



Universitat de Girona

COMPARTIR EL MAL.
SOBRE LA JUSTIFICACIÓN POLÍTICA DEL MANDATO
DE IMPEDIR DETERMINADOS DELITOS EN EL
DERECHO PENAL ESPAÑOL

Jonatan VALENZUELA SALDIAS

Dipòsit legal: GI-598-2012

<http://hdl.handle.net/10803/78985>

ADVERTIMENT: L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.



TESIS DOCTORAL

Compartir el mal

Sobre la justificación política del mandato de impedir determinados
delitos en el derecho penal español

Jonatan Valenzuela Saldías

2011

Dirigida por el profesor Dr. Jordi Ferrer Beltrán, profesor Titular de Filosofía del
Derecho en la Universidad de Girona y el profesor Dr. Daniel Varona Gómez,
profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad de Girona.

Trabajo presentado para la obtención del título de Doctor en Derecho por la
Universidad de Girona.

A *Gayle* y *Clemente*, por constituirme y por hacer y ser más de lo que puedo
verbalizar.

A mis padres, *Mario* y *Liliana*, por su actividad incansable.

Índice

Presentación	7
--------------------	---

Capítulo I

Las preconcepciones tras la justificación del MID.....	16
1.1. La ética del samaritano	19
1.2. Héroes, superhéroes y el acto a favor de otro	25
1.3. La simbología política del derecho y el derecho como simbología....	34

Capítulo II

El escenario de la discusión: acerca de la justificación del MID en el derecho penal español	50
2.1. La discusión preliminar.....	53
2.2. Las distintas posiciones del bien jurídico protegido en el mandato de impedir determinados delitos	57
2.3. Existen esquemas alternativos: el caso de la omisión de socorro.....	69
2.4. Bases de un esquema para el MID	87
2.4.1. La prevención o el combate contra el delito	91
2.4.2. La solidaridad	96
2.5. El nivel de justicia política y la obligación de actuar a favor de otro: la forma del Estado	102

Capítulo III

La perspectiva liberal en la justificación del MID.....	117
3.1. El contexto general de la perspectiva liberal	121
3.1.1. La marca liberal en derecho penal	121
3.1.2. Libertad versus virtudes	129
3.1.3. Perspectiva liberal y libertad	131
3.1.4. Liberalismo y justicia: el liberalismo deontológico	139
3.2. Proyecciones liberales en el mandato de ayudar a otros (mandato penal de socorro y MID).....	147
3.2.1. La obligación política y el mandato de ayudar a otros: la teoría del rescate.....	147
3.2.2. Algunas consecuencias del esquema de la teoría del rescate en el MID en España	159
3.3. Las críticas a la perspectiva liberal	168
3.3.1. La crítica comunitarista	168
3.3.2. Proyección de los argumentos comunitaristas en el MID	174
3.3.3. Feminismo: una teoría feminista del Estado y la ética del cuidado.....	179
3.3.4. Proyecciones del feminismo en el MID.....	183
3.4. A modo de resumen.....	186

Capítulo IV

La perspectiva republicana frente al MID: ¿una teoría del rescate republicana?	190
4.1. Consideraciones preliminares	190
4.1.1. Una noción de republicanismo.....	191
4.1.2. Los valores republicanos.....	194
(i)La libertad republicana	194
(ii)Igualdad.....	201
(iii)Autogobierno y democracia	203
(iv)La virtud cívica.....	204
4.2. Una teoría republicana del derecho penal.....	208
4.2.1. El delito como amenaza de dominación	212
4.2.2. La virtud republicana y el vicio criminal.....	213
4.2.3. El delito como mal compartido	215
4.3. ¿Una teoría del rescate de base republicana?	222
4.3.1. La obligación política republicana como base de la teoría del rescate.....	225
4.3.2. Algunas consecuencias de la teoría del rescate para el MID español.....	229
4.4. A modo de resumen.....	233

Capítulo V

Toma de posición: la teoría del rescate como base para (re) interpretar el MID	237
5.1. Consideraciones preliminares	237
5.2. ¿Debe preferirse un modelo de filosofía política?	239
5.3. Una teoría del rescate.....	245
5.3.1. La obligación política.....	246
5.3.2. Los intereses.....	257
5.3.3. Las acciones de rescate.	267
5.4. Algunas cuestiones de lege ferendae derivadas de la teoría del rescate.....	273
5.4.1. El alcance de los delitos que deben impedirse.....	274
5.4.2. Acciones de rescate y denuncia.....	276
5.4.3. Relevancia del riesgo	277
5.4.4. La relación entre múltiples acciones de rescate y la idoneidad del mismo.....	279
A modo de conclusión.....	284
6.1. La línea general.....	284
6.2. La línea particular	295
BIBLIOGRAFÍA	298

Abreviaturas utilizadas

CE: Constitución española

CP: Código Penal español

MID: Mandato de impedir determinados delitos

Yo estoy ausente pero en el fondo de esta ausencia
Hay la espera de mí mismo
Y esta espera es otro modo de presencia
La espera de mi retorno
Yo estoy en otros objetos
Ando en viaje dando un poco de mi vida
A ciertos árboles y a ciertas piedras
Que me han esperado muchos años
Se cansaron de esperarme y se sentaron

Yo no estoy y estoy
Estoy ausente y estoy presente en estado de espera
Ellos querrían mi lenguaje para expresarse
Y yo querría el de ellos para expresarlos
He aquí el equívoco el atroz equívoco

Angustioso lamentable
Me voy adentrando en estas plantas
Voy dejando mis ropas
Se me van cayendo las carnes
Y mi esqueleto se va revistiendo de cortezas
Me estoy haciendo árbol
Cuántas cosas me he ido convirtiendo en
otras cosas...
Es doloroso y lleno de ternura

Podría dar un grito pero se espantaría la transubstanciación
Hay que guardar silencio Esperar en silencio

Vicente Huidobro, *"La poesía es un atentado celeste"*

Presentación

El poema de Huidobro expuesto en la página anterior expresa una manera de entender el “acto poético”. La metáfora clave aparece en el penúltimo verso a través de la palabra “transubstanciación”. Si la hostia consagrada puede volverse carne de Cristo, Huidobro puede volverse poesía. O al menos, el poeta, puede pretenderlo.

El género narrativo utilizado por Huidobro (poesía y más precisamente poesía amparada en el “construccionismo”) permite dar sentido a su texto a partir de una de las últimas palabras del poema. Cambiar de sustancia, es cambiar de lenguaje (de acuerdo a otra sección del mismo poema), es volverse lenguaje, es asumirse incapaz de expresar lo que la sustancia es. La poesía es imagen y la imagen es lo que el poeta puede expresar.¹

Por ello, el malentendido principal es, precisamente, la futilidad del intercambio en el lenguaje. A ello apela Huidobro cuando dice: “Ellos querrían mi lenguaje para expresarse/Y yo querría el de ellos para expresarlos”. El malentendido principal es el error de sentido en el uso del lenguaje. Lo que el poeta pueda decir es, desde el punto de vista del poema, lo que el poeta puede ser en el momento de escribirlo. Es imposible -la poesía no puede hacerlo- relacionarse, unos y otros, a través de la poesía.

¹ Aunque tal como ha resaltado Lihn, las imágenes asociadas a Huidobro pueden ser discutidas, así sostiene: “Trabajar con Huidobro, abordarlo como tema, es trabajar contra esas imágenes de Huidobro a las que me referí al comienzo. En primer lugar está su autorretrato, que tiene todo el aspecto de ser una gran mistificación.”, véase LIHN, 1970.

He elegido este poema para iniciar este trabajo porque en gran medida, estos versos expresan una frustración que he compartido en la redacción del mismo.

Este es un trabajo acerca de una institución del derecho, pero hecho desde la perspectiva probablemente menos estable: la perspectiva política.

Ya veremos que resultará complejo sostener tranquilamente que este es un trabajo de filosofía del derecho, filosofía político-jurídica, de derecho penal, o de filosofía del derecho penal. Creo que es más bien esto último, pero lo realmente relevante es que la forma en que ha sido escrito no puede sino expresar una dificultad. En la tradición continental y con mayor fuerza en la española, hacer “convivir” en un mismo trabajo a la perspectiva jurídica o institucional con la perspectiva política es, hasta ahora, una labor escasa.

Apelo, por ello, al equívoco expuesto por Huidobro para denotar la manera en que esta tesis ha sido pensada. Por distintas cuestiones, esta tesis no puede dar cuenta cabal de todos los aspectos que parecen estar involucrados en su objeto de estudio.

No he padecido su escritura. Al contrario. Pero no puedo asegurar que su lectura no sea un padecimiento para diversas clases de lectores. Si lo que se espera es una definición que salve el mar de dudas sobre el cual creo que se trabaja en la filosofía política, no he sido capaz de dar una buena respuesta.

Por supuesto, no puedo ofrecer poesía –ni pretendería– en una tesis doctoral. Pero sí creo que lo que podemos decir acerca del derecho está estrechamente vinculado a un determinado género narrativo. Y ese género narrativo depende fuertemente de los

prejuicios a través de los cuales se conocen las ideas presentes en el trabajo.

Que el derecho, o más bien, lo que podemos decir acerca del derecho, sea una narración, conlleva una serie de consecuencias. Algunas de ellas resultan fantásticas. Si el derecho (lo que decimos por derecho y lo que decimos acerca del derecho) es una forma de narración simbólica, como definiendo en el primer capítulo de este trabajo, la teoría político-jurídica es una forma de describir estados ideales. Esta es una propiedad de extrema belleza. Poder describir, con argumentos convincentes, cómo debe ser el mundo, es un lujo que pocos estudiosos pueden darse. Quien estudia al derecho tiene una excusa poderosa para estudiarse a sí mismo.

El derecho en tanto es considerado una narración simbólica involucra directamente a quien escribe. Por eso, creo, quienes estudiamos al derecho, o más bien, a lo que se dice acerca del derecho, en algún momento creemos que las etiquetas acerca de las personas que han escrito cosas acerca del derecho nos dicen algo definitivo.

Hoy creo que esta era una intuición equivocada. Las etiquetas, tales como “liberal”, “republicano”, “feminista” y otras, las más de las veces sólo nos dan resultados erróneos. Esto porque, probablemente, las concebimos como la primera proposición de un juicio lógico. Creo que la teoría política no debe relacionarse, necesariamente, con las pretensiones de lógica *interna* del derecho.

Luego, tendemos a creer que quien dice algo acerca del derecho (o más bien acerca de los juicios políticos acerca del derecho) lo dice *en tanto representante de su etiqueta*. Creo en la fertilidad de la idea de

continuo para enfrentar este tipo de cuestiones.² Las ideas políticas acerca del derecho constituyen un sinfín de proposiciones acerca del sentido que creemos deben seguir nuestras prácticas para acercarnos a ese “estado ideal” de cosas.

La separación entre “agendas”, “teorías” o “modelos” nos sirve sólo de punto de referencia para asumir ciertos acuerdos acerca del sitio en el que *no* nos encontramos o en el que *no* queremos encontrarnos.

Veremos, sobre todo en el capítulo I de este trabajo, que esa idea de continuo no es usada en todas sus posibles aristas. También podría haber un continuo, por ejemplo, entre el lenguaje propiamente jurídico y el lenguaje político (o más bien un punto donde exista continuidad). La cuestión es que este espacio de relación (entre el lenguaje político y el jurídico) no es el que me interesa explorar en este trabajo.

Por otra parte, creo que el género narrativo de este trabajo obliga a trabajar con ciertas ideas vagas. Es vago el sentido exacto de la ética del samaritano en el derecho y es vago el sentido que la figura del superhéroe tiene para entender nuestras instituciones de ayuda a terceros, en concreto, una de las instituciones en que la idea de ayuda a terceros está involucrada.

No he intentado eludir esa vaguedad. Esto, porque creo que es parte de la mecánica del lenguaje político y ha sido tomado como un sello para las páginas que siguen. Creo que el lenguaje político queda mejor descrito por medio de vaguedades que por medio de correlatos jurídicos cabalmente definidos.

² Y esta idea me fue explicada en un seminario del grupo de Filosofía del Derecho de la Universidad de Girona por medio de una lúcida intervención de Maribel Nárvaez.

Por ello he dedicado el capítulo I del trabajo a situar al lector en lo que he denominado “preconcepciones” para el estudio de la justificación del mandato de impedir determinados delitos.³ Lo que se busca en este apartado es dar cuenta de cierto nivel de “prejuicios” que he descubierto en mi manera de abordar el problema central de la tesis.

No fueron pocos los consejos de abandonar, muchas veces por razones estratégicas, este apartado. Lo he creído necesario hasta el final por una cuestión de sentido de los restantes capítulos. Internamente, los capítulos II, III, IV y V deberían ser leídos a la luz de lo que se encuentra sugerido en el capítulo I. Es posible que algún lector disienta sosteniendo que puede ser leído con otras preconcepciones, sin cambiar la sustancia del argumento desarrollado en el grueso del trabajo.

Le daré la razón a este crítico desde cierto punto de vista. Principalmente, este trabajo entrega una teoría del rescate para la justificación del MID y ello puede pervivir sustituyendo las preconcepciones. Sin embargo, disientiré sobre el sentido de la comprensión de la “sustancia” del argumento, pues lo que he intentado es ofrecer al lector, precisamente, la zona “pre-sustancial” de mi argumento.

En este nivel he considerado relevante situar las intuiciones en torno a la ética del samaritano y a tres imágenes de superhéroes. He decidido utilizar las imágenes de *Superman*, *Batman* y *Daredevil* (todos personajes terriblemente conocidos⁴).

³ En adelante MID

⁴ Al menos todos han dado lugar a más de una película hollywoodense con toda la propaganda imbricada en este hecho.

Estas dos nociones (la del samaritano y las de los superhéroes) han sido vinculadas a cierta comprensión de la simbología política del derecho. Creo que esta es la mejor forma para enfocar la cuestión acerca del lugar que ocupa dentro del estudio del derecho y de la política, la clase de teoría que he intentado elaborar. Además, creo que con el recurso a estas imágenes queda bien situado el problema del MID que me interesa tratar en específico.

Posteriormente, en el capítulo II, a partir de las nociones entregadas en el capítulo I he dibujado el mapa del problema. Es el mapa de las opiniones que considero relevantes, en particular en la doctrina española, a propósito de la justificación del MID. Por cierto, es una clase de argumento que queda evidentemente conectado con el nivel de las preconcepciones del capítulo I.

En el capítulo III ofrezco la visión que surge de lo que he denominado “perspectiva liberal”. A la luz de aquellos argumentos que me han parecido fuertemente atingentes para mi problema hemos llegado, en esta sección, a la exposición de una *teoría del rescate* que puede ser aplicada al MID.

En el capítulo IV revisaremos lo afirmado a partir de la perspectiva liberal con los argumentos propios de lo que he denominado “perspectiva republicana”. Veremos que en esta sección lo más relevante será agregar a la teoría del rescate, algunos insumos propiamente republicanos. Creo que el de mayor impacto se relaciona con la asunción del punto de vista de la teoría del crimen como “mal compartido”.

El capítulo V contiene una teoría del rescate. Contiene una toma de posición acerca de los puntos que me han parecido más relevantes a lo largo del trabajo.

Hacia el final, ofrezco a modo de conclusión algunas reflexiones acerca de los alcances que pueden extraerse del trabajo. He intentado mostrar las dos vías de lectura principales del trabajo (que denomino línea general y particular). Espero que allí puedan encontrarse plasmadas las principales ideas susceptibles de ser identificadas a lo largo de estas páginas.

CAPITULO I

¿Qué son los Estados sin justicia, sino bandas de asaltantes a escala mayor?

San Agustín, *Confesiones*, IV

Las preconcepciones tras la justificación del MID

Este trabajo trata sobre el mandato de impedir delitos⁵. Más estrictamente trata sobre uno de los puntos que este mandato ofrece: su justificación en el nivel de justicia política.

Es evidente que en él los penalistas encontrarán menos derecho penal del que pudieran desear y quizá demasiada filosofía (jurídica y política). Lamentablemente también es altamente probable que los filósofos del derecho encuentren demasiado derecho penal y una carencia en el tratamiento de ciertos aspectos de filosofía moral del derecho, de teoría de las normas e incluso de filosofía política.

Este rasgo, al que me resigno, se explica, desde cierto punto de vista, de manera muy simple. En este trabajo he intentado utilizar una perspectiva de filosofía del derecho penal. Soy un convencido de que entender al derecho como un grupo de compartimientos separados cuyas relaciones deben ser tenidas como prohibiciones temáticas es un error. Creo que este trabajo puede ser tenido como un trabajo de derecho penal (se toca la cuestión sobre la justificación de un delito), y en algún sentido también puede ser considerado un trabajo de filosofía político-jurídica (el mecanismo que se utiliza para reflexionar sobre la justificación del delito es propiamente político-jurídico).

Por ello, he intentado abocarme al estudio de la justificación del MID en el derecho penal español desde una perspectiva amplia. He seguido los pasos tanto de ciertos filósofos del derecho (especialmente anglosajones) como de ciertos penalistas

⁵ En adelante MID.

(anglosajones y españoles) que ya han dado claras señales para seguir este camino.

En un sentido, la forma que este trabajo ha tomado es también una virtud desde mi particular punto de vista. Creo que tanto la forma como ciertas ideas de fondo, resultan novedosas en nuestro contexto científico.

No puedo negar que, de todos modos, no nos encontramos frente a una manera ortodoxa de desarrollar una tesis doctoral de derecho penal o de filosofía del derecho. Quisiera que el lector encontrara el valor que creo hay en sumar a las maneras tradicionales de ordenar y estructurar trabajos de este tipo, mi particular enfoque.

El estudio del MID, contenido en el artículo 450.1 del Código Penal español⁶, se ha realizado siguiendo distintas perspectivas. Sobre todo se ha explotado su carácter “anómalo” desde el punto de vista de una comprensión liberal del derecho penal, al estar vinculado a cierta noción de “solidaridad humana”.

Mi objeto de atención es la justificación del delito (más bien del mandato contenido en él) tomando en cuenta la perspectiva de filosofía política subyacente en todo delito, pero puesta de relieve con especial énfasis en este mandato.

El trabajo podría quedar mejor expresado si de manera preliminar me refiero a algunos puntos de partida o “pre-concepciones” acerca de la problemática que rodea al MID.

Por ello, en este capítulo espero que el lector encuentre no sólo una sucinta presentación de los puntos de partida del trabajo, sino

⁶ En adelante CP.

que pueda introducirse en los “nudos éticos” preliminares para la lectura de los capítulos siguientes.

Junto a ello, creo necesario enunciar la manera en que entiendo la lógica de las cuestiones acerca de la filosofía política y el derecho. Bajo un determinado prisma los capítulos II, III y IV tienen el sentido de formular correctamente una pregunta acerca de la mejor versión posible de una teoría del rescate para el MID.

Esta pregunta se relaciona con el abandono de la preeminencia de la manera de entender los problemas de justificación que ha utilizado la dogmática penal en castellano hasta aquí y agregar el contexto de discusión propio de la justicia política. El capítulo V por su parte se sirve del hecho de entender redactada la pregunta acerca de la justificación del MID y enfrenta la manera en que debe articularse una respuesta a esta pregunta.

Por medio de estos nudos y de la enunciación de una visión acerca de la justicia política y el derecho, pretendo dar cuenta de una posición necesaria para entrar en el estudio de una figura como el MID. Evidentemente creo que este camino permite un mejor análisis que el encontrado hasta aquí en nuestra doctrina.

Es claro que el lugar más común para el estudio de este delito, como para la omisión de socorro, es lo que se denomina la “ética del samaritano”: éste es el primer nudo.⁷ Los estudios que miran hacia el trasfondo filosófico de la justificación de figuras como el MID suelen vincularse a la lógica del samaritano. Por ello, creo necesario dar cuenta del modo en que esta “ética del samaritano” debe ser concebida.

⁷ Podríamos hablar también de “buen samaritano” pero dado que he decidido utilizar la expresión “ética del samaritano” me parece que sobra el adjetivo “buen”.

Por otra parte, parece ser que la ética del samaritano, a pesar de ser una forma de expresar un estándar moral de comportamiento requiere para su fijación frente al derecho (y con ello en los asuntos públicos) una figura de referencia. Me refiero a una figura moral de referencia que permita delimitar la carga que el actuar del samaritano parece imponer a los ciudadanos. Creo que en este sentido es ilustrativo referirse a las nociones de superhéroe, héroe y ciudadano.⁸ Éste es el segundo nudo.

Lo relevante en este punto será encontrar los rasgos de una figura “meta-ciudadana” que sirva para delimitar el ámbito de actuación del ciudadano bajo la ética del samaritano.

Hacia el final de este capítulo encontraremos la referencia a la lógica de una filosofía política que utilice como contrapunto ciertas nociones tradicionalmente entendidas como teológicas. Es en este punto donde espero quede claro cuál es la intuición base que da sentido a los capítulos venideros.

1.1. *La ética del samaritano*

El MID se relaciona con lo que se conoce como “leyes del buen samaritano”. Es decir, los delitos como el que abordo se encuentran simbólicamente conectados con la comprensión de la enseñanza cristiana a propósito de “la parábola del buen samaritano.”⁹

⁸ He tomado la decisión de usar como referencias literarias las nociones de superhéroe y héroe presente en la literatura de *comics* contemporánea, especialmente norteamericana. Probablemente esta sea otra decisión poco ortodoxa, pero creo que vale como recurso literario para acercarnos a la cuestión de fondo acerca de esta figura de referencia para la determinación de la carga del samaritano.

⁹ Debe anotarse que parte de la doctrina anglosajona ataca directamente la idea de responsabilizar al “mal samaritano”. Un interesante argumento, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, puede encontrarse en LANDER y

La parábola del buen samaritano dice:

«Y entonces, un doctor de la Ley se levantó y le preguntó para ponerlo a prueba: «Maestro, ¿qué tengo que hacer para heredar la Vida eterna?»».

Jesús le preguntó a su vez: «¿Qué está escrito en la Ley? ¿Qué lees en ella?»».

Él le respondió: «Amarás al Señor, tu Dios, con todo tu corazón, con toda tu alma, con todas tus fuerzas y con todo tu espíritu, y a tu prójimo como a ti mismo».

«Has respondido exactamente, le dijo Jesús; obra así y alcanzarás la vida».

Pero el doctor de la Ley, para justificar su intervención, le hizo esta pregunta: «¿Y quién es mi prójimo?»».

Jesús volvió a tomar la palabra y le respondió: «Un hombre bajaba de Jerusalén a Jericó y cayó en manos de unos ladrones, que lo despojaron de todo, lo hirieron y se fueron, dejándolo medio muerto. Casualmente bajaba por el mismo camino un sacerdote: lo vio y siguió de largo.

También pasó por allí un levita: lo vio y siguió su camino.

Pero un samaritano que viajaba por allí, al pasar junto a él, lo vio y se conmovió.

Entonces se acercó y vendó sus heridas, cubriéndolas con aceite y vino; después lo puso sobre su propia montura, lo condujo a un albergue y se encargó de cuidarlo.

Al día siguiente, sacó dos denarios y se los dio al dueño del albergue, diciéndole: "Cuídalo, y lo que gastes de más, te lo pagaré al volver"

¿Cuál de los tres te parece que se portó como prójimo del hombre asaltado por los ladrones?».

«El que tuvo compasión de él», le respondió el doctor. Y Jesús le dijo:

«Ve, y procede tú de la misma manera» (Lucas 10, 25:37).

POSNER, 1978: 119 – 128; HASEN, 1995. La conexión entre la evitación de delitos y la noción de ética del samaritano puede encontrarse en GIVELBER, 1999, también en DRESSLER, 2000.

Esta no fue la primera vez que Jesús menciona en los evangelios a los samaritanos.

Es sin embargo, la ocasión en que Jesús demuestra el carácter ecuménico del amor de Dios en el nuevo testamento.

En muchas ocasiones, esta parábola, es leída como una muestra de “caridad”, y en este sentido ha sido tomada por el derecho al crear un espacio de estudio dedicado al “buen samaritano”. Habitualmente, la acción del samaritano descrita en la parábola es vista como acto que excede lo normal, un acto supererogatorio.¹⁰

Tradicionalmente, sobre este punto se trabaja en la omisión de socorro en el caso español.¹¹

Sin embargo, es interesante notar que la pregunta que detona el ejemplo de Jesús no es la primera que recibe (¿qué debo hacer para ganar la vida eterna?) sino, ¿quién es mi prójimo?, la segunda de las preguntas.

Es entonces cuando Jesús pone al samaritano dentro del espacio de los propios, de los iguales.

Quienes son parte de la comunidad se comportan como nos comportamos aquellos que somos, en algún sentido, hermanos.

Es extremadamente relevante entender esto. La parábola del buen samaritano no se fundamenta en el amor en sentido laxo, se fundamenta en la calidad de prójimo (y el deber concreto de amar al prójimo).

¹⁰ No es el único caso en que las relaciones entre religión y derecho penal puede ser destacada. Una interesante forma de relacionar las imágenes acerca de Dios y la religión y las actitudes punitivas puede encontrarse en BADER, DESMOND, MENCKEN Y JOHNSON, 2010. Sobre el carácter supererogatorio del MID derivado de esta posible comprensión volveré en el capítulo V. Por ahora basta señalar que al trabajar sobre la base de la existencia de un deber (el MID) se descarta la concurrencia de un acto supererogatorio porque la existencia del mandato pugna con la idea misma de supererogación.

¹¹ Esta conexión ha sido advertida, como se verá más adelante, con mucha claridad por Varona. Véase VARONA, 2005.

Al prójimo se le ama y, luego, todas las actuaciones de protección del prójimo deben ser entendidas como cumplimiento de este deber. El deber constituye al hermano. Somos iguales, semejantes, en la medida que nos encontramos constituidos por ciertas reglas que permiten reconocernos a través de nuestra conducta y sobre todo, a través de la conducta que de nosotros se espera.

De hecho, el contexto en el que el relato de Jesús se desenvuelve es una explicación acerca del texto de Levítico (19:18): “Ama a tu prójimo como a ti mismo”.¹²

La necesidad en la que se encuentran los hombres de salvarse y de, con ello, estar en comunión con Dios, permite afirmar la existencia del deber de asistencia ejemplificado en el buen samaritano. Por cierto, es interesante considerar que el ejemplo de Jesús se sitúa ante un “doctor en leyes”. Parece ser que al derecho le compete especialmente este compromiso, hacer respetar la obligación del sujeto para con la comunidad, pues es la única vía por la que podemos verbalizar el vínculo entre los habitantes de una comunidad. El derecho debería servir de base a la expresión democrática, que, en un sentido, no es sino el procedimiento a través del cual expresamos el mundo en el que queremos vivir.¹³

Tal como más adelante apuntaremos, el derecho por medio de sus instituciones conlleva un tipo de práctica sacramental, es un signo, una representación o un índice de él o los objetivos de vida presente en la comunidad.

¹² Véase sobre este punto LERNER, 2002.

¹³ Sobre la relevancia de la parábola del buen samaritano en el derecho véase BANKOWSKI, 2001: 98 - 104.

La parábola del buen samaritano ha dado lugar a la afirmación de que existe una ética propia del samaritano. Se habla, entonces, de la “ética del samaritano”. De Raadt explica su núcleo central en los siguientes términos:

«La ética del samaritano nos exhorta a servir a otros aún cuando ellos no puedan retribuirnos: comida para al hambriento, cobijo para el sin hogar, liberación para el oprimido.» (2006: 493).

El punto preeminente de la ética del samaritano, en la visión de De Raadt, se relaciona con el acto a favor de un tercero. La clave para entender el fundamento de la conducta que sigue a la ética del samaritano es la noción de “*agape*”. Esta expresión puede ser reconducida en castellano a la idea de “fraternidad”, o de “solidaridad” (De Raadt, 2006: 493).¹⁴

Para demostrar qué es el “*agape*” en la esencia de la ética cristiana, Jesucristo utiliza el ejemplo del buen samaritano contenido en el evangelio de San Lucas. Sin embargo, sabemos que la forma que toma la obligación de amar a otro depende a su vez de la concepción de “semejante”. Es por ello que Cristo elige al samaritano como figura, pues se da el caso que es un sujeto del que no debería esperarse un comportamiento de acuerdo a la ética cristiana (debido principalmente a que la figura del samaritano que aparece dentro del evangelio de San Lucas de manera precedente al de la parábola es la de un sujeto que niega a Jesús su hospitalidad).

