiento jurídico-penal, es evidente que éste habrá de preferir siempre en situación de conflicto la salvaguarda del preponderante. Es decir, a falta de soluciones legales explícitas o canales institucionalizados previstos para la resolución del conflicto,⁵⁵ el obligado habría de salvaguardar siempre el interés predominante tras delimitar y comparar todos los que están en juego. ¿Cómo no iba el ordenamiento jurídico a resolver siempre los conflictos en favor del mayor de los intereses que peligran de perderse?⁵⁶

⁵² De idéntica opinión, a propósito de un ejemplo muy similar al presentado por ROXIN, cfr. MERKEL, *FS-Herzberg*, 2008, p. 216, mostrando los problemas de la doctrina mayoritaria para explicar la impunidad de quien desplaza activamente el mal en estos supuestos.

⁵³ Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 15/8, nota 15.

⁵⁴ En cambio, cfr. JÄGER, «Die Abwägbarkeit im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie», *ZStW*, (4), 2004, p. 768, quien trata de salvar la asociación (omisión — respeto del *status quo*) convirtiendo precisamente la acción del ocupante del vehículo en una omisión. Con razón, críticos contra esta forma de proceder, MERKEL, *FS-Herzberg*, 2008, pp. 220 s.; o HUSAK, «Is the Distinction between Positive Actions and Omissions Value-Neutral?», en MACK (ed.), *Positive and Negative Duties*, 1985, pp. 86 s., 88 ss.

⁵⁵ Sobre la primacía de las decisiones de jerarquía legales o emanadas de procedimientos institucionalizados ante conflictos de intereses, fundamental, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, 2009, pp. 13 ss., 87 ss. Cfr. además, ROBLES PLANAS, «Legítima defensa, empresa y patrimonio», *Polít. crim.*, (11-22), 2016, pp. 712 s.; y a propósito del art. 20.7 CP, RAGUÉS I VALLÈS, «La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas», *InDret*, (3), 2015, pp. 23 ss., p. 28. En el ámbito de los conflictos entre razones de obligación, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 306, 313 ss.

⁵⁶ Sobre el principio del interés preponderante como ley general de la justificación, fundamental, MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general», *RDPC*, (2), 2000, pp. 210 ss., 217 s.

Ahora bien, hasta donde alcanzo, tras la sencillez y aparente plausibilidad de este razonamiento se esconden un método y un fundamento de resolución en absoluto exentos de problemas. Lo cierto es que, en primer lugar, la teoría de la ponderación de intereses, como método, sume la resolución de los conflictos en la más absoluta arbitrariedad. Tras las odas al carácter abierto y omnicomprendido del juicio de ponderación se esconde, en realidad, una preocupante imposibilidad de definir con claridad el objeto de comparación, esto es, la noción de interés, así como los criterios (normativos) a través de los cuales, por un lado, atribuir valor a cada interés en juego y, por el otro, reconducirlos a un denominador común que permita posteriormente su comparación.⁵⁷ En su lugar, lo cierto es que los partidarios de la teoría de la ponderación de intereses se contentan con enumerar una retahíla de factores supuestamente relevantes en el juicio comparativo.⁵⁸ Así pues, no es de extrañar que ni exista un acuerdo de mínimos a la hora de enumerar los factores a tener en cuenta para definir o conformar la noción de interés, ni sobre el modo en el que valorar comparativamente los intereses en juego, incluso existiendo acuerdo acerca de los concretos factores relevantes en el juicio de ponderación.

A este primer problema, certeramente advertido ya en la discusión moderna sobre el estado de necesidad agresivo,⁵⁹ se añade además en la colisión de deberes un segundo, a saber, el controvertido papel que le correspondería a la especie del deber en la jerarquización de los deberes. Dado que la teoría de la ponderación de intereses carece de todo criterio para fundamentar la inclusión o exclusión de un factor en el macrojuicio de ponderación, de hecho, ni siquiera lo pretende, resulta imposible alcanzar acuerdos sobre el si y el cómo habría de ser tenido en cuenta este elemento en la jerarquización de las razones de obligación. Quien se contenta con afirmar que en el juicio de ponderación han de ser tomadas en cuenta todas las “tendencias de preferencia” no está en disposición de explicar si y por qué el padre habría de salvar antes a su hijo que a un extraño. Bien mirado, la teoría de la ponderación de intereses sume el proceso de jerarquización en la más absoluta indefinición, en un juicio puramente tópico que se sustrae al control racional de la diferencia de rango defendida entre las razones de obligación en conflicto.⁶⁰

Podría quizá pensarse que los problemas acabados de presentar pueden ser solventados a través de una revisión o de un refinamiento de la ponderación de intereses en tanto que método. Ahora bien, lo cierto es que tampoco el principio del interés preponderante, como criterio axiológico rector del proceso de jerarquización de los deberes, resulta convincente. La teoría del interés preponderante encierra un principio de resolución de los conflictos de deberes esencialmente colectivista. Un sujeto ha de tolerar la pérdida o la no salvaguarda de su interés porque con ello se salvaguarda un interés ajeno superior. Sin embargo, este modo de razonar no tiene cabida en el marco de un ordenamiento liberal como el nuestro, en el que se reconoce a cada ciudadano la titularidad de una esfera propia de libertad, cuya administración le corresponde en exclusiva y cuya indemnidad queda garantizada frente a las injerencias de terceros a través de auténticos derechos de exclusión. Ni existe, pues, un ente holístico interesado en la maximización agregada

⁵⁷ En este sentido, muy rotundo, HELMERS, *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts*, 2016, pp. 331 ss., p. 333.

⁵⁸ Paradigmático, ROXIN, *ATI*, 4ª ed., 2006, A § 16, nm. 22 ss.

⁵⁹ De forma meridiana, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 131 ss.

⁶⁰ Lo cual, dicho sea de paso, no es visto por los partidarios de esta teoría como un problema, sino más bien como una virtud del método. En este sentido, muy claro, KÜPER, «Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision “Leben gegen Leben”», *JuS*, (11), 1981, p. 787.

de los bienes de una determinada comunidad, tampoco en situaciones de necesidad, ni cabe obligar a nadie a tolerar una injerencia en su esfera jurídica por el único motivo de que con ello se maximizan intereses ajenos.⁶¹ Y adviértase que esta objeción no puede ser esquivada afirmando, como en ocasiones se hace, que no se trata solo de ponderar bienes, sino intereses, de modo que también la autonomía del sujeto afectado habría de ser arrojada al juicio de ponderación. Lo que aquí se niega es ya la premisa mayor, esto es, que exista con carácter general en el marco de un ordenamiento liberal la posibilidad de llevar a cabo operaciones de agregación de bienes individuales como paso previo ineludible para la solución de un conflicto.⁶² ¿Por qué un ciudadano ha de tolerar siquiera que sus intereses sean comparados con los del necesitado cuando nada tiene que ver con el peligro que amenaza a éste último? La teoría del interés preponderante, o bien constituye la teorización de una vaga evidencia incuestionable, esto es, que el Derecho prefiere lo mejor antes que lo peor; o bien supone la adopción de un punto de partida holístico en el abordaje de las situaciones de conflicto. Entendido en el primer sentido, el principio del interés preponderante no puede operar como fundamento de ningún instituto jurídico, entendido en el segundo, choca de forma frontal con la condición liberal esencial del ciudadano titular en exclusiva de una esfera de libertad para su administración soberana.

Lo anterior se torna más claro tan pronto se advierte que el ordenamiento jurídico no se orienta a la mayor protección posible de bienes jurídicos, sino a la garantía de posiciones jurídicas predefinidas formalmente a partir de las nociones de derecho y deber. Aquél sirve a la coordinación armónica de esferas de libertad en conflicto, no a la mayor salvaguarda posible de intereses en el marco de una comunidad social de peligros.⁶³ Así las cosas, presupuesta la legitimidad del deber a ojos del obligado, es la víctima final del conflicto, en tanto que titular de

⁶¹ En este sentido, entre otros, vid. HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 70 a 72; NEUMANN, «Die rechtsethische Begründung des "rechtfertigenden Notstands" auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip», en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 162 ss.; PAWLIK, «Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie», *JRE*, (22), 2014, pp. 146 s.; WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, pp. 122 ss., 139 ss.; o últimamente KÖHLER, *Recht und Gerechtigkeit*, 2017, pp. 279 s.

⁶² Sobre los fallidos intentos por corregir a través de la introducción de factores normativos (dignidad, autonomía, perturbación del ordenamiento jurídico, etc.) en el juicio de ponderación los excesos a los que conduce un desarrollo coherente de la institución colectivivamente fundada, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 241 ss., con múltiples referencias doctrinales.

⁶³ Se dirá quizá que la visión de la comunidad jurídica como una comunidad de peligro vital, en donde los conflictos se resuelven conforme al principio del interés preponderante, no responde necesariamente a un planteamiento colectivista, sino que puede asimismo traer causa de un planteamiento contractualista, respetuoso por lo tanto con los intereses particulares de los distintos *homos calculans*. El sacrificio particular en una situación de necesidad obedecería a una decisión racional por parte del sujeto egoísta que a través del ingreso en una comunidad de peligro vital minimiza el riesgo para sus propios bienes. No se trataría, pues, de altruismo comunitarista, sino de una cooperación egoísta, racionalmente motivada. En este sentido, a propósito del estado de necesidad agresivo, cfr. p. ej., MERKEL, «La Filosofía, ¿"convidado de piedra" en el debate del Derecho penal?», en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, 1999, pp. 195 ss.; o CONINX, *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand*, 2012, pp. 101 ss. Ahora bien, una cosa es que quepa puntualmente delimitar comunidades de peligro en las que un grupo definido e identificable de sujetos reducen el nivel global de riesgo a través de un compromiso expreso o tácito de ayuda recíproca; y otra muy distinta que toda comunidad jurídica constituya al mismo tiempo una comunidad global de peligro vital. Como he tratado de desarrollar en otro lugar [COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 392 ss.], en el marco de un ordenamiento jurídico-penal liberal la desgracia queda en un primer momento privatizada, de modo que su socialización constituye la excepción. Incumbe por defecto a quien afecta, no a quien está en mejor situación para conjurarla. En este sentido, cfr. p. ej. KÖHLER, *Recht und Gerechtigkeit*, 2017, pp. 280 s., p. 289. En cierta medida, la libertad que reconoce el Derecho consiste también en una negociación permanente con lo recibido de forma innecesaria, de modo que el reconocimiento de distribuciones ineficientes de la desgracia, injustificables desde una óptica estrictamente contractual-racionalista, es sin duda un elemento constitutivo esencial de la noción de libertad que el ordenamiento jurídico garantiza.

derechos, la instancia definitiva frente a la que ha de legitimarse la resolución del conflicto de deberes.⁶⁴ A ojos de aquella, el que su interés sea –conforme a una escala externa de valores– de inferior valor al que se puede salvar no es motivo suficiente para explicar por qué ha de tolerar la defraudación de su expectativa. Ello, como a continuación habrá de quedar de manifiesto, solo es posible a través de razonamientos derivados de los dos principios rectores fundamentales de nuestro actual ordenamiento jurídico-penal, esto es, los principios de autonomía y solidaridad.