¹⁴ En sentido estricto “*ágape*” es una forma que toma el amor entre hermanos. Es una de las variantes del amor cristiano. Sobre este concepto y su relación con el derecho penal véase MURPHY, 2003. En sentido general también BANKOWSKI, 2001.

La ética del samaritano nos lleva a considerar dos cuestiones importantes para el estudio de la justificación del MID. Por una parte, sabemos que se fundamenta en una particular manera de concebir los vínculos entre los semejantes. La idea de “*agape*” sirve de base para hacer relevante el modo de relación entre los sujetos, antes incluso que la idea de autonomía personal.

Por otra parte, la idea del samaritano nos indica el punto de partida para la construcción de deberes jurídicos. Se trata de una referencia mínima en la actuación de los sujetos, el samaritano es la figura disponible para los ciudadanos en la medida en que puedan ser tenidos como semejantes.

Creo que este punto es de extrema importancia pues nos da una base para pensar en el tránsito de los argumentos propiamente filosófico-políticos que se encuentran involucrados en nuestro delito. Vemos que tomando como base una referencia ética como la del samaritano encontramos en primera línea a la necesidad de justificar la concurrencia de una acción favorable a intereses ajenos, como remarcaremos más adelante, una de las claves para entender el delito se relaciona con la proscripción de la indiferencia (y con ello de la dominación).

En un trabajo relativamente antiguo, Peter Winch sostiene una concepción de la parábola del buen samaritano bien parecida con lo dicho hasta aquí.¹⁵

Winch afirma la relevancia de la noción de semejante, sosteniendo la importancia de la cuestión “relacional” que se denota en el uso de la parábola (Winch, 1987: 155).

¹⁵ Existe también un interesante trabajo de Waldron en el mismo sentido. Véase WALDRON, 2003.

Una cuestión interesante apuntada por Winch es la relativa a cómo se desencadena la formulación de la parábola. Jesús no relata a su interlocutor los hechos que constituyen el relato de la parábola, sino que le interroga acerca de la corrección del acto del samaritano. Winch sostiene que ésta no es sólo una cuestión retórica, sino que denota que el interpelado tiene la capacidad de encontrar la respuesta correcta con los datos que tiene disponible. Puede decirse que el hecho central de la parábola del buen samaritano (la hermandad, las relaciones entre iguales o la semejanza) no es un descubrimiento sino la reafirmación del lenguaje teológico, más precisamente de su limitación (volveré sobre esto inmediatamente en este capítulo).

Pero bien, cabe preguntarse si esta figura del samaritano puede conectarse con una imagen ideal. Es decir, si es posible acudir a otra figura que sirva de referencia para marcar el sentido del samaritano. Sabemos que la base está dada por la acción a favor de un tercero en condiciones de necesidad de este tercero, pero es posible que encontremos otra figura ética que permita sostener que el samaritano aspira a una imagen. Creo que esta imagen puede encontrarse en el tratamiento de las ideas de superhéroe, héroe y ciudadano.

1.2. Héroes, superhéroes y el acto a favor de otro

Suele enseñarse durante los cursos de derecho penal que éste no debe establecer cargas a los ciudadanos que puedan ser vistas como excesivas. Parte de la marca liberal en el derecho penal (que revisaremos en el capítulo III de este trabajo) conlleva concebir al

derecho penal como una intromisión sospechosa en la vida de los ciudadanos.

El derecho penal puede ser visto como una rama del derecho que lleva en su espalda una eterna duda sobre su legitimidad.

Esto puede expresarse, en no pocos casos, de acuerdo a la frase: “el derecho penal no es un derecho para superhéroes”. Es decir, que las cargas de actuación que pueden legítimamente imponerse por medio del derecho penal, no deben traspasar aquello que concebimos como ordinario, normal o común.

En el caso del MID nos hallamos en un terreno dudoso. Es evidente que una norma penal que establece la punición de la omisión de intervenir evitando la comisión de un delito respecto de un tercero nos sitúa en el terreno de actuaciones poco convencionales.

Parece ser que nos encontramos ante un caso de súper heroísmo o de algo relacionado con la defensa de la justicia y el combate del crimen.¹⁶ Se trata del sujeto que a pesar de que podría simplemente no hacer nada, debe arriesgarse y evitar un mal cuyo destinatario es otro.

En la abundante literatura filosófica sobre superhéroes este es un caso muy tratado. ¿Por qué, por ejemplo, *Superman* dedica su vida a salvar a los humanos, si podría con sus maravillosos poderes dedicarse a cualquier cosa en la vida?

¹⁶ Es así como de hecho lo califica parte de la doctrina y, de hecho, veremos más adelante que es una idea que permite definir el concreto campo de justificación política del MID. Por otra parte, también puede pensarse que el uso de superhéroes vinculado al MID o a la ética del samaritano abre camino a la considerar el carácter supererogatorio tanto del MID como de la propia ética del samaritano. Hacia el final de este trabajo sostendré que la supererogación no es, en este particular contexto de estudio, una cuestión de suyo relevante.

O podemos considerar el caso de Bruce Wayne (también conocido como *Batman*). Estamos ante un millonario con el futuro plenamente asegurado que, sin embargo, parece invertir gran parte de su fortuna en una larga serie de llamativos aparatos con los cuales se dedica a combatir el mal en *Gotham City*. ¿Por qué?

Incluso, si tomamos el conocido caso de *Daredevil* (o Matt Murdock), un discapacitado desde la niñez que, sin embargo, asume el compromiso de luchar contra la injusticia y nunca tener miedo, pudiendo dedicarse a superar sus propios problemas.

Es extraño. Impedir que alguien cometa un delito contra un tercero parece ser una labor ideal, quiero decir, utópica¹⁷. Así visto, se trata de acciones cuya ejecución no debería pesar sobre las espaldas de simples ciudadanos de a pie.

En el mundo de los superhéroes existen variadas lecturas a este respecto y que permiten ser conectadas a la ética del samaritano.

En primer lugar, está el argumento de la exacta graduación del actuar súper heroico. ¿Qué puede tener de heroico que usted salve a una persona de una lesión si cuenta a su favor con fuerza ilimitada, su cuerpo resiste las balas y sus ojos pueden transformarse en armas laser?

Ciertos superhéroes pueden ser considerados una anomalía en el mundo. El superhéroe se encuentra constituido por una naturaleza extraña al mundo tal y como lo conocemos. La figura paradigmática a este respecto es *Superman*.¹⁸

¹⁷ O como veremos más adelante, parece ser que es una labor que sirve de representación acerca de cómo debería operar el mundo.

¹⁸ Superman es un extraterrestre que, a pesar de tener una apariencia humana (Clark Kent), cuenta con facultades extraordinarias: súper fuerza, visión de rayos x, visión láser, la capacidad de volar, entre otras

Un primer punto interesante en la ética vinculada a la imagen de *Superman* desde la perspectiva de la ayuda a otros se encuentra, en que Clark Kent desde su adolescencia evita usar sus poderes para destacar de manera personal. Puede correr más rápido que un tren pero no se apunta al equipo de atletismo ni obtiene ninguna ventaja por medio de sus facultades extraordinarias.

Lo misterioso en este hijo de *Krypton* es que usa sus poderes en búsqueda de la justicia y de evitar el mal. Esta decisión convierte a *Superman* en un héroe. Es un superhéroe: tiene facultades sobrenaturales pero decide aplicarlas a favor de otros.

Probablemente lo heroico en este caso se relacione con actuar sin indiferencia ante el padecimiento de otros. Aún más, este es un caso que escapa de la ética del samaritano en tanto los superhéroes que utilizan súper poderes pueden ser considerados como no pertenecientes a la raza humana. La clase de súper heroísmo que representa *Superman* es una clase doblemente anómala. Es anómalo por el hecho de ser superhéroe, pero es también anómalo en tanto individuo diferente a los humanos. Este rasgo torna a la imagen de *Superman* en irrelevante respecto de la vida de los ciudadanos. Nadie puede pretender imitar las acciones ejecutadas por *Superman*, nadie espera que su vecino se comporte como si fuera el hombre de acero.

Existen, empero, otros casos. Consideremos la imagen de *Batman*. *Batman* no posee ninguna facultad sobrenatural y, sin embargo, se dedica en parte también a combatir el mal. Esta es una segunda categoría súper heroica. No hay anormalidad en la imagen personal de *Batman*, tan sólo podría plantearse una anormalidad en sus actos.

Podría pensarse, en una primera lectura, que *Batman* representa una clase de héroe de mayor mérito que *Superman* debido a que sin

poseer una naturaleza que le otorgue ventaja frente al mal le combate de igual modo.

Pero *Batman* no es simplemente “bueno”. *Batman* actúa, en general, por venganza y por intereses personales. Ningún héroe como *Batman* tiene a su favor una lista de contrincantes tan sofisticados como tiene el hombre murciélago. El *joker*, el pingüino, parcialmente *Catwoman*, son parte del espíritu de *Batman* y su relación con ellos es multivalente, no son tan sólo sus contrincantes (como se aprecia evidentemente en el caso de *Catwoman*).

Es llamativo, porque además *Batman* cuenta con discípulos como ningún superhéroe: *Robin* y *Batgirl*. Sin embargo, el carácter personalista de *Batman* se ve claramente expuesto en sus relaciones con sus discípulos: *Robin* acaba convertido en *Nightwing*, abandona *Gotham City* por la vecina *Blüdhaven*. Sólo lejos de *Batman*, *Robin* puede desarrollar su carrera heroica.¹⁹ Igual ocurre con *Batgirl*.²⁰

Esto es porque las acciones que *Batman* desarrolla están motivadas por cuestiones íntimas. *Batman* desea la venganza personal y su relación con los demás no se encuentra en primer plano.

Batman representa, a mi juicio, una categoría que podemos denominar como “falso héroe”. Es alguien cuyas acciones pueden ser

¹⁹ Sobre la relación entre *Batman* y *Robin* véase el interesante trabajo de MORRIS, 2010: 168 - 171. Debe notarse que nos referimos al *Robin* original y no a la versión renovada que se ofrece en “*The dark knight returns*”, el que es en sí mismo un guiño a la calidad “ideal” del compañero de *Batman*, de hecho, es realmente una mujer. Véase MILLER, 2006.

²⁰ *Batgirl* se mantiene como una colaboradora estrecha de *Batman* hasta sufrir un accidente que la deja parapléjica. Sin la capacidad física que le permite desenvolverse como una aventajada discípula de *Batman* su retiro del círculo es inmediato. *Barbara Gordon* (identidad real de *Batgirl*) no renuncia por cierto al combate en contra del mal. A pesar de sus limitaciones físicas se reconstruye como *Oracle*. Lo interesante es que *Oracle* no trabaja con *Batman*, sino que crea su propio equipo de combate con *Black Canary* y *Huntress*. En conjunto son conocidas como *Birds of prey*. Véase SOUTH, 2010: 145 - 162.

tenidas como acciones de rescate de terceros, pero que en realidad no están motivadas por el deber propio de los integrantes de la comunidad. A diferencia de *Superman*, que a pesar de ser un forastero asume un compromiso valorativo con la comunidad, Batman se mueve en el límite entre el salvador y el delincuente.²¹

Existe todavía una tercera imagen disponible. Es el caso del héroe que no tiene una naturaleza privilegiada ni actúa movido por claras ambiciones personales. De hecho, se trata de un sujeto que carece de todas las facultades de un ciudadano de a pie y que actúa en sacrificio de su propio bienestar. Es el caso de la clase de superheroísmo que representa *Daredevil*.

Daredevil ofrece una serie de características que le hacen un ejemplo interesante para el tipo de problema que enfrentamos.²²

Daredevil es uno de los pocos héroes de historieta que es francamente católico. Existen poquísimas referencias acerca de la

²¹ Lo que mejor ilustra esta relación es la novela gráfica de Frank Miller “*The dark knight returns*”. Una de las cuestiones principales de este *Superman* y este *Batman*, es que *Superman* debe detener a *Batman*, es decir, *Batman* resulta puesto en la posición del delincuente y *Superman* en defensor de la justicia. Sobre esto resulta revelador la respuesta que *Batman* le da a *Superman* cuando le conmina a trabajar para el oficialismo en la lucha contra el crimen (es decir le conmina a desistir de su noción de bandolero heroico): “Tú siempre dices que sí, a quien veas con una insignia o con una bandera... Nos has vendido Clark. Les has dado el poder que debería haber sido nuestro. Justo lo que te habían enseñado tus padres. Mis padres me enseñaron otra lección: tirados en esta calle, agitados por la brutal conmoción... muriendo por nada... me enseñaron que el mundo sólo tiene sentido cuando lo obligas a tenerlo” (MILLER, 2006). Sobre la relevancia de este diálogo véase SKOBLE, 2010: 64. Aquí podemos percibir la oposición –si acaso el odio– que *Batman* tiene en contra de las acciones de *Superman*. Por otra parte, nos da una pista sobre la relevancia del derecho cuando se refiere a “obligar al mundo”. Este es un rasgo que veremos se replica en el tipo de héroe que considero relevante para la ética del ciudadano obligado a rescatar. El derecho estabiliza el carácter supererogatorio del rescate pues por medio de los deberes los sujetos son constituidos como agentes relevantes dentro de la comunidad.

²² Matt Murdock (su identidad pública) sufre cuando niño un accidente con material radiactivo que lo ciega. En este contexto, descubre que tiene ciertas habilidades especiales, como un gran equilibrio. Se entrena para ser *Daredevil* y luchar contra el mal, bajo la frase que motivará todas sus acciones: ser un hombre sin miedo. Además Matt Murdock, con base en las mismas experiencias que dan lugar a su alter ego *Daredevil*, decide que será abogado. De hecho, Matt Murdock es abogado penalista.

religión y sobre todo de los compromisos religiosos de los héroes de comics.²³

No se trata de que *Daredevil* sea una especie de fanático religioso que cumple un plan divino revelado, sino que a lo largo del desarrollo de la historia de *Daredevil* apreciamos a un hombre de fe. Podríamos decir, incluso, como un hombre atormentado por su fe.

Estos rasgos hacen a *Daredevil* una figura interesante para la comprensión de este núcleo ético que podemos apreciar en la relación heroísmo, superheroísmo, ciudadanía y la obligación de rescatar a otro que puede padecer un crimen. Es el tipo de imagen en el que creo debemos centrarnos a fin de dotar a la figura del samaritano de un sentido ideal.

Hasta aquí debemos entender descartada la figura del superhéroe en términos naturales. Es decir, es obvio que debemos descartar como caso plausible el caso representado por *Superman*.

El caso relevante es el que representa *Daredevil*. Se trata de un héroe que no sólo no tiene ventajas sobrenaturales sino que tiene desventajas. Tampoco es un sujeto acaudalado ni movido por un concreto móvil personal²⁴. *Daredevil* debe cumplir con la expectativa que se ha cifrado en el momento en que se convierte en ciego: debe combatir el mal y ayudar a los otros.

Es tan claro el compromiso con la justicia de *Daredevil* que existe el caso en que ha ajusticiado a un culpable que no logró condenar en un tribunal. En este sentido comparte con *Batman* el

²³ Existen sin embargo superhéroes que son representados como divinidades o semidivinidades en sí. Es el caso de *Wonder Woman* (la mujer maravilla) y *Thor*, aunque en ambos casos se los presenta como divinidades menores.

²⁴ Aunque esto puede ser discutido. En principio *Daredevil* enfoca sus acciones en vengarse de los asesinos de su padre. Pero con el tiempo, el objetivo de su actuar excede con creces este objetivo, llegando incluso a dialogar y concretar acuerdos con la mafia que es responsable del asesinato de su padre. Véase MILLER, 1983.

compromiso “sobre institucional” con la justicia. *Daredevil*, como *Batman*, son escépticos de la administración de justicia pero creyentes en la justicia.

La diferencia entre ambos en este punto está determinada por la relación evidente que *Daredevil* mantiene con su credo.²⁵ Como hemos apuntado *Daredevil* es uno de los pocos personajes de historieta que es abiertamente católico, y en el que se manifiesta una constante lucha por mantener su conducta apegada a la fe. Es habitual en los capítulos de *Daredevil* ver a Matt Murdock confesándose de sus acciones de más difícil conciliación con la ética cristiana. (Morris, 2010: 82 – 83).

Probablemente la pregunta central que permite explicar la manera en que *Daredevil* se relaciona con su fe es a propósito de la duda acerca de la posición que ocupa la religión en sus labores de superhéroe. Es evidente que la misión de *Daredevil* se comprende, incluso por sí mismo, como una labor determinada por la justicia.

Sin embargo, ¿es la justicia compatible con la fe? Es decir, ¿es una ventaja, un problema o es indiferente en la figura de *Daredevil* el hecho de que sea católico?

Esta pregunta en la figura de *Daredevil* se relaciona con una pregunta más general acerca de la religión y el carácter místico en las razones para la acción, ¿es la fe religiosa una fuente de ceguera a las realidades más duras del mundo o quizás podría asemejarse más al

²⁵ Matt Murdock mantiene una relación, como ya hemos anotado, tormentosa con su fe. Recordemos que se cría en un barrio marginal de Nueva York acosado por la delincuencia y que es hijo de un padre boxeador decadente y de una madre ausente. La ausencia de la madre de Matt Murdock es bastante sofisticada. Se sabe que abandonó a la familia siendo Matt muy pequeño y que luego se convirtió en monja. Existe un pasaje en el que la madre se refiere a la relación entre la fe y *Daredevil*: “Sé que tu padre te crió en la fe. También sé, tras haber leído sobre tus dos vidas a lo largo de los años, que actúas en el bando de los justos. Eres un ángel, Matthew, no un miembro de la hueste celestial, desde luego, pero aún así, un servidor de Dios” véase MORRIS, 2010: 83.

sentido de radar de *Daredevil* y permitirnos la posibilidad de discernir más correctamente la realidad? (Morris, 2010: 85).

Si pensamos en nuestro pequeño campo de estudio, ¿el recurso a la referencia religiosa es una cuestión que nubla o que aclara el sentido de la obligación de ayudar a otro?

Por otra parte, si *Daredevil* es un sujeto fuera de serie, con capacidades muy fuera de lo común (aunque no sobrenaturales), ¿es posible que el MID se dirija a sujetos de a pie?

No se trata de que por medio de figuras como el MID se busque que lo ciudadanos *sean Daredevil*. De hecho, mi referencia es a la imagen de *Daredevil*, es decir a lo que *Daredevil* representa. Pero tampoco se trata de sostener que los ciudadanos deban comportarse de acuerdo a la imagen de *Daredevil*. Lo que sí, es que creo que esta imagen está justo por sobre el significado de la ética del samaritano en tanto aspiración. Los ciudadanos aspiramos (o debemos comportarnos como si aspirásemos) a tener una ética como la que representa *Daredevil*.

Quiero decir, la “ética de *Daredevil*” indica que podemos encontrar acciones en la sociedad que sean explicadas como acciones justas y que se realicen por medio del rescate, simbólicamente hablando.

Creo que las reflexiones acerca de la forma que toma el razonamiento moral de los héroes nos permite ilustrar estados morales ideales que pueden tener sentido en nuestras sociedades y que resulten relevantes para el estudio del derecho o de una institución jurídica.

Al configurar a la clase de conducta que llamo “ética de *Daredevil*”, la sociedad asume que este es un modelo de ética inalcanzable. Es un modelo ético que no puede predicarse de todo el

mundo, por ello da lugar a un fuera de serie como es el héroe. Ya hemos descartado, por motivos un tanto diferentes, a otras imágenes súper heroicas que representan maneras diversas de entendimiento del actuar heroico.

Por ello *Daredevil* nos indica la forma de heroísmo que es posible concebir en una sociedad determinada. Es decir, no podemos ser *Daredevil*, pero el mundo tiene sentido siendo algo menos que *Daredevil*, cuando nos vinculamos en alguna escala inferior que la que manifiesta el héroe en su actuar, pero sin duda, entendemos que lo que se encuentra descartado es la indiferencia.

Si volvemos al lugar común de la enseñanza del derecho penal en nuestro sistema, podemos decir que efectivamente el derecho penal no es un derecho para superhéroes, sino para quienes niegan la relevancia de la conducta heroica en la sociedad. No debemos ser superhéroes pero podemos actuar en conformidad a la protección de los intereses de la comunidad, excluyendo la posibilidad de la indiferencia.²⁶

1.3. *La simbología política del derecho y el derecho como simbología*

Hasta aquí tenemos dos nudos cuya formulación da un indicio acerca de la manera en la que se han desarrollado los argumentos presentes a lo largo del trabajo. Tanto la referencia básica de conducta que nos entrega la comprensión de la figura del samaritano

²⁶ Puede ser ilustrativo considerar la relevancia que la idea de heroísmo puede tener en un determinado razonamiento moral. Al respecto creo muy interesante revisar el capítulo final de Zimbardo “Resisting Situational Influences and Celebrating Heroism”. Para Zimbardo la idea de héroe y de heroísmo tienen relevancia en su estudio acerca del mal, y sobre todo de cómo una persona normal puede convertirse en alguien malo. La idea de héroe se relaciona con el aprecio a la virtud y con la ejecución de actos que tengan una simbología acerca del bien. Véase ZIMBARDO, 2007: 444 y ss.

como la referencia aspiracional que puede apreciarse en la idea de superhéroe (sobre todo el caso de las expectativas relacionadas con la imagen de *Daredevil*) nos entregan un modo de entender el “lugar” en el que se mueve la obligación de ayudar a otro y con ello el MID. Como hemos sostenido, el MID está en algo más que el samaritanismo y en algo menos que la imagen de *Daredevil*.

En este punto, es razonable preguntarse: ¿cómo se vinculan estas reflexiones preliminares con la propuesta de justificación del MID que se expone en las páginas siguientes?

Como se verá, la idea central de este trabajo es que el derecho penal puede y debe ser estudiado a la luz del trasfondo de justicia política relacionado con las diversas instituciones del derecho.

Este trasfondo también se encuentra teñido de ciertas ideas preliminares. Hay preconcepciones en la manera en que entendemos a la justicia política y su mecánica.

El primer paso pasa por sostener que el derecho, desde la perspectiva de la filosofía política, es simbólico.²⁷

Lo que se dice, por ejemplo, por delito en el seno del estudio del *derecho* penal puede ser intercambiado (puede tener un sinónimo) en la expresión *hecho típico, antijurídico y culpable*²⁸. A partir de esta sinonimia es que puede, precisamente, entenderse por delito a toda acción típica, antijurídica y culpable.

²⁷ Probablemente el tópico en que mejor pueda verse la diferencia del lenguaje del derecho y del lenguaje político sea a propósito de la noción textura abierta en el derecho, en particular a partir del trabajo de Hart. La textura abierta es una zona oscura de la teoría de las normas, y el intento constante de muchos teóricos del derecho, incluido el propio Hart ha sido intentar dar por iluminado el terreno para poder solucionar el punto. Sobre esto véase ATRIA, 1999.

²⁸ Por descontado que esta es una expresión discutible dentro de la dogmática penal, pero dejando esto de lado intento dar una noción que sea habitualmente considerada pacífica en la definición de delito.

En la perspectiva de la filosofía política esta operación deviene en irrelevante. Lo que decimos por *delito* en términos políticos se relaciona con múltiples facetas que pueden exceder con creces la etiqueta, más o menos compleja, de *hecho típico, antijurídico y culpable*.

De aquí no se sigue, obviamente, que el trabajo de definir con claridad lo que debemos entender por “delito” en los trabajos acerca de la interpretación del derecho penal sea en sí mismo irrelevante. Lo que sí es que gran parte de las disquisiciones acerca del sentido técnico de la expresión se tornan irrelevantes en el terreno de los fundamentos filosófico-políticos del propio derecho penal.

El lenguaje con el que se trabaja en el terreno de la filosofía política del derecho penal supone aceptar cierta vaguedad comparativa con la dogmática jurídico-penal. Por ello las categorías con las que este trabajo ha sido armado pueden ser consideradas “porosas” por un dogmático.

Desde la perspectiva de la necesidad de definición “cabal” que se tiene en el terreno de la interpretación del derecho el sentido político se pierde.

Lo que decimos por delito en el terreno de la filosofía político-jurídica se relaciona con la idea de “males” presentes y normalizados en la vida en comunidad (son males previstos, de ahí su etiquetado jurídico).

La función asociada al derecho, o las razones por las cuales la práctica del derecho queda determinada resultan diferentes de la función política y de las razones que fundan las acciones políticas. Incluso en Kelsen podemos encontrar esta vía para diferenciar lo que entendemos por legal de lo que entendemos por político.²⁹

²⁹ Véase en particular KELSEN, 1957: 369 – 375.

Para que el derecho –en esta perspectiva- pueda ser correctamente entendido debe notarse la necesidad de identificación de un correlato pre - institucional. Como sostiene Atria, para entender lo que es un contrato es necesario contar con una noción pre - institucional de intercambio entre agentes que se comprenden como iguales.³⁰

Si lo que se hace es una transacción de pretensión objetivadora (un contrato mediante engaño) el derecho permite sostener que esa transacción no es tenida como válida por el derecho (el contrato obtenido mediante engaño es nulo). El derecho permite frustrar la pretensión objetivadora que transforma el caso del contrato en un abuso.

Lo mismo puede decirse del delito. El delito tiene un correlato preinstitucional que se relaciona con la censura del hecho descrito como delito. El delito puede ser visto como la forma en que el derecho frustra una clase de pretensión objetivadora de parte del autor del delito. La reacción es diferente a la de declaración de nulidad de un contrato porque lo que se encuentra involucrado es una pretensión de justicia retributiva en el caso del delito. Por ello, cuando verificamos que un delito ha sido cometido, sostenemos la necesidad de aplicación de una pena.³¹

Esta idea puede aplicarse a todas las instituciones. Siguiendo este razonamiento, la noción de contrato no está constituida de manera formalista, es decir, no equivale al seguimiento de una serie

³⁰ Véase ATRIA, 2011: 4.

³¹ Veremos que el derecho penal además queda expuesto a la necesidad de explicar la manera en que el mal del delito debe ser entendido como un mal compartido. Sobre este punto entraremos en el capítulo IV de este trabajo pues resulta especialmente interesante para nuestro MID desde la perspectiva republicana.

de formalidades o ritos sino que es correlativa a una noción pre - institucional de intercambio entre agentes en ciertas condiciones.

En el caso del MID, creo evidente que existe una noción de solidaridad o de ayuda a terceros (que se sitúa teniendo como referencia al samaritano y a la imagen de *Daredevil*) que es correlativa a la existencia del mandato (y que es preinstitucional). Esta noción apela a la relevancia de los vínculos entre miembros de la comunidad. Esto mirado desde la perspectiva del contenido ético-político del propio mandato.

En otros términos, creo que es evidente que la idea de vínculo entre miembros de la comunidad y por tanto, la existencia de una determinada comunidad, denota la presencia de la “solidaridad” como cuestión preinstitucional y con ello permite (sumado a otros factores) la afirmación de un MID cuya infracción puede dar lugar a una sanción penal.

Esta idea presente en el pensamiento de Atria puede conducirnos a la idea de “teología negativa”. Es decir es posible comprender la manera en que se despliega el lenguaje político desde la manera en que se puede comprender el lenguaje teológico. El caso del MID, o si se quiere, de una figura legal que parece dar concreción a aquello que debemos proscribir: la indiferencia ante la probabilidad cierta de padecer un delito. En otros términos, para entender cómo se despliegan los argumentos desde la perspectiva filosófico-política debemos recurrir a una determinada “mecánica”. Esta mecánica puede ser aclarada por medio del recurso a la teología negativa. Esto, porque la teología negativa y la filosofía política *comparten* un

determinado modo de operación: pueden definir con mayor plenitud aquello que *no es* que aquello *que es*.³²

Por supuesto, esta noción proviene del conocido trabajo de Schmitt. Para Schmitt muchos de los conceptos jurídicos actuales no son sino formas seculares de nociones teológicas. Y esto, no solamente por una cuestión de determinación histórica, sino por una determinada estructura sistemática (Schmitt, 1922: 36).³³

Como volveremos a apuntar más adelante, el mínimo de acuerdo de la vida en comunidad apela, en primer plano, a proscribir ciertos modos de vida en la comunidad para despejar el camino hacia el modo de vida que se desea. Parece evidente que el derecho penal tiene una función relacionada con este acuerdo. Suele decirse que el derecho penal se desenvuelve en el terreno de “los acuerdos básicos de la vida en sociedad”. Esto puede ser tenido como una apelación a la definición de aquello que *no cuenta como* conducta correcta en la vida en comunidad.