3.2. Autonomía y solidaridad como principios rectores del sistema bidimensional de jerarquización de las razones de obligación

a) Autonomía y solidaridad como clave de bóveda del sistema de jerarquización

Si como ya se ha señalado en este trabajo, resulta que la colisión de deberes constituye un problema particular del complejo proceso de legitimación de deberes jurídico-penales, parece evidente que los principios de resolución de tales conflictos han de ser los mismos que rigen – con carácter general – el proceso de legitimación de deberes. Sentado lo anterior, y descartada la visión de un ordenamiento jurídico encaminado a la maximización de bienes jurídicos, baste con afirmar en este lugar que la misión última de nuestro ordenamiento jurídico-penal es la de compatibilizar de una manera justa esferas de libertad en permanente conflicto.⁶⁵ Esto es, el Derecho se legitima como instrumento coactivo por su idoneidad para garantizar las condiciones mínimas necesarias para que los ciudadanos de un concreto Estado puedan determinar sus planes de vida de manera efectivamente autónoma. Y hasta donde alcanzo, la justa cohesión de esferas de libertad en permanente conflicto pasa por una armónica confluencia de los dos momentos parciales de la libertad de donde derivar deberes jurídico-penales, esto es, los principios de autonomía y solidaridad.⁶⁶

El Derecho asume, pues, como primera misión la garantía a cada persona de un espacio en el que pueda libremente organizarse, estableciendo una nítida e inquebrantable separación de esferas jurídicas con base en el principio de autonomía. La condición básica para poder garantizar una separación de esferas de libertad como ésta es que cada persona sea hecha responsable de que no se deriven de su propia esfera menoscabos para los intereses jurídicamente garantizados del resto de ciudadanos (*neminem laede*).⁶⁷ Esto significa también que, en principio, los males no imputables ha de soportarlos aquel sobre el que se ciernen, sin que sea posible el desplazamiento a terceros de males inmerecidos (*casum sentit dominus*).⁶⁸ Del principio de autonomía, además de todas aquellas prohibiciones y mandatos tendentes a garantizar una separación estable de esferas de

⁶⁴ Sobre el principio del «individualismo normativo» y su fundamento, con detalle, VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 38 ss., 46 ss.

⁶⁵ Cfr. solo KÖHLER, *Recht und Gerechtigkeit*, 2017, pp. 108 ss.

⁶⁶ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 162 ss.; o de forma resumida, EL MISMO, «Las competencias del ciudadano», *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 81 ss.

⁶⁷ En este sentido, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 43 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, 2002, pp. 83 ss.; o ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al Derecho penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 35 ss.

⁶⁸ Fundamental, KÖHLER, «Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand», *FS-Schroeder*, 2006, pp. 264 ss. Para VON SCHENCK, *Der Begriff der „Sphäre“ in der Rechtswissenschaft*, 1977, pp. 80 s., se trataría éste de un axioma dado por la naturaleza del que no podría escapar el Derecho. Y sobre el principio de autonomía como fundamento de esta regla de atribución defectiva de la competencia por la desgracia, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 380 ss.

libertad,⁶⁹ se derivan asimismo, como contracara de la misma moneda, todas aquellas facultades de defensa que autorizan a trasladar un mal sobre el que lo ha provocado de forma autorresponsable (legítima defensa, estado de necesidad defensivo).⁷⁰

Sin embargo, la autodeterminación y ejecución libres de un concreto plan de vida, además de la mera garantía negativa de relaciones externas estables, de una libertad en sentido abstracto o negativo, exigen asimismo un sustrato material básico, requieren, en definitiva, los medios reales necesarios para poder autodeterminarse de manera efectiva conforme a los propios fines.⁷¹ Baste ahora con afirmar que la garantía de este sustrato material para efectivizar nuestra libertad abstracta se logra en los actuales sistemas jurídicos, básicamente, a través de instituciones sociales. En el seno de éstas, determinados ciudadanos no solo están obligados –en el desempeño de sus funciones institucionales– de manera negativa, sino que además quedan constreñidos positivamente a mejorar el estatus de la posición jurídica vinculada al rol que ostentan.⁷² A los efectos que ahora importan, del principio de solidaridad cabe derivar, por un lado, deberes positivos tendentes a garantizar instituciones sociales básicas, en especial, la familia y el Estado.⁷³ Por el otro, facultades de desplazamiento sobre sujetos no responsables del mal que sobre uno se cierne, ya sea sobre sujetos unidos con el necesitado por un vínculo positivo especial (padres, funcionarios), ya sea sobre sujetos que únicamente comparten con el necesitado la pertenencia a una misma comunidad jurídica (estado de necesidad agresivo).⁷⁴

Sentado lo anterior, y tomando en consideración que los conflictos entre razones de obligación constituyen un problema particular del complejo fenómeno de legitimación de deberes, cabe afirmar que el fundamento rector del sistema de jerarquización de las razones de obligación, como en general, el de la determinación de los deberes jurídico-penales, no es el del interés preponderante, sino la dupla conformada por los principios de autonomía y solidaridad. Es a partir de razonamientos basados en alguno de estos dos principios desde donde se torna posible

⁶⁹ Con la prohibición de injerirse activamente en esferas ajenas no se describe por completo el sistema de separación de esferas organizativas. El deber negativo general obliga además al titular de la esfera donde se encuentra el foco de peligro a adoptar las medidas necesarias para que no se materialice finalmente el menoscabo previsible. Este deber de neutralizar riesgos puede surgir en virtud de un deber general del tráfico que obliga a la neutralización de peligros provenientes de cosas o tras una organización previa de la propia esfera defectuosa que pone en peligro esferas ajenas (injerencia). Por otro lado, el acto de asunción real de la contención de concretos riesgos, aunque éstos no emanen de la propia esfera, determina igualmente la concreción del deber de neutralización de riesgos en un deber de salvaguarda. Sobre todo ello, en profundidad, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 259 ss.

⁷⁰ En este sentido, cfr. PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 103 ss.; o VAN WEEZEL, «Necesidad justificante y solidaridad», en CÁRDENAS ARAVENA/FERDMAN NIEDMANN (coords.), *LH-Etcheberry Orthusteguy*, 2016, p. 219.

⁷¹ En este sentido, cfr. ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 38 s.

⁷² En profundidad, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 262 ss., con múltiples referencias bibliográficas.

⁷³ Me refiero ahora, por un lado, a la familia, más concretamente, a la relación paterno-filial; y, por el otro, al Estado, en concreto, a los deberes que obligan a sus representantes en el ejercicio de sus funciones públicas. Frente a estos deberes positivos emanados en última instancia de un acto previo libre del posteriormente obligado, nuestro actual sistema jurídico-penal conoce igualmente de la imposición de deberes positivos vinculados al rol general de ciudadano, esto es, deberes impuestos a un sujeto en tanto que miembro de una concreta comunidad estatal. El ejemplo paradigmático es sin duda el deber de socorro tipificado en el art. 195 CP. Sobre todo ello, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 265 ss.

⁷⁴ *Pars pro toto*, HRUSCHKA, AT, 2ª ed., 1988, pp. 91 ss. Por el contrario, desde postulados kantianos clásicos, muy crítico con la juridificación penal de los deberes de solidaridad *quibus ex populo*, cfr. HELMERS, *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts*, 2016, pp. 270 ss., para quien el que infringe el deber de socorro genérico no comete un injusto propiamente penal y el estado de necesidad agresivo solo alcanzaría a justificar el uso o lesión de cosas ajenas para la salvaguarda de la vida o integridad corporal del necesitado.

legitimar frente a la víctima la solución final que se le depara al conflicto. Visto así, la colisión entre razones de obligación se desmaterializa, para pasar a ser contemplada esencialmente como un conflicto entre pretensiones de libertad enfrentadas, cuya armonización pasa por un análisis del merecimiento de amparo de las posiciones jurídicas de los sujetos implicados desde el prisma dual de los principios de autonomía y solidaridad.⁷⁵

b) La doble dimensión conflictiva en las colisiones entre razones de obligación

Al igual que la teoría del interés preponderante encuentra en la teoría de la ponderación de intereses su método afín, el recurso a la dupla autonomía/solidaridad como *ratio* del sistema de jerarquización requiere igualmente una contemplación metodológica del problema algo distinta. El conflicto entre razones de obligación ya no queda definido en lo que sigue a partir de los intereses en juego,⁷⁶ sino en atención a las pretensiones particulares de los distintos sujetos implicados, todo ello desde un prisma formalista que busca el merecimiento de protección de las pretensiones enfrentadas en juicios comparativos basados en los principios de autonomía y solidaridad.

Sentado lo anterior, ha de afirmarse aquí que el rasgo estructural característico de la colisión de razones de obligación reside en el doble plano en el que se materializa el conflicto. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en las situaciones clásicas de justificación, en donde la solución al conflicto se deriva única y exclusivamente de un análisis desde la óptica de los principios de autonomía y solidaridad de las posiciones jurídicas del injerente necesitado y de su víctima,⁷⁷ la resolución de la colisión de deberes se torna especialmente compleja por el hecho de que son dos los planos relevantes de relación entre esferas jurídicas.⁷⁸ Por un lado, el conflicto se manifiesta en el plano de la relación entre los dos potenciales beneficiarios, es decir, en la relación normativa horizontal que media entre los dos sujetos *prima facie* garantizados por las razones de obligación en conflicto (plano de la relación intersubjetiva). Por el otro, este conflicto cristaliza al mismo tiempo en un segundo plano, definido por la relación vertical que media entre cada uno de los necesitados o beneficiarios y el agente obligado (plano de la especie del deber).

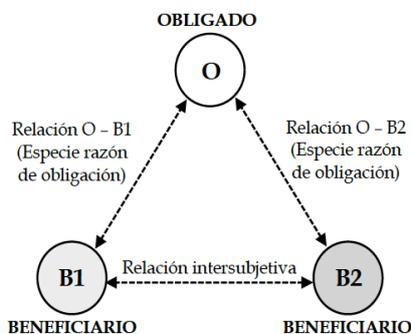
⁷⁵ Cfr. WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, pp. 148 ss., 196 ss.

⁷⁶ Sobre el papel de los bienes jurídicos –como instrumentos al servicio de la autonomía personal– en la resolución de los conflictos, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 272 ss.

⁷⁷ 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 rol del necesitado y ejerciendo en su nombre una potestad defensiva que el ordenamiento reconoce primariamente a su representado. Cfr. p. ej., MAÑALICH, «Normas permisivas y deberes de tolerancia», en EL MISMO (coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal*, 2013, pp. 273 ss., p. 275. La anterior distinción mantiene su sentido aunque se asuma que de los preceptos sancionadores de la omisión del socorro debido se deriva una obligación de defender al agredido en auxilio necesario. En este sentido, cfr. ENGLÄNDER, «Die Pflicht zur Notwehrhilfe», *FS-Roxin*, t. I, 2011, pp. 657 ss.; o FABRE, «Mandatory Rescue Killings», *The Journal of Political Philosophy*, (15-4), 2007, pp. 363 ss. Por un lado, el derecho de defensa en auxilio necesario tiene un alcance superior al del deber de solidaridad mínimo del art. 195 CP; por el otro, el derecho de defensa en auxilio necesario subsiste aun cuando el deber de solidaridad mínimo decaiga por razones de inexigibilidad (riesgo propio).

⁷⁸ De parecida opinión, PERRON, «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus Notlagen», en ESER/PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. III, 1991, pp. 97 ss.; NEUMANN, *JRE*, (2), 1994, pp. 92 ss.; o recientemente, en un sentido similar, KÜPER, *JuS*, (12), 2016, pp. 1071 ss.