Desde la perspectiva del deber de impedir delitos puede ser interesante considerar lo que sigue: hay una diferencia entre no desear algo y desear que algo no suceda. Podemos desear que los ciudadanos actúen generosamente combatiendo el crimen, motivados por la protección de intereses de sus vecinos. Pero esto es distinto a no desear la indiferencia. Para no desear algo no debo comprometerme con la consecución de algo. En cambio, para desear que algo no suceda debo ser capaz de tematizar la posibilidad de que ese algo suceda. Este segundo caso es el que mejor se relaciona con

³² La relación entre teología política y política se encuentra expuesta en un sentido similar al aquí presentado en SMITH, 2011. Para un análisis entre razones de orden religioso y deliberación democrática véase LAFONT, 2009.

³³ Por ejemplo, Schmitt, muy lúcidamente a mi juicio, sostiene la semejanza entre las nociones de “excepción” en el derecho y la noción de “milagro” en la teología.

un mandato jurídico. Deseamos que no haya indiferencia con las lesiones padecidas por el vecino, pero esa indiferencia se conecta con algún hecho tematizado y prohibido (la omisión penal).

Esto, porque es posible omitir, o que alguien omita impedir el delito y que nuestra configuración social siga perfectamente en pie con ello.

Es plausible mirar el MID como una representación no tanto de lo que la comunidad desea, sino de lo que no desea. Por ello una idea recurrente en mi argumentación sobre la justificación del MID se relaciona con determinar aquello que no queremos (no queremos indiferencia) antes que a aquello que queramos afirmar como “solidaridad”.³⁴

Una manera gráfica de verlo es asumir que la frase “*Dios es el creador del cielo y la tierra*” puede ser reconvertida y simplificada en “*Dios es el creador del mundo*”. En realidad esta frase no nos adelanta nada sobre lo que Dios es. Lo que nos deja es que el mundo ha sido creado. Esto es signo de algo más general, esto es que el lenguaje de la teología no puede dar cuenta de lo que es Dios, sino que sólo puede intentar tener metáforas o analogías, lo más precisas posible, acerca de Dios (tales como “padre”, “creador”, entre otras).³⁵

³⁴ En concepto de Atria, el lenguaje teológico aborda la labor de comprensión de Cristo no a través de la determinación de lo que Dios es, sino sobre todo de lo que no es. Esta idea está presente desde Santo Tomás de Aquino. Véase ATRIA, 2011: 12. Aunque desde una perspectiva un tanto diversa, Garzón propone un modo de razonamiento similar: “La vía negativa podría consistir en buscar, por lo pronto, alguna concepción de lo malo cuya aceptación fuera irrazonable. Partiría, pues, de lo absolutamente irrazonable, es decir, de estados de cosas cuyo rechazo sería unánime, independientemente de la concepción de lo bueno que se tenga o, dicho con otras palabras, cuya aceptación sería una «perversión irracional» para utilizar, una vez más, una expresión de Georg Henrik Von Wright. Tal vez no habría mayor inconveniente en utilizar aquí la expresión «irrazonable por excelencia»” GARZÓN, 1998: 160.

³⁵ Es obvio que el abordaje de la definición de lo que Dios es constituye la pregunta central de toda la teología. A nuestros efectos solo cabe destacar que, a modo de ejemplo, la práctica lingüística de la teología permite mostrar como puede

En la vida política, como veremos, la idea de justicia política se asocia a diferentes maneras de concebir y defender el valor de la libertad y del bien. Todas las tesis considerables de justicia política se orientan, en alguna medida a la defensa de la libertad y algo que podemos llamar “bien común”. Es evidente que no hay propuestas serias de mantener sociedades en la enajenación, entendida como la total opresión y la total imposibilidad de ejercer la libertad. Como diría probablemente Pettit, sufrir la dominación es la manera de negar la existencia política de un sujeto.

Esta es una idea que se encuentra habitualmente negada por la perspectiva liberal. Los liberales parecen no entender como posible el hecho de la dominación como enajenación. Para los liberales el hombre es “naturalmente” el lobo del hombre, por lo que el juego político se trata siempre de algo así como de defender los espacios de intervención. Es decir, lo abordable es mantener a cada uno a raya para hacer posible la existencia de todos (Atria, 2011: 17). Por ello las nociones de libertad que pueden adscribirse a la perspectiva liberal parten de la premisa de la “defensa” de un espacio privado para el desarrollo de la vida.

Este punto de vista implica necesariamente un compromiso con una noción acerca del carácter imperfecto de la vida humana. No puede pretenderse dar un salto inmediato entre la manera en que comprendemos las prescripciones del derecho en el terreno del

construirse todo un discurso acerca de la vida (como es el discurso acerca del relato cristiano por ejemplo) a partir de metáforas. Soy consciente de que esto se enfrenta a ciertas pretensiones filosóficas que propugnan el abandono de la sola idea de metáforas en búsqueda de la claridad total. Pues bien, creo que esto, en el ámbito de la filosofía política no puede hacerse sin convertir las cuestiones políticas en cuestiones jurídicas y sobre todo, creo que esta vía permite dotar de sentido a la manera en que el trabajo que presento se encuentra escrito. En apoyo a la definición de Dios y la relevancia de la verbalización para religión puede verse ELÍADE, 1976: 219 - 223.

desarrollo de una vida humana deficitaria y la realización de un plan de vida ideal.

Por ello, el despliegue de una vida libre supone no sólo la formulación de la necesidad de libertad (o su defensa). Para una tesis exigente democráticamente debe reconocerse que la carencia de bien en la sociedad no se debe a la naturaleza humana, sino a la forma que toman nuestras prácticas. No se trata de cambiar o resignarse a la naturaleza del hombre, sino de perfeccionar nuestras prácticas, es decir, la manera en que se desenvuelve nuestra vida en comunidad.

Dicho de otro modo, no es la naturaleza del hombre la que torna a la vida una muestra de indiferencia ante el dolor ajeno, sino que la manera en que se enseña el desarrollo de la vida. No es en ningún sentido “natural” que lo que le pase al vecino “no sea mi asunto” sino que debemos enfrentar una práctica que está construida en torno a la indiferencia o en torno a la valoración de los intereses ajenos (Atria, 2011: 33).³⁶

El discurso político debe dar cuenta del hecho de que las instituciones, especialmente las jurídicas, son signos de la posibilidad de desarrollar un mundo ideal. Esto quiere decir que toda teoría acerca de la justicia política es ideal. Las instituciones jurídicas señalan o expresan imperfectamente la posibilidad de que toda la

³⁶ Esta forma de ver el problema de la filosofía política vinculado al derecho, y en concreto al derecho penal y al MID, nos lleva a considerar la idea de sacramento. En la teología cristiana los sacramentos son señales de la existencia de Dios en nuestra vida cotidiana. Son signos (que significan imperfectamente) de la posibilidad de reconciliación radical, de la plena realización humana en un mundo en que dicha reconciliación y realización no pueden ser ejecutados (Atria, 2011: 34). Esta idea contiene muchas más consecuencias que las que expongo aquí, por ello sólo mencionaré que la idea de sacramento puede servir de ejemplo para mostrar cómo una institución jurídica como un delito lleva imbricada ciertas concepciones acerca de lo deseado (más precisamente de lo que no se desea) y con ello una determinada concepción de la justicia. De todos modos, concedo que la correlación debería desarrollarse de manera más exhaustiva y que no es éste el lugar para hacerlo.

sociedad se comporte de acuerdo a un arreglo general acerca del bien.³⁷

Como bien ha señalado Martí a propósito de la democracia deliberativa:

«El modelo de la democracia deliberativa posee un *carácter ideal*, esto es, expresa un ideal de gobierno democrático hacia el que debemos tender en la medida de lo posible. Se trata en definitiva, y en opinión del grueso de la doctrina, de un *ideal regulativo*. Y, aunque no es únicamente la democracia deliberativa, sino la democracia en general la que puede caracterizarse así, la noción de ideal regulativo es bastante compleja y ni los teóricos políticos ni los filósofos en general se han ocupado mucho de ella.» (2006: 24 – 25)

Creo que este rasgo debe estar presente en la discusión de justicia política en general. Dado que la democracia tiene un lugar indubitado en la casi totalidad de la literatura que enfrentamos a efectos de nuestro trabajo, la noción del *ideal* debe encontrarse expresamente considerada.

A esto he intentado abocarme en primera línea, a la manera en la que debe ser entendida la pregunta sobre la justificación de una institución del derecho penal como nuestro MID.

³⁷ Por eso Atria habla de un compromiso “irónico” con las instituciones. Sabemos que la aplicación total de las pretensiones legales nos llevaría a la paradoja de su inutilidad. Podemos expresarlo en los siguientes términos, si el delito debe ser combatido, y de hecho lo combatimos con la ley, es probable que estemos trabajando para la extinción del propio derecho, en este caso, penal. Pues bien, el trabajo del académico implica, desde mi punto de vista, entender que el compromiso con las pretensiones de mejora del mundo deben estar a su vez determinadas por una ironía. La ley penal no puede acabar con el delito, no debe estar a la altura pues de esta manera negaríamos la existencia de dominación o enajenación en la sociedad. En algún sentido, de seguir este camino cándido, propugnaríamos la irrelevancia de la propia organización social.

La pregunta siguiente es obvia: ¿cuál es la respuesta a la primera pregunta? Es decir, ¿cuál es la mejor posibilidad para justificar el MID de acuerdo a los argumentos disponibles?

Pero estaremos hablando de representaciones. El MID sigue la lógica propia de la filosofía política desde el punto de vista de su justificación. Es un signo del modo en que la vida debería ser vivida por los integrantes de la comunidad. La vida debería ser vivida de acuerdo a ideas como la hermandad y la solidaridad, pero sabemos que este mandato es una institución que no puede alcanzar ese ideal, es decir que no puede hacernos vivir de esta manera. Es, exactamente, una imagen acerca de la manera en que el mal de un delito debe ser compartido por quienes presencian su ocurrencia (véase en un sentido similar Atria, 2011: 35).³⁸

Esto es relevante para los capítulos que vienen. Si entendemos que esta es la manera en que se concibe el modo de actuar de la filosofía política, entonces podemos explicar el sentido del recurso a la ética del samaritano y a la figura de un superhéroe como el que representa *Daredevil*. Ambos puntos son imágenes, representaciones inexactas (deliberadamente inexactas) que sirven de base para denotar el lugar que creo que ocupa el MID en la comunidad. Como he apuntado antes, lo que el MID nos comunica es una exhortación a comportarnos como algo más que un samaritano y algo menos que *Daredevil*. Es obvio que no se trata de una guía jurídica *per se*. Es obvio que es una manera de graficar el terreno en el que creo que se mueve la institución cuyo estudio ha dado lugar a estas páginas. Busco exponer una manera de justificar el MID haciendo patente que

³⁸ Volveré sobre el sentido de la expresión “compartir el mal” en el capítulo IV de este trabajo.

nos movemos en un terreno –desde el punto de vista de las teorías de justicia política- inexacto, de contornos difícilmente graduables.

En la pregunta por la justificación, además, pueden tenerse a la vista dos grandes vías. Primero, puede construirse una justificación del delito que podemos llamar *absoluta*. Este sentido de la expresión justificación conlleva explorar los argumentos generales de corrección de una institución como la que tenemos presente en lo central de este trabajo. Una segunda posibilidad es considerar una justificación *relativa*. Esta clase de justificación nos lleva por el camino de la determinación de la corrección dentro de un determinado sistema o contexto jurídico de una institución. En este segundo sentido, la respuesta justificatoria pretenderá articular un juicio de corrección relativo a las referencias jurídicas del sistema en el que la institución se sitúa.

En el primer caso –la justificación *absoluta*- el mandato de impedir determinados delitos del artículo 450.1 CP es un ejemplo. Es un ejemplo importante, pues el trabajo se desarrolla en una determinada comunidad académica a la que le es más cercana esta disposición. En el segundo caso –la justificación *relativa*- las conclusiones a las que arribaremos sólo pueden tener sentido en el preciso contexto regulativo del derecho, en nuestro caso, español.

Es difícil trabajar tan sólo con herramienta de una clase de justificación. Todo ejercicio de justificación *absoluta* puede quedar mejor expresado si intentamos proyectar los argumentos generales a una institución concreta de un sistema jurídico determinado. Por otra parte, todo ejercicio de justificación *relativa* puede quedar mejor nutrido de argumentos generales que no provengan precisamente del contexto normativo en el que se encuentra el objeto de estudio.

En este trabajo he seguido el primer sentido de justificación. Principalmente este es un trabajo de justificación *absoluta* del MID, aunque, claro está, he considerado relevante llevar a cabo ciertos ejercicios de proyección de los argumentos generales en el contexto jurídico español.³⁹

Finalmente debo hacer una advertencia. El riesgo más importante que conlleva el uso de representaciones es creer que las mismas deben ser entendidas de manera literal. El compromiso que generan las representaciones, como es el MID, debe estar determinado, como ya hemos apuntado, por una cierta ironía.

Como sostiene Atria:

«Si las representaciones a las que recurre el lenguaje teológico y político han de ser entendidas literalmente, ellas son evidentemente falsas y deben ser abandonadas. Quienes asumen esta posición son los que preguntan: ¿usted realmente cree que la hostia consagrada tiene la composición química de la carne humana? ¿Qué Dios engendró a su hijo? ¿Qué el mundo apareció mágicamente como podría aparecer un conejo de una chistera? ¿Qué la ley es verdaderamente la voluntad de todos, y no de una “elite”? Para estos críticos, hoy espléndidamente ilustrados por los recientes (y banales) libros de los sacerdotes del neo-darwinismo, Richard Dawkins y Daniel Dennett, así como en general la escuela denominada “public choice”, todo el lenguaje teológico, así como el lenguaje político de la tradición democrática, carecen completamente de sentido. Como no entienden siquiera el género literario (el modo de significación), del discurso teológico, sus admoniciones son ridículamente irrelevantes.» (2011: 36)

³⁹ Y como veremos en el capítulo II, he intentado seguir un camino de justificación absoluta pero a la vez hacer una “teoría especial”.

Tal como de manera intensa sostiene Atria, el recurso a imágenes permite ser fiel a la manera en que creo debe ser entendido el lenguaje político. A esto me he referido en la presentación de este trabajo: en un sentido el esfuerzo lingüístico que implica vincular al derecho y la teoría política puede devenir siempre en una frustración.

No se trata de que analizar el MID desde la perspectiva de la filosofía política devenga en una obra fútil. La manera de entenderlo, como una representación del modelo de vida libre (no enajenada o no dominada) que la comunidad tiene, expresa el compromiso que sin duda el derecho y el derecho penal tienen con ciertos idearios políticos. Esto, por medio de la forma que se ha usado en este trabajo, queda puesto de relieve.

Sólo si entendemos este punto podremos descifrar cuáles son los argumentos que se encuentran en juego cuando abordamos la justificación de este delito. Esta es evidentemente una empresa modesta, pero que se nutre de la necesidad de entender al derecho como un lenguaje simbólico e imperfecto, es decir, como la regulación de un ideal político.

Por ello, he situado al MID, en algo más que la ética del samaritano, y en algo menos que lo que representa la imagen de *Daredevil*.

CAPÍTULO II

“creo más en el verbo que en la acción
pero no se me juzgue por lo que digo
sino por lo que dejo de decir.”

Nicanor Parra, “*Yo soy más de La Reina que de la Isla*”

El escenario de la discusión: acerca de la justificación del MID en el derecho penal español

Como hemos visto en el capítulo anterior, la cuestión acerca de cómo se entienden los vínculos entre sujetos resulta en extremo llamativa si pensamos en figuras legales como el MID en clave de justificación política.

Un primer paso para adentrarnos en el estudio de esta justificación es explicar cuál es el escenario en el cual fijaremos el enfrentamiento de los argumentos. Es decir, cuál es la forma que tiene la base sobre la cual se desarrollarán los posteriores argumentos adscritos tanto a la perspectiva liberal como a la perspectiva republicana (y finalmente la toma de postura, por supuesto).

Debemos definir cómo podemos llegar a estudiar las cuestiones de filosofía política como algo relevante para este delito.⁴⁰

R.A. Duff en un notable esfuerzo por explicar en un solo trabajo los grandes insumos teóricos disponibles desde el punto de vista de las “teorías” del derecho penal anglosajón, propone clasificar a las mismas en torno a las clases de objeto que la ciencia penal tiene enfrente (véase Duff, 2005).

Desde este punto de vista, puede abordarse la cuestión relativa a qué clase de teoría se intenta construir. Por una parte, pueden hacerse teorías generales, que pretendan entregar un grupo de argumentos sistemáticos en los que apoyarse para dar sentido al

⁴⁰ Esta idea, la relevancia de las cuestiones de filosofía política en el estudio de la justificación de un delito, a pesar de haber sido abordada por parte de la doctrina española, sigue siendo una idea minoritaria, por ello he decidido exponer las razones por las cuales este ejercicio debe ser realizado.

derecho penal globalmente considerado. En este sentido, de manera excepcional, encontramos a las “grandes teorías”, que irían en búsqueda de generar una concepción que abarque de forma completa los problemas que se relacionan con el derecho penal.⁴¹

Por otra parte, puede hacerse una “teoría especial” que, con matices, tendría como objetivo encontrar el sentido desde una perspectiva abstracta, a un problema acotado en el derecho. Es lo que, de hecho, Waldron llamaría “teoría especial del derecho” (Waldron, 2005: 10 – 12).

Este trabajo, sobre todo a partir de las preguntas que se plantean en este capítulo, pretende seguir el segundo camino.

Lo que se buscará es una tesis particular o especial⁴², que permita entregar la mejor versión posible de la justificación para el MID en el derecho penal español.

Por cierto, la pretensión de esta tesis acerca de la manera de encontrar la justificación del MID no es desplazar otras formas de estudiar este delito (u otros).

La clase de argumento que propongo es más bien una *addenda* al actual contexto de justificación en el derecho penal, en particular en la discusión provocada en el seno del estudio del MID.

En otras palabras, pretendo agregar a las posibilidades académicas una manera de estudiar un problema concreto de un delito también concreto del derecho penal español.

Lo que sostengo pretende ser una manera de encontrar una mejor respuesta a la pregunta acerca de la justificación de la norma

⁴¹ Véase DUFF, 2005:355, quien identifica como grandes teorías las ofrecidas por Michael Moore en *Placing Blame*, por John Braithwaite y Phillip Petit, en *Not Just Desert*, y por Alan Norrie en *Crime, Reason and History*.

⁴² Probablemente la expresión más conocida en el ámbito del derecho penal sería “una tesis acerca de la parte especial”.

que contiene al MID en el sistema penal español (para lo que es necesario, como hemos apuntado recientemente, definir cómo se articula la pregunta acerca de esta justificación).

En este apartado abordaré dos cuestiones, ¿qué debe entenderse por “contexto de justificación” para este delito?, y en seguida, ¿cómo dar cuenta, de la mejor manera posible, de las cuestiones centrales sobre la justificación del delito de omisión de impedir delitos?

Creo que es necesario realizar una propuesta que tome en consideración las tesis existentes en la doctrina española sobre este delito, y sobre todo, los aspectos que ya han sido estudiados a propósito del mandato penal de socorro. De esta manera, puede construirse un argumento que sirva para el MID de acuerdo a lo que se expresa más adelante.

Ambas cuestiones son de una importancia capital en este apartado, y además, impactan directamente en la conducencia de los capítulos posteriores, donde centraré el estudio de la legitimidad de este delito en torno a dos grandes tradiciones de justificación filosófica del derecho y del derecho penal: el liberalismo y el republicanismo.

Para ordenar la explicación, intentaré dar en primer lugar una noción general acerca de lo que tradicionalmente se entiende por contexto de justificación de este delito. En segundo lugar, expresaré los pasos para llegar a la justificación del MID a partir de ciertas cuestiones de filosofía política. Finalmente, enunciaré cuales son las posiciones en juego a propósito de esta discusión.

En concreto respecto del MID, presentaré las dos ideas básicas que deben enfrentarse para examinar su justificación: la solidaridad y la prevención del delito. Ambas ideas pueden, desde la perspectiva propuesta, ser estudiadas a la luz de la justicia política y en

particular a la luz de una determinada comprensión de las virtudes públicas.

2.1. La discusión preliminar

Cuando se enfrenta el análisis de un delito en concreto, existen diversos campos en que puede desarrollarse el estudio.

Si tomamos el MID, uno podría preguntarse seriamente por al menos tres contextos distintos. Podría estudiarse la definición interpretativa de las distintas categorías que lleven a afirmar (o no) la imputación de un resultado que se encuentre dentro de los resultados probablemente relevantes en el marco de la descripción típica. En este terreno cobrarían relevancia las figuras de la autoría, del riesgo permitido, de la inexigibilidad, entre otras.

Un estudio desarrollado en esta perspectiva podrá ser calificado como “dogmático”. Este es el esquema que se ha desarrollado con mayor éxito en España. Así, por ejemplo, se han logrado exponer con bastante consistencia los distintos puntos que deben ser afrontados para tener una correcta interpretación de este delito, y con ello, realizar una correcta correlación entre un hecho (resultado) y el título de incriminación.⁴³

Otro aspecto que puede resultar en extremo relevante, es describir y analizar la práctica que se lleva a cabo en el sistema penal a propósito de la consideración de este mandato penal. Uno puede preguntarse, una vez establecido el tipo penal, cuál es la forma que toma en los hechos, ya sea desde la perspectiva de la aplicación jurisdiccional, o de la percepción de los ciudadanos respecto de esta

⁴³ En este sentido se inscriben, por ejemplo, los trabajos de SOLA, 1999; RUBIO, 2003 y HUERTA, 1987.

prohibición contenida en el delito. Esta cuestión debería conducirnos a un contraste entre ciertas hipótesis de trabajo, y unos datos empíricos que deberían ser recabados. Ésta es labor propia de la criminología, y si se desarrollan juicios deónticos hacia la regulación, entonces, también podemos hablar de un trabajo de política criminal, de acuerdo a la concepción dominante⁴⁴.

Existe todavía otro plano sobre el que tenemos un enorme campo a explorar. Es el que corresponde al contexto de justificación.

Hablar de justificación en el derecho, supone centrar la atención en las razones últimas por las cuales la comunidad en la que el delito se establece debe considerar “correcto” o “justo” (o no) su establecimiento.⁴⁵

Es un ejercicio que, desde la perspectiva de su razonamiento interno, prescinde de las consideraciones de la práctica y que no es directamente tributaria de los ejercicios de interpretación de categorías, propios de la dogmática.⁴⁶

Las categorías con las que debe trabajarse dicen relación con las razones fundamentales de existencia de una determinada institución en el derecho. Esta es una cuestión que, en los sistemas continentales, y en particular en los sistemas *penales* continentales suele olvidarse.

Así lo ha apuntado Varona (2005: 27 – 33) en su estudio sobre el delito de omisión de socorro:

«En primer lugar, la poca importancia que en un sistema legalista como el nuestro se concede normalmente al estudio del fundamento

⁴⁴ Véase por todos ROXIN, 1997: 41 – 48.

⁴⁵ Y conlleva, al menos, los sentidos de justificación absoluta y relativa a los que ya nos hemos referido.

⁴⁶ Aunque es evidente que se encuentran relacionados, debido principalmente a que el mantenimiento de una determinada tesis acerca de las cuestiones fundamentales puede dar lugar a ciertos criterios interpretativos.

filosófico o moral de las normas jurídicas y, en nuestro caso, de las penales. A su vez, la escasa importancia de las cuestiones filosóficas o ético-morales subyacentes en las normas jurídicas se explica fundamentalmente por el hecho de que, en los sistemas continentales basados en la codificación y el imperio de la ley, las normas gozan ya de un fuerte argumento legitimador de carácter formal como es su adopción por medio de los mecanismos establecidos en un sistema democrático (2005: 27).»

Esta cuestión, tan íntimamente arraigada en la tradición penal española, genera una confusión fundamental: se aborda el problema de las razones últimas que justifican una norma penal como si pudiera reducirse al análisis del bien jurídico protegido.

Existe una cuestión que debe observarse en el argumento de Varona. Sostiene que en los “sistemas continentales basados en la codificación y en el imperio de la ley” las reglas del sistema cuentan a su favor con una especie de suposición de legitimidad por el hecho de integrar el sistema. Esto porque los mecanismos de control, fundamentalmente constitucionales, sobre el derecho (y en particular en lo relativo a qué cuenta como derecho) permiten revestir a las reglas de cierta legitimidad.

Por ahora basta con entender que la primera manera de estudiar la legitimidad del MID involucra las consideraciones materiales acerca del bien jurídico protegido. En este punto quisiera hacer una advertencia. La proposición de una forma de analizar la justificación de este delito no pretende, por un lado, descartar el uso de la teoría del bien jurídico en el derecho penal.

De otro lado, tampoco sostengo que toda la discusión acerca de la justificación en el MID esté desarrollada o mal desarrollada en los trabajos que tratan el problema del bien jurídico de este delito. Es

posible decir que la pretensión del estudio del bien jurídico en el MID tiene dos niveles.

En el primero, es obvio que lo que se intenta desarrollar es un trabajo de corte “dogmático”, entendiendo por dogmático el clásico tránsito de categorías de la teoría del delito que busca entregar una razonable interpretación o unos razonables criterios de interpretación del delito.

El segundo, dice relación con una determinada concepción de la teoría del bien jurídico conforme a la cual este concepto tiene cierto valor inmanente para el derecho penal. Este valor inmanente se ha utilizado como fundamento (los delitos protegen determinados bienes) y también como límite (se dice que existiría un “principio limitativo” de “exclusiva protección de bienes jurídicos”).

Este segundo nivel o dimensión del bien jurídico es el que resulta relevante como razón de un determinado delito. Si bien no está presente en toda la discusión acerca del bien jurídico protegido del MID, es un indicio que puede ser tenido como primer paso en el estudio que se ha desarrollado hasta aquí de la legitimidad del MID.⁴⁷

Por ello debe considerarse lo siguiente: el punto de partida en el análisis de la justificación del MID presupone *una parte* del discurso acerca de los bienes jurídicos. Deseo remarcar: el recurso al contexto de la filosofía política que espero que caracterice a este trabajo no constituye una razón de exclusión de este discurso.

En otras palabras, no toda la discusión acerca del bien jurídico de un determinado delito ha sido redactada como una sustitución de las razones filosóficas que se encuentran detrás del propio delito

⁴⁷ Sobre la idea de bien jurídico “inmanente” puede verse GAEDE (2007: 268- 281)

pero es indudable que una parte de ese discurso se relaciona con las cuestiones fundamentales que sirven de base para justificar el delito. Esto no quiere decir que no pueda hacerse dogmática de los bienes jurídicos en una determinada parte del derecho penal, pero creo que es razonable, si trabajamos sobre justificación, tener en cuenta el mejor escenario posible, y éste incluye a las cuestiones de filosofía que sirven para fundamentar ese delito.

Tal y como ha apuntado Varona, la discusión filosófica puede servir de guía para reforzar criterios en la discusión acerca de los bienes jurídicos. En particular, puede servir de ayuda a quien desee satisfacer el criterio “limitativo” (véase Varona, 2005: 30-31).

Asumiendo este marco, veamos cómo ha respondido la doctrina española a la cuestión acerca del fundamento del MID, desde el punto de vista del bien jurídico protegido.⁴⁸

2.2. Las distintas posiciones del bien jurídico protegido en el mandato de impedir determinados delitos

Huerta (1987) ha dividido las posiciones doctrinales al respecto en dos: aquellos que piensan que el bien jurídico protegido por el delito

⁴⁸ Desde cierta perspectiva, podría decirse que donde pretendo ver un juicio material acerca de los bienes jurídicos involucrados en el MID, en realidad estoy inventando una manera embrionaria de estudio de legitimidad que los autores que se han referido a ello no esperarían. Es decir, se me podría acusar del hecho de efectuar una lectura poco leal con los que han escrito sobre el bien jurídico protegido del MID en la doctrina española. Esto podría implicar la afirmación: no existen trabajos específicos sobre la legitimidad de este delito. Creo que esto debe ser mirado con precaución. Si bien estaría dispuesto a reconocer que probablemente quienes realizaron un estudio dogmático de este delito, no pretendieron ser puestos en el campo de la pura legitimidad, no puede negarse que existen ciertas fisuras en la elección de un determinado bien jurídico protegido que implica considerar que el delito está, desde esa perspectiva, correctamente configurado. Aquí creo que hay rastro de un juicio sobre legitimidad. De esta manera, creo que negar la relevancia de estos juicios en el ámbito de mi trabajo, podría provocar que se me acusara de una lectura poco fiel con razones de mayor peso que en el primer caso.

de omisión de impedir determinados delitos es la solidaridad humana, dentro de la que encontraríamos a Alamillo (1962), Rodríguez Mourullo y Córdoba, y otra, constituida por aquellos que piensan que la comisión de este delito afecta a la “recta administración de justicia”. En este grupo encontramos a Quintano (Huerta, 1987: 202).