La colisión de razones de obligación se muestra, pues, al menos,⁷⁹ como una relación conflictiva de estructura triangular:



En todo caso, el que sea posible distinguir analíticamente esta doble dimensión no significa que ambas relaciones hayan de ser necesariamente tomadas en consideración a la hora de jerarquizar las razones de obligación. Para quien la situación de conflicto se explica, en esencia, como una colisión de intereses, es evidente que la resolución del conflicto exige tomar en cuenta la diferencia de los intereses en juego. En esta misma lógica parece sin embargo tener más difícil encaje la atribución de relevancia a la especie del deber (deber de garante/solidaridad mínima).⁸⁰ No obstante, aunque sin establecer la nítida distinción que aquí se propone, lo cierto es que la doctrina penal mayoritaria sí suele tomar en consideración ambos planos a la hora de confrontar los deberes. Ello se hace incorporando en el juicio de ponderación la clase o especie de deber, que pasa a ser tomada en cuenta como un factor más en el juicio de ponderación de intereses.⁸¹ Sin embargo, si resulta que se trata en la colisión de deberes de meros conflictos entre intereses, y si resulta que el parámetro de solución es el del interés preponderante, se hace difícil cuando no imposible comprender la razón por la que la jerarquización no debe ceñirse a una estricta valoración de los intereses en juego y, por lo tanto, a la específica relación que media entre los dos (o más) beneficiarios.⁸²

En realidad, para afirmar –como es habitual en la doctrina– que el deber de garante prima sobre el de solidaridad mínima, salvo que este segundo garantice un interés esencialmente preponderante,⁸³ es ineludible distinguir antes entre dos planos diferentes. Solo tras constatar en un primer momento la diferencia de intereses cabe valorar la relevancia de la diferencia

⁷⁹ Es igualmente posible que los potenciales beneficiarios sean más de dos, de modo que concurran tres o más razones de obligación y la relación intersubjetiva quede también determinada a tres o más bandas. Estos supuestos se han discutido en la doctrina penal –por lo general, a propósito del problema de la imponderabilidad de la vida humana– a partir del siguiente caso: un padre, tras naufragar con sus tres hijos, solo puede salvar a (A) a costa de dejar morir a (B) y (C), mientras que puede salvar cumulativamente a (B) y (C) dejando morir a (A). Al respecto, con detalle y múltiples referencias doctrinales, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 497 ss.

⁸⁰ Cfr. *supra* nota 10.

⁸¹ Vid. LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, «Vorbem. §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder*, 29ª ed., 2014, nm. 75, con más referencias.

⁸² Advierte con claridad el problema ya NEUMANN, *JRE*, (2), 1994, pp. 92 ss.

⁸³ Así, p. ej., JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 15/7.

verificada a partir de la regla de preferencia basada en el distinto peso del deber. El arrojar simplemente la especie del deber como un factor más en el macrojuicio de ponderación de intereses, además de soslayar la pregunta fundamental de por qué debería otorgarse relevancia a este factor en la resolución de los conflictos, impide un control racional del concreto peso que le corresponde a la especie del deber en el momento de establecer el rango final entre las razones de obligación en conflicto. Sin embargo, desde la perspectiva que aquí se adopta, tanto la relación horizontal como la vertical pueden ser incorporadas sin mayores problemas al juicio de jerarquización. El merecimiento *in concreto* de las expectativas provisorias de los sujetos involucrados en el conflicto solo puede explicarse a partir de una lectura de la situación desde el prisma de los principios de autonomía y solidaridad, que abarque tanto la relación entre aquellos, esto es, la relación intersubjetiva u horizontal, como la relación normativa vertical entre cada uno de los beneficiarios con el obligado. La posición jurídica de aquellos, que no su interés, queda co-determinada también por la especie de la razón de obligación que garantiza su expectativa jurídica. No tomar en cuenta este factor, ya veremos más adelante de qué manera, significaría preterir un dato que es normativamente relevante para poder comprender en toda su extensión el estatus jurídico de quien se ve sumido en el conflicto y, por lo tanto, supondría excluir del análisis un dato relevante a la hora de comparar formalmente las posiciones jurídicas de los dos sujetos beneficiarios en la situación de conflicto.

Con la distinción entre estos dos planos se han sentado las bases del sistema de jerarquización que habrá de ser desarrollado en el siguiente epígrafe. Lo pretendido a continuación es, en esencia, establecer por separado en cada uno de los planos parciales una decisión de jerarquía provisorio para, acto seguido, armonizar ambas a través de una metarregla que informe sobre cuál es el orden final de prelación entre las razones de obligación en liza.

3.3. La jerarquización de las razones de obligación en conflicto

a) La relación intersubjetiva entre los beneficiarios de las razones de obligación en liza

El primer juicio provisorio de jerarquización pasa por examinar la relación intersubjetiva u horizontal entre los dos sujetos beneficiarios de las razones de obligación enfrentadas según la lógica propia de la moderna dogmática de las causas de justificación. Para ello, ha de concretarse en un primer momento —a partir del grado de competencia (responsabilidad) por el conflicto de cada sujeto— el baremo de diferencia entre los intereses en juego (extrema preponderancia, preponderancia esencial, preponderancia mínima...) que define las condiciones de lesión justificada de cada interés. Ello se lleva a cabo, básicamente, a partir de un análisis de la relación entre las dos esferas jurídicas enfrentadas desde el prisma de los principios de autonomía y solidaridad y, más concretamente, a partir de la toma en consideración de las eventuales provocaciones del conflicto o de las posiciones especiales de deber concurrentes en la figura de alguno de los dos beneficiarios de las razones en colisión.⁸⁴

⁸⁴ Adviértase, por un lado, que el carácter gradual de la competencia de un sujeto por la situación de peligro determina que necesariamente sean múltiples los umbrales de diferencia constatables. Es decir, no es lo mismo, p. ej., una provocación plenamente responsable de la situación de conflicto que una reconducible a una mera infracción de una incumbencia de autoprotección. Sobre la determinación de los distintos umbrales atendiendo al grado de competencia de los distintos sujetos involucrados, en profundidad, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 335 ss. Por otro lado, tampoco es descartable que se produzca una concurrencia de

El sujeto necesitado (A), quien tras un accidente fortuito pelagra de morir ahogado, goza —conforme a la dogmática del estado de necesidad agresivo— de un estatus jurídico superior frente a su hermano (B), a quien se le acaba de caer su carísimo reloj al mar y comienza a hundirse en las profundidades. El interés de (A) prepondera esencialmente sobre el de (B).

Una vez establecido el baremo que regula la concreta situación de conflicto a partir del grado de competencia por la situación de necesidad de cada uno de los sujetos beneficiarios, se procede en un segundo momento a ponderar los intereses en juego. Este juicio, en esencia, consiste en una comparación de los bienes jurídicos en juego, matizando su valor a partir de la intensidad de lesión que los amenaza y la probabilidad, tanto de que se produzca el daño, como de que la conducta salvadora lo evite.⁸⁵ Los factores tildados de normativos (provocación, prioridad temporal, perturbación del ordenamiento jurídico, posiciones especiales de deber etc.), incorporados habitualmente al macrojuicio de ponderación de intereses, no desempeñan en el planteamiento aquí esbozado ningún papel en este momento, pues ya han sido tomados en consideración para la determinación del concreto baremo de valoración de los intereses enfrentados.⁸⁶

El bombero (A), que queda atrapado junto con la persona a la que debía rescatar (B), solo puede eludir su situación de necesidad a costa de (B) cuando su interés prepondere de forma notable. Así lo determina la posición especial de deber de (A). Ahora bien, este factor ya no puede ser tenido en cuenta a la hora de valorar los intereses de (A) y (B) que, asumiendo que les amenaza el mismo mal y con la misma probabilidad, son completamente equivalentes.

Finalmente, la puesta en relación del baremo de diferencia de intereses y la concreta discrepancia constatable entre éstos permite establecer un primer juicio provisorio de jerarquía entre las razones en conflicto en atención al plano intersubjetivo. Como consecuencia de este primer análisis es posible, por un lado, que alguno de los dos sujetos beneficiarios ostente una posición de rango superior, es decir, que disponga en la situación de conflicto de un derecho de necesidad frente a su antagonista. Esto sucede, por ejemplo, cuando uno de los dos necesitados ha provocado responsablemente la situación de conflicto, siendo equivalentes los intereses en juego.

El sujeto (A), desobedeciendo los requerimientos de su acompañante (B), continúa circulando por una carretera a una velocidad superior a la máxima permitida. Justo en el momento en el que (B) le requiere para que detenga el vehículo y poder así apearse, (A) pierde el control del vehículo sufriendo un accidente y quedando ambos ocupantes malheridos. El médico (C) solo puede socorrer a tiempo a uno de los dos

posiciones de competencia especial, p. ej., en el supuesto en el que los dos beneficiarios son parcialmente responsables por la situación de conflicto; o de posiciones especiales de deber, p. ej., cuando son dos bomberos en acto de servicio los que han quedado en situación de necesidad, *op. cit.*, pp. 352 ss., 371 ss. Aunque a los efectos de exculpar en estado de necesidad, se ocupa exhaustivamente de esta última clase de problemas LERMAN, «Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante», *InDret*, (1), 2017, pp. 13 ss. Por último, es igualmente dable la situación en la que concurren posiciones de competencia en virtud de la provocación del conflicto y de posiciones especiales de deber, *op. cit.*, pp. 373 ss. P. ej.: el bombero, como obligado especial, solo puede salvar su vida a costa del necesitado que se disponía a salvar, siendo que éste último ha provocado intencionalmente el incendio que ahora les atrapa a ambos.

⁸⁵ Con detalle y ulteriores referencias, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 332 ss.

⁸⁶ El concreto grado de competencia de cada agente por el conflicto se plasma en un baremo configurado de un modo permeable a la dimensión fáctico-material de la colisión (p. ej., preponderancia de intereses esencial, mínima...). Estableciendo una regla de "cambio" entre el grado de competencia y la diferencia material es como se abre la puerta del sistema de resolución del conflicto al aspecto material, ventilado esencialmente a partir de una ponderación entre el valor *in concreto* de los bienes jurídicos en juego. En este mismo sentido, cfr. p. ej., RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, pp. 61, 73; LUGERT, *Zu den erhöht Gefahrtragungspflichtigen*, 1991, pp. 35 ss., 38, 80; o PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 141 ss.

necesitados. En este caso, (B) goza frente a (A) de una mejor posición jurídica, pues así lo determina la dogmática del estado de necesidad defensivo.

Por otro lado, es también posible que ninguno de los dos sujetos ostente un derecho tal, es decir, que ninguno de los beneficiarios pueda eludir el conflicto a costa de su contrincante de manera justificada.

Los niños (A) y (B) peligran de morir ahogados y esperan ser rescatados por su padre (C), quien se encuentra en una posición equidistante. Ninguno puede hacer valer — conforme a la dogmática tradicional de la justificación— frente al otro necesitado un mejor estatus, es decir, ninguno puede eludir el conflicto a costa de su contrincante de forma justificada.