Es interesante comprobar que al incorporarse el delito del artículo 338 bis CP (actual 450.1 CP) a la legislación, parece ser que se asoció este delito a la configuración del Estado.

Por ello, Alamillo sostiene:

«La declaración de principio contenida en nuestros textos políticos fundamentales, según la cual “España es un Estado católico y social”, no es un mero futurible, ni está, indudablemente, destinada a ser una simple frase bonita escrita en fuerte papel oficial.» (1962: 21)

Como puede verse, el contexto constitucional⁴⁹ para la introducción de esta figura delictiva en el sistema español, parece relacionarse con dos ideas. Por una parte, el catolicismo presente en la tradición española como una manera de entender, en lo que nos interesa, las virtudes de los ciudadanos, y por otra, la idea de Estado social, que sirve de recipiente a esa comprensión de virtudes.⁵⁰

⁴⁹ Es discutible hablar de contexto constitucional en el momento en que en España tiene lugar esta reforma legal. Mi intención es simplemente constatar que fuera del sentido que pueda tener reconocer la existencia o no de un orden constitucional durante estos años de la historia española, parece claro que existió un orden de disposiciones “supra legal” al que se hace referencia.

⁵⁰ No es objetivo de este trabajo desentrañar el exacto sentido del alcance católico o cristiano de la virtud y de la solidaridad, sin embargo, deseo resaltar que fuera de la idea confesional que se encuentra manifestada en el texto de Alamillo, es posible tener una teoría de las virtudes fuertemente secular y democrática que se relacione bien (que pueda incluso llegar a ser compatible) con la idea católica. Es una de las ventajas de la visión del lenguaje político explicada en el capítulo I de este trabajo. Ineludible a este respecto resulta SCHMITT, 1923.

Por ello, cuando se trata de solidaridad con los demás miembros de la comunidad (en sentido laxo, es decir, miembros que no tienen calidades predeterminadas para hacer accionar el mandato de asistencia, como por ejemplo familiares):

«También surge la solidaridad del hecho, voluntario o impuesto, de la pertenencia a un grupo social más amplio, más difuminado y menos consistente, quizá, que el grupo familiar, pero todavía lo bastante concreto como para conocerse sus fronteras. Puede ser este grupo de carácter profesional (solidaridad profesional, con su modalidad sindical, tan característica de nuestros tiempos), de naturaleza política (solidaridad nacional o solidaridad de partido) o religiosa (solidaridad confesional).» (Alamillo, 1962: 25).

Además puede nacer una solidaridad de género⁵¹, primaria en términos del propio Alamillo:

«[P]uede nacer la solidaridad del hecho de la pertenencia al conjunto social primario y más amplio, indeterminado y, hoy, amorfo, que es la propia humanidad. Todos los hombres, miembros dispersos de la gran familia surgida por el acto creador de Dios, tienen una multitud de problemas y cuestiones que les son comunes (aunque no lo quieran reconocer a veces) y ante los cuales han de unirse y adoptar una postura común. En este caso nos hallamos ante la solidaridad humana, que concibo como el vínculo que une a todos los hombres, independientemente de su raza, de su religión, de su nacionalidad, de su profesión, etc., cuando se enfrentan, en su pura y esencial cualidad de seres humanos, con los problemas del mundo y de la vida.» (Alamillo, 1962: 25 – 26).

⁵¹ La referencia de Alamillo no es al género en términos de intereses femeninos. Su referencia es más amplia y se fija en la idea de género asociada a la humanidad.

Este es el concepto que Alamillo maneja para la justificación de la introducción del MID en el sistema español. Como se puede apreciar, es una idea subordinada a ciertas consideraciones religiosas acerca de la bondad y del sentido de la existencia de los individuos (que no cabe evaluar).

Lo interesante es que a pesar de que pudiera pensarse que el pensamiento de Alamillo es “conservador”, tiene un interesante matiz hacia el vínculo que une a los sujetos de una determinada comunidad, que puede ser explicado desde una perspectiva secular.

Por cierto, esta es la idea que ve en la inclusión de lo que podemos denominar “mandatos penales de ayuda a terceros” pues, el MID en la ley de 17 de julio de 1951, es considerado una forma específica (y agravada) de la figura genérica del mandato penal de socorro (Alamillo, 1962: 30).

Esta idea es relevante frente a quienes sostienen que lo protegido como bien jurídico en el MID es la administración de justicia o los bienes jurídicos contenidos en los delitos que deben evitarse.

Parece ser que el legislador español, originalmente, plasmó en esta figura una clase específica de mandato penal de socorro. Por tanto, el objeto de protección que se deriva de este mandato –la solidaridad- tiene un papel extremadamente importante en nuestro actual 450.1 CP.

De hecho, ya en el Código Penal Español de 1822, el MID, era una parte de la figura del mandato penal de socorro⁵².

⁵² El artículo 698 del Código Penal Español de 1822 establecía: “Artículo 698. Todo el que pudiendo hacerlo sin perjuicio ni riesgo suyo no prestare el socorro que esté en su arbitrio a cualquiera persona que halle herida, maltratada, acometida por un agresor injusto o constituida en otro conflicto que requiera los auxilios de la humanidad, será reprendido y sufrirá arresto de uno a seis días, o pagará una multa de diez reales de vellón a tres duros; observándose lo prevenido en el

Por cierto, esto hace relevante la idea de solidaridad en la discusión, pero queda todavía expuesta al problema de su falta de especificidad. En alguna medida la solidaridad debe siempre conectarse con ciertos bienes jurídicos para poder limitarse⁵³

Por ello a pesar de que la idea de solidaridad deba estar presente, resulta difícil hablar de la misma como bien jurídico protegido del MID. Esto porque los intereses que resultan relevantes para la comprensión del mandato se expresan en ciertos derechos de alguna manera “más concretos” (la libertad, la vida, la integridad y la libertad sexual).

Esta idea, como veremos a partir del capítulo siguiente, tiene buen rendimiento en la base de una teoría del rescate, que comprende a los intereses como a las acciones estatales necesarias e idóneas para estimar como valiosa la protección de estos intereses concretos como parte integrante de dicha teoría.

Quienes siguen especialmente este criterio limitador, trasladan el problema del bien jurídico hacia “los bienes jurídicos

artículo 128 del título preliminar respecto del que desempeñare esta obligación como allí se expresa” (cit. en ALAMILLO, 1962: 47). Esta idea de Alamillo, debe complementarse con lo que disponía el artículo 122 del mismo Código Penal Español de 1822: “Artículo 122. Toda persona que vea cometer o que sepa que se va a cometer un delito está obligada a impedirlo, siempre que pudiese hacerlo sin perjuicio ni riesgo suyo, o a dar aviso inmediatamente para que lo impida la autoridad, ministro de Justicia o fuerza armada más inmediata, bajo la pena de reprensión y un arresto de uno a seis días o una multa de diez reales vellón a tres duros”, para Alamillo la estructura confusa del Código Penal de 1822 (que permitía coexistir a disposiciones claramente penales, como a disposiciones procesales o de organización de la justicia), permite decir que el hecho de que lo dispuesto en el artículo 122 se encuentre dentro de la “parte general del código”, bajo la rúbrica “de la obligación que todos tienen de impedir delitos y de notificarlos a la autoridad; y de la persecución, entrega o remisión de los delincuentes”, permite decir que tienen un carácter “cívico”, explicable por la “necesidad social de lucha contra el delito”, pero de solidaridad. Es decir, Alamillo ofrece dos argumentos por los cuales debemos considerar al artículo 698 citado como el antecedente más pertinente de nuestro estudio: una de orden sistemático (se encuentra dentro de la parte especial del código) y otro teleológico, relativo a la protección de la solidaridad.

⁵³ En este sentido Huerta, siguiendo a Schmidhäuser, (1987: 203 – 204).

individuales” que quedan enunciados por los delitos que deben evitarse (Huerta, 1987: 204).

Esto encuentra apoyo en la manera en que la propia Ley de 17 de julio 1951 introduce la figura en el Código Penal Español de 1944. Ello porque, en tanto “forma agravada” del mandato penal de socorro introduce el mandato penal de impedir “determinados” delitos.⁵⁴

En este sentido, lo que se busca no es la promoción de conductas solidarias, sino evitar ciertos comportamientos lesivos de determinados bienes jurídicos, por medio de una actuación ciudadana excepcional (Huerta, 1987: 204).⁵⁵

Siguiendo parcialmente esta línea encontramos a Rubio (2003: 70 y ss.), quien sostiene:

«[A] mi entender, el bien jurídico protegido en los delitos del 450 C.P. está precisamente en la defensa de los bienes jurídicos individuales que en él se enumeran, en función de la existencia del deber de participación ciudadana para con la Administración de Justicia.»
(Rubio, 2003: 70).⁵⁶

⁵⁴ Aunque debemos decir que Alamillo ve en esta decisión una manera de especificar el mandato penal de socorro para situaciones especialmente graves, bajo la idea general de proteger a la solidaridad humana. La presencia de “determinados delitos” para este autor, determina el trato penal, en inicio, más duro, véase ALAMILLO, 1962: 130. Esta relación entre el mandato penal de socorro y el MID produce cierta distorsión desde el punto de vista del estudio de la justificación. Intentaré mostrar que un argumento específico para este mandato puede encontrarse desde la perspectiva republicana, en concreto bajo la concepción del crimen como mal compartido. Abordaremos esto en el capítulo IV.

⁵⁵ Por cierto, y tal como advierte la propia Huerta, la producción del daño por medio del delito no evitado, debe operar como condición objetiva de punibilidad, puesto que si se omite impedir un delito que luego es impedido por otro, el tipo carece de sentido. Lo que se busca según esta autora es evitar la lesión de los bienes jurídicos vida humana, integridad, libertad, libertad sexual, por lo que la sola lesión del comportamiento “insolidario” no basta para justificar el tipo penal. Véase HUERTA, 1987: 204.

⁵⁶ Insiste en una idea muy similar con posterioridad en su trabajo de 2005, véase RUBIO, 2005: 137 - 141.

La razón fundamental que Rubio ve para seguir esta línea es que el contenido del MID se refiere precisamente a la evitación del daño provocado por un homicidio, una violación u otro de los delitos en él mencionados.

Esta propiedad, la concurrencia de delitos específicos, nos pone en situación de considerar que los bienes jurídicos tutelados por estas figuras son lo que explica el objeto de protección del MID del artículo 450 C.P. (véase Rubio, 2003: 71)⁵⁷

Además, Rubio señala que la idea de que la solidaridad humana es el fundamento de este delito debe ser descartada principalmente por dos razones:

- « a) En el momento en que se encuentran en peligro los bienes jurídicos individuales aludidos, a lo que menos se protegería es a la solidaridad humana, porque ante una inminente muerte, violación..., se protege a estos bienes jurídicos y no al deber de solidaridad humana, si bien es cierto que el motivo por el que se protegen estos bienes jurídicos individuales lo encontramos en la existencia del deber de solidaridad humana;
- b) Si la solidaridad humana fuese el bien jurídico protegido del artículo 450 C.P., no encuentro la razón del por qué no se apela a la misma, no sólo para los bienes jurídicos enumerados en el artículo 450 C.P., sino también para el resto de los bienes jurídicos protegidos penalmente, al menos en lo que respecta al deber de denunciar delitos ante la autoridad o los agentes de la autoridad. Si de solidaridad humana se tratase, el legislador debería haber recogido como bien

⁵⁷ Por cierto, el análisis de Rubio parte de una premisa bastante obvia: la relevancia de delitos específicos en el MID. Sin embargo, me parece que no explica consistentemente por qué el mandato tiene ese contenido. Es decir, por qué un ciudadano debe impedir un delito del que no es víctima, ni respecto del cual cabe legítima defensa (salvo el caso de la legítima defensa de terceros). Aún más, creo que queda por ahora pendiente entender por qué además es merecedor de pena el hecho de omitir el impedimento de este delito.

jurídico protegido igualmente el deber de denunciar un asesinato que un robo.» (Rubio, 2003: 71).⁵⁸

Por estas razones, en opinión de Rubio, el concepto de solidaridad humana es abstracto, cambiante, subjetivo, general y poco apreciable, lo que genera la necesidad de descartarlo (Rubio, 2003: 71).

Por ello, cabría distinguir qué bienes jurídicos se protegen y cuáles son los fundamentos morales o éticos por los cuales el Estado se pone en situación de generar un tipo penal como el del artículo 450.1 C.P.

En este sentido, para Rubio, los bienes protegidos son la vida, la integridad, la libertad y la libertad sexual, en cambio el fundamento ético es la solidaridad humana (Rubio, 2003: 72).⁵⁹

Por su parte, Sola (1999), también ve como un camino natural el considerar que el objeto último de protección del MID está constituido por los bienes jurídicos tutelados por los delitos que deben evitarse (Sola, 1999: 18).

Sin embargo, el propio Sola advierte la necesidad de encontrar un “bien aglutinador”, para poder explicar el delito (Sola, 1999: 23).

⁵⁸ Como puede apreciarse, en alguna medida la argumentación de Rubio parece ser circular en el primer punto: no se protege a la solidaridad, pero el “motivo” por el cual se protegen los bienes jurídicos específicos está determinado por la “existencia del deber de solidaridad humana”. Luego, si la solidaridad tiene el papel de bien jurídico, valdría este argumento para proteger por este medio a todos los delitos y no sólo a determinados delitos. Por cierto que esta idea es sugerente, pero puede ser vista como una consecuencia para abandonar la idea de que lo protegido sean los bienes específicamente tutelados por los delitos que deben evitarse.

⁵⁹ Una pregunta interesante ante la propuesta de Rubio es ¿qué es lo definitivo para considerar justo el establecimiento o el mantenimiento de este tipo penal?. Es justo, legítimo, el delito que proteja bienes jurídicos, pero que además exprese una determinada forma de justicia acorde a los ideales estatales. Por eso el propio Rubio mira también al sentido constitucional de la idea de solidaridad a través de la administración de justicia, y afirma que no existe un deber de ser solidario, sino un deber de colaborar con la administración de justicia. Véase RUBIO, 2003: 72 – 73. Sobre la administración de justicia como objeto de protección véase GUZMÁN, 2001.

Además, sostiene que esta figura no puede ser limitada a la protección de bienes jurídicos tutelados por los delitos que deben evitarse, puesto que de esta manera resultaría difícil explicar la razón de la punibilidad de la omisión aún en el caso de que los comportamientos lesivos de dichos bienes jurídicos no lleguen a producirse, por ser evitados por otro, por ejemplo. (Sola, 1999: 24).⁶⁰

Sola advierte que la respuesta para el bien jurídico protegido por este delito involucra necesariamente una idea general que sirva de referencia para los distintos intereses que pueden verse involucrados. Esto es así por la necesidad aglutinadora, y por la relativa inoperancia que advierte en utilizar los bienes jurídicos vida, libertad, integridad y libertad sexual.

Las opciones que se abren en este punto para Sola son dos: la administración de justicia y la solidaridad (Sola 1999: 27).

La primera de las alternativas, la administración de justicia, tiene a su favor, por supuesto, la decisión del legislador de haber incluido este delito en el título reservado para los delitos que atentan contra la administración de justicia. (Sola, 1999: 27)⁶¹

Puede sostenerse a favor de esta tesis que el MID implica involucrar en la lucha contra la delincuencia a los ciudadanos y que esta lucha se manifiesta centralmente en el ámbito de los órganos

⁶⁰ Recordemos a propósito de esto la posición de Huerta, véase nota XX de este capítulo. Sola sostiene en este caso que la solución pasaría por incluir la variable de la *previsibilidad* del resultado. Allí donde se constate la infracción de la norma que constituye al MID, y por una circunstancia *imprevisible* el resultado no tenga lugar, debe afirmarse de cualquier modo la infracción del mandato. Postula, en contra de Huerta, que la producción del resultado del delito que debe evitarse no debe ser tomada como una condición objetiva de punibilidad. Por ello ve como un caso natural que pueda por ejemplo, no sancionar al autor de un homicidio que ha desistido de su ejecución, pero sí a quien incumplió el mandato de impedir ese homicidio. Véase SOLA, 1999: 25 – 26.

⁶¹ En el mismo sentido se pronuncia Huerta, véase HUERTA, 1987: 204 – 205. Sin embargo advierte que esta idea de que la ubicación sistemática de una determinada figura no vincula necesariamente al intérprete.

jurisdiccionales. O, en otros términos, la inactividad de los ciudadanos en orden a no impedir determinados delitos, pone a los órganos encargados de luchar contra el delito en una desventaja que provendría de los propios ciudadanos. (Sola, 1999: 28 – 29).⁶²

Para Sola, el punto de partida para considerar a la solidaridad como el motivador o aglutinador de la protección de los distintos bienes jurídicos involucrados en el MID, es la crítica a la ubicación sistemática del propio delito.

Dado que, tal y como ya quedó sentado a propósito de la posición de Alamillo, la infracción del mandato penal de socorro parece no relacionarse con la alteración de la actividad judicial y teniendo en cuenta que en el preámbulo de la propia ley de 17 de julio de 1951 se hace expresa mención a la solidaridad humana, Sola acaba por decantarse a favor de esta idea como bien jurídico protegido en el delito del artículo 450.1 C.P. (Sola, 1999: 32).⁶³

⁶² Sola agrega como consideración: “No obstante, todo esto no puede hacernos olvidar que, normalmente, los principales interesados en la indemnidad de sus bienes *personales* lo son las posibles víctimas y no parece lógico que deban quedar desplazados por la impersonal función estatal de la evitación del crimen; de ese modo llegaríamos al absurdo de que si lo decisivo es ese interés de la Administración de Justicia podría resultar también autor del delito de omisión el propio titular del bien jurídico personal amenazado o lesionado”, véase SOLA, 1999: 28 - 29. Agrega en la nota al pie cincuenta y cuatro, que ve la posibilidad de que este argumento puede quedar contradicho con “toda una serie de supuestos, excepcionales, en los que el portador del bien jurídico carece de interés sobre el mismo, sin que desaparezca el cometido estatal de evitar los delitos; valgan como ejemplos, el auxilio al suicidio, el aborto consentido [...], y las lesiones consentidas no justificadas [...]” (SOLA, 1999: 29). No alcanzo a ver el exacto sentido de este argumento, pero puede decirse que es un delito en que, por definición, deberían entenderse excluidas las víctimas como potenciales autores. Sobre todo considerando que a su respecto concurriría la legítima defensa. La situación de la víctima que actúa se encuentra abarcada por un permiso en el derecho (la posibilidad de defensa aún realizando acciones que de otro modo serían consideradas delito) y no por el MID. Es evidente que de la mano de la idea de “ayudar a otro” el MID se dirige a terceros que puedan hacer algo por evitarlo.

⁶³ Derivada de esta idea, Sola, deja ver la posibilidad de agrupar en un título a los delitos de omisión del deber de socorro y omisión de impedir delitos, debido sobre todo a la cobertura común que les otorgaría la idea de solidaridad, y además, considerando que desde un punto de vista de historia de la disposición, esta

Como se ha visto hasta aquí, son variadas las respuestas que se han ofrecido por la doctrina a la cuestión acerca del bien jurídico en el MID.

La alternativa que se tome depende, al parecer, de dos grandes variables: la idea de bien jurídico protegido que se sostenga y los criterios de descripción del delito que se consideren más importantes.

Como se puede apreciar, si se tiene una idea de bien jurídico *restringida*, esto es, que no implica compromisos éticos o de justificación moral del delito, puede trabajarse con dos niveles en el análisis: uno ético general y otro dogmático.⁶⁴

Por otra parte, si lo que manda es la relevancia de criterios como la ubicación sistemática (considerando esto como un rasgo importante del delito), es probable que la respuesta tienda a acercarse a aquello que nos permita tener una teoría acerca del sentido del delito que esté más acorde con el modo en que el delito se presenta en el código.

No deseo cerrar esta cuestión sino destacar tres ideas: la relevancia de la omisión de socorro en la discusión; la posibilidad de acudir a un contexto de justicia política y la posibilidad de mantener la relevancia del discurso acerca del bien jurídico.

La omisión de socorro es relevante para el examen de este delito. En primer lugar por una razón de antecedentes históricos. Parece ser que el legislador español de 1951 expresó, tal como ha

aparecen juntas en 1951. Es la misma idea que ya se encontraba presente en Alamillo (1962: 128 - 129).

⁶⁴ Puede decirse que existen al menos dos versiones pertinentes para este trabajo de la expresión bien jurídico. Una, que llamo "amplia" o inmanentista que sostiene que por el hecho de la identificación de un determinado "bien" en -o detrás de- un delito hemos dado un paso decisivo en su justificación. Por otra parte, una postura "restringida" otorga a la noción de bien jurídico sólo una función dogmática (o predogmática) clasificatoria.

destacado Alamillo, en el MID una clase de mandato penal de socorro. Una figura agravada del mandato penal de ayuda a terceros. En segundo orden, y tal como destaca Sola, es un delito que tiene ciertos problemas para ser “emparentado” con los delitos contra la administración de justicia, debido al área donde parece apuntar (deberes ciudadanos de ayuda y no necesariamente colaboración con el aparato judicial).

Por ello, la idea que mejor aglutina los intereses que parecen encontrarse en este delito (y que intentaré detallar con mayor precisión al final de este capítulo) se relaciona con alguna comprensión de la solidaridad (que debe vincularse necesariamente al impedimento de delitos).

Así, resulta natural que ciertos autores hayan acudido con mucha lucidez, al tratar el mandato penal de socorro, al contexto filosófico que se encuentra detrás del delito, en búsqueda de una luz que permita despejar la cuestión acerca de la evaluación de estas figuras en el derecho penal.

Este contexto coincidiría con lo que Rubio ha llamado “nivel ético” de la discusión y no se opone a seguir sosteniendo que en el MID, bajo una concepción restringida del bien jurídico, se busca proteger la vida, la integridad, la libertad y la libertad sexual, y que esto queda reunido en torno a un deber de solidaridad.

Me dedicaré ahora a revisar en este entendido, las posiciones que considero relevantes sobre el mandato penal de socorro, para luego intentar ofrecer un panorama de estudio del MID.

2.3. Existen esquemas alternativos: el caso de la omisión de socorro

En la doctrina española la idea de superar la discusión relativa al bien jurídico protegido tiene cierta repercusión. Con mucha lucidez, Rafael Alcácer (Alcácer 2000; 2001; 2002) realiza un análisis centrado en los fines del derecho penal que contiene un avance en cuanto a considerar argumentos en el nivel de legitimación escasamente abordadas por la doctrina penal española. Además, en su trabajo sobre omisión de socorro extrae importantes conclusiones para enfrentar el estudio del MID.⁶⁵

Bajo su esquema, el derecho penal debe considerar la coincidencia con lo que tradicionalmente se conoce como fines de la pena. En este sentido, en una relación de medios a fines, debemos considerar que el fin de la pena (genéricamente prevenir ciertas acciones en su opinión) constituye un fin al cual se arriba por medio del sentido del derecho penal (proteger bienes jurídicos) (Alcácer, 2001: 23 – 24).

En el seno de la legitimación de la pena (bajo la premisa de las teorías de la prevención general) vemos que existe un espacio para la legitimación dirigida a valores o cuestiones ético-morales, en lo que denomina *legitimación valorativa*. Esta clase de legitimación (que difiere de la *legitimación instrumental* orientada a la efectividad empírica) es la que se relaciona de manera más directa con el

⁶⁵ Debe considerarse además el desarrollo a propósito del estudio de la antítesis entre prevención y garantías desarrollados posteriormente, pero con base en este trabajo de 2001. Véase ALCÁCER (2002).

contexto de filosofía que se encuentra “detrás” del análisis de los delitos.⁶⁶

Esta legitimación valorativa descansa en la creencia de que aún si se pueden satisfacer criterios de legitimación instrumental (los fines perseguidos son conseguidos de manera correcta de acuerdo a los estándares permitidos por la comunidad) es necesario recurrir a valoraciones de naturaleza ético-jurídica⁶⁷.

La legitimación valorativa, para Alcácer, es heredera de:

«...principios y garantías vinculados a la protección de los intereses esenciales de los individuos frente a la colectividad, heredados de la tradición de pensamiento originada en el proyecto ilustrado y que, en relación a la pena, operan como límites – tanto legitimadores como materiales- antitéticos a la inercia preventiva implícita en la racionalidad instrumental.» (Alcácer, 2001: 47)

Debemos tener presente que, para la posición defendida por Alcácer, los “límites” del derecho penal pueden enfocarse como una cuestión de mantenimiento de la intangibilidad de las garantías individuales de quienes pueden padecer la pena (lo que denomina *límites materiales*), pero también debe considerarse al conjunto de ciudadanos y la relación que se establezca entre ellos y la (amenaza de) pena (lo que llama *legitimadores*).

⁶⁶ Por cierto, resulta dudoso el uso de la expresión “legitimidad instrumental”, es probable que resulte más clara la expresión “racionalidad instrumental” aunque Alcácer utiliza las dos.

⁶⁷ Véase ALCÁCER, 2001: 47.

El segundo orden de criterios (los legitimadores), dependen en gran medida de los argumentos de filosofía política con que se cuenta para realizar el análisis.⁶⁸

El análisis de Alcácer es sugerente. Creo que se plantea correctamente una cuestión crucial para el enfoque de este trabajo. Los criterios de legitimación no pueden agotarse en la legitimación de bienes jurídicos, sino que, al estar implicado el derecho penal en una particular forma, las cuestiones acerca de justicia política involucradas son relevantes.

Esta es una idea que quiero rescatar. La “forma estatal”, cuando hablamos de legitimidad tiene la mayor relevancia. Las conclusiones a las que se llega desde distintas formas de Estado (o distintas propuestas de justicia política) son evidentemente diversas y deben ser consideradas para el estudio del derecho.

Además, sostiene que existen dos corrientes de pensamiento en el ámbito de la filosofía política que tienen impacto en el diseño ético del derecho penal: el liberalismo y el comunitarismo. De hecho apunta:

«[L]a discusión acerca de la legitimidad en el Derecho Penal estará íntimamente vinculada al modelo ideológico de Estado de que se parte, por lo que en la polémica entre prevención y garantías deberán tenerse muy presentes las implicaciones ideológicas de la misma.»
(Alcácer, 2002: 142).

Parece ser que las alternativas en juego para el derecho penal son dos: de una parte, la posición liberal, que tiene como principal rasgo

⁶⁸ Y coinciden con la idea de Rubio, en cuanto a considerar un ámbito de explicación de la protección de unos determinados bienes jurídicos, y otro, relativo a las cuestiones éticas subyacentes al tipo penal.

la defensa a ultranza de la autonomía privada de los ciudadanos, y por otra, la posición comunitarista, que se caracteriza por dar preeminencia a los vínculos de identidad, estabilidad y mantenimiento de la comunidad, (Alcácer, 2002: 143).

Otra de las ventajas del trabajo de Alcácer es que ha desarrollado una forma de aplicación de esta tesis para el delito de omisión de socorro (Alcácer, 2000).

La pregunta con la que se arma el debate es: ¿cuál es el papel que pueden jugar en un derecho penal liberal, los deberes de solidaridad? Como sabemos, el derecho penal liberal está fuertemente comprometido con la protección de la autonomía privada:

«La prioridad de la *autonomía personal*, piedra angular del liberalismo político, implica que el ámbito interno de organización del ciudadano es de su exclusiva competencia, por lo que, si bien no está legitimado para inmiscuirse en la autonomía personal de otro ciudadano para dañar sus intereses y menoscabar su esfera de libertad, tampoco está, inversamente, obligado a extender su actuación a un ámbito externo de organización para mejorar la situación de los intereses ajenos, y con ello, aumentar su esfera de libertad» (Alcácer, 2000: 362).