Así pues, en el primer escenario, el análisis de la relación intersubjetiva concluye con la afirmación de la preferencia normativa de una esfera jurídica frente a otra. Esta es la relación de rango que se obtiene en el plano horizontal. En el segundo, sin embargo, no cabe afirmar todavía que la relación intersubjetiva entre los necesitados determina una situación de equivalencia absoluta. Y no lo es porque ante situaciones de conflicto en las que ninguno de los beneficiarios ostenta un derecho de necesidad en sentido estricto frente a su oponente es aún inexcusable analizar cuál es la concreta relación normativa de cada uno de los beneficiarios con el peligro que define la situación de conflicto. Como se ha adelantado arriba, en nuestro ordenamiento jurídico, como contracara del principio de autonomía, rige un principio de individualización de la desgracia (*casum sentit dominus*) que impide con carácter general a quien se ve amenazado por un mal del que no es responsable desplazarlo a un tercero. Es decir, los peligros o males no imputables, en principio, no se socializan, sino que el Derecho atribuye también a un individuo concreto la competencia por aquéllos, incluso cuando no los merece en absoluto. El estado de necesidad agresivo constituye por consiguiente una excepción a esta regla general de individualización de la desgracia: solo cuando el interés del necesitado prepondera esencialmente sobre el finalmente afectado cabe justificar el desplazamiento del mal. Ahora bien, en contra de lo que generalmente se asume, la aceptación de una regla defectiva de atribución de la competencia por la desgracia no supone necesariamente aceptar el mejor estatus de quien está protegido por un deber de omitir frente al que solo lo está por un deber de actuar.⁸⁷

Hasta donde alcanzo, el *dominus*, esto es, el competente defectivamente por un peligro no imputable, se ha de estipular también de un modo normativo, más concretamente, a partir del curso de lesión esperado, descontando todas aquellas hipotéticas conductas de terceros que constituyen actos garantizados de organización de la propia esfera jurídica, de un modo neutral, no extravagante. Es decir, la determinación de la posición del llamado a soportar defectivamente la desgracia no puede hacerse a espaldas del conjunto de derechos reconocidos, incluso cuando su ejercicio no abusivo suponga en el caso concreto la causación de un resultado lesivo para los intereses de un tercero. Existen, en definitiva, comportamientos activos que desplazan el peligro y suponen injerencias en la esfera jurídica ajena y otros que, pese a desplazar —en términos naturalísticos— un peligro, no pueden ser interpretados jurídicamente como actos de intromisión en una esfera jurídica ajena.⁸⁸ *Sensu contrario*, cabe afirmar, pues, que la competencia defectiva

⁸⁷ De otra opinión, ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 159, pp. 175 ss., 407 ss.

⁸⁸ En este sentido, muy claro, MERKEL, *FS-Herzberg*, 2008, pp. 220 s. Soy consciente de que no siempre será sencillo delimitar aquella conducta de alteración del curso que constituye una re-organización ilegítima del curso lesivo y aquella que es amparada por el Derecho. Con carácter general cabe afirmar lo siguiente: los actos de organización

por la desgracia no es atribuida siempre a aquél que la “naturaleza” pareciera “designar” en primera instancia.⁸⁹

El excursionista (A) que se aparta de la trayectoria de una enorme piedra que acaba impactando en un tercero (B) no ocupa la posición de *dominus*, pues su derecho a una maniobra evasiva como ésta determina que, desde un principio, sea (B) el llamado normativamente a soportar el peligro, quien no puede exigir en este caso a (A) que omita por razones solidarísticas la maniobra evasiva.

Esto significa, por un lado, que determinadas variaciones activas de un curso causal lesivo, en la medida en que constituyen actos de organización de la propia esfera o representan conductas ubicuas o cotidianas previsibles, que no se apartan por lo tanto de un “sistema de rutina”, no constituyen desplazamientos típicos de un mal, sino simples actos de exposición de un tercero a un mal que normativamente ya le competía. Es decir, el llamado a soportar el peligro conforme a las leyes de la naturaleza no tiene por qué ser el llamado a soportarlo normativamente, de modo que desplazar el peligro del primero al segundo no puede ser en tal caso visto como un acto vulnerador del axioma del *casum sentit dominus* o, si se prefiere, como una arrogación ilegítima de la facultad de “jugar a ser Dios”.⁹⁰

Quien para salvar su vida acelera y retira el automóvil que iba a impedir que un camión que ha perdido los frenos atropelle a dos niños, no ocupa la posición de *dominus* y, por lo tanto, su acción no altera —de forma normativamente relevante— el curso de lesión. *Domini* son, desde un principio, los dos niños, pese a que el curso de lesión se dirija en un primer momento contra el titular del automóvil.

Y por la misma razón tampoco comete un doble homicidio el camionero que, tras advertir que su camión se ha quedado sin frenos, lo dirige hacia el carril de frenado, aun habiéndose percatado de que allí se encuentran jugando con la arena dos niños que resultarán mortalmente atropellados. El comportamiento del camionero, aunque desplaza activamente el mal a un tercero, no se desvía de las condiciones preestablecidas de acción, constituye el aprovechamiento legítimo de un espacio sobre el que le corresponde —atendiendo al mal que le amenaza— un mejor derecho.⁹¹

neutrales de la propia esfera de organización no constituyen una injerencia antijurídica en una esfera ajena por el simple hecho de que, por razones excepcionales, supongan en el caso concreto el desplazamiento activo del mal a un tercero inocente. En un sentido parecido, cfr. HASLETT, *Utilitas*, (23-3), 2011, p. 279. Así pues, es *dominus* aquél frente al que se puede —en el ejercicio no abusivo (neutral) de un derecho previo— redirigir un mal, ya sea a través de un comportamiento activo u omisivo. Dicho carácter neutral será fácilmente determinable en ámbitos fuertemente normativizados, en los que el margen de actuación de todos los potenciales intervinientes esté predeterminado *ex ante*. Al respecto, fundamental, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 31 ss., 304 ss.; y EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 79 ss., 96 ss., p. 99. Ello será, claro está, notablemente más complejo a falta de tales criterios. ¿Puede un conductor que ha perdido el control de su automóvil y que circula por el tercer carril de la autopista desviar el coche hasta el primer carril modificando así la identidad de la víctima final del impacto? Tratando de dar respuesta a estas y otras preguntas similares, recientemente, COCA VILA, «Self-driving Cars in Dilemmatic Situations: An Approach Based on the Theory of Justification in Criminal Law», *Criminal Law and Philosophy*, (1), 2017, pp. 9 ss.

⁸⁹ En cambio, defendiendo la aceptación resignada por parte del Derecho de la distribución “natural” de la desgracia, cfr. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 182 ss. Sin embargo, acertadamente crítica contra este planteamiento, CONINX, «Zufall, Effizienz und Verteilungsgerechtigkeit», en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 179 a 181.

⁹⁰ En este sentido, MERKEL, *FS-Herzberg*, 2008, p. 214. Y de parecida opinión, HEVELKE/NIDA RÜMELIN, «Ethische Fragen zum Verhalten selbstfahrender Autos bei unausweichlichen Unfällen: Der Schutz von Unbeteiligten», *ZPhF*, (69-2), 2015, pp. 222 ss. Dubitativo, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 15/8, nota 15.

⁹¹ La ocupación fáctica del carril por parte de los niños no va acompañada en este caso de un derecho de exclusión frente a quien quiere valerse del espacio conforme a la lógica que explica su propia existencia. En la literatura filosófica, de parecida opinión, QUONG, «Killing in Self-Defense», *Ethics*, (119), 2009, pp. 527 s., quien a través de la noción de un mejor derecho exclusivo sobre una cosa entiende legítimo causar activamente la muerte

Y adviértase, por otro lado, que esta concepción normativa de la atribución de la posición de *dominus*, además, abre la puerta a que sean varios los sujetos que ocupan *ab initio* tal posición, sin que la variación causal de la determinación del curso de un *dominus* a otro pueda o deba ser vista como una auténtica alteración del peligro. Existen sujetos no llamados por la naturaleza a soportar un peligro que, normativamente, sí ocupan una posición defectiva de competencia por aquél. Ello queda claramente de manifiesto en el sugerente ejemplo dilemático planteado por Harro OTTO:⁹²

Un conductor circula bajo la lluvia a una velocidad adecuada por una vía interurbana, cuando advierte como un peatón sale de detrás de un árbol y comienza a cruzar la calzada de forma descuidada. El conductor del automóvil puede evitar atropellar al peatón frenando, no obstante, ese brusco frenazo produciría la muerte de un motorista que circula tras el automóvil a una distancia inferior a la reglamentaria y que no podría frenar a tiempo para evitar el impacto contra la luna trasera del coche.

Pese a ser el peatón el llamado en un primer instante “por la naturaleza” a sufrir los costes del accidente, es decir, él es el que fallecería si suprimimos mentalmente al agente capaz de influir en la determinación final del riesgo, tampoco puede exigir el motorista válidamente que esa sea necesariamente la solución que el conductor le depare al conflicto. Hasta donde alcanzo, tanto el peatón como el motorista ostentan en este caso la condición de *dominus*, pues ambos comparten frente al peligro en cuestión un estatus normativo idéntico. Como más adelante veremos, esto supone a efectos prácticos que el conductor ha de poder decidir cómo concreta o determina el peligro abstracto que acecha a los dos necesitados, sin que su acción u omisión constituya en ningún caso un desplazamiento del mal del *dominus* a un tercero no involucrado.⁹³

Pues bien, sentado todo lo anterior, nuestro análisis de la relación horizontal entre los beneficiarios de las razones enfrentadas pasa por distinguir entre dos grandes grupos de colisiones: aquellas en las que los dos sujetos beneficiarios ocupan la posición de *dominus*; y aquellas en las que solo uno de los dos sujetos beneficiarios es (defectivamente) competente por el peligro que caracteriza la situación dilemática. Esta diferencia, y no la que media entre actuar y omitir, sí es significativa a la hora de resolver los conflictos entre razones de obligación. En este segundo caso, aunque el primer análisis de la relación intersubjetiva parezca arrojar una equivalencia entre los dos beneficiarios, la competencia residual basada en la norma de atribución del *casum sentit dominus* determina la preferencia normativa del sujeto beneficiario no necesitado.

El paciente que aguarda en la sala de espera de un hospital goza de un estatus normativo superior frente a al paciente ya ingresado que necesita un riñón para sobrevivir, también cuando un médico pudiera extraerle fácilmente el riñón al primero para salvar la vida al segundo.

En cambio, en el primer escenario, aquel en el que los dos sujetos beneficiarios aparecen directamente involucrados en el peligro, conformando una comunidad de riesgo delimitada, el análisis de la relación intersubjetiva ha de concluir afirmando la equivalencia de las dos

de un obstructor inocente. Así, p. ej., el propietario de un pequeño coche podría expulsar a su ocupante sin derecho para salvar su vida ante la amenaza que supone la caída de un pequeño meteorito; no así el minero que tras una emergencia solo puede salvar su vida ocupando un refugio unipersonal tras echar violentamente a quien se encuentra ya en su interior.

⁹² Cfr. OTTO, «Nachtrag», *Pflichtenollision und Rechtswidrigkeiturteil*, 3ª ed., 1978, p. 121.

⁹³ Sobre este supuesto, en profundidad, COCA VILA, *Criminal Law and Philosophy*, (1), 2017, pp. 16 ss.

pretensiones enfrentadas. La regla del *casum sentit dominus*, como criterio de imputación por defecto, conduce aquí al peor de los resultados imaginable desde la óptica de los dos necesitados, es decir, obligaría a ambos a soportar su desgracia, liberando al obligado de todo deber.

Aunque los dos niños que peligran de morir ahogados tras naufragar con su padre gocen de una pretensión de salvaguarda idéntica frente al padre que solo puede salvar a uno, ello no es motivo para, haciendo gala de un igualitarismo extremo, dejar que ambos perezcan en el conflicto al obligarles a soportar su desgracia.

b) La jerarquización de las razones de obligación en el plano de su especie

Como ya se ha anunciado al inicio de este epígrafe, el segundo juicio parcial de jerarquización pasa por un análisis de la relación obligado-beneficiario desde la óptica vertical, esto es, la de la especie de las razones de obligación enfrentadas. Más concretamente, la especie de la razón de obligación viene a informar sobre el concreto grado de ejercicio de libertad al que reconducir el nacimiento de cada una de las razones. Es decir, cuanto mayor es el ejercicio de libertad del obligado al que reconducir su nacimiento, mayor es también la fuerza con la que el Derecho garantiza el deber y, por extensión, mayor es el rango de la razón de obligación cuando entra en conflicto.⁹⁴ Bien mirado, este mismo razonamiento es el que subyace a la extendida asunción según la cual los deberes de garante, *ceteris paribus*, primarían sobre los de solidaridad mínima. Sin embargo, admitida la gradualidad del ejercicio de libertad del agente obligado,⁹⁵ así como la necesidad de garantizar jurídico-penalmente los deberes de forma proporcional al distinto grado de autonomía al que reconducir el nacimiento del deber, ha de afirmarse con SILVA SÁNCHEZ que la división entre dos únicas especies de deber resulta excesivamente tosca, pues equipara en su intensidad deberes que ameritan una distinta protección penal.⁹⁶ A los efectos que ahora nos interesan, esa indistinción lleva a abordar el problema de la relación normativa entre el obligado y el necesitado en las colisiones entre razones de obligación de un modo excesivamente indiferenciado, al equiparar en la disolución de los conflictos deberes de peso distinto. Es decir, no todos los deberes que tradicionalmente se catalogan como deberes de garante pesan lo mismo, por lo que no parece suficiente una única regla de jerarquía de los deberes de garante frente a los de solidaridad mínima. El mismo fundamento de la distinción, a saber, el grado de libertad al que reconducir el nacimiento del deber, así lo determina.

Aunque la concreción de los niveles de ejercicio de autonomía constatables en atención a las formas obligacionales generalmente reconocidas en el Derecho penal no es una cuestión en absoluto sencilla, ni que pueda ser establecida de manera general e incontrovertida, creo posible afirmar, nuevamente con SILVA SÁNCHEZ, que en nuestro actual ordenamiento jurídico son tres los niveles de referencia esenciales, en definitiva, son tres las especies fundamentales de deber.⁹⁷ Ello, además de responder al grado de autonomía que explica el nacimiento de los deberes penales, encuentra una nítida plasmación en el Derecho positivo español, en donde cabe advertir con claridad tres programas distintos de garantía de bienes jurídicos, o lo que es lo mismo,

⁹⁴ De forma más extensa, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 276 ss., 281 ss.

⁹⁵ Al respecto, muy claro, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 57.

⁹⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2012, p. 470, nota 8, pp. 476 s.

⁹⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2012, pp. 428 ss., 477 ss. Distinguiendo asimismo entre cuatro momentos diversos de autonomía que desencadenarían el nacimiento de deberes de distinto rango, vid. p. ej. VON DER PFORDTEN, «Zur Rechtfertigung von Hilfeleistungspflichten», en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 108 a 110.

deberes — y como correlato, derechos — de tres especies diferentes.⁹⁸ Me refiero, en primer lugar, a los deberes de competencia plena, como expresiones obligatorias de la máxima intensidad, reconducibles también a un comportamiento cumplidamente libre del agente obligado. Dogmáticamente, esta máxima intensidad se vincula habitualmente a la posibilidad de imputar al infractor del deber el resultado lesivo concreto y, como no podía ser de otro modo, la infracción de tales deberes se sanciona de la manera más intensa posible. Entre éstos se cuentan, además de las obligaciones de no dañar activamente, los deberes de salvamento tras asunción efectiva, los deberes del tráfico, los deberes de salvamento tras injerencia plenamente responsable, los deberes nucleares propios de la relación paterno-filial, así como ciertos deberes en el marco de relaciones estatales de sujeción-especial.⁹⁹ En segundo lugar, cabe advertir una inferior clase de deberes, a los que denomino de competencia preferente y cuya legitimación trae causa en actos de libertad especial del obligado de naturaleza algo más tenue.¹⁰⁰ Éstos no solo pueden tener un origen positivo (solidaridad agravada), piénsese, por ejemplo, en deberes estatales (art. 226 CP) o familiares de segundo grado (art. 196 CP); sino que, como nos demuestra la dogmática del estado de necesidad defensivo, también cabe derivar del principio negativo de no interferencia (*neminem laede*) deberes de competencia preferente.¹⁰¹ Ello es lo que sucede de forma paradigmática con el deber de salvamento tras injerencia no plenamente responsable (art. 195.3 CP). Finalmente, esta tripartición se completa con los deberes de competencia mínima, 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*).¹⁰² El caso paradigmático es, sin duda, el deber general de socorro del art. 195 CP.

Sentado lo anterior, cabe afirmar que en el plano de la especie del deber podrán efectivamente jerarquizarse las pretensiones enfrentadas cuando aquellas se distingan en su especie. Es decir, asumiendo que, por un lado, los deberes de idéntica especie no son jerarquizables entre sí,¹⁰³ y que, por el otro, los deberes de competencia plena priman sobre los de competencia preferente, y ambos a su vez sobre los de competencia mínima, el análisis comparativo en este plano arrojará una diferencia de rango únicamente cuando colidan razones de obligación distintas en su especie.

La razón de obligación de competencia plena que obliga al padre a salvar a su hijo (arts. 138 — 11 CP) prima, por ejemplo, frente a la de competencia preferente que le obliga a salvar a un sujeto que ha puesto en peligro de forma meramente fortuita (art. 195.3 CP).

⁹⁸ Cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 284 ss., con ulteriores referencias bibliográficas.

⁹⁹ Con detalle, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 291 ss.

¹⁰⁰ Cfr. ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 124, nota 60.

¹⁰¹ En este mismo sentido, entre otros muchos, vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 464 s., 473 ss.; o DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, p. 776. Reconocen la semejanza sistemática entre el deber de tolerancia en estado de necesidad defensivo y el deber de salvamento tras injerencia, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 316 s., nota 136; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 182, nota 185; y JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 37, 47.

¹⁰² Cfr. ALCÁCER GUIRAO, «Autonomía, solidaridad y deber de socorro», *ADPCP*, (53), 2000, p. 365, nota 20.

¹⁰³ En cambio, vid. p. ej., ROLDÁN BARBERO, «Estado de necesidad y colisión de intereses», *CPC*, (20), 1983, p. 543; u OTTO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 8, nm. 194, quienes defienden la primacía de los deberes de garantía familiar frente a los de custodia por asunción contractual. Recientemente, en el mismo sentido, MITSCH, *ZStW*, (3), 2016, p. 672. Estos planteamientos, sin embargo, no alcanzan a explicar por qué la sanción prevista para unos y otros deberes de competencia plena es idéntica. Que la agravante de parentesco no es aplicable cuando el deber de salvamento trae causa precisamente de una relación familiar ha sido con razón puesto de manifiesto en varias ocasiones por el Tribunal Supremo español. Al respecto, cfr. p. ej., STS 20/2001 de 22 de enero, ponente Conde-Pumpido Tourón.

Así las cosas, al igual que sucede en el análisis de la relación intersubjetiva, el examen de la relación vertical obligado-beneficiario puede concluir con el establecimiento de un rango entre las pretensiones en liza o, por el contrario, con la constatación de la equivalencia entre aquellas. Esto sucederá cuando las dos razones de obligación compartan una misma especie.

En el plano vertical, el de la especie, las dos razones de obligación concurrentes en el supuesto del padre que no puede salvar a sus dos hijos cuando éstos peligran de morir ahogados son equivalentes, pues ambas comparten especie, se trata de razones de obligación de competencia plena. Y a la misma conclusión ha de llegarse cuando lo que está en juego es la vida de un hijo y el patrimonio del otro. Atendiendo a la especie de las razones enfrentadas, ambas pretensiones son equivalentes.

c) La compatibilización de los resultados de jerarquización en la dimensión intersubjetiva y de la especie de la razón de obligación

Una vez se han alcanzado en los dos planos referidos las correspondientes relaciones de jerarquía, es momento de proceder finalmente a compatibilizar los resultados obtenidos en ambas dimensiones. Aquí reside el nudo gordiano de todos los intentos por sistematizar la jerarquización de los deberes. Hasta donde alcanzo, allí donde sea posible establecer una diferencia de rango en la relación intersubjetiva, esto es, en el plano horizontal entre los dos beneficiarios de las razones enfrentadas, ésta será siempre la decisiva a la hora de disolver el conflicto. Es decir, donde sea posible advertir conforme a las reglas clásicas de la justificación un auténtico derecho de defensa por parte de alguno de los dos implicados en el conflicto, el obligado habrá de satisfacer siempre la razón de obligación que garantiza la expectativa de aquel sujeto. El obligado opera en tal caso como su impuesto representante, de modo que la razón de obligación de rango superior es la que protege siempre a quien ostenta ese derecho de defensa, con independencia de la especie de las razones en liza o de los intereses o preferencias particulares del obligado.

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. Allí donde quepa resolver el conflicto con base en la relación de los dos interesados y, más concretamente, a partir de la relación que aquellos de forma autorresponsable disponen y configuran, la especie de la razón de obligación carece de fuerza para alterar el sentido de la relación de jerarquía.¹⁰⁴ No cabe olvidar que, a fin de cuentas, es frente a los beneficiarios de las razones de obligación en liza frente a quien ha de justificarse 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 para con quien tiene un peor derecho en la relación intersubjetiva.¹⁰⁵

¹⁰⁴ En este mismo sentido, KLESZCZEWSKI, *AT*, 2ª ed., 2012, § 4, nm. 370.

¹⁰⁵ Lo anterior, claro está, no significa que el Derecho no pueda aceptar una relativización de la expectativa de fidelidad al derecho que recae en el destinatario del deber en atención a lo inexigible que resulta en el caso concreto una motivación con arreglo al deber. Cfr. ROBLES PLANAS, «Caso del Leinenfänger», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (ed.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2011, pp. 114 ss., p. 116. En todo caso, el beneficiario con mejor derecho goza entonces de un derecho de defensa frente al obligado.

Es decir, el padre habrá de salvar al extraño al que su hijo ha puesto en peligro antes que a su propio hijo, pues aquel dispone ya en la relación intersubjetiva, esto es, conforme a la dogmática clásica de la justificación, de un mejor derecho en la situación de necesidad.

Ahora bien, considerar siempre equivalentes las razones de obligación cuando no es posible establecer diferencias en la relación intersubjetiva entre los beneficiarios supondría reducir el conflicto a una dimensión estrictamente bilateral, a la propia de la dogmática clásica de las causas de justificación. Sin embargo, como ya se ha mostrado en este trabajo, los conflictos entre razones de obligación son, por definición, conflictos bidimensionales, en los que las posiciones jurídicas de los dos potenciales beneficiarios no quedan íntegramente definidas al margen de su relación normativa con el obligado. Aunque el papel que desempeña la especie del deber en el sistema de jerarquización que aquí se propone es supletorio, ésta resulta fundamental precisamente allí donde la relación intersubjetiva no permite jerarquizar los deberes en modo alguno. Es decir, la distinta especie de las razones enfrentadas decide su jerarquización cuando no es posible constatar en la relación horizontal diferencia alguna.¹⁰⁶ Y ello, si no voy errado, resulta perfectamente compatible con la comprensión individualista del conflicto que aquí se defiende. Tampoco la víctima del conflicto puede en ese caso invocar razonablemente nada en contra de la decisión jerárquica basada en la especie del deber pues, desde un comienzo, su posición jurídica es normativamente más débil que la de su adversario al estar garantizada por una razón de obligación de menor intensidad.¹⁰⁷

En el caso tantas veces citado del padre que ha de escoger entre salvar la vida de su hijo y la de un tercero, la decisión de paridad en la relación intersubjetiva de los dos necesitados no supone automáticamente la imposibilidad de jerarquizar las razones en liza. Aquí, la especie del deber determina un indubitado rango de jerarquía. El deber de competencia plena prima sobre el de competencia mínima, por lo que el padre deberá salvar a su hijo antes que al tercero.