Desde esta perspectiva, los ciudadanos deberían negar la pertinencia de un derecho penal que contenga mandatos de solidaridad, en la medida que les pone en situación de aumentar su sacrificio en pos de la consecución de una mayor libertad de los otros miembros de la sociedad (Alcácer, 2000: 363).

De hecho, desde cierta perspectiva, incluso puede decirse que la existencia de otros miembros de la sociedad puede ser considerada *per se* una amenaza para los intereses particulares de un determinado

sujeto (Alcácer, 2000: 363). Por lo tanto, sería todavía más difícil encontrar sentido a un deber de actuación a favor de intereses ajenos (como sería el mandato penal de socorro y el MID).⁶⁹

Entonces, los mandatos que involucren deberes positivos generales (ayudar al otro), derivados de la vinculación del ciudadano a la sociedad en cuanto mero miembro de la misma, estarían fuera de la agenda del derecho penal liberal (Alcácer, 2000: 364).⁷⁰

Lo relevantes es considerar que:

«El presupuesto implícito presente en las consideraciones anteriores es el de que el grado de legitimación de los deberes positivos y, más en general, la forma que adopten esas relaciones entre la autonomía y la solidaridad, va a depender de cómo se planteen las relaciones entre el individuo y la sociedad» (Alcácer, 2000:365).

La forma que toma el Estado, en tanto configuración de esta relación entre individuo y colectividad, parece ser lo relevante en el análisis de esta clase de delitos, teniendo en consideración la idea de necesidad de estudio de la legitimidad en el ámbito de la filosofía política.

En este contexto, Alcácer intenta buscar una alternativa al modelo preponderantemente liberal y lo encuentra en una

⁶⁹ El propio Alcácer llama la atención sobre la idea de libertad negativa como un rasgo del liberalismo que se opone a la concepción déspotica del Estado absoluto, en tanto pretende servir de límite a la actuación estatal en los ámbitos de organización privada de los individuos. Véase ALCÁCER, 2000: 364.

⁷⁰ Alcácer sostiene que habría una “tensión dialéctica” entre la idea de autonomía privada y la idea de solidaridad. Debe considerarse que además considera que la autonomía privada es un “axioma indubitado de nuestro ideario político y jurídico” (ALCÁCER, 2000: 365). Esto implica que las acciones que queden enmarcadas dentro de estos deberes generales de actuación, deben ser consideradas como cuestiones que cabe desarrollar en el ámbito de la moral privada (acciones que podemos aplaudir por la muestra de virtud pero que no debemos sancionar jurídicamente por su no realización). Esta idea se deriva de la imposibilidad de derivar desde una idea de autonomía personal los deberes de actuación que configurarían a la solidaridad.

determinada forma de comunitarismo (Alcácer, 2000: 366). Esta alternativa se basa en que:

«[L]a noción misma de solidaridad remite directamente a los lazos comunitarios de los individuos» (Alcácer, 2000: 366).

Como es obvio, la noción de solidaridad puede ser fácilmente reconducida a la idea de relevancia del grupo, de la comunidad –en cualquiera de sus formas- y con ello directamente al grado de “comunitarización” del individuo. En este sentido, y considerando la tensión que Alcácer encuentra bajo el alero liberal entre autonomía y solidaridad, parece que:

«[L]a conclusión será la que ya anticipábamos: que para fundar deberes de solidaridad, máxime en derecho penal, tendremos que asumir un cierto grado de “comunitarismo” entre los criterios de legitimación de las instituciones públicas reguladoras de la vida social, dado que en ese modelo social las relaciones entre autonomía y solidaridad parten del inverso presupuesto axiológico, por lo que la disposición de los ciudadanos a sacrificar su libertad en aras del bien común aparece como condición misma de la pervivencia de la comunidad» (Alcácer, 2000: 367)

El plano de la filosofía política aparece claro. Al constatar un problema en la fundamentación de la omisión de socorro, debido a la relevancia de la idea de solidaridad para fundamentar deberes generales de actuación, Alcácer nota la necesidad de trabajar en dirección a un modelo de justicia política que no parta de una premisa difícil de conciliar (la autonomía privada) con la carga que

se impone a los ciudadanos por medio de un mandato penal de socorro.

Por ello, el fundamento del mandato penal de socorro debería identificarse, según Alcácer, con la protección de la “conciencia de comunidad” (Alcácer, 2000: 368)⁷¹.

No toda construcción de los deberes generales de actuación a favor de terceros encuentra una pacífica existencia desde la perspectiva comunitarista. El propio Alcácer resalta el uso de esta clase de mandatos bajo la ideología nacionalsocialista, en donde la prioridad en la tensión individuo-comunidad la tiene ésta última (Alcácer, 2000: 373).⁷²

También Varona ha seguido pasos similares en el estudio de la omisión de socorro, marcado por las distintas teorías de la pena. Ya en su trabajo sobre miedo insuperable sostiene:

«[E]xisten dos razones principales que aconsejan este proceder [usar las teorías de la pena como herramienta de estudio de la legitimidad en clave ética] que tienen que ver con la importancia que las cuestiones de política-criminal desempeñan en la Teoría del Delito; y en segundo lugar, con el intento de dotar a la cuestión del fundamento de un alcance más amplio que el relativo a la naturaleza jurídica» (Varona, 2000: 11)

⁷¹ Cabe en este punto hacer una advertencia: es posible que la idea señalada como liberal por Alcácer acerca de que la solidaridad es una virtud privada, pueda tener cierto asidero en una comprensión también comunitarista. Las virtudes en la visión de MacIntyre pueden tener distintos puntos de expresión, uno de ellos el razonamiento práctico que involucra a los daños y riesgos que amenazan bienes de los individuos, y por esa vía puedan ser interesantes al derecho. Todo sin necesidad de transformar a la solidaridad en algo distinto de la virtud privada. Sobre el particular véase LORENZO, 2007: 160 - 172.

⁷² En el mismo sentido se pronuncia Varona, siguiendo la lectura hecha por Alcácer, véase VARONA, 2005: 171 - 172.

En un sentido sustancialmente similar, Varona explora la justificación del mandato penal de socorro recurriendo a los fundamentos filosóficos de la figura. Considera, como Alcácer, que la sola discusión acerca del bien protegido no acaba de aclarar totalmente el sentido de este mandato en el sistema español (Varona, 2005: 27 – 34).

Para Varona la relevancia de las cuestiones acerca de la legitimidad en términos de filosofía política no se circunscribe, sin embargo, tan sólo a la decisión de “cuánto comunitarismo” deba agregarse a una sociedad marcadamente liberal. En este caso, parece ser determinante estudiar las posibles respuestas de legitimidad de la figura de la omisión de socorro, a partir de las distintas teorías de justificación de la pena. Las distintas teorías de la pena, parecen ser el primer paso en la comprensión de las alternativas presentes para justificar la corrección del mandato penal de socorro (Varona 2000: 11 y ss. y Varona 2005: 33 – 34).

En este caso lo que tenemos como esquema central es la tensión entre utilitarismo y retribucionismo (*just desert*) como eje de la discusión de justificación del mandato penal de socorro.

Es claro, de acuerdo con la idea de Varona, que bajo la influencia de un derecho penal utilitarista, la atención acerca del mandato penal de socorro se corresponde con la máxima de aumento de la felicidad general en la sociedad (Varona, 2005: 37).⁷³

En términos de Varona, la justificación utilitarista del mandato penal de socorro puede resumirse como sigue:

⁷³ Así, por ejemplo aparece en Bentham la posibilidad de considerar deseable la obligación de que un hombre deba, sin incurrir en riesgo propio, ayudar a la persona en peligro, BENTHAM, 1781: 233. Véase en el mismo sentido VARONA, 2005: 38 – 39.

«[E]ste mandato tiene efectos sociales beneficiosos porque previene toda una serie de daños importantes a bajo coste (aquí como coste parece que debería contar, por un lado, la limitación general de la libertad que tiene lugar con la imposición del deber de socorro, y por el otro, el sufrimiento que se produce con el castigo de los infractores), y con ello, además, se aumenta la libertad de las personas al aumentar sus condiciones de seguridad.» (Varona, 2005: 39)

Por medio del mandato de actuación subyacente a la omisión de socorro se aumenta la felicidad al prevenir la conducta del mal samaritano, salvaguardando los bienes de las víctimas en peligro (Varona, 2005: 39).

Esta idea, por cierto, implica desde la propia óptica utilitarista una limitación al uso de un altruismo generalizado, pues de otra manera se transformaría en una herramienta que limitaría en exceso a la libertad y con ello podría generar altos costes en la vida social de los obligados por el mandato.

Varona ha resumido estas limitaciones en torno a cuatro puntos.

El primero dice relación con la necesidad de un mandato penal de socorro. Desde la óptica utilitarista debería reconocerse la inexistencia de los vínculos necesarios entre los ciudadanos, que a su vez haga razonable el uso de una herramienta intensa de vinculación, como es un mandato penal de actuación a favor de un tercero (Varona, 2005: 40).

El segundo se relaciona con la emergencia que expresa la situación de hecho que provocaría la necesidad de socorrer. Esta sería una cláusula de relevancia para evitar la construcción de un deber general de altruismo por la vía penal. (Varona, 2005: 40).

El tercero indica que el deber de socorrer debe ser factible. Esto es plausible, para no exigir a los ciudadanos actuaciones desproporcionadas frente a la necesidad de actuar conforme al mandato. Podría decirse de manera gráfica, que el mandato penal de socorro no debe ser una herramienta que persiga la actuación heroica. En este punto se incluyen las cláusulas de exigibilidad que permiten operar como límite. (Varona, 2005: 41).⁷⁴

En cuarto lugar, es plausible decir que la pena que deba asociarse al mandato penal de socorro no debe ser demasiado severa. Si la carga impuesta por medio del mandato penal de socorro no importa un esfuerzo desmesurado, entonces la tendencia a la infracción del deber podría quedar cubierta por medio de una conminación de pena baja (Varona, 2005: 41)⁷⁵.

La óptica utilitarista de justificación del mandato penal de socorro recibe, sin embargo, críticas de peso.

Por una parte, se niega su efectividad. La necesidad de suplir una actitud moral de los individuos por medio del derecho penal pone al mandato penal de socorro en una paradoja. Si la motivación moral existe (la sociedad considera bueno ayudar al otro), puede ser innecesario contar con un mandato penal de ayuda. Si, por otra

⁷⁴ En nuestro caso, podemos inscribir aquí la actuación “sin riesgo propio o ajeno”. Tal como señala Varona, estas cláusulas pueden ser incorporadas desde distintos puntos de vista. La idea es no traspasar la idea de inconveniente sensible, por ejemplo, exigiendo además cierta proximidad física al hecho que desencadena la necesidad de ayudar al otro. Véase VARONA, 2005: 41.

⁷⁵ Esta es probablemente la cuestión más polémica dentro de las ideas limitadoras propuestas por Varona. Si por una parte la necesidad del mandato penal de socorro implica considerar que no existen suficientes lazos entre los individuos, y si se entiende que el mandato penal es una manera de, por la vía coactiva, generar o reforzar la generación de esos lazos, desde la perspectiva utilitarista podría entenderse justificada una pena alta en la medida que ésta sirva para la generación de esos determinados lazos y con ello lograr que en los hechos los ciudadanos se comporten de acuerdo al contenido del mandato (esto es, ayuden a los otros). Desde esta óptica, esta cuarta limitación ofrece un campo de estudio muy interesante, que de cualquier manera no puede ser desarrollado en este trabajo.

parte, no existe, entonces, difícilmente podrá considerarse correcto hacer ingeniería moral por medio, ni más ni menos, del derecho penal, pues el derecho debería ser considerado reflejo de lo que la sociedad considera bueno y malo (Varona, 2005: 42).⁷⁶

Se ha intentado responder estas críticas, primero, asumiendo de la manera más general posible la conexión entre derecho y moral (esto es que el derecho penal puede vincularse a razones morales para su aplicación). Se sostiene que el mandato penal de socorro, incrementaría el número de personas motivadas moralmente a actuar conforme a la idea de buen samaritano, lo que aumentaría, o haría más segura, la posibilidad de socorro.⁷⁷

Por otra parte, se ha argüido que a pesar de que el derecho penal no pueda ser herramienta de generación de convicciones morales, el sólo temor generado por la amenaza de pena, haría,

⁷⁶ Debemos notar que en este punto, la explicación de Varona calza con la idea crítica presente en Alcácer acerca de que los mandatos generales de actuación a favor de terceros podrían ser considerados como acciones propias de la moral privada, pero que no justificarían el uso de la sanción jurídica (podemos aplaudir las acciones conforme a la idea de que es bueno ayudar a otros, pero no podemos sancionar penalmente a quienes no actúen conforme a esta virtud). Sin embargo, puede apuntarse que esta paradoja puede ser considerada aparente. Esto porque la expresión “moral” puede tener dos sentidos. En un primer caso, la moral existente como motivación de los ciudadanos que consideran bueno ayudar a otro, parece ser moral social. Pero la moral que se perseguiría alcanzar por medio del establecimiento de un delito que busque generar la convicción de que es moralmente bueno ayudar a otro (en el caso de que esta motivación no exista en el nivel moral social) parece ser moral objetiva. Con esto, en realidad, la premisa sobre la que descansa la crítica que sostiene que se hace ingeniería social por medio del derecho penal para crear la convicción moral acerca de lo bueno que es ayudar a otro no permite derivar el carácter moral de la pretensión modificadora que pueda tenerse con un delito. Esto porque constatada la convicción en la sociedad se asume un punto de vista moral social y porque establecida la ley se asocia a una moral objetiva.

⁷⁷ Debe notarse que la idea de “conexión entre derecho y moral” en el derecho penal español suele ser difícil. No por las cuestiones teóricas relacionadas con las distintas maneras en que puede entenderse esta conexión, sino porque es recurrente la idea de que el derecho penal se encuentra del todo escindido de las razones morales. No puedo ocuparme en este trabajo de este problema, pero puede decirse que sin duda se encuentra fuertemente relacionado con lo que posteriormente denominaré la “marca liberal” en el derecho penal español. Volveré sobre esto en el capítulo III.

desde la perspectiva utilitaria, adecuado el uso de un mandato penal de ayuda a otros. Lo que interesa al derecho penal es la conducta externa y es a ella a la que se dirige la existencia de un mandato penal de socorro (Varona, 2005: 44).⁷⁸

En contra, entre otras consideraciones, puede señalarse la idea de que la generación de una carga tan intensa como es el mandato penal de socorro, puede a su vez persuadir a los individuos antes que a ser buenos samaritanos, a no estar en situación de convertirse en samaritanos (Varona, 2005: 61).

El propio Varona encuentra una respuesta a este argumento. Esta clase de críticas pueden ser vistas como exageradas a la luz de la existencia de cláusulas de inexigibilidad en la configuración del mandato penal (Varona, 2005: 63). El sentido de esta cláusula es, precisamente, evitar que la carga del mandato sea desproporcionada.

Aún así, el propio Varona aclara que los contornos del mandato penal de socorro quedan expuestos a crítica desde la óptica utilitarista. En resumen, es posible sostener que asumiendo esta perspectiva, no puede ofrecerse una defensa empírica de la efectividad del mandato, y por otra parte, puede tener que optarse

⁷⁸ Cabe destacar que en este punto Varona utiliza argumentos relacionados con la práctica del mandato penal de socorro, y cómo ésta demuestra lo relativo de la eficacia preventiva del derecho penal. Es ilustrativo en tanto genera una duda acerca de la veracidad práctica del argumento utilitario, sin embargo, podría decirse que la veracidad práctica de un argumento no nos adelanta demasiado acerca de la corrección teórica del mismo. En otros términos, podría pensarse que existen dos planos en los que puede evaluarse al argumento. Uno teórico, en tanto respuesta a la crítica sobre la modelación moral de los individuos por medio del mandato penal de socorro, y otro pragmático, que diga que la respuesta en torno a la eficacia preventiva del propio mandato es, en realidad, relativa. Creo que en este mismo sentido se inscribe la idea de que el mandato penal de socorro pueda convertirse en una “bella durmiente”, es decir, que el efecto preventivo se vea cuestionado por la no aplicación del delito en los hechos. Podría responderse desde la justificación utilitarista que la no aplicación es, nuevamente, un problema del plano empírico, que no nos dice que *en caso de aplicarse*, pueda verse justificado con base en la idea de prevención general. Véase VARONA, 2005: 44 - 55.

entre un mandato penal de socorro extremadamente restringido o excesivamente amplio (Varona, 2005: 98).⁷⁹

Este estado de la justificación permite abrir juego a la alternativa teórica planteada al principio por el propio Varona: parece ser que si queremos encontrar una justificación fuerte para el mandato penal de socorro este se relaciona con la lógica retributiva (Varona, 2005: 98).

Una primera cuestión relevante para esta óptica será la idea de daño. La imposición de la pena deber ser correlativa a la generación de un daño que justifique el uso del derecho penal como acto comunicativo de censura en contra del delincuente (Varona, 2005: 102).

Desde esta perspectiva, el delito de omisión de socorro, no ofrece mayores problemas, pues el daño (la lesión en los bienes de la persona en situación de ser ayudada) es fácilmente perceptible. Más complejo es articular la atribución del daño a quien omite prestar auxilio (Varona, 2005: 102).⁸⁰

⁷⁹ Esto porque el mandato puede quedar reducido tan sólo a supuestos donde quede fehacientemente probada su efectividad empírica. En aquellos delitos donde el mandato no tenga efectividad debería optarse por su derogación. En este caso puede que tengamos un mandato excesivamente limitado, quedando situaciones que puedan ser tenidas como relevantes fuera del ámbito de acción del mencionado mandato. Por otra parte, si desde la perspectiva utilitaria se asume que debe aplicarse este mandato a todas las situaciones donde podría resultar útil, es probable que tengamos un mandato excesivamente amplio, que se extienda a hipótesis donde resulte de difícil aplicación o de aplicación inútil.

⁸⁰ Por cierto, esta es una cuestión que resulta distinta en el MID. El daño en este caso jugaría un doble rol. Por una parte, es daño en el sentido del delito que se comete (para decirlo gráficamente el *daño del delincuente*). Y por otro, es daño en el sentido de la omisión del MID (*daño del que omite impedir la generación del daño del delincuente*). Si bien valorativamente pueden establecerse diferencias, desde la perspectiva del hecho (el resultado del delito cometido y no evitado) tenemos que un suceso sirve de base para construir dos juicios de censura. Este rasgo complejo se suma además a la cuestión acerca de la atribución de este daño a quien omite impedir el delito. Además tenemos que este daño de quien omite impedir el delito debe relacionarse con el daño a la actividad de evitación de delitos con el que también se relaciona esta figura.

Esta dificultad radica en dos grandes puntos. Por una parte, puede advertirse que al construirse un delito de omisión, existe un débil nexo causal entre la acción (omitir impedir el delito) y el resultado. Como ha puesto de manifiesto Moore (1993 : 54)⁸¹ el derecho penal debiera distinguir entre “hacer del mundo un lugar peor” y “no hacer del mundo un lugar mejor”. Esta última idea, puede implicar una valoración positiva, y ser considerada una acción apreciable, pero no sería asunto del Derecho. De acuerdo a esta posición deberíamos distinguir entre el merecimiento producto de una infracción de normas de la moralidad -que justificaría el castigo jurídico y quizás penal- del merecimiento que puede surgir por la violación de los ideales morales relacionados con un carácter virtuoso. Éstos últimos no pueden fundamentar una reacción jurídica.

A efectos de aclarar el panorama de este punto podemos acudir a un trabajo de Nino (1979). Para Nino el punto central es, precisamente, atender al razonamiento moral intuitivo que sostiene que es malo provocar un mal por medio de una acción positiva y es menos malo provocar el mismo mal por medio de una omisión.

El ejemplo que presenta es simple: ¿es igualmente reprochable el sujeto que envenena a un grupo de niños pobres provocando su muerte que el sujeto que omite hacer una donación al mismo grupo de niños provocando también su muerte?

En la concepción de Nino resulta obvio que el primer caso, el actuar en contra de la vida de un grupo de niños es más reprochable que el segundo caso. Quien omite ayudar puede tener que soportar un reproche moral, pero no un reproche asimilable al del asesino.

⁸¹ Moore expresa esta cuestión a propósito de su comprensión de la pena retributiva. Sobre esto véase MOORE, 1993: 17 – 43; 1997: 153 – 188.

Es cierto, prosigue Nino, que existen casos en que la omisión tiene un lugar entre los reproches más serios o graves. Es el típico caso de omisión de alimentar al hijo pequeño de parte de la madre, causando la muerte del niño.

En este segundo caso de omisión sostendríamos sin mayor problema que la madre es responsable de la muerte de su hijo, pues la madre debía alimentarle. Por otra parte, diríamos que el egoísta que teniendo medios de sobra para realizar una donación al grupo de niños pobres omite hacerla, no es responsable de la muerte de los niños en el mismo sentido de la madre (Nino, 1979: 803).

La diferencia entre los dos casos es que en el segundo la madre tiene un deber de actuación, establecido por el derecho. La madre se encuentra jurídicamente obligada a dar de comer a su hijo pequeño y es responsable en el caso de omitir el cumplimiento de un deber causando un resultado tal como la muerte.

Lo llamativo es que la omisión ante un deber queda asimilada a la acción positiva. La omisión de impedimento de un homicidio nos hace responsable en el mismo sentido que si cometemos el homicidio por vía activa (aunque evidentemente la proporcionalidad nos permite decir *a posteriori* que el reproche tiene una cuantía diferente entre uno y otro caso, mereciendo más pena el homicida que quien omite impedir el delito).

Puede resultar útil distinguir, en esta cuestión concreta acerca de la relación entre el juicio moral y el reproche, entre moralidad positiva o convencional y moralidad ideal o crítica. Si centramos el debate en la moralidad como moralidad convencional, es evidente que deberíamos negar la posibilidad de que el derecho intervenga sancionando una cuestión que se ampara tan sólo en un juicio moral contingente, como sostiene Nino:

«Las pautas morales que una sociedad contingentemente adopta pueden ser aberrantes, oscurantistas o retrógradas, de tal forma que el derecho haría bien si las ignorara y promoviera modelos de conducta y de crítica diferentes. Pero la cuestión es distinta si, en lugar de preguntarnos si el derecho debe necesariamente interferir con actos que la moralidad positiva condena, nos hacemos la misma pregunta en relación a actos que resultan proscriptos por una moral crítica o ideal que consideramos válida independientemente de que coincida o no con las opiniones y hábitos morales vigentes en la sociedad» (1979: 805)

Si asumimos como correcto el segundo sentido de moralidad propuesto por Nino podemos sostener que la crítica a la justificación utilitarista puede ser disuelta. Por otra parte, como también apunta Nino, la sola idea de inmoralidad en el contexto utilitarista debe involucrar daño a terceros, por lo que es difícil aún asumiendo un punto de vista utilitario sostener que podemos concebir un acto inmoral irrelevante para los demás miembros de la comunidad (1979: 805).

Por otra parte, una cuestión posterior que debe despejarse, es cómo seleccionar de entre la “multitud” a quién será responsable desde la perspectiva del mandato penal de socorro. Esta es la objeción que surge a partir de las “teorías de la justicia” (Varona, 2005: 104 – 105).

En búsqueda de los argumentos para encontrar una solución a estos dos problemas en que puede encontrarse la óptica retributiva, Varona acude a:

«[U]na determinada visión de la relación entre los conciudadanos, que tiende a subrayar los lazos que los unen entre sí» (Varona, 2005: 105).

Para estudiar esta relación entre los ciudadanos debe recurrirse al contexto de filosofía política. En este punto, Varona divide los argumentos en liberalismo, comunitarismo y feminismo. Acertadamente a mi juicio, utiliza al comunitarismo y al feminismo como dos agendas de justificación que pueden ser entendidas como críticas al liberalismo (Varona, 2005: 106 – 115).

Para el comunitarismo, la naturalidad de la idea de lazos entre los individuos, implica la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal en caso de no asistir a otro (Varona, 2005: 109).⁸²

Por su parte el feminismo asume la existencia de una visión femenina que puede contar, en términos teóricos, como algo distinto de las tesis liberales.⁸³ La principal contribución de esta óptica, es contraponer a la denominada “ética de la justicia” la “ética del cuidado” como una ética que tiene como propiedad central la interdependencia del concepto de “yo” y de “otro”. (Gilligan, 1982: 17 - 23).

Finalmente, Varona toma posición. El mandato penal de socorro debe ser limitado. El grado de “comunitarismo” dentro de la comprensión de la relación entre individuo y Estado debe encontrar como límite la regulación de un mandato penal de socorro referido a ciertas situaciones específicas.⁸⁴

⁸² Esta idea es la central en el trabajo, ya referido, de Alcácer.

⁸³ La más destacada exponente de este punto es Carol Gilligan, quien presenta la necesidad de asumir un “modo de razonamiento moral” propiamente femenino. Véase GILLIGAN, 1982: 24; cit. en VARONA, 2005: 111.

⁸⁴ Debe señalarse que en este punto Varona realiza una afirmación no exenta de polémica: «un grado tal de “comunitarismo” sería ajeno al núcleo claramente liberal de nuestra organización social y económica y con ello de nuestro Derecho Penal.» (VARONA, 2005: 171).

Junto a ello defiende la idea de descartar las referencias que se sustenten en la protección de la solidaridad genéricamente entendido o en la protección de bienes jurídicos sin especificar. Por ello, la manera de encontrar un fundamento que limite el uso del delito se relaciona con la afirmación de bienes específicos: la vida y la integridad física.

Como puede apreciarse, al igual que Alcácer, Varona desarrolla un trabajo que recurre a cuestiones de legitimación de la relación entre individuo y comunidad. Ambos autores, pensando en la omisión de socorro, han visto de manera clara la necesidad de incluir en el análisis de la legitimidad de un delito concreto cuestiones de filosofía política.

Esta es la idea que quiero destacar. Creo que el MID, tiene similares características que la omisión de socorro a efectos de hacer necesaria una revisión de los supuestos filosóficos con miras a su legitimidad.

Creo que el argumento preliminar para definir el contenido de este trabajo, se descompone de la siguiente manera:

Primero: El esquema del bien jurídico protegido no es lo suficientemente expresivo para el estudio de la legitimidad, en especial de los mandatos de actuación a favor de terceros, como es el MID;

Segundo: Existen antecedentes en la propia doctrina española, que han dirigido su atención hacia el nivel de justicia política, en particular en el ámbito de la omisión de socorro;

Tercero: Entonces, el esquema para el análisis de la justificación del MID, puede realizarse mirando precisamente este nivel de fundamentación ético-político.

Cuarto: Finalmente, en el caso concreto del mandato penal, debemos encontrar los argumentos del nivel ético-político que se consideren más convincentes para realizar el análisis.⁸⁵

2.4. Bases de un esquema para el MID

Debemos, entonces, centrar la atención en las características del MID, e intentar articular un esquema para el estudio de su justificación, atendidas las consideraciones acerca de la insuficiencia del bien jurídico realizado por la doctrina hasta aquí.

Es necesario determinar qué esquema debe utilizarse en concreto en el MID, considerando que existen dos grandes alternativas disponibles en la doctrina española. Por una parte, está el esquema que se encuentra subyacente en los trabajos de corte dogmático (interpretativo) del delito en concreto, en los que, como hemos sostenido, hay cierta evidencia de argumentos acerca de la legitimidad por medio de la consideración del bien jurídico. Por otra parte, tenemos la alternativa que avanza desde el bien jurídico protegido a las cuestiones de filosofía implícitas detrás del delito (en su caso, de la omisión de socorro).

Habiendo revisado los argumentos desarrollados por la doctrina española en torno a este mandato, sabemos que,

⁸⁵ Deseo destacar que, de cualquier manera, el modo en que se desarrollará el análisis no implica excluir el análisis del bien jurídico protegido, como he advertido anteriormente. Y por cierto, esta idea de acudir a un contexto de justificación del derecho penal que exceda los límites de la teoría de la pena está presente también en Kindhäuser: “La pena sólo es legítima si también lo son las normas de comportamiento reforzadas punitivamente; responder con una irrogación retributiva de un mal a la contravención de una exigencia de conducta que sea éticamente deficitaria sería *eo ipso* ilegítimo”. Véase KINDHÄUSER, 2009: 18 - 19. A este nivel ético es al que debe dirigirse este trabajo, y por ello no uso directamente los esquemas disponibles tanto en los trabajos de Alcácer como de Varona para la omisión de socorro.

esencialmente, la cuestión acerca de la legitimidad se reduce a la revisión de los criterios de determinación del bien jurídico protegido.⁸⁶

Sabemos que este criterio no da cuenta de todos los aspectos que se encuentran involucrados en la operación de justificar un determinado delito. Esto porque, en resumen, no acaba de definir la cuestión acerca del modelo de obligación política de ayudar a otros que se encuentra implícita en este delito (como en la omisión de socorro).⁸⁷

Por otra parte, la noción de bien jurídico como una razón de justificación genera el problema de su pretensión limitadora. Es una razón por la cual el delito existe y también es una razón por la cual el delito se limita.

Además, como puede apreciarse en la discusión doctrinal que sigue este esquema, no aparece convincente que la decisión por un determinado bien jurídico permita dar por satisfechas ciertas cuestiones materiales acerca del sentido del delito en concreto. En alguna medida, la respuesta a la pregunta por la justificación de este delito se torna circular: el delito se justifica por que protege a los concretos bienes jurídicos protegidos por los delitos que deben evitarse (por ejemplo), y estos bienes jurídicos deben servir de base a la limitación de la misma figura, sin prejuzgar qué tipo de sentido tenga dentro de un determinado Estado la sanción de conductas de “indiferencia” respecto del semejante.

⁸⁶ Con el importante matiz de que no toda la cuestión desarrollada a propósito del bien jurídico protegido del MID está diseñada como una respuesta a la legitimidad del mismo. Por ello reitero que aquella parte del discurso que se sitúa cerca de consideraciones materiales del bien jurídico protegido pueden ser tenidas como un avance en la línea del estudio de la legitimidad de este delito.

⁸⁷ La mejor evidencia de esto está constituida por los trabajos de Varona y Alcácer tratados anteriormente. Ambos demuestran el rendimiento que puede tener el hecho de extender el análisis más allá del sólo bien jurídico.

Por último, considero que el enfoque material que puede surgir de la mano del bien jurídico protegido puede devenir en una visión tiránica del propio derecho penal. La idea de que el derecho penal “proteja entidades” por medio de los delitos puede resultar paternalista pues no considera que, en un sentido esencial, aquellos que serán protegidos son los autores, en definitiva, del derecho.⁸⁸

La otra visión es la que se ha desarrollado a propósito del estudio de la omisión de socorro, según hemos visto. Es lo que he denominado “esquema alternativo”.

Creo que el MID se encuentra relacionado con el mandato penal de socorro. Ambas figuras parecen relacionarse con la idea de solidaridad e imponen mandatos de actuación a los ciudadanos a favor de terceros.⁸⁹

Probablemente la diferencia esencial se da en el tipo de “detonante” de uno y otro mandato. En el caso del mandato penal de socorro, lo que determina la generación de la obligación de actuar es un hecho que no tiene calificación de delito: lo determinante es el peligro sobre los bienes de una persona.

⁸⁸ Esta idea puede merecer una mayor explicación, que creo será dada en los capítulos siguientes. Por el momento digamos que me parece que la noción de que el derecho penal es algo dado para proteger los intereses de los ciudadanos niega el carácter democrático del mismo. Esto, porque asumo un compromiso con una clase de democracia deliberativa, según la cual los ciudadanos deben ser considerados autores del derecho penal y por tanto, “padres” de las diversas figuras legales que conforman a esta rama del derecho. Creo que de esta manera la noción de “bienes protegidos” debería en realidad ser vista como “bienes atacados”, y de hecho, preferiría hablar de “objeto de ataque”. Esto no es del todo extraño en la doctrina penal: se habla de delitos “contra la vida”, “contra la integridad”, porque lo que denominamos “bien” es en un sentido un objeto que se ataca por medio del delito. Es obvio que en la utilización de la expresión “bien” se señala también un juicio de valor del mismo objeto de ataque (la vida humana, por ejemplo, como un proceso complejo y valioso para la sociedad). Sólo quien asuma que lo que se ataca (por medio de la comisión del delito) ha sido señalado como valioso por los ciudadanos, puede explicar el derecho penal como una manifestación del acuerdo democrático. Creo que el tema puede ser interesante aunque no puedo hacerme cargo de este asunto por completo en este trabajo.

⁸⁹ Esta relación ha sido apuntada sucintamente por Varona. Véase VARONA, 2005: 24.

En el caso del MID, parece ser que lo que gatilla al mandato es la valoración jurídica de un hecho peligroso para ciertos bienes de una persona. Lo que debe evitarse es un *delito* (contra la vida, la integridad, la libertad o la libertad sexual de una persona).

En el caso del mandato penal de socorro, existe una situación definida de peligro; en el caso del MID existe una situación de riesgo definida por la comisión de ciertos delitos en contra de una persona.⁹⁰

Puede decirse que es relevante, para el caso del MID, la idea de prevención o combate del delito. En definitiva, el MID, es una manera particular de prevenir ciertos delitos. Es una carga penal para los individuos de contribuir en la evitación de la comisión de delitos.

Pero esta idea no es la única que se encuentra relacionada con este mandato. También, y al igual que para el mandato penal de socorro, la solidaridad tiene una relevancia capital. Sólo por medio de la relevancia de los vínculos entre individuos puede explicarse la existencia de un mandato de actuación a favor de terceros como es el MID.⁹¹

Intentaré explicar el sentido de estas dos ideas.

⁹⁰ Por ello, recordemos que el MID puede ser visto como una especie agravada del mandato penal de socorro.

⁹¹ Las nociones de prevención o combate contra el delito y de solidaridad se encuentran detrás, por ejemplo, de la misma figura delictual en el derecho penal francés. En este sentido se han pronunciado ASHWORTH y STEINER, 1990: 156 – 157.

2.4.1. *La prevención o el combate contra el delito*

Todo el sistema penal parece estar establecido para prevenir delitos. De hecho, es uno de los tópicos usuales con los que se describe el uso del derecho penal. No es éste el sentido que nos interesa en esta sección del trabajo, pues obviamente al mencionar a la prevención del delito en este contexto intento aludir a una característica particular del MID.

Puede decirse que el legislador con el establecimiento del MID, ha venido a reforzar la llamada de evitación de delitos especialmente graves (contra la vida, contra la integridad, contra la libertad y contra la libertad sexual). Este es un primer camino para dar cuenta de la idea de prevención del delito en el marco de la legitimidad del delito de omisión de impedir delitos: el delito se justifica, en este sentido, porque reforzar la prevención de delitos graves está justificado.

Este es un argumento que está presente de manera tácita en trabajos bien conocidos en la materia⁹².

Ya en la discusión acerca de la pertinencia de la idea de administración de justicia como bien jurídico protegido, aparece mencionada la idea de que por medio de este mandato penal se provee a la prevención de delitos⁹³

Esta concepción supone considerar que el MID puede ser estimado como un delito que afecta a la administración de justicia:

«[P]or entenderlo como una falta de cooperación en la realización de una función que también corresponde a los órganos de la justicia y

⁹² Véase por ejemplo SOLA, 1999.

⁹³ Aunque esto se usa para descartar que la prevención de delitos sea función de los órganos de justicia, véase ALAMILLO, 1962: 129.

que constituye la finalidad de muchas de sus actuaciones.» (Sola, 1999: 28)

Parece claro, para quienes sostienen esta idea, que este mandato involucra a los ciudadanos en la lucha contra la delincuencia, y por esta vía, sirve como herramienta de prevención (con un rasgo preventivo adicional al que pueden tener todos los delitos).

Uno de los problemas con que tropieza esta tesis es que no da cuenta de las razones por las que se deben impedir sólo determinados delitos. Si lo que debe presidir el análisis es esta noción de prevención, asociada a la administración de justicia (aún ante la duda de que la prevención de delitos sea una función propiamente jurisdiccional), ¿por qué sólo deben impedirse los delitos contra la vida, la integridad, la libertad y la libertad sexual?

Parece ser que, en parte, sería razonable considerar que el legislador refuerza por medio de un delito, la prevención de delitos graves. El argumento aquí sería que el MID es la expresión penal de un mandato general de prevención o de lucha contra la delincuencia. De ser así, nos enfrentamos al problema de la determinación de la gravedad como índice.⁹⁴

Una primera respuesta, puede estar definida de acuerdo al tipo de bien jurídico que se encuentra en cuestión en cada uno de los delitos. Sin embargo, como es bien sabido, el peso específico de estos bienes es una cuestión relativa. Ello, porque las expresiones “delitos contra la vida” o “delitos contra la integridad” pueden resultar erróneas.

⁹⁴ Veremos en el capítulo IV que desde la perspectiva republicana existe una salida a esta pregunta asumiendo la posición denominada “el crimen como mal compartido”.

Pensemos, por ejemplo, en el delito de aborto. ¿Es un delito contra la vida humana en el sentido del delito de homicidio? O más claramente aún, ¿no debe evitarse la comisión de un delito de terrorismo dadas las condiciones de operación de la omisión contenida en el artículo 450.1?

Existen respuestas en uno y otro sentido, que pueden estar bien justificadas en el texto del artículo 450.1 CP. Sin embargo, es cierto que existen ciertas “zonas oscuras” donde podría ponerse en entredicho la operatividad de la idea de gravedad del delito como única respuesta.

La idea de prevención sucede a la idea de censura. Las razones por las cuales se establece la sanción y, con ello, la norma de comportamiento, precede a la razones que se tienen a la vista para reforzar por medio de la amenaza de pena la conducta deseada por el legislador.⁹⁵ No obstante, este no es el sentido que la expresión “prevención de delitos” debe tener en este contexto. En otras palabras, por prevención de delitos en el marco del estudio de la justificación del mandato de impedir determinados delitos debemos

⁹⁵ Quisiera llamar la atención sobre un punto que me parece interesante. Es posible pensar que la tesis que defiende que el MID se justifica por la ayuda ciudadana a la Administración de Justicia, parte de una premisa utilitarista. Esto, principalmente porque las razones de existencia del mandato tenderían a ser prospectivas y estarían marcadas por el beneficio obtenido por medio del funcionamiento del MID. Mi impresión es que en realidad deberíamos buscar razones de existencia o justificación de este mandato desde el punto de vista retrospectivo, es decir, buscando la justificación del MID en tanto norma de comportamiento reforzada penalmente. Esto no impide considerar que la prevención tenga cierto lugar en la justificación del derecho penal, pero como sugiere Von Hirsch es razonable pensar que esta queda supeditada a la censura: Si uno considera que la prevención del delito consiste en: «[...] suministrar razones prudenciales; razones que están vinculadas y complementan las razones normativas expresadas en la censura penal. El derecho penal, a través de la censura implícita en sus sanciones; expresa que la conducta está mal, y con ello suministra al agente moral razones para desistir. De todos modos (dada la falibilidad humana) puede sentirse tentado. Lo que el desincentivo prudencial puede hacer es suministrarle una razón adicional – la prudencia- para resistir la tentación» (Von Hirsch, 1998: 39).

entender una característica de la acción de rescate que debe desplegarse.

Es posible que lo que se encuentre detrás sea una intuición de acuerdo a la cual la actitud habitual del ciudadano para con el derecho, y en particular con el derecho penal, suponga la protección de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad, y sea en este sentido, preventiva.⁹⁶

Existe otro argumento para estudiar la relevancia de la prevención del delito en el MID. Como hemos visto, la idea relativa a que los ciudadanos ayudan al Estado, evitando la comisión de ciertos delitos, ha sido estudiada desde la perspectiva del rendimiento que ofrece la “administración de justicia” como bien protegido.

Recordemos que uno de los puntos difíciles para entender que el MID se justifica en la protección de la administración de justicia está en considerar que el mandato opera responsabilizando a quien omite impedir delitos, aunque otro sujeto lo impida, o el propio autor desista. Es decir, se puede imputar responsabilidad penal por incumplimiento del mandato aún si no se ha producido efectivamente el delito que debía evitarse. Por tanto, el acaecimiento del daño del delito que debe evitarse es irrelevante pensando en la responsabilización a título de incumplimiento del MID.

Si esto es así, entonces, la noción de prevención de delitos no es la principal a tener en cuenta en la búsqueda de la justificación del MID, pero es una característica que lo diferencia del mandato penal de socorro. Existe antes un campo donde el mandato se agota en tanto norma de comportamiento reforzada penalmente, y no requiere

⁹⁶ Con matices, un argumento central en este sentido es ofrecido por Dagger. Véase DAGGER, 2008: 260 - 263.

de la efectiva ocurrencia del daño propio del delito que deba evitarse.⁹⁷

Debemos considerar que el hecho de que el MID esté dedicado a evitar sólo determinados delitos, ofrece un rasgo de cualquier manera considerable. Es cierto que es difícil que se pueda fundamentar el MID en esta idea, pero como aparece de manifiesto, el sentido de la solidaridad humana en el MID, dice relación con desplegar una actividad para evitar que se cometan ciertos delitos. Y por cierto, podríamos pensar que esos delitos, especialmente graves – a pesar de su “textura abierta”- sirven para reconstruir el sentido *penal* de este mandato de solidaridad.

Como el despliegue de esta actividad efectivamente está vinculado con la prevención de delitos, si los ciudadanos cumplen el mandato, en abstracto, tendríamos menos delitos.⁹⁸

Creo que este sentido de cualquier manera no es propio del MID, es decir, que la prevención del delito que tenemos en frente es la misma que puede encontrarse en otros delitos. Así, si los ciudadanos cumplen la regla subyacente en el delito de homicidio (no matar) también se tiende a la baja en los delitos pero no diríamos que la prevención de delitos es un dato capital para analizar la legitimidad del delito de homicidio.

⁹⁷ Esta es una cuestión importante para entender cómo opera este mandato. Algunos autores, aunque minoritarios, ven en este delito una forma de incriminación específica de una clase de participación. Así se ha dicho: “Según defiende Beneytez, el delito [de omisión de impedir determinados delitos] es una *incriminación específica de una forma de participación*, una complicidad omisiva [...]” (HERNÁNDEZ, GOYENA, GRINDA y MUÑOZ, 2002: 79), lo que trasladaría por supuesto toda la cuestión acerca de la legitimidad del título de incriminación a una cuestión sobre extensión de las formas de autoría y participación.

⁹⁸ Aunque no es el nivel en el que creo que deba desarrollarse el argumento, la idea de que los ciudadanos tienen una intuición acerca de la justificación preventiva de la pena está en entredicho desde el punto de vista empírico. Véase al respecto CARLSMITH, 2008.

Es cierto que hay una actividad del ciudadano que parece estar “supliendo” al Estado. Creo que esta actividad se emparenta con una clase de “acciones de rescate” en el sentido de la teoría del rescate, y que queda, por tanto, supeditada a la manera en que se configure la obligación política como base de dicha teoría.⁹⁹

Intentemos, entonces, abordar la cuestión que a mi juicio permite completar el panorama de las razones que se encuentran detrás de este delito, la solidaridad.

2.4.2. La solidaridad

La solidaridad, en el contexto del derecho penal español, es una idea que se encuentra en un terreno bastante dudoso hoy en día.

Esto es llamativo, ya que como se ha advertido, la solidaridad parece ser una forma de expresión de una cuestión básica de los individuos y con ello de la vida en comunidad (Carrino, 1992: 139).

La relevancia de la autoafirmación del yo, heredera principalmente del diseño y práctica liberal, se encuentra en claro encuentro con la posibilidad de dar importancia a cuestiones que puedan generar una valoración del “yo” en términos colectivos y no individuales.¹⁰⁰

Parece ser que la clave para comprender de buena manera esta necesidad de vincular a los sujetos de una determinada comunidad viene dada por la idea de virtud y de desarrollo de la vida en común.

⁹⁹ Volveré sobre este punto en el capítulo siguiente.

¹⁰⁰ Nos ocuparemos del problema del liberalismo como teoría que dificulta el desarrollo de un concepto de solidaridad lo suficientemente robusto para ser tenido como razón de un delito en el capítulo correspondiente al liberalismo. Por ahora, nótese que la posibilidad de armonizar los planes morales de los distintos sujetos en su persecución de autoafirmación del yo dependen de la ejecución de un plan igualitario radical, que no siempre está dotada de suficiente fuerza en el ideario liberal.

Es parte de un sentimiento, en el sentido social, la idea de que debe tenerse un apego a las relaciones con el otro.¹⁰¹

La idea de solidaridad se emparenta, por otra parte, fuertemente con la fraternidad (y con ello con una noción de virtud pública).¹⁰²

La fraternidad fue una de las ideas que, junto a la igualdad y la libertad, impulsaron el ideario político de la revolución francesa.

Es, sin embargo, el “pariente pobre” de este ideario, pues es evidente que en el contexto occidental fuertemente marcado por la revolución la noción de menor desarrollo es por lejos la de fraternidad¹⁰³.

La idea de fraternidad en este contexto resulta relevante en su concepción originaria. Como sostiene Domenech:

«Me parece que lo mejor es empezar preguntándose qué podían tener en mente los revolucionarios que introdujeron la noción de «fraternidad» en la escena política desde el comienzo, desde 1789. Y la respuesta es aparentemente sencilla; la da, por ejemplo, la cita de Robespierre con que va encabezado este trabajo: la fraternidad cumple la tarea de unir a los individuos, de ligarles o vincularles a otros, de

¹⁰¹ Si bien no es el objetivo de este apartado ni del trabajo, existen varios campos donde la conexión entre emociones y el derecho parecen cobrar relevancia. Al respecto véase MARONEY, 2006. Para una conexión entre las valoraciones morales y la idea de sentimiento véase KULEMKAMPPF, 1989. En relación a la idea de responsabilidad y las emociones, véase GONZALES LAJIER, 2009. Para una teoría liberal del derecho penal, véase NINO, 1980.

¹⁰² Y junto a esta noción de fraternidad puede pensarse como alternativa la idea de bienestar común. En realidad, a la concepción según la cual deben vincularse los planes individuales a la necesidad de trabajar en pos del bienestar colectivo. Sin embargo, creo que esta idea no queda bien alineada con las posibilidades de prueba de marcos de justicia política con que se construye este trabajo. Sobre los problemas del bienestar colectivo en el funcionamiento del Estado véase BARRAGÁN, 1991.

¹⁰³ En sentido ver el trabajo de DOMENECH, 1993. También puede ser ilustrativo ver DOBUZINSKIS, 2008. Puede decirse lo mismo en el caso francés. La codificación penal de 1810 en Francia, influida fuertemente por el ideario liberal e individualista, parecía no considerar prioritario el concepto de solidaridad social, véase ASHWORTH y STEINER, 1990: 155.

acercarles o unirles afectivamente por la charme de l'amitié o por sus doux noeuds.» (1993: 51).

Es claro que la idea de fraternidad cumple un rol distinto en el sentido político de la pertenencia a la comunidad, y cabal, respecto de las ideas de libertad e igualdad, que tienen como rasgo distintivo no suponer ningún tipo de lazo o vínculo entre los integrantes de la comunidad política (en el mismo sentido, Domenech, 1993: 51).¹⁰⁴

En la reflexión sobre la solidaridad, se hace evidente el vínculo entre los sujetos. La solidaridad, en sus distintas manifestaciones vinculadas al derecho penal, ofrece la particularidad de cuestionar precisamente la ausencia de nexo entre los individuos, por lo que sería dudoso permitir el uso del derecho penal en este contexto, si asumimos una visión que se vincule de alguna manera a la “perspectiva liberal”. Dicho de otro modo, la actitud natural en nuestro contexto académico (que está determinada principalmente por la asunción de ciertas premisas liberales) supone limitar el uso del derecho penal, sobre todo, cuando se trata de instituciones que encuentran su apoyo en la protección de relaciones entre los sujetos.

Sin embargo, debe tenerse presente que la idea de fraternidad no se encuentra dotada de contenido sólo desde la revolución francesa. En efecto, parece evidente que es un asunto tratado previamente en la tradición moral cristiana.

La cuestión es interesante, tal como señala Domenech:

«[E]l primer uso políticamente efectivo de la idea de fraternidad acontece en las ceremonias federativas y de la mano, sobre todo, de sermones de curas «constitucionales» o «patriotas», como Fauchet y

¹⁰⁴ Sobre el sentido de la “Fraternité” véase PANELLA, 1989: 143 - 166.

Lamourette. Pero no: la fraternidad alcanza su apogeo con el gobierno del partido de la Montaña, en plena ofensiva «descristianizadora» o repaganizadora jacobina, en 1793, año J, con las iglesias de París convertidas en templos republicanos, con las fiestas mensuales «decadarias» y con el culto a la Razón y al Ser Supremo deísta»

Como vemos, la idea de fraternidad parece haber tenido en su concepción revolucionaria una tensión que permite hablar de dos clases de fraternidad: una fraternidad secular, determinada por la reformulación propiamente ilustrada, y una fraternidad cristiana.

Al respecto Domenech sostiene que:

«Podría pensarse que hay dos conceptos de «fraternidad» en la Revolución, uno, el federativo y girondino, cristiano, y otro, el de los montagnards y la sans-culotterie, pagano» (1993: 52).

Sin embargo, como el propio autor advierte:

«Pero el deísmo montagnard es una excrecencia de la doctrina cristiana; y no puede decirse que los dirigentes girondinos tuvieran poco aprecio por la cultura moral pagana clásica. Quizá la idea girondina de la fraternidad sea distinta de la jacobina, pero es incierto que el criterio adecuado para distinguirlas sea la dicotomía fraternidad cristiana/fraternidad pagana. Una mezcla de ambas está en los dos partidos revolucionarios.» (1993: 52).

Vemos que lo peculiar en la idea de fraternidad es la relevancia del vínculo entre los integrantes de la comunidad, que parece ser lo distintivo de la idea de solidaridad en el derecho penal.

Así ha ocurrido, por ejemplo, con la concepción acerca de la eticidad del mandato penal de socorro. Se ha sostenido:

«El punto crucial, como he sugerido, está en reconocer que el samaritano y la víctima no son meros extraños, sino miembros de una comunidad» (Heyman, 1994: 755).

La idea de vínculo se relaciona estrechamente con la concepción política de fraternidad. Es posible sostener que la idea de solidaridad responde a una especificación en el discurso legislativo de la idea política de fraternidad.¹⁰⁵

Por su parte, en el sistema penal, la solidaridad ha jugado un polémico papel como bien jurídico. Las más de las veces, de hecho, se la menciona como una idea vaga (véase Varona, 2005: 31)¹⁰⁶

Desde la perspectiva constitucional, la solidaridad ha tenido un rol más favorable, como queda en evidencia, en particular, en la fundamentación del Estado social.

Así se ha sostenido:

«La aparición de los fascismos en Europa demostró, de manera tan evidente como dramática, la falsedad del supuesto central de la concepción liberal contenido en su modelo natural de explicación del mundo y funcionamiento de las sociedades humanas: a la manera como ocurre en la naturaleza que tiene unas leyes por las que se autorregula, de forma que lo único que cabe hacer es vigilar y facilitar su desarrollo sin intervenir en el complejo mecanismo que las estructura, surgiendo el orden de manera espontánea, de la misma

¹⁰⁵ Como el lector ya habrá advertido, a pesar de dar cuenta del trabajo de Panella, no he entrado en la cuestión terminológica acerca de la solidaridad o fraternidad. En otros términos, no he expuesto una definición de fraternidad o solidaridad. Esto ha sido deliberado y se relaciona con lo dicho en el capítulo I. Lo interesante de la concepción de solidaridad es su sentido simbólico, es su potencial para representar las relaciones entre los miembros de la comunidad.

¹⁰⁶ También se ha estudiado la solidaridad como expresión de criminalidad. Es posible ser solidario con determinadas causas que permitan asumir una conducta delictual. Al respecto véase FEKETE, 2009.

manera las sociedades humanas tienen sus propios sistemas de autorregulación y equilibrio, surgiendo espontáneamente la armonía social. El acontecimiento fascista expresaba con claridad el supuesto contrario: el orden social no es un orden “dado”, pues dejadas las sociedades a su libre dinamismo natural, el resultado no es el orden, sino el desorden, porque precisamente el componente básico de las sociedades de que se trata no es la armonía, sino el conflicto. De ahí para “producir” el orden posible (ya que no surge solo) sea necesario “integrar” el conflicto. Es lo que se hizo a través del Estado social y de su expresión constitucional.» (De Cabo, 2006: 45 – 46).

Desde esta perspectiva, es evidente que la solidaridad juega un papel extremadamente relevante en la configuración del Estado social europeo, de manera que vehicula el rechazo al pretendido fracaso del modelo liberal en materia constitucional.¹⁰⁷

La respuesta que caracteriza al Estado social se relaciona con la coordinación entre fuerzas que en el contexto liberal se encuentran en pugna: el capital y el trabajo.

Para el Estado social, la antítesis generada desde el contexto liberal entre trabajo y capital, debe ser superada en pos de una eficiente articulación social (De Cabo, 2006: 46).

Esta articulación social se genera por medio de dos clases de interrelaciones: una económico-social, y otra político-económica.

La ordenación de la originaria lucha de clases, mediada desde el punto de vista de la distribución por el Estado, genera que cada desbalance en el juego de presión entre capital y trabajo provoque una demanda política. Todo reclamo acerca de la injusticia social desemboca en un reclamo hacia el Estado.

¹⁰⁷ Esta idea es, desde cierta perspectiva, polémica. En contra, desde una perspectiva republicana HALLDENIUS, 1998.

De otra parte, y como consecuencia de lo anterior, el Estado debe introducirse en la producción, a fin de arbitrar los medios de generación y distribución de bienes, y con ello, relacionando trabajo y capital, regulando los procesos de acumulación de riquezas. Esto ocasiona que al cambiar una variable de la ecuación de la producción en la que el Estado se encuentra inmerso, se altera la posición y forma del Estado. (De Cabo, 2006: 49).

Por ello, definir a propósito de la solidaridad cuál es la forma estatal, entendida como una explicación anclada en el mantenimiento de una determinada teoría de la justicia política, resulta el escenario fundamental en el cual desarrollar los argumentos de legitimación del delito de omisión de impedir delitos.

2.5. El nivel de justicia política y la obligación de actuar a favor de otro: la forma del Estado

Como hemos visto, la prevención del delito y la solidaridad son dos ideas que implican una determinada comprensión de la actitud del ciudadano respecto de sus pares. Este delito descansa en la relevancia, en los planes personales de vida de los ciudadanos, que deberían tener las circunstancias de sus conciudadanos.

En el sentido del contexto de justificación, se hace necesario, entonces, encontrar un espacio donde estas dos nociones puedan ser comprendidas y con ello determinadas para, a su vez, entender de manera correcta el contenido del delito.

Creo que lo que mejor expresa estas ideas es la forma del Estado, o la relación entre individuo y comunidad.

Se trata de una determinación de justicia política o de filosofía política.

Como hemos visto, existen esquemas para realizar este estudio que han sido utilizados en la doctrina española. En particular, hemos visto que en el caso del mandato penal de socorro Alcácer y Varona han seguido la línea de ir más allá del bien jurídico protegido, acudiendo a argumentos propios de la filosofía política.

Ellos proponen, desde distintos puntos de vista, asociar las cuestiones de justificación de la omisión de socorro a cuestiones filosóficas. El ámbito filosófico que creo que tienen en mente es el de la filosofía política. La cuestión acerca de cuándo un delito está justificado se relaciona con la forma que tome la relación entre individuo y Estado.

Creo, sin embargo, que el esquema que se deduce de sus trabajos no es el más adecuado para este estudio. Ello porque tanto Varona como Alcácer parten de la premisa de que la teoría de la pena constituye el sustrato final más relevante para estudiar el derecho penal y atendido este punto, despliegan sus argumentos bajo la “preconcepción” de que el derecho penal puede explicarse a partir de una concepción de la pena¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Lo que es bastante común y parcialmente correcto. El punto para negar esta idea pasa por la vinculación entre filosofía política y derecho penal. Creo que al entrar conscientemente en este terreno, por considerar relevante un tema como es la relación entre los individuos y el Estado, la perspectiva de la pena resulta insuficiente. Si justificamos la pena en términos, por ejemplo, consecuencialistas, podremos expresar un juicio por el cual los ciudadanos deban ser o no sancionados al infringir determinada norma de comportamiento. La herramienta esencial para el consecuencialista será la utilidad en el uso de la pena en pos de la consecución de mayor “felicidad” en la sociedad. Si en cambio, utilizamos un prisma retributivo podremos expresar un juicio de corrección o incorrección de la pena basado, principalmente, en el merecimiento y en la proporcionalidad. Ninguno de los dos caminos adelanta, necesariamente, la relevancia de las relaciones entre los sujetos, o, en el mejor de los casos, tan sólo denota la manera en que estas relaciones son valoradas en la sociedad donde este juicio acerca de la pena se desarrolla. El terreno en que las relaciones entre los individuos se ve en primer

Por ello Varona parte por la revisión de las teorías utilitarias y retribucionistas para luego avanzar hacia las tesis comunitaristas y feministas. En el caso de Alcácer, es claro que expresa en el comienzo de su trabajo un compromiso con una determinada teoría de la pena (la prevención general positiva) que deviene en una clase de utilitarismo. Comparte con Varona la cuestión de considerar la relevancia de la reflexión comunitaria para explorar la legitimidad de la omisión de socorro.