Hasta aquí las reflexiones sobre la compatibilización de los dos planos sistemáticos básicos en la jerarquización de las razones de obligación en conflicto. En todo caso, con la configuración del sistema de jerarquización aquí esbozado no se ha definido plenamente el sistema de disolución de los conflictos, básicamente, porque no es descartable que fruto del anterior análisis se llegue a la conclusión de que las dos razones en liza son equivalentes. El modo en el que resolver dogmáticamente los conflictos, tanto ante razones de distinto rango como equivalentes, se examina en el cuarto apartado del presente trabajo.

¹⁰⁶ Adviértase que en el planteamiento aquí esbozado, a diferencia de cómo opera la doctrina habitualmente, no es suficiente para jerarquizar los deberes una diferencia mínima entre los intereses en juego. El padre no tiene por qué salvar la bicicleta de (A) valorada en 2000 €, frente a la de (B), valorada en 1975 €. (A) no goza de un derecho de necesidad frente a (B), por lo que en el plano intersubjetivo ambas pretensiones son normativamente idénticas, por mucho que no lo sean los intereses. De parecida opinión, cfr. KINDHÄUSER, *AT*, 7ª ed., 2015, § 18, nm. 5.

¹⁰⁷ Esto mismo vale cuando están en juego vidas humanas, sin que el principio de la imponderabilidad de la vida obligue a ignorar la distinta especie de las razones de obligación enfrentadas. Vid. sin embargo FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 6, nm. 98; o FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, 22/62. Una cosa es que la vida humana sea cuantitativa- y cualitativamente imponderable y otra muy distinta que el ordenamiento jurídico no siempre garantice las expectativas vitales de un modo idéntico. Como aquí, vid. p. ej., JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 15/7; o NEUMANN, «§ 34», *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 129; EL MISMO, *JRE*, (2), 1994, pp. 93 s.

4. La determinación final del deber ante conflictos entre razones de obligación

4.1. La disolución de los conflictos entre razones de obligación jerarquizadas

Desde siempre, la disolución de los conflictos entre razones de obligación jerarquizadas ha supuesto un problema dogmático de segundo orden.¹⁰⁸ Ello, sin embargo, no quita para que hayan de encontrar respuesta en este lugar todavía dos cuestiones esenciales en lo que concierne a los conflictos entre razones de distinto rango. Me refiero, por un lado, al modo en el que el ordenamiento jurídico descodifica la prelación para la solución al conflicto; y, por el otro, a la manera en la que legitimar frente a la víctima final del conflicto la solución adoptada por el ordenamiento jurídico.

Comenzando con la primera cuestión, cabe afirmar en este lugar que la determinación final del deber ante conflictos entre razones de obligación jerarquizadas pasa siempre por la elevación de la razón de rango superior a la categoría de auténtico deber penal. El obligado ha de satisfacer la razón superior, que aparece desde entonces como el único deber penal que el ordenamiento le dirige en el caso concreto.¹⁰⁹ Esto significa, en definitiva, que la defraudación de la razón de obligación de menor rango no constituye injusto alguno, es más, no es siquiera penalmente típica.¹¹⁰ El cumplimiento de la razón de obligación de menor rango constituye un comportamiento supererogatorio que, a lo sumo, puede desplegar efectos en la determinación de la pena por la infracción del deber realmente vinculante en la situación de conflicto.

Y en lo que se refiere a la segunda cuestión, en contra de como procede habitualmente la doctrina en este punto, cabe sostener que, a ojos de quien ve defraudada finalmente su expectativa provisional, no puede afirmarse simplemente que tal defraudación resulta imprescindible para salvaguardar un interés superior.¹¹¹ El deber de mayor rango no informa sobre cómo maximizar los intereses desde una óptica colectivista, sino acerca de la esfera jurídica en conflicto que en el caso concreto merece ser garantizada. Más concretamente, son dos las razones específicas que definen el rango y que permiten explicar también frente a quien sufre los costes del conflicto la solución dada al conflicto. Allí donde la relación intersubjetiva ofrece una gradación entre las razones en conflicto, son directamente los principios de autonomía y solidaridad, contemplados desde la clásica óptica bilateral del sistema de causas de justificación, los que permiten disolver el conflicto. Esto es, quien ve defraudada su expectativa jurídica ha de aceptar esa decisión porque, o bien ello trae causa de un razonamiento derivado del principio de solidaridad, o bien de un comportamiento autónomo que aminora en el caso concreto el merecimiento de protección de sus intereses. Este sistema queda en última instancia sellado por el (sub)principio – derivado del de autonomía – de asunción personal de peligros no imputables a terceros (*casum sentit dominus*),

¹⁰⁸ Tanto es así, que es frecuente no considerar tales conflictos auténticas colisiones de deberes. Cfr. KINDHÄUSER, *JRE*, (2), 1994, p. 348, nota 31.

¹⁰⁹ Ello, incluso cuando el propio obligado sea el responsable de la situación de colisión entre razones de obligación. Sobre estos supuestos y las posibilidades de atribuir responsabilidad al obligado responsable por el conflicto, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 340 s., nota 74, con ulteriores referencias a la doctrina.

¹¹⁰ Con detalle, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 190 ss., 434 ss.

¹¹¹ En cambio, paradigmático en este sentido, JOERDEN, *Dyadische*, 1986, p. 87. Como en el texto, muy claro, MERKEL, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, 1999, p. 203.

que otorga defectivamente la primacía al deber que garantiza la posición de quien no está involucrado en la situación de necesidad.

Así, por ejemplo, el hijo que ve como el padre deja que su reloj se hunda en el mar para salvar a su hermano, encuentra en su deber de solidaridad especial para con éste la razón de la defraudación de su expectativa; y del mismo modo, quien ha puesto negligentemente en peligro a su compañero de travesía debe asumir que el obligado salve preferentemente a su víctima, pues ha sido precisamente él quien responsablemente ha configurado la situación de necesidad y es a él a quien le compete de forma preferente asumir los costes de resolución del conflicto.

Aparentemente más compleja se muestra la legitimación de la solución al conflicto frente a la víctima en los casos en los que es la especie de deber el factor que decide el rango. Aquí no cabe recurrir directamente a la dogmática clásica de las causas de justificación, aunque ello no significa que no pueda legitimarse también en estos supuestos la solución frente a quien la sufre. Hasta donde alcanzo, la víctima ha de asumir la pérdida de sus intereses frente al obligado porque su posición jurídica, como la de su contrincante, se define también por las relaciones de especie de deber.¹¹² Al igual que un crédito común queda relegado por un crédito privilegiado en el marco de una situación concursal, la expectativa de la víctima se debilita al entrar en conflicto con la de quien está unido con el obligado por un vínculo normativo más fuerte. Es decir, el nacimiento de un deber queda en un primer momento condicionado, no solo por el propio comportamiento del protegido por aquél (causas de justificación), o por razones de exigibilidad (nivel de intereses propios del obligado a sacrificar), sino también por el no surgimiento de un conflicto con una razón de obligación más intensa en su especie. Por todo ello, el ordenamiento no puede estimar equivalentes las pretensiones jurídicas de dos sujetos protegidos por razones de obligación de distinta especie. Existe un motivo normativo para distinguir y preferir a aquél cuya posición jurídica está protegida más intensamente.

4.2. La disolución de los conflictos entre razones de obligación equivalentes

Notablemente más compleja resulta la disolución del conflicto cuando el proceso de jerarquización de las razones de obligación no permite establecer un orden de prelación. En todo caso, sí parece existir en la actualidad un amplio acuerdo sobre cómo canalizar desde la perspectiva de la teoría de las normas esta clase de conflictos. Dado que la falta de motivos especiales para decidir en favor de una de las razones de obligación no justifica sin más la retirada de las dos,¹¹³ ante las colisiones entre razones de idéntico rango, la disolución del conflicto se articula mediante la previsión de una obligación alternativa o disyuntiva que requiere al obligado para dar satisfacción a una de las dos razones en conflicto.¹¹⁴ Es decir, las dos razones de obligación enfrentadas se transforman en un único deber altamente personal, configurado ahora de manera alternativa. El obligado goza entonces de un derecho de elección

¹¹² Cfr. NEUMANN, *JRE*, (2), 1994, pp. 92 ss.

¹¹³ Ello sería reflejo de un igualitarismo radical abiertamente contrario a los postulados más esenciales de la razón práctica. En este sentido, cfr. solo RESCHER, «Choice Without Preference: A Study of the History and of the Logic of the Problem of "Buridan's Ass"», *Kant-Studien*, (51), 1960, pp. 142-175.

¹¹⁴ Cfr. en detalle, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 438 ss.

entre las dos razones contrapuestas, sin que el ordenamiento condicione o valore los motivos subjetivos últimos de su decisión.¹¹⁵

Ahora bien, pasando a la segunda de las dos cuestiones a tratar en este lugar: ¿cabe realmente legitimar frente a la víctima del conflicto la defraudación de una expectativa de idéntico rango a la que se salvaguarda? Esta es, sin duda, la más controvertida de las preguntas a las que se enfrenta la dogmática de la colisión de deberes jurídico-penal. Frente a quienes defienden la necesidad de resolver tales conflictos en el ámbito de la culpabilidad,¹¹⁶ se ha afirmado ya en este texto que una concepción de la norma penal respetuosa con sus presupuestos de eficacia impide afirmar tanto la existencia de dos deberes de imposible cumplimiento cumulativo, como el carácter antijurídico de la conducta de quien no atiende una expectativa jurídica provisional para dar cumplimiento a otra equivalente. El ordenamiento jurídico no puede admitir una contradicción irresoluble que aboque al obligado *nolens volens* a actuar de forma antijurídica. En definitiva, no existen —ni siquiera en el plano del injusto— conflictos de deberes irresolubles. Sin embargo, muchos son también quienes asumiendo la necesidad de resolver ya en el nivel del injusto estos conflictos, o en un espacio libre de Derecho, se niegan en cambio a admitir la plena conformidad a Derecho de una conducta que lesiona una expectativa jurídica equivalente a la que se salvaguarda, en especial, cuando están en juego vidas humanas. Ello sería a ojos de la víctima (inocente) injustificable, por lo que no cabría bajo ningún concepto obligarle a tolerar la defraudación de su expectativa. Así las cosas, el obligado no actuaría de forma antijurídica, pero la víctima o sus eventuales auxiliantes necesarios habrían de poder responder frente al obligado en defensa de su propia expectativa. Pareciera así lograrse la cuadratura del círculo, en la que el “pastel del Derecho” se reparte de la forma más ecuánime posible: la no satisfacción de uno de los deberes en conflicto no es antijurídica pero no se priva a la víctima (o a un eventual auxiliante necesario) de su potestad de defender su expectativa en legítima defensa.

¿Es la idea de un espacio libre de Derecho, o de una cuasi-justificación o de una justificación “débil” la solución prodigiosa a conflictos aparentemente irresolubles? La respuesta ha de ser en mi opinión negativa. Frente a quienes aceptan la necesidad de resolver los conflictos en el ámbito del injusto, pero creen ineludible autorizar a la víctima (o terceros) a defender sus intereses en la situación de colisión, ha de afirmarse que también a ojos de la víctima es posible y justo garantizar la ejecución de la decisión del obligado. La falta de un motivo sólido para decidir en un sentido o en otro no es óbice para que el ordenamiento jurídico tome una decisión ante un conflicto entre razones de obligación equivalentes. Por un lado, resulta que los dos beneficiarios comparten un estatus idéntico frente al peligro que determina la situación de conflicto: ambos son, en un sentido lato, competentes por la situación dilemática.¹¹⁷ Esto es, la situación de peligro

¹¹⁵ Por moralmente reprobable que pueda ser el criterio con base al cual decide en el caso concreto el obligado (racial, eugenésico...), el Derecho no puede condicionar una decisión tras haber asumido la equivalencia de las pretensiones enfrentadas. En este sentido, KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, 1979, pp. 27 ss.; o JOERDEN, *Logik im Recht*, 2ª ed., 2010, p. 73, nota 33. En la discusión filosófica, en sentido opuesto, vid. sin embargo DWORKIN, *Justicia para erizos*, 2014, p. 347. Sobre las particularidades de este derecho de elección, en detalle, vid. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 442 ss., 444 ss.

¹¹⁶ *Pars pro toto*, PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff», NK, 4ª ed., 2013, nm. 171, 174.

¹¹⁷ No me refiero siquiera a una responsabilidad por el conflicto equivalente a la que autorizaría al necesitado a defenderse en estado de necesidad defensivo. Sobre la mera causalidad como criterio de imputación de una posición de competencia preferente a los efectos del estado de necesidad defensivo, vid. p. ej., KÖHLER, *FS-Schroder*, 2006, pp. 260 ss.; o EL MISMO, *Recht und Gerechtigkeit*, 2017, pp. 287 s. Crítico JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 50 s.; exigiendo, como mínimo, una “pérdida del control” sobre la propia

de cada uno de los dos beneficiarios en la situación de conflicto solo se puede explicar por la existencia del segundo sujeto, en concreto, por la pretensión de salvación contrapuesta a la que ninguno de los necesitados está dispuesto a renunciar en el caso concreto. Nadie puede, pues, exigir válidamente desde un comienzo ser considerado como un sujeto ajeno al conflicto. A los efectos de resolver esta clase de conflictos el Derecho no puede desconocer que existe una diferencia relevante entre el sujeto no implicado en el conflicto y el involucrado no responsable – en un sentido fuerte – por la situación de necesidad.¹¹⁸ Y por otro lado, cabe afirmar que las dos potenciales víctimas tienen un interés legítimo en que, como mínimo, una de las dos salga incólume de la situación dilemática, viendo por lo tanto su pretensión finalmente garantizada. Ahora bien, para que el Derecho pueda garantizar la satisfacción de una de las pretensiones es necesario en el caso concreto, 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 éste inicia.

Pues bien, en mi opinión, la incumbencia en sentido lato por el conflicto de los dos beneficiarios, junto con el interés racional de ambos en salir incólumes de la situación de necesidad ofrecen el punto de partida para una solución equitativa y, dadas las circunstancias, justa a ojos del que finalmente habrá de ver defraudada su expectativa provisional. 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 ya se han concretado los roles, desmarcarse de los costes del disfrute de aquella última posibilidad. Es decir, la retirada de expectativas *prima facie* garantizadas y el aseguramiento del éxito en el cumplimiento de la razón de obligación escogida constituyen pasos ineludibles en aras de garantizar la única expectativa compartida que resulta posible salvaguardar en el caso concreto, a saber, que al menos uno de los dos sujetos involucrados en el conflicto vea finalmente amparada su propia pretensión.¹¹⁹ En cierta medida, son el “precio” que hay que pagar en la situación de conflicto por no aniquilar desde un comienzo la mejor de las opciones de solución dables a ojos de los involucrados en la situación de conflicto. A partir de aquí, si resulta que el mejor escenario posible es aquel en el que al menos un sujeto ve salvaguardados sus intereses, y se asume que el “precio” a pagar por ello es la renuncia del otro sujeto y de eventuales terceros auxiliares a interrumpir el curso salvador iniciado por el obligado, el sujeto que aparece finalmente como

esfera de organización, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 321 ss. Más bien, se trata aquí del recurso a una noción débil de responsabilidad, basada mediatamente en el paradigma de la libre voluntad y que sirve – en primera instancia – únicamente para distinguir entre un sujeto completamente ajeno al conflicto y uno directamente involucrado – aunque – no responsable en sentido estricto.

¹¹⁸ Sin embargo, expresamente en contra de tal distinción, vid. p. ej., WILENMANN, «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», *InDret*, (1), 2016, pp. 37 s. Sobre el modo en el que distinguir – y sus consecuencias prácticas – entre meros espectadores (*Bystander*) y las distintas clases de “agresores” u “obstructores” inocentes (*Innocent Aggressor - Obstructor*) en la discusión filosófica, cfr. p. ej., FROWE, *Defensive Killing*, 2014, pp. 31 ss., con ulteriores referencias. En el Derecho de policía alemán es igualmente común la diferenciación entre el agente perturbador (*Störer*), cuya competencia se fundamenta en un comportamiento (*Handlungsstörer*) o en un mero estado de cosas (*Zustandsstörer*), sin que en ningún caso sea necesario poder imputarle subjetivamente el peligro creado; y, por el otro, el sujeto no perturbador (*Nichtstörer*), frente al que solo pueden recaer medidas justificables en estado de necesidad policial (*Polizeilicher Notstand*). Al respecto, cfr. solo PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9ª ed., 2016, § 9, nm. 2 ss.

¹¹⁹ Y en todo caso, no creo que la resolución del conflicto a través de un sorteo sea condición necesaria para eximir de responsabilidad al obligado. Al respecto, con ulteriores referencias, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 478 ss.

víctima no puede entorpecer el curso de cumplimiento que inicia el obligado.¹²⁰ Quien dispone en un momento previo de la posibilidad de ser salvado gracias a la renuncia en abstracto de uno de los dos implicados a la salvación de sus propios intereses, no puede posteriormente y una vez ya se han concretado los roles desmarcarse de los costes previsibles del disfrute de aquella posibilidad.¹²¹

Y esta forma argumental, ampliamente aceptada cuando se trata de bienes sustituibles, piénsese por ejemplo en la institución clásica de la avería gruesa en el Derecho marítimo, no puede ser rechazada de plano por el solo hecho de que estén en juego bienes personalísimos.¹²² Cuestión distinta es que en estos últimos supuestos, en especial cuando estén en juego vidas humanas, el Derecho reconozca una importante relativización de la expectativa de fidelidad al derecho que recae sobre el destinatario del deber (estado de necesidad exculpante), tanto en lo que se refiere al obligado, como en relación con los deberes de tolerancia que recaen sobre los llamados en última instancia a soportar los costes del conflicto.¹²³ En ambos casos, sin embargo, los perjudicados por el incumplimiento del deber podrán responder en estado de necesidad (defensivo). El Ordenamiento no desregula el conflicto, ofrece una pauta clara, si bien renuncia a imponer una pena allí donde el cumplimiento de la norma exige *de facto* soportar la propia muerte. Por el contrario, ubicar el conflicto en un espacio libre de Derecho supondría negar frente a los dos necesitados la garantía cierta de la salvaguarda de una expectativa jurídica, autorizando un *bellum omnium contra omnes* en el que la probabilidad de que todos los intereses acaben perdiéndose no está normativamente excluida.¹²⁴ Ello, además, expondría de forma totalmente ilegítima al obligado a los ataques defensivos de los necesitados o sus potenciales auxiliares. ¿Cómo iba el ordenamiento a obligar a 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.

5. Conclusiones

I. Ni la definición del instituto penal amparada por la doctrina dominante, ni la pretensión de resolver los conflictos a partir del principio del interés preponderante, ni la ubicación sistemática que se le depara al problema habitualmente constituyen puntos de partida idóneos para resolver los conflictos entre razones de obligación.

¹²⁰ En un sentido parecido, ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 143 ss., 405 ss.; CONINX, *Das Solidaritätsprinzip*, 2012, pp. 159 ss., pp. 200 s. En realidad, a esta misma solución llega la doctrina dominante en los supuestos de conflicto entre dos deberes de actuar. Esta es, sin embargo, la solución correcta igualmente para todos aquellos conflictos entre dos razones de obligación equivalentes, con independencia del carácter activo u omisivo de las razones de obligación en conflicto. En profundidad, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 471 ss.

¹²¹ Cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, 2010, p. 113.

¹²² Cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 463 ss., 484 ss., con abundantes referencias bibliográficas.

¹²³ Sobre la doctrina de la inexigibilidad, en profundidad, ROBLES PLANAS, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (ed.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2011, pp. 114 ss., p. 116; y con carácter monográfico, fundamental, MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, 2009, pp. 282 ss., 428 ss.

¹²⁴ En cambio, vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en derecho penal*, 1984, pp. 317 s.; o en los últimos tiempos, en un sentido parecido, ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 469.

II. Tales conflictos constituyen un problema particular del complejo fenómeno de determinación de los deberes penales. Su disolución es *conditio sine qua non* para obligar a un ciudadano con un deber altamente personal. A fin de resolver los conflictos es irrelevante el carácter activo u omisivo de la conducta debida, por lo que no hay razón funcional que justifique excluir del instituto penal de la colisión entre razones de obligación los conflictos entre prohibiciones o entre mandatos y prohibiciones.

III. Los conflictos en los que quepa advertir conforme a la dogmática clásica de la justificación (legítima defensa, estado de necesidad defensivo o agresivo) un mejor derecho en la relación intersubjetiva u horizontal entre los sujetos beneficiarios se resuelven obligando al agente a satisfacer la razón de obligación que garantiza la posición jurídica del sujeto con un mejor derecho. Los conflictos en los que no quepa advertir un mejor derecho en dicha relación horizontal se resuelven obligando al agente a satisfacer la razón de obligación de especie superior.

IV. Los conflictos en los que no quepa advertir en ninguno de los dos planos relevantes diferencia alguna entre las pretensiones enfrentadas se disuelven a través de la imposición al obligado de un deber alternativo o disyuntivo, que le obliga a cumplir cualquiera de las dos razones de obligación en conflicto. En tal caso, el ordenamiento no condiciona en modo alguno la decisión del obligado. La no satisfacción de la razón de inferior rango es atípica.

V. La víctima final del conflicto ha de tolerar la pérdida de su expectativa también ante conflictos entre razones equivalentes. El deber de tolerancia constituye, por un lado, el precio a pagar por haber contado con la posibilidad de salir indemne del conflicto y, por el otro, condición indispensable para poder obligar legítimamente al obligado a través de un deber alternativo.

6. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO (2000), «Autonomía, solidaridad y deber de socorro», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (53), pp. 361 ss.

ANDROULAKIS (1963), *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, Beck, Múnich.

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

BOORSE/SORENSEN (1988), «Ducking Harm», *The Journal of Philosophy*, (85-3), pp. 115 ss.

COCA VILA (2017), «Self-driving Cars in Dilemmatic Situations: An Approach Based on the Theory of Justification in Criminal Law», *Criminal Law and Philosophy*, (1), pp. 1 ss.

————— (2016), *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona.