En el caso de Varona, esta apuesta aparece nítidamente justificada en su trabajo sobre la justificación del miedo insuperable, donde precisamente da el salto hacia las “teorías de la justicia” (Varona, 2000).

Varona sostiene a este respecto que:

«La discusión sobre el fundamento de la eximente de miedo insuperable se sitúa en un marco teórico determinado: las teorías de filosofía moral y política que justifican al propio derecho penal. Estas teorías se estudian por la dogmática continental fundamentalmente en el ámbito de la justificación racional o legitimación de la pena, por lo que reciben tradicionalmente el nombre de “teorías de la pena” (Varona, 2000: 11).

Esta es la premisa que lleva luego a Varona al nivel de las “teorías de la justicia”. Sin embargo, esta premisa merece una precisión. Es cierto que las doctrinas de justificación de la pena cuentan con una enorme fuerza expresiva en el campo de estudio de la legitimidad del derecho penal. Sin embargo, no es correcto, a mi

plano es el relativo a las teorías de la justicia política, pues en este terreno es donde con mayor fecundidad se han desarrollado argumentos acerca del sentido de estas relaciones. Volveré más adelante sobre esto.

juicio, hacer coincidir esta relevante discusión con la justificación del derecho penal.¹⁰⁹

Quiero decir que no puede entenderse cerrada la cuestión de justificación del derecho penal por el hecho de lograr una adecuada o racional justificación de la pena.

Cuando la pena se justifica se realiza un juicio acerca de una regla del derecho. Esta regla sostiene que por haberse cumplido una determinada condición de aplicación (el hecho que se encuentra prohibido) debe adjudicarse respecto de un autor una determinada censura que toma el nombre de pena.

Es evidente que esta consecuencia es de extrema importancia y que caracteriza al derecho penal en gran medida. Sin embargo, el derecho penal no queda cabalmente descrito con el juicio de justificación de la pena. Dicho de otro modo: no todo lo que puede tenerse por derecho penal queda incluido con un juicio sobre adecuación o inadecuación de la pena.

Creo que esto es importante porque si intentamos analizar la legitimidad de un delito, puede resultar relevante abarcar todo el espacio que dentro del sistema jurídico ocupe ese delito. El delito puede ser comprendido, por una parte, como una norma que prohíbe o manda algo (que prohíbe omitir impedir delitos, o que simplemente manda actuar a favor de un tercero impidiendo delitos de los que ese tercero pueda ser víctima), y por otra, como una norma que luego de verificarse el incumplimiento de la condición de aplicación (alguien con una conducta que le es imputable desobedece el MID) permite adjudicar, en contra del autor, una determinada consecuencia llamada pena.

¹⁰⁹ Aunque es evidente que ciertos influyentes autores, como Roxin, comparten este punto de partida. Véase ROXIN, 1997: 51 y ss.

La legitimidad de la regla (o más bien de las reglas) que contiene al delito no sólo resulta interesante o relevante desde el segundo punto de vista. Visto de otro modo, no sólo nos interesa que sea justa la regla que dice que debemos sufrir una pena si incumplimos el MID, también nos interesa que la norma que dice que tenemos ese mandato sea justa.

Evidentemente esta cuestión puede ser muy extensamente tratada, pero no puedo dedicarme mucho más a ella. Sólo quisiera rescatar que se puede decir que realizar el análisis acerca de la justificación de un delito asumiendo que las teorías de la pena son el “prisma” indudablemente más adecuado para esta labor, puede devenir en un análisis estrecho.

No quiero decir con esto que los análisis tanto de Varona como de Alcácer no sean “éticos”, es decir, que no alcancen a desarrollarse en el espacio del trasfondo filosófico que asumen competente para estudio. Por supuesto que constituyen una lectura hacia el nivel de fundamentación ético-política que se comparte en este trabajo. Lo que creo es que hay esquemas disponibles en la literatura que pueden resultar de mejor rendimiento para el análisis del MID.

Como veremos más adelante, lo distintivo del estudio de la justificación del MID (aunque pueda ser también dicho respecto de mandato penal de socorro) está en la forma que tome la relación entre individuo y Estado. Más en concreto, lo interesante es verificar como puede entenderse la idea de “obligación política” para fundamentar un deber de ayuda a otro por medio del uso de una “teoría del rescate”.¹¹⁰

¹¹⁰ Volveremos sobre este punto en el capítulo siguiente.

En este sentido, parece ser mejor contar con una perspectiva que permita apreciar cuáles son las diferencias esenciales entre las distintas concepciones de la obligación política, y cómo estas pueden impactar en la teoría del rescate que intentaremos defender en el capítulo siguiente.

Para esto no podemos centrar el análisis tan sólo en la cuestión sobre la racionalidad del merecimiento de pena que se encuentra en el MID. Por supuesto, existe un nivel de la discusión en donde es relevante encontrar la respuesta más adecuada que permita predicar respecto del mandato la necesidad de su refuerzo penal.

Para enfrentar la cuestión de la manera más general posible, y de este modo integrar el discurso tanto de la justicia de la regla de comportamiento que contiene el MID y, además, la regla que afirma su refuerzo estrictamente penal, es que creo que debemos centrar la atención en el esquema más general que pueda estar disponible en la literatura filosófica, y adaptarlo a la búsqueda de este trabajo.

El punto de partida es que para el derecho penal la influencia liberal aparece como una cuestión extremadamente relevante. A esto se refieren autores como el propio Varona o Alcácer con expresiones como “el núcleo” de nuestras convicciones en materia de justicia política. En el ámbito de la filosofía política esta perspectiva es también, indudablemente, una marca de mucha fuerza. Por ello, por ejemplo, un conocido trabajo de Gargarella comienza revisando las teorías de la justicia liberales, a partir de “*Theory of Justice*” de Rawls.¹¹¹

¹¹¹ Y por cierto, puede decirse que Rawls es punto de partida en una revisión de teoría de la justicia y también punto de llegada. Esto por las modificaciones que el pensamiento rawlsiano fue desarrollando a partir de innumerables y, a veces, acertadas críticas. Podría pensarse que la teoría de Rawls puede requerir, principalmente por su importancia, de un desarrollo detallado en este trabajo. No lo he creído así, principalmente, porque con toda la importancia que la teoría

Asumiendo esta característica he utilizado lo que he denominado “perspectiva liberal” como primer punto de análisis para el estudio de las cuestiones de filosofía que se encuentran detrás del MID. Hay una “forma de Estado”, y una manera de entender la obligación política, que se asocian de buena manera con las premisas liberales.¹¹²

Sin embargo, esta perspectiva liberal ha sido puesta en entredicho casi desde su misma aparición en el contexto de la discusión académica. Estas críticas han dado lugar a propuestas alternativas al liberalismo que, en algunos casos, devienen en argumentaciones relevantes para el derecho penal y en concreto para la justificación del MID. En particular, y siguiendo el esquema que ha sido sugerido por Duff, creo que el gran modelo a oponer es el republicanismo.¹¹³

Este esquema (liberalismo y republicanismo) no excluye que deban también considerarse otras críticas al liberalismo que puedan también ser interesantes en el estudio del MID. Atendido esto es que también incluyo –precisamente como críticas- aquellos argumentos provenientes del comunitarismo y de la óptica feminista que puedan resultar interesantes para una toma de posición general.

rawlsiana tiene para la teoría política y jurídica, no cuenta con un programa originario de proyección en el concreto campo del derecho penal. Esto, como he advertido en el capítulo I y en el inicio del capítulo II, ha sido tomado en cuenta a la hora de seleccionar las posiciones relevantes a efectos de este estudio. Creo, de todos modos, que sería una empresa relevante el desarrollo de los argumentos rawlsianos en materia penal, sin embargo, no puedo dedicarme a ello en este trabajo.

¹¹² Deliberadamente he usado la expresión “perspectiva liberal” y no “liberalismo” pues como el lector podrá advertir en el capítulo siguiente no es un objetivo perseguido en este trabajo cerrar el debate en torno a la definición de esta etiqueta filosófica.

¹¹³ Véase, sosteniendo una dicotomía sustancialmente similar a la seguida en este trabajo a DUFF, 2010: 1 – 28.

En este contexto, uno debiera contar con una visión que permita identificar las etiquetas que deben utilizarse para comprender las propuestas en el ámbito de la filosofía política.

Esta es una cuestión compleja. Desde luego, en el ámbito estricto del derecho penal, existen referencias un tanto confusas acerca de la ordenación de la relación entre individuo y Estado. No puede hablarse de una clara sucesión de propuestas.

Para la filosofía política, al menos desde la marca en la agenda académica generada por la obra de Rawls, es claro, que uno de los objetivos centrales a los que tiene que abocarse el estudio del derecho es revisar los fundamentos morales del propio derecho. (Cortina, 1985: 130).¹¹⁴

Y también, debido en gran parte al aporte de Rawls, es evidente que la noción de justicia puede ser importante para definir las cuestiones relativas a la forma que toma el derecho en el contexto de un Estado democrático.

Para Rawls, es claro que se debe considerar especialmente la concepción de justicia social (antes que las dimensiones de justicia personal), para poder arribar a criterios que permitan establecer un juicio de legitimidad crítica o de validez (Cortina, 1985: 130).¹¹⁵

Por cierto, es difícil abordar esta cuestión sin caer en simplificaciones. Ordenar las distintas versiones acerca de justicia política que tengan impacto y/o desarrollo en el derecho penal puede resultar una labor difícil y siempre muy limitada.

Esto, por al menos dos factores. Por una parte, la enorme cantidad de formas que ha tomado, tan sólo desde la mitad del siglo

¹¹⁴ Acerca de una concepción de la moral como forma deficiente del derecho, véase CORTINA, 1988.

¹¹⁵ Aunque es claro también que el propio Rawls matiza sus pretensiones en su *Political Liberalism*. Véase sobre este punto GARGARELLA, 1997.

veinte en adelante, la cuestión acerca de la manera de comprensión de la forma del Estado frente al derecho penal. Por otra, la generación no orientada al resumen de estas posiciones, las hacen de difícil manejo en un trabajo de las características de este.

Creo, sin embargo, que si tomamos ciertas coordenadas de referencia es posible expresar cierto orden.

Existen, a mi juicio, dos núcleos en torno a las versiones de justicia política que resultan de influencia en la comprensión de la legitimidad de la omisión de impedir delitos. El primero de ellos, corresponde a la explicación liberal, liderada por cierto, por el propio Rawls.¹¹⁶ Es claro que no puede hablarse de un segmento de propuestas que respondan totalmente a una idea de justicia política liberal. Mi intención es agrupar en torno a los rasgos principales del liberalismo en tanto teoría de la justicia política, los trabajos de mayor pertinencia para la cuestión de la legitimidad del MID.¹¹⁷

En este segmento, debo advertir, pueden encontrarse a la grandísima mayoría de autores españoles.¹¹⁸

Por diversas razones –cuyo estudio puede dar lugar por sí sólo a una tesis- la enorme influencia alemana en materia de teoría del delito que opera en España, ha dado por resultado una gran defensa de las ideas liberales en torno al derecho penal.

En el capítulo pertinente intentaré explicar los rasgos de esta defensa, pero digamos por ahora que se basa en la idea de considerar

¹¹⁶ Es cierto, sin embargo, que puede hablarse de un liberalismo “perfeccionista” que tiene especiales características respecto de las propuestas de filosofía política del liberalismo “clásico”. Véase COLOMER, 2001.

¹¹⁷ Debe señalarse que la propuesta liberal de Rawls en torno a la pregunta por el conocimiento de la mejor respuesta en una comunidad política puede ser reducida a ciertos principios básicos a los que me referiré en el capítulo correspondiente al liberalismo. Al respecto véase ACKERMAN, 1995.

¹¹⁸ Un trabajo paradigmático al respecto es el trabajo de Alcácer, véase ALCÁCER, 2002.

una contradicción constante entre los intereses individuales y los intereses comunitarios expresados en el programa de legislación.

Por ello, el derecho penal debe ser estudiado bajo el baremo de la autonomía personal como criterio indisoluble para enfrentar la legitimidad de una determinada acción estatal. Es evidente, como veremos, que esta comprensión encuentra muchos problemas para trabajar con la noción de solidaridad como razón de establecimiento de un delito.

Este núcleo –el liberalismo- se extiende hasta sus críticas. Esto es: posiciones de justicia política que a pesar de tener una agenda conceptual propia, parten de la base de la crítica al liberalismo. En especial en lo que dice relación con la relevancia de los vínculos entre individuos.

Esta parte, incluida a efectos de orden dentro del capítulo sobre la perspectiva liberal, contiene al comunitarismo y al feminismo.¹¹⁹

La idea de virtud pública y de plan comunitario autónomo que cruza la propuesta comunitarista, permite, por una parte, encontrar ciertos defectos a la propuesta liberal, y por otra, identificar una salida, a primera vista, más cómoda al problema de la solidaridad como razón de existencia de un delito.¹²⁰ Este es un grupo de propuestas que se encuentra presente de manera minoritaria en la doctrina española sobre justificación del derecho penal.

Junto a ello, el razonamiento moral de la ética del cuidado presente en las tesis feministas, y su apoyo en una teoría feminista

¹¹⁹ Me refiero a que en *este trabajo* y para un mejor análisis se encuentran dentro del apartado referido a la perspectiva liberal. No postulo que sean una clase de liberalismo, esto excede las pretensiones de estas páginas.

¹²⁰ Veremos en el capítulo siguiente que la noción de solidaridad, que denota la relevancia de los lazos entre los individuos, encuentra problemas para ser tenida como razón de creación o mantenimiento de un delito, habida consideración de la fuerza que la perspectiva liberal concede a la idea de libertad individual y de privacidad. Volveremos sobre este problema en el capítulo siguiente.

del Estado, permiten completar el panorama de la perspectiva liberal y su crítica.

El segundo núcleo lo constituye el republicanismo. En este caso la cuestión acerca de la clase de delitos asociados a la solidaridad tiene una importancia sustantiva.

Conceptos como el deber público, y una determinada forma de comprensión de la democracia permiten situar a los delitos asociados a la solidaridad como un espacio de preocupación desde la perspectiva republicana.

Tal como en los demás casos, el republicanismo como propuesta de justicia política no puede ser descrito como un modelo unitario. Es claro que existen clases de republicanismo, y es obvio que estos arrancan desde distintos puntos de vista.

Como cuestión central está el uso de un concepto de libertad de extrema elasticidad, como es la idea de libertad como no-dominación, que permite vincular al delito en abstracto como una violación de la libertad (Martí, 2009:125)

Junto a esto, la visión republicana en lo que a configuración de derecho penal se refiere, supone la búsqueda de estrategias para promover conductas virtuosas de parte de los ciudadanos (Martí, 2009: 126).

Por otra parte, el programa de justicia política republicano tiene una visión “optimista” del ciudadano, y correlativamente de sus virtudes públicas. (Martí, 2009: 126), lo que permite fundamentar en su particular “antropología” conceptos como la fraternidad o solidaridad.

Como puede apreciarse, en la búsqueda de estos programas de justicia política he puesto a la solidaridad como cuestión que preside el análisis. Ello, porque creo que la prevención del delito –en tanto

segunda idea que permite comprender las razones detrás del delito de omisión de impedir delitos- necesita tener despejado el contenido de la cuestión teóricamente más difícil en torno a la legitimidad del delito.

En atención a ello, sin olvidar la presencia que debe tener la prevención del delito, intentaré centrar el análisis de manera preponderante –y espero no excluyente- en el programa de justicia política que ofrezca una versión más robusta y coherente para comprender la solidaridad.

Este es, dicho simplemente, un primer filtro para estructurar los argumentos. En el seno de la discusión acerca de la justicia política, debemos centrar nuestra atención en aquellas propuestas que se hayan referido de manera más o menos clara al derecho penal. Ello da especial relevancia a la perspectiva liberal y al republicanismo.

Por otra parte, puede ser necesario tener un segundo filtro. Convendría contar con ciertos criterios “secundarios” para dar mejor coherencia a las ideas que debemos abordar.

En este sentido, creo necesario contar con alguna idea que permita la comparación de las agendas filosóficas de perspectiva liberal y republicana.

Esto puede realizarse considerando una tensión entre la libertad y la virtud (privada o pública).

El concepto que se tenga de libertad y subsecuentemente de autonomía privada, permite conocer la relevancia de los planes personales en la vida en sociedad. Un concepto rígido de libertad como abstención de terceros (como la libertad negativa), impacta directamente en el derecho penal, y en particular en aquella sección del derecho penal que se relaciona con mandatos de actuación a favor de terceros.

Por otra parte, la idea de virtud, ha estado presente constantemente en el límite entre el ámbito de la moral privada y el derecho. Que una conducta sea considerada una virtud privada (algo digno de aplaudir, pero cuya ausencia no puede ser sancionada por el derecho) le entrega un espacio muy reducido a la solidaridad como categoría jurídica, y con ello, como razón para establecer o mantener un delito.

Por el contrario, un sistema donde la virtud sea, en un sentido, pública, y pueda promoverse a través del derecho y en particular pueda dar razones de uso del derecho penal, es un sistema donde el peso específico de la libertad puede verse afectado, salvo, claro, que se trabaje con un concepto de libertad que sea altamente compatible con esta clase de acciones y con su promoción a través del derecho penal.

A la revisión de estas ideas, en torno a los núcleos liberal y republicano es a lo que me dedicaré en los dos capítulos siguientes.

CAPITULO III

“Stand up against governments, against God.
Stay irresponsible.
Say only what we know & imagine.
Absolutes are Coercion.
Change is absolute”

Allen Ginsberg, *“Cosmopolitan Greetings”*

La perspectiva liberal en la justificación del MID

En este capítulo pretendo describir la perspectiva liberal sobre la justificación del MID. Analizaré a la luz de las ideas ya sugeridas en el capítulo anterior cómo una agenda de justicia política de marcado acento liberal puede encontrar una respuesta de justificación al MID y cuáles son sus principales problemas.

Para ello, como he advertido anteriormente, es necesario centrar la atención sobre las construcciones teóricas que hayan presentado argumentos de comprensión del derecho penal manteniendo un compromiso abiertamente liberal.

Una vez descrita la marcha de los argumentos liberales, debemos evaluar la corrección de los mismos de parte de construcciones teóricas, en principio alternativas, que podrían resultar relevantes para los argumentos de justificación del MID. En este sentido he decidido incluir la crítica comunitarista y la crítica feminista.¹²¹

Quisiera mostrar cómo se desenvuelve una justificación marcadamente liberal del MID, y provocar su comparación con los presupuestos republicanos. Esta idea debe servir de apoyo para entrar en el capítulo siguiente.

¹²¹ Como se dijo al inicio de este trabajo, las agendas de justicia política pueden ser estudiadas como idearios que se contraponen. Es decir, puede decirse que el comunitarismo se opone al liberalismo y que el feminismo es crítico de toda visión “masculina” en teoría del Estado. Veremos que en este trabajo realizo una revisión que implica que los argumentos sean vistos como un continuo. Lo que me interesa es estudiar el rendimiento de ciertas ideas que provienen desde el contexto de la filosofía política en un delito en concreto: el mandato de impedir determinados delitos del artículo 450.1 CP español. Esto no quiere decir que postule que no existen diferencias esenciales entre una y otra posición, pero veremos que podemos trabajar bajo la idea de corregir una determinada posición de justificación que parta desde las premisas liberales.

Debo advertir que la secuencia para la revisión de los argumentos liberales no seguirá un camino “reconstructivo”. No pretendo dar cuenta de todos los argumentos que puedan ser tenidos por liberales y que sean pertinentes para el derecho penal. Esto por dos razones.

La primera es que ésta labor es de tal envergadura que ocuparía por sí sola todo el espacio de este trabajo. Considerando la manera de enfocar el trabajo, esto es asumiendo la relevancia de la justificación filosófica de un determinado delito, no creo que lo más relevante sea entregar una gran reconstrucción acerca del liberalismo en el derecho penal, sino mostrar como ciertos argumentos liberales funcionan en el marco del estudio de la legitimidad de un delito.

La segunda es que lo que busco es entregar cierta perspectiva liberal que sirva de base para comprender lo que da apoyo a la teoría del rescate que creo debe tenerse en cuenta cuando se habla del MID (como de la omisión de socorro).

Por esto, lo que el lector encontrará en este capítulo será un grupo de argumentos que dan cuenta de la perspectiva liberal en este sentido. Estos tienen por función demostrar la manera de razonar a partir de las premisas del liberalismo y con ello impactar en la manera de entender a la obligación política como base de una teoría del rescate, que es uno de los insumos de mayor relevancia para la justificación del MID, como veremos.

En este sentido habrá clases de liberalismo que no podrán ser encontradas en esta sección. Es el caso de todo aquello que podemos denominar liberalismo no igualitarista.¹²²

Creo que la clave está en considerar que:

¹²² Sobre la dificultad de fundar la obligación de ayudar a otros en sede penal desde una perspectiva liberal no igualitarista, véase ALEXANDER, 1996: 66 – 69.

«Los liberales han sido acusados de mantener una actitud de indiferencia ante las distintas concepciones de lo bueno; como ha sostenido Sandel, los liberales no establecen diferencia alguna entre el permiso y la consideración positiva de una conducta, entre la simple tolerancia y el compromiso.» (De Páramo, 1992: 87)

Nuestro problema se sitúa precisamente en este punto. Estamos frente a un delito que expresa la imposibilidad de indiferencia ante el padecimiento de un tercero. No se trata sólo de dar una explicación a la *permisión* de conductas altruistas o de rescate, sino de por qué la ausencia de esta conducta puede ser tenida como delito.

Uno podría asumir un camino sencillo. Como la mayoría de las comprensiones liberales suelen descansar en el relativo rechazo de la posibilidad de que ciertos deberes tengan el suficiente peso para desencadenar un deber penal de ayuda a terceros, podríamos decir que desde la perspectiva liberal este delito es injustificable. No tiene justificación sancionar penalmente y generar una intromisión tan intensa en la órbita de privacidad del individuo. No se trata de que se aprecien conductas indiferentes, pero desde el aprecio moral de estas conductas difícilmente podríamos sostener la necesidad de su amparo jurídico, y más aún, de la creación de un delito que sancione una conducta indiferente. Esto por cuanto:

«Lo que se valora no es la posesión de la verdad moral, sino el ejercicio de la autonomía en su búsqueda: el hecho de que los individuos sean los creadores de sus propias vidas exige una actitud tolerante.» (De Páramo, 1992: 88).

Los individuos son creadores de sus propias vidas en el contexto del respeto del Estado al espacio de intimidad necesario para el desarrollo de la personalidad. Por ello, ante la posibilidad de intervenir en el desarrollo de la vida por consideraciones de virtud o pautas ideales, la perspectiva liberal debe arrojar un rechazo importante. La premisa con la que debe enfrentarse el problema desde la perspectiva liberal es la neutralidad del Estado.¹²³

Esto obliga a considerar, dentro de la perspectiva liberal, aquellos argumentos que resulten conducentes para la construcción de una justificación marcadamente liberal del MID, asumiendo que la tesis “abolicionista” es un camino en algún sentido obvio.¹²⁴

Me centraré, entonces, en aquellos argumentos que puedan darnos un resultado distinto de la mera negación de la justificación

¹²³ La neutralidad tomará la forma de un principio orientativo de las decisiones políticas y con ello, ineludiblemente, también de las decisiones jurídicas.

¹²⁴ Es muy probable que la discusión aquí planteada sólo tenga sentido en aquella clase de liberalismo que consideramos “igualitarista”. Es difícil establecer los contornos de esta clase de liberalismo, pero podemos decir como cuestión general que es una clase de liberalismo abierto a los asuntos de inclusión y de justicia dentro de la sociedad más allá de la sola concreción del plan personal de vida de los individuos. Véase sobre este punto, entre otros, ACKERMAN, 1995: 25 - 51. Por otra parte, es dudoso también sostener abiertamente la irrelevancia del liberalismo no igualitarista en la discusión sobre instituciones que se relacionen con la solidaridad. Francisco Saffie ha realizado un hallazgo interesante en este sentido. Saffie, quien trabaja en una reconstrucción que similar a la seguida en este trabajo para el caso de los impuestos, ha encontrado un argumento (en un sentido, paradójico) a partir de Nozick. Sostiene que a partir de la influencia en las agendas de teorías de la justicia provocada por Nozick puede tenerse en mente la manera en que el derecho tributario da lugar a la fraternidad. Utiliza el siguiente pasaje de *Anarchy, State and Utopia*: “Quizás el componente decisivo de la posición que permite la emigración únicamente para evitar ciertos arreglos, mientras que no permite a nadie excluirse internamente de ellos, sea cuestión de sentimientos fraternales dentro del país. “No queremos aquí a nadie que no contribuya, que no se preocupe lo suficiente por los demás para contribuir”. Esa preocupación, en este caso, tendría que ser vinculada a la idea de que la ayuda forzada tiende a producir sentimientos fraternales entre aquel a quien se ayuda y el que ayuda (o quizás meramente a la idea de que saber que alguien o algún otro no ayuda voluntariamente produce sentimientos no fraternales)”, véase NOZICK, 1974: 174. Como puede apreciarse, aún en un tipo de liberalismo no igualitario la idea de vínculos entre los sujetos y la fraternidad o solidaridad parecen abrirse espacio. Es de todos modos dudosa la relevancia que tenga este pasaje en una visión canónica del pensamiento de Nozick, aunque, reitero, el hallazgo resulta interesante. Véase SAFFIE, 2011.

de este mandato penal¹²⁵, pues considero que de esta manera puede obtenerse la mejor versión posible de la perspectiva liberal respecto del delito que nos ocupa y de esta manera enfrentarla al republicanismo.

He dividido el capítulo en tres secciones. En la primera – el contexto general de la perspectiva liberal - se entregan los argumentos que pueden generarse a partir de las premisas liberales. Por ello, se centra la atención en el problema relativo a la relación entre libertad y virtudes; a las clases de libertad y al liberalismo deontológico.

En la segunda sección encontraremos el sentido de estos argumentos pensando en su proyección en el MID. En este punto, lo relevante será verificar cómo una teoría del rescate puede tener sentido en el MID español.

En la tercera sección he intentado exponer las principales críticas o correcciones que se han hecho a la perspectiva liberal y que, por cierto, también han sido escogidas pensando en su utilidad a la hora de verificar los cambios de visión que pueden introducirse en la perspectiva liberal del MID.

3.1. El contexto general de la perspectiva liberal

3.1.1. La marca liberal en derecho penal

Probablemente la agenda de justicia liberal es la expresión más influyente en el ámbito del derecho penal.

¹²⁵ O que sugieran esta negación sin afirmarla completamente.

Esto se debe a múltiples factores que no es del caso reseñar. Lo que sí debemos rescatar es que, en principio, el liberalismo en el derecho penal opera como una gran razón de limitación del uso de la coerción estatal.

Esta parece ser la idea que se encuentra en la superación del derecho natural clásico, por parte del estudio del derecho penal actual.¹²⁶

La vinculación del derecho a un ser inmanente, a una potestad divina, es característica central del derecho y del derecho penal previo a la ilustración:

«El destino del *Derecho Natural de origen divino* característico de la teología de Tomás de Aquino y del pensamiento medieval europeo, estaba indisolublemente unido al destino de una divinidad inmanente; de un ser, por tanto, que no sólo era la fuente incuestionable del puro deber, sino también la que revelaba este deber a las personas. Ciertamente todavía en el siglo XVIII, la filosofía y la teología aceptaban de una forma u otra la idea de Dios, pero ya entonces estaba claro que este Dios no era ya directamente el legislador del orden humano que establecía los deberes» (Hassemer, 1990: 175).