CONINX (2013), «Zufall, Effizienz und Verteilungsgerechtigkeit», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im*

Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Nomos, Baden Baden, pp. 175 ss.

————— (2012), *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand. Zufall, rationale Entscheidung und Verteilungsgerechtigkeit*, Nomos, Baden Baden.

CUELLO CONTRERAS (1990), «La justificación del comportamiento omisivo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (43), pp. 497 ss.

CUERDA RIEZU (1994), «Hechos omisivos y causas de justificación. En particular: la colisión de deberes», en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal. Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho penal en homenaje al Profesor Claus Roxin*, Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, pp. 51 ss.

————— (1984), *La colisión de deberes en derecho penal*, Tecnos, Madrid.

DOPICO GÓMEZ-ALLER (2006), *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DWORKIN (2014), *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica, México D. F.

ENGLÄNDER (2011), «Die Pflicht zur Notwehrhilfe», en HEINRICH *et al.* (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, t. I, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 657 ss.

FABRE (2007), «Mandatory Rescue Killings», *The Journal of Political Philosophy*, (15-4), pp. 363 ss.

FISCHER/RAVIZZA (1994), «Ducking Harm and Sacrificing Others», *Journal of Social Philosophy*, (25-3), pp. 135 ss.

FREUND (2009), *Strafrecht, Allgemeiner Teil: personale Straftatlehre*, 2ª ed., Springer, Berlín.

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

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

FROME (2014), *Defensive Killing*, Oxford Univ. Press, Oxford.

GROPP (2015), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Springer, Berlín.

————— (1999), «Die „Pflichtenkollision“: weder eine Kollision von Pflichten noch Pflichten in Kollision», en WEIGEND (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 207 ss.

Hans-Ludwig GÜNTHER (1983), *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Carl Heymann, Colonia.

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

HASLETT (2011), «Boulders and Trolleys», *Utilitas*, (23-3), pp. 268 ss.

HEVELKE/NIDA RÜMELIN (2015), «Ethische Fragen zum Verhalten selbstfahrender Autos bei unausweichlichen Unfällen: Der Schutz von Unbeteiligten», *Zeitschrift für philosophische Forschung*, (69-2), pp. 217 ss.

HELMERS (2016), *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts. Eine grundlegende Untersuchung. Zugleich ein Beitrag zur kantischen Rechtsphilosophie*, Duncker & Humblot, Berlín.

HRUSCHKA (1988), *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín.

————— (1983), «Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen», en CANARIS (ed.), *Festschrift für Karl Larenz zum achtzigsten Geburtstag*, C. H. Beck, Múnich, pp. 257 ss.

————— (1979), «Zwei Axiome des Rechtsdenkens», en ACKERMANN (ed.), *Aus dem Hamburger Rechtsleben: Walter Reimers zum 65. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 459 ss.

HUSAK (1985), «Is the Distinction between Positive Actions and Omissions Value-Neutral?», en MACK (ed.), *Positive and Negative Duties*, pp. 83 ss.

JÄGER (2004), «Die Abwägbarkeit im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (4), pp. 765 ss.

JAKOBS (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Klostermann, Fráncfort del Meno.

————— (1996), *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

————— (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre; Lehrbuch*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín.

JANSEN (1930), *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, Schletter, Breslau.

JOERDEN (2010), *Logik im Recht*, 2ª ed., Springer, Berlín.

————— (1997), «Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit. Konsequenzen einer These Kants für die strafrechtliche Lehre von der "Pflichtenkollision"», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (5), pp. 43 ss.

————— (1986), *Dyadische Fallsysteme im Strafrecht*, Duncker und Humblot, Berlín.

Arthur KAUFMANN (1993), «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs», en SCHROEDER (ed.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Karlsruhe, pp. 327 ss.

KLESCZEWSKI (2012), *Strafrecht Allgemeiner Teil, das examensrelevante Kernwissen im Grundriss*, 2ª ed., Leipziger Univ.-Verlag, Lipsia.

KINDHÄUSER (2015), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Nomos, Baden Baden.

————— (2010), «Zum sog. „unerlaubten Risiko“», en BLOY *et al.* (ed.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 397 ss.

————— (1994), «Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (2), pp. 339 ss.

KÖHLER (2017), *Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit*, Mohr Siebeck, Tübinga.

————— (2006), «Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand», en HOYER (ed.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 257 ss.

KÜHL (2008), «Die Unterlassungsdelikte als Problemfall für Rechtsphilosophie, Strafrechtsdogmatik und Verfassungsrecht», en PUTZKE (ed.), *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübinga, pp. 179 ss.

KÜPER (2016), «Probleme der „defizitären“ rechtfertigenden Pflichtenkollision», *Juristische Schulung*, (12), pp. 1070 ss.

————— (1981), «Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision „Leben gegen Leben“», *Juristische Schulung*, (11), pp. 745 ss.

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

LAMPE (1998), «Zum Verhältnis von Handlungsrecht und Handlungspflicht», *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, pp. 159 ss.

LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN (2014), «Vorbem. §§ 32 ff.», en ESER (ed.), *Schönke/Schröder*, 29ª ed., C. H. Beck, München.

LERMAN (2017), «Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (1), pp. 1 ss.

————— (2013), *La Omisión por Comisión*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

LUGERT (1991), *Zu den erhöht Gefahrtragungspflichtigen im differenzierten Notstand*, Duncker & Humblot, Berlín.

LUZÓN PEÑA (2016), *Lecciones de derecho penal: parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

————— (2001), «Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis», *La Ley*, (18201), pp. 1 a 14.

MAÑALICH (2013), «Normas permisivas y deberes de tolerancia», en EL MISMO (coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal*, Bdf, Montevideo/Buenos Aires, pp. 99 ss.

MARTÍN LORENZO (2009), *La exculpación penal: bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MERKEL (2008), «Die Abgrenzung von Handlungs- und Unterlassungsdelikt», en PUTZKE (ed.), *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 193 ss.

————— (1999), «La Filosofía, ¿"convidado de piedra" en el debate del Derecho penal?», en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, pp. 181 ss.

MIR PUIG (2015), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

MITSCH (2016), «Mehrfachötung als Mord», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (3), pp. 629 ss.

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

————— (2000), «El estado de necesidad como ley general», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2), pp. 199 ss.

MÜNZBERG (1966), *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Klostermann, Frankfurt a. M.

NEUMANN (2013), «Die rechtsethische Begründung des "rechtfertigenden Notstands" auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Nomos, Baden Baden, pp. 155 ss.

————— (2013), «§ 34», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, 4ª ed., t. I, Nomos, Baden Baden.

————— (2001), «Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen», en SCHÜNEMANN (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 421 ss.

- (1994), «Die Moral des Rechts. Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (2), pp. 81 ss.
- NINO (2008), «¿Da lo mismo omitir que actuar?», en MAURINO (ed.), *Fundamentos de Derecho Penal*, Celta/Gedisa, Buenos Aires, pp. 205 ss.
- OTTO (2005), «Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlich gleichrangiger Interessen», *JURA – Juristische Ausbildung*, (7), pp. 470 ss.
- (2004), *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7^a ed., Walter de Gruyter, Berlín.
- (1978), *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3^a ed., Cram, Walter de Gruyter & Co., Hamburgo.
- QUONG (2009), «Killing in Self-Defense», *Ethics*, (119), pp. 507 ss.
- PAEFFGEN, «Vor §§ 32 ff», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, 4^a ed., t. I, Nomos, Baden Baden.
- PAWLIK (2016), «Las competencias del ciudadano», en SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ (eds.), *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelona, pp. 1 ss.
- (2014), «Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (22), pp. 137 ss.
- (2012), *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Mohr Siebeck, Tübinga.
- (2002), *Der rechtfertigende Notstand: zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Walter de Gruyter, Berlín.
- PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL (2016), *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9^a ed., C. H. Beck, Múnich.
- PEÑARANDA RAMOS (2006), «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (ed.), *Derecho y justicia penal en el Siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, COLEX, Madrid, pp. 411 ss.
- PERRON (1991), «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im Deutschen Strafrecht», en ESER/PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtsskolloquium 1990*, t. III, MPI, Friburgo de Brisgovia, pp. 97 ss.

VON DER PFORDTEN (2013), «Zur Rechtfertigung von Hilfeleistungspflichten», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Nomos, Baden Baden, pp. 103 ss.

————— (2010), *Normative Ethik*, De Gruyter, Berlín.

RAGUÉS I VALLÈS (2015), «La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (3), pp. 1 ss.

RAWLS (2010), *Teoría de la justicia*, 7ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México D.F.

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

RESCHER (1960), «Choice Without Preference: A Study of the History and of the Logic of the Problem of “Buridan’s Ass”», *Kant-Studien*, (51), pp. 142 ss.

ROBLES PLANAS (2016), «Legítima defensa, empresa y patrimonio», *Política Criminal*, (11-22), pp. 704 ss.

————— (2014), «Sobre la exclusión del injusto penal», *Estudios de dogmática jurídico-penal*, BdF, Montevideo/Buenos Aires, pp. 185 ss.

————— (2014), «Dogmática de los límites al Derecho penal», *Estudios de dogmática jurídico-penal*, BdF, Montevideo/Buenos Aires, pp. 27 ss.

————— (2011), «Caso del Leinenfänger», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (ed.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, pp. 111 ss.

————— (2007), *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona.

————— (2003), *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid.

ROLDÁN BARBERO (1983), «Estado de necesidad y colisión de intereses», *Cuadernos de Política Criminal*, (20), pp. 469 ss.

RÖNNAU (2013), «Rechtfertigende Pflichtenkollision», *Juristische Schulung*, (2), pp. 113 ss.

————— (2006), «Vor § 32», en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar: Großkommentar*, 12ª ed., t. II, Walter de Gruyter Recht, Berlín.

ROXIN (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., t. 1, C. H. Beck, Múnich.

- (1985), «Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand», en VOGLER *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, t. I, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 457 ss.
- RUDOLPHI/STEIN (2009), «Vor § 13», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: SK-StGB*, t. I, Allgemeiner Teil (§§ 1 - 79 b), 8ª ed., ent. 119, Carl Heymann, Colonia.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2002), *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid.
- SATZGER (2010), «Die rechtfertigende Pflichtenkollision», *JURA – Juristische Ausbildung*, (10), pp. 753 ss.
- SCHEID (2000), *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt: (unter besonderer Berücksichtigung der Abwägung Leben gegen Leben)*, Shaker, Aachen.
- VON SCHENCK (1977), *Der Begriff der „Sphäre“ in der Rechtswissenschaft: insbesondere als Grundlage der Schadenszurechnung*, Duncker & Humblot, Berlín.
- SILVA SÁNCHEZ (2003), *El delito de omisión: concepto y sistema*, 2ª ed., BdF, Montevideo/Buenos Aires.
- TIMMERMANN (2013), «Kantian Dilemmas? Moral Conflict in Kant's Ethical Theory», *Archiv für Geschichte der Philosophie*, (1), pp. 36 ss.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA (2009), *El Efecto oclusivo entre causas de justificación*, Comares, Granada.
- VAN WEEZEL (2016), «Necesidad justificante y solidaridad», en CÁRDENAS ARAVENA/FERDMAN NIEDMANN (coords.), *El Derecho penal como teoría y como práctica. Libro en Homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, pp. 213 ss.
- WILENMANN (2016), «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (1), pp. 1 ss.
- (2014), *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff: die Dogmatik des Defensivnotstands im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga.
- ZIMMERMANN (2009), *Rettungstötungen: Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand*, Nomos, Baden Baden.