La elaboración de unos deberes como producto de la razón humana, fue la consecuencia de la sustitución del derecho natural clásico por el derecho natural racionalista. Este derecho natural racionalista influyó en la revisión de toda la legitimación del poder

¹²⁶ Sobre este punto me remito al excelente trabajo de Hassemer: véase HASSEMER, 1990.

humano en el siglo XIX. La búsqueda estaba determinada por la sustitución de Dios por la razón humana.¹²⁷

Con esta torsión, el papel del legislador junto a la legitimidad racional del legislador cobra un papel central. De intérprete del derecho revelado se convirtió en su creador. Las cuestiones acerca de la legitimidad de las leyes no son ahora un asunto interpretativo de adecuación a la revelación, sino que se debía mostrar la justicia de sus decisiones en el contenido de las mismas. (Hassemer, 1990: 176).

La respuesta paradigmática a estos efectos fue el *contrato social*. Este no es otra cosa, desde un plano horizontal, que un acuerdo en torno a la posibilidad de realizar prescripciones jurídicamente legítimas. Es precisamente un acuerdo imaginario que permite “arrancar” al legislador.

Desde la perspectiva vertical, es además una garantía de institucionalidad al tener que someternos a aquello que nos es imputable como resultado de la suscripción de un acuerdo (Hassemer, 1990: 177).¹²⁸

Esta idea del contrato social permite dotar al derecho penal de cierta misión central: el aseguramiento de la libertad.

Para esto, debe considerarse que la codificación supone una concepción del principio de legalidad que importa conocer con certeza las limitaciones a la libertad impuestas a los ciudadanos (Hassemer, 1990: 177). En estos términos explica Hassemer:

¹²⁷ Esta idea puede ser considerada un *topos* de difícil explicación. Puede decirse que en realidad la gran ventaja del iusnaturalismo racionalista está dada por su vaguedad antes que por su determinación.

¹²⁸ Esta idea está presente en gran cantidad de formas de concebir al derecho y a la democracia. Por cierto, no deseo ahondar en esta cuestión en este apartado ni en otros, porque no pretendo escribir una teoría de la democracia a partir de la cual pueda darse una correcta o justa interpretación a la solidaridad. Constató la existencia de tesis más o menos exigentes de la democracia en las posiciones de justicia política, y en particular consideraré en el capítulo correspondiente la noción de democracia deliberativa como un rasgo central de la agenda republicana.

«Con él se garantizan que los límites de la libertad de los ciudadanos sean los mismos y rijan para todos sin excepción, y que, al mismo tiempo, se determinen con precisión tanto para los ciudadanos como para las instituciones. El principio de legalidad se ha convertido así en uno de los símbolos más característicos del Estado de Derecho. En él se concentran las esperanzas de que tanto el sistema como la Administración de Justicia penal sean transparentes, controlables y sinceros.» (1990: 178).

Como vemos, la cuestión central en esta herencia liberal del derecho penal está en valorar y defender la libertad personal, por considerarse que en el derecho penal del antiguo régimen existía una puesta en segundo plano de la autonomía privada de los ciudadanos.

Para ello, la herramienta fundamental que vehicula esta limitación es el principio de legalidad, en particular, desde la perspectiva de la previsibilidad y cognoscibilidad de la limitación de la libertad, y por cierto, de la subsecuente evitación de la arbitrariedad.

Este es un rasgo de extrema importancia para enfrentar la comprensión liberal del derecho penal: la autonomía privada es un rasgo intangible de los ciudadanos y esa intangibilidad es valiosa.¹²⁹

¹²⁹ Recordemos que esto puede ser visto como una manifestación de la altamente valiosa noción de privacidad liberal. Sobre esto véase DE BRUIN, 2010. En el derecho penal continental también encontramos esta intuición, así, por ejemplo, Pawlik al analizar el deber de la policía en el impedimento de un delito y su posible responsabilidad penal por omitir ese impedimento: “Si P no fuese un funcionario policial, sino un ciudadano corriente, el análisis de su punibilidad no plantearía mayores dificultades; mediante su no intervención él podría haber realizado en este caso, a lo sumo, el tipo penal del § 323c, StGB. Nadie le impondría un deber jurídico-penal a ser cumplido según el § 13, cuyo contenido sea el de intervenir contra el delito que observó: fuera de las relaciones jurídicas especiales, un ciudadano le debe a los otros, en el sentido del § 13, sólo el respeto por su esfera de derechos; no, en cambio, solidaridad activa.”, PAWLIK, 2008.

Esto ha sido destacado con mucha claridad por Duff (2003). Existen dos aspectos en que la tradición liberal cuenta con ventajas importantes. Por una parte, reconoce la necesidad de que un determinado resultado acaezca en el mundo para poder predicar la pertinencia de una intervención punitiva.

Es necesario reconocer una determinada ofensa a otros de parte del autor del delito. Por otra parte, resulta necesario conectar el hecho que acaece en forma de resultado en el mundo con un determinado agente. En términos genéricos, debe tratarse de un hecho que tenga un culpable. De esta manera, la responsabilidad penal puede ser explicada en términos de elección y control. Uno es responsable penalmente por aquello que elije hacer (Duff, 2003: 295).¹³⁰

Esta concepción, expresada tradicionalmente como *cogitationem poena nemo partitur*, es desarrollada como una manera de entender la defensa que debe realizarse del ciudadano ante los posibles ataques del Estado por medio del derecho penal.

Esto coincide, por cierto, con la agenda más amplia del liberalismo; en particular parece estar presente en las distintas clases de liberalismo que pueden reconocerse.

Las sociedades pueden ordenar su vida de acuerdo a una escala de prioridades, dentro de las cuales puede observarse una tendencia al bien o a la bondad, que puede incluir por cierto al acto altruista.

Esta idea “limitadora” del derecho penal, y su conexión con la elaboración de una teoría liberal del mismo, ha sido enfrentada con particular lucidez por Nino (1980):

¹³⁰ Un interesante comentario a este trabajo de Duff puede encontrarse en FINKELSTEIN, 2004.

«Por supuesto que no pretendo ofrecer una justificación última y definitiva de los principios que voy a proponer; me contentaré con satisfacer el objetivo más modesto y realista de mostrar tentativamente que tales principios responden a principios más generales y a ideales de índole individualista y liberal (en un cierto sentido de estas expresiones) que espero que algunos de mis lectores considerarán aceptables. Mis argumentos no resultarán concluyentes para quienes no compartan conmigo tales concepciones básicas; confío, sin embargo, que este ensayo pueda servir a estos últimos lectores para esclarecer su propia posición» (Nino, 1980: 28).

Aquí vemos expuesta la lucidez del trabajo de Nino. Su construcción implica asumir ciertos criterios acerca de la corrección del punto de partida individualista y liberal.

Pensando directamente en el derecho penal, es útil considerar como Nino entiende la crítica liberal al utilitarismo. Esta crítica se presenta frente a la opción de justificar la pena por medio del argumento del mal necesario, es decir, por considerar que la aplicación de una pena amplía los niveles de felicidad en la sociedad.

En esta óptica, un claro problema viene determinado por la distribución. Si se acepta que impongamos cargas penales a los ciudadanos debido a que con ello tendremos una mayor eficacia en el control del delito, nos encontramos con el problema de justificar por qué un sujeto determinado debe sufrir esa carga (Nino, 1980: 218).

Muchos autores liberales comparten esta forma de pensar. Desde perspectivas diferentes, tanto un rawlsiano como un seguidor de Nozick, podrían sostener que la cuestión acerca de la distribución de las cargas públicas, puede permitir predicar la injustificación de las cargas en las áreas privadas de libertad.

Es lo que pasa con el caso del sujeto que padece de lepra y que puede llamar la atención acerca del empeoramiento de su situación por medio de la privación de la libertad, debido a que la sociedad puede disfrutar de salud gracias a su padecimiento del encierro.

Esto es lo que ocurre con medidas coactivas “*no punitorias*”, en términos de Nino (1980: 222). En estos casos, puede arreglarse la manera de entender las condiciones de imposición de ellas.

Cuando se trata de medidas que suponen cargas que pueden ser satisfechas por cualquiera, proceder a un sorteo sobre quién haya de soportarlas puede considerarse el procedimiento más justo.

En cambio, cuando la medida se especifica en un sujeto (un sujeto debe ser encerrado para el bien de la sociedad, por ejemplo una cuarentena) pueden arbitrarse condiciones para que la carga resulte menos desagradable (por ejemplo, respetar la dignidad y propender a la obtención de beneficios para el sujeto a la medida) (Nino, 1980: 223).

Lamentablemente, la distribución de cargas que impliquen una pena, no admiten esta solución (Nino, 1980: 223).

Esto, porque a diferencia de lo desagradable que puede resultar una carga no punitiva para quien resulte designado para soportarla, la pena implica el cumplimiento de una carga que debe ser necesariamente dolorosa, pues expresa censura ante una acción de manera retributiva¹³¹.

¹³¹ Puede decirse que en el derecho penal encontramos dos clases de intuiciones acerca de la justicia. Es evidente que la distribución de cargas que se realiza en los delitos de omisión y en el establecimiento de tipos penales especiales lleva imbricada la cuestión de la justicia distributiva. En cambio, la imposición de la pena, surge de un juicio en el que es obvio que la distribución ya ha sido hecha, por lo que debe adjudicarse una clase de sanción que llamamos pena. Por cierto, esto implica que este hecho de la pena deba ser considerado también justo, pero ya no en términos de distribución sino en términos de retribución. De cualquier manera debe decirse que la tesis de Nino es proponer una tesis consensual de la pena, que permita explicar a la pena en términos de un acto que puede ser

El criterio de distribución de las cargas en la sociedad podría, en esta línea, seguir el principio de “a cada uno según su consentimiento” (Nino 1980: 237).

Fuera del rendimiento que pueda encontrarse en una teoría de la pena como la de Nino, es evidente cómo el compromiso liberal queda fuertemente expresado: la libertad tiene cierta intangibilidad que determina las operaciones de comprensión del derecho penal.¹³²

Esta es la marca liberal más fuerte que puede reconocerse en muchísimos autores: la idea de limitación por la vía de principios del uso del derecho penal, por tratarse de la puesta en juego de la libertad de los integrantes de la comunidad.¹³³

En un camino similar parece trabajar Lacey (1988). Para Lacey es evidente, que la idea básica del liberalismo, a pesar de sus múltiples formas, es el individualismo, el cual se presenta en el ámbito de justificación del derecho penal (144).

El individualismo parece dar base a la idea de la antítesis entre individuo y ejercicio del derecho penal. Por ello la “eterna duda de legitimidad” del derecho penal desde esta perspectiva: si el individuo y el desarrollo estrictamente personal del plan de vida es lo más relevante, resulta siempre contradictorio constreñir la libertad de una manera especialmente intensa como es mediante el uso del derecho penal para favorecer intereses de terceros (Lacey, 1988: 144).

imputado a un sujeto libre. La pena se asocia a un sujeto determinado porque puede considerarse a ese sujeto autor de un determinado acto en el tiempo y en el espacio que emana de su libertad, de su voluntad, y que trae asociado el riesgo de padecer la pena. Creo que esta tesis es en realidad una clase de retribucionismo. No es este el sitio para referirme a este punto.

¹³² Esta idea de que existe una concepción liberal del derecho penal puede encontrarse también en CRUFT, 2008.

¹³³ Como veíamos en el capítulo anterior, tanto Varona como Alcácer en sus trabajos sobre omisión de socorro consideraban también esta idea liberal como un punto indiscutible, al que tan sólo podían agregarse matices.

3.1.2. *Libertad versus virtudes*

Para enfrentar la cuestión relativa al MID, debemos abordar la tensión entre libertad y virtudes. Esto debido a que, al menos desde la perspectiva liberal, la acción de rescate que indudablemente contiene el MID parece relacionarse, en su base, con la noción de virtudes y afecta a la noción de libertad (se trata de compeler por medio de la ley penal a que alguien realice algo que parece relacionarse con una virtud, como el altruismo o la solidaridad, y con ello vea afectada su libertad).

Ya veíamos como en el caso de la omisión de socorro aparecía clara la cuestión acerca de distinguir aquello que era digno de aplauso desde el ámbito privado o encomio, de aquello que, de faltar, puede generar una sanción jurídico-penal.

Esta distinción es producto del plano en que quedan situadas las ideas de libertad (autonomía privada) y la idea de virtud.

A la primera, ya sabemos, le corresponde en el ideario liberal un papel fundamental. Es la libertad de determinación de los ciudadanos la que da sentido a la legalidad. Y la legalidad es el principio limitativo por antonomasia. La legalidad además, se dirige hacia cierto objetivo: la preservación de la propia libertad.

Esto implica que las acciones realizadas por medio de la ley (penal) incluyen este sentido y conjuntamente puedan encontrarse, por ejemplo, en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Todos los delitos de un determinado código tienden, en alguna dimensión, a la protección de la libertad, puesto que la libertad es, en

este contexto, el supuesto básico de la existencia del propio derecho.¹³⁴

Por ello, suele utilizarse al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como un “principio limitativo” en la medida que encarna la eterna pregunta por la legitimidad del derecho penal. Sólo puede usarse el derecho penal en aquellos casos en que contemos con un objeto de protección suficientemente expresivo como para justificar la puesta en entredicho de la libertad (que pretendemos proteger).

Ante esto, las virtudes suelen ocupar un lugar secundario dentro de la idea de libertad. La libertad tiene, bajo la perspectiva liberal, la capacidad de generar un espacio de intangibilidad, por ello podemos hablar de “autonomía privada”.

Lo privado, está constituido por el plan personal del ciudadano, intangible, inalcanzable por el Estado. Que yo desee un mundo mejor, por ejemplo, puede ser digno de aplauso. Pero, que yo no haga nada para que el mundo sea mejor no puede ser merecedor de sanción jurídica.

Esta idea nos dice que la virtud, y su subyacente idea de acciones de ayuda a terceros, se sitúan en el plano de la “moral”. La acción virtuosa no se encuentra proscrita dentro de la sociedad pero tampoco exigida jurídicamente (ni menos por medio del derecho penal).

¹³⁴ Por eso es interesante la pregunta acerca de qué distingue a la libertad como bien jurídico específico de los delitos contra la libertad. Si todo el catálogo del Código protege en un sentido la libertad de los ciudadanos, ¿qué clase de libertad puede justificar la existencia de un apartado de delitos contra la libertad? (coacción por ejemplo). La dogmática ha desarrollado para esto los criterios de determinación complementaria de lo injusto, de manera de poder manejar dos conceptos de libertad; por una parte un concepto genérico (que siempre está defendido por el derecho penal, pues le da razón a su existencia) y un concepto específico de libertad a efectos de los delitos contra la libertad.

Creo que este es un punto a tener en cuenta. De la discusión acerca de la marca liberal en el derecho penal podemos extraer la necesidad de revisar los supuestos bajo los cuales se relacionan las ideas de libertad y de virtud, pues es obvio que, cuanto más rígida sea la idea de libertad mayores serán las posibilidades de considerar el fundamento de un delito basado en la ayuda a terceros como una cuestión que excede los criterios de limitación del uso del derecho penal. Mientras menos peso asignemos a la idea de virtudes en el derecho más probable es que nos encontremos en el camino sin salida de considerar injustificado nuestro MID.

Una cuestión que en este contexto debemos despejar es qué concepción o concepciones de libertad pueden ser adscritas a la “perspectiva liberal” y cómo pueden estas nociones relacionarse con las ya mencionadas virtudes.

3.1.3. Perspectiva liberal y libertad

Obviamente, desde el trabajo de Mill, la idea de libertad en las concepciones liberales ocupa un lugar preeminente. Sin embargo, tal como hemos intentado sugerir, no existe sólo una idea de libertad que pueda ser adscrita a la perspectiva liberal.

Berlin sostiene que las dos grandes concepciones acerca de la libertad que pueden encontrarse bajo la etiqueta liberal son la libertad negativa y la libertad positiva (1984: 15 – 36).¹³⁵

La noción de libertad negativa supone abstención de parte de sujetos que no sean el titular de la propia de libertad, en el ámbito de

¹³⁵ El propio Berlin llama la atención sobre las múltiples formas que ha tomado la idea de libertad, pero considera que estas son las dos maneras que resumen de mejor manera el pensamiento liberal en éste ámbito, véase BERLIN, 1984: 15.

protección que genera el reconocimiento de agencia moral de quien es caracterizado como un hombre libre.

Es decir, es un concepto que se fundamenta en la intangibilidad de un espacio privado para el titular de la libertad. Es el área en la cual podemos desenvolvemos sin obstrucciones generadas por otros (Berlin, 1984: 16).

Para esta clase de concepción lo relevante será contar con un firme catálogo de libertades individuales que permitan generar argumentos de rechazo a la injerencia de terceros en el ámbito de la privacidad de los individuos. Este catálogo debe ser realizado pensando en el logro de la armonía, que deriva de la autonomía de decisión de los sujetos de la comunidad.¹³⁶

Por ello, las relaciones de unos y otros se deben regir por este principio de ausencia de injerencia en el ámbito de libertad de los demás. La manera de respetar el carácter de sujeto relevante del otro estará determinada, primariamente, por la abstención de realizar acciones que puedan influir en la privacidad ajena.

Existen variadas consecuencias sobre esta concepción de libertad. Una de las más relevantes para este trabajo, es la que indica que una idea negativa de libertad, puede ser compatible con la idea de autocracia (Berlin, 1984: 21).

La libertad negativa es esencialmente un “área de control” privada, pero no necesariamente una fuente de control. Esto debido a que el carácter intangible de la libertad genera un espacio que no puede ser amenazado, pero que tampoco puede ser puesto por sobre

¹³⁶ Como relata provocadoramente Berlin, “la única libertad que merece ser llamada tal, es la que nos permite ejercer nuestro propio bien, a nuestra manera”, véase BERLIN, 1984: 20.

otro espacio también privado. La libertad se encuentra determinada por su titular.

Esto puede ser problemático pensando en un contexto democrático. Sobre todo si entendemos que el contexto de desarrollo de una democracia implica alguna clase de coerción para la libertad.

Así, ante la pregunta: ¿qué clase de coerción es legítima en la vida en sociedad?, debemos responder: sólo aquella clase de coerción que tiende a generar un mayor espacio para la libertad. Es decir, sólo aquellas decisiones que permitan asegurar de mejor manera el “área de control” o que hagan del área de control un espacio más amplio.¹³⁷

El concepto de libertad positiva, por su parte, supone considerar al sujeto como alguien que pueda gobernarse de manera de ser instrumento tan sólo de sí mismo, pero nunca de otros (Berlin, 1984: 23).

La libertad positiva consiste en ser dueño de sí mismo. Las elecciones que afecten al sujeto deben ser tomadas precisamente por éste sin interferencias de parte de terceros.

El sujeto, dueño de sí mismo, debe ser concebido como un “entero” en términos de autonomía.

Esta perspectiva dificulta la posibilidad de contar con una visión “orgánica” de la sociedad, que permita justificar en pos de la

¹³⁷ Un problema interesante en este punto es considerar qué valoración puede entregarse desde este concepto de libertad a la interacción abusiva. La mujer pobre que consiente en tolerar una vejación sexual a cambio de dinero, por ejemplo. Desde la perspectiva de la relación entre individuos que emana de la libertad negativa, es probable que esta interacción no deba ser considerada censurable, pues, luego de tolerar la vejación sexual, la mujer puede contar con un pago que le permita acceder a bienes que de otro modo no habría podido alcanzar. De esta manera, puede que sea más libre luego de tolerar ese acto. La cuestión, frente al derecho penal, está en que puede que sea ilegítimo para el Estado intervenir coartando la libertad de negociación del involucrado, aún siendo considerado débil. Bajo las premisas de la libertad negativa, puede ser que la víctima sea menos libre bajo la protección del derecho (declarando una prohibición reforzada penalmente, por ejemplo, en los casos de abuso) que sin ella.

“salud general” o del “bien común” la coerción de un sujeto determinado (Berlin, 1984: 24).

Bajo este concepto, es posible encontrar dificultades para dar relevancia a la posibilidad de fundamentar un mandato de ayuda a terceros. Bajo estas etiquetas, se suele acudir a la distinción, ya sugerida, entre lo loable y lo aprobado.

Es posible, desde la perspectiva liberal defender algo que no se considere loable, pero que no deba ser prohibido; de acuerdo al ejemplo de Sandel, una cosa es estar de acuerdo con que exista pornografía y otra muy distinta es aprobarla (Sandel, 2008: 203).

En nuestro campo podemos decir que al contar con un concepto de libertad que justifica la coerción de parte del Estado sólo en los casos en que ésta coerción es compatible con un gran resguardo de la libertad (por la vía negativa o por la vía de la afirmación), y por otro lado, con la distinción entre lo loable y lo aprobado, sin duda un MID confunde el espacio privado de lo loable (aplaudimos al héroe) con el espacio público de lo aprobado (sancionamos a quién no esté dispuesto a ayudar al otro).

El argumento liberal para fundamentar esta cuestión (la exclusión *prima facie* de los mandatos de ayuda a terceros, y subsecuentemente del mandato penal de ayuda a terceros) parece fundarse centralmente en la tolerancia y la libertad de elección como valores que flanquean a la libertad personal y la privacidad.

Estos argumentos, sin embargo, pueden ser contrapuestos a otras “entidades” o “valores”, que bajo cierta perspectiva sean igualmente trascendentes.

Es el caso del MID lo que se tiene a la vista es un peligro plausible para la vida, la integridad, la libertad o la libertad sexual. Y este peligro, denota la relevancia de las relaciones entre los miembros

de una misma comunidad. Ese vínculo es lo que denominamos solidaridad.

¿Quién puede decir cuán solidarios debemos ser?, ¿Bajo qué criterios podemos determinar el alcance de una obligación de ser solidarios?

Para llegar a determinar el caso en que sea legítimo asociar una pena a la omisión de impedir un delito, parece que tenemos dos grandes alternativas: una utilitarista y una kantiana.¹³⁸

La alternativa utilitarista, parte, para los liberales, del conocido trabajo de John Stuart Mill. Se defiende a los principios liberales en pos del logro de la maximización de la felicidad colectiva. El Estado:

«[N]o debería imponer un modo de vida a sus ciudadanos, ni siquiera por el bien de éstos, porque al hacerlo reduce la suma total de felicidad humana (al menos, a largo plazo).» (Sandel, 2008: 204)¹³⁹

La única libertad que cuenta, es aquella que permite que su titular tome decisiones tendentes a su propio bien, de su propia manera, sin traspasar los ámbitos de actuación de los titulares ajenos (Sandel, 2008: 204 – 205).

El concepto central de esta perspectiva es la utilidad. Sólo es posible considerar válida la acción de coaccionar a un sujeto en la

¹³⁸ Esta es una manera de ver el problema que tiene una correlación obvia con las denominadas teorías de justificación de la pena. Es la manera en que analiza el problema de la legitimidad del mandato penal de socorro Varona, por ejemplo. Sigo en este punto a Sandel. Véase SANDEL, 2008: 204.

¹³⁹ Deseo hacer una advertencia: es evidente que Michael Sandel puede ser clasificado sin demasiadas tensiones como un comunitarista. Sin embargo, lo tomo como un gran crítico del liberalismo. Por ello, creo que ofrece una buena descripción del mismo. Luego, en la crítica comunitarista, he intentado concentrarme en la propuesta que considero central de parte de esa corriente de filosofía política (la correspondiente a MacIntyre), aunque pueda decirse de ésta que es una versión “conservadora” del comunitarismo. Véase en este sentido GARGARELLA, 1999: 125 y ss.

comunidad en la medida que esta acción redunde en un aumento de la felicidad colectiva, es decir, sólo si es empíricamente útil.

Se ha criticado desde múltiples puntos de vista al utilitarismo en tanto teoría de la justicia. Por cierto, el debate desde la perspectiva de la aplicación de la matriz de pensamiento utilitarista al derecho penal y en concreto a la pena, y su contrario el retribucionismo puede dar lugar a una biblioteca completa.

Quiero llamar la atención sobre un punto que me parece extremadamente interesante a efectos de nuestro objeto de estudio: la justificación utilitarista permite una lectura no liberal. O dicho de otro modo, no todo argumento utilitarista es también liberal.¹⁴⁰

Como ha señalado el mismo Sandel, si un grupo de romanos se reúne en el Coliseo para animar al león que debe dar cuenta del cristiano de turno, el placer colectivo de los romanos puede pesar más que el dolor que padecerá el cristiano (Sandel, 2008: 205).

Del mismo modo, el hecho de que una religión minoritaria puede dar lugar a la negación de un espacio, incluso privado, de ejercicio del culto, debido a la maximización de la felicidad general. Lo notable es que estas acciones son difícilmente compatibles con ideales marcadamente liberales como la tolerancia y el respeto por la autonomía privada.

Por ello, al liberalismo utilitarista se le ha criticado por tratar a la sociedad completa como una persona y no ser capaz de incluir la variedad de expectativas de distintos miembros de la comunidad.

¹⁴⁰ Esta es en realidad una crítica tanto al liberalismo como al utilitarismo. Con ello quiero recordar dos cosas que se encuentran sugeridas en el capítulo anterior. El esquema del utilitarismo como contrapuesto al retribucionismo, no puede dar lugar a una completa explicación del uso del derecho en el ámbito de la solidaridad. Por otra parte, en el caso del derecho penal veremos que es complicado tener una tesis liberal utilitarista y por otra parte fuertemente democrática.

Aquí, Kant asoma como una posible solución. La pertenencia de los sujetos al “reino de los fines”, implica la imposibilidad de violar ciertos derechos, aún bajo el pretexto de aumentar el bienestar general (Sandel, 2008: 206).

Para ello, los liberales necesitan de una concepción de derechos que no dependa de consideraciones utilitaristas. Aún más, en opinión de Sandel, los liberales necesitarían una concepción de derechos que sea valorativamente neutra, que no dependa de una determinada concepción del bien o de lo bueno (Sandel, 2008: 206 – 207).

Por ello, se propone la distinción entre “lo correcto” y “lo bueno”. Es decir, se busca distinguir entre un marco de libertades y derechos básicos, y las distintas concepciones que las personas puedan perseguir luego de establecido este marco. De esta manera, no se impone una determinada visión de la vida a un grupo minoritario.

Esta es una cuestión compleja si observamos el mandato penal de impedir determinados delitos. Esto por varias consideraciones.

Por una parte, el delito parece incluir una determinada concepción acerca de lo bueno. Buena parte de la cuestión relativa a la legitimidad de un determinado delito, como es el MID, importa considerar en alguna dimensión el carácter de “buena” de la acción de ayudar a otro, y sobre todo, implica considerar “mala” la omisión de la ayuda.¹⁴¹

¹⁴¹ Esta conexión entre la legitimidad en materia penal y la idea de “bueno” ha sido manifestada por Kindhäuser en los siguientes términos: “La norma tiene que ser, en tal medida, “buena” en el sentido de “buena para alguien” –esto es: ventajosa. Si esta noción de bondad se interpreta sobre la base del utilitarismo, ella puede ser referida a la utilidad total o a la utilidad promedio de los miembros de la sociedad.» véase KINDHÄUSER, 2009: 18 – 19. Sobre los alcances de utilizar esta expresión para el derecho, resulta fundamental consultar VON WRIGHT, 1968.

Parece ser que este delito además involucra la relación entre individuo y Estado. Es difícil pensar que esta relación se desenvuelve bajo algún tipo de perfeccionismo. Es obvio que el ciudadano puede asociar sus propios planes morales a la hora de decidir configurar el sistema en determinado sentido. En algún caso, se piensa en la búsqueda del bien por medio del derecho, y en particular, en la reacción frente al mal por medio del derecho penal.

En el caso del MID, es evidente la posibilidad de concebir un deber de ayudar a otro muy débil de parte del liberalismo. Esto puede apoyarse fundamentalmente en la cuestión acerca de la compatibilidad del mantenimiento de la libertad personal con un cierto despotismo.¹⁴²

Si un Estado asegura una mayor libertad para sus ciudadanos, aún contra el sentido moral de estos ciudadanos, encontraríamos una acción que debería valorarse positivamente.

Sin embargo, resulta difícil describir al derecho penal de esta manera. Es decir, resulta complejo sostener que a la idea de responsabilizar penalmente a un integrante de la comunidad no le antecede un juicio moral que definitivamente no es neutro.

De hecho, si damos un vistazo a la teoría moral que se encuentra detrás, por ejemplo, del utilitarismo liberal de Mill, veremos que lo que es correcto o aprobado se diferencia de lo que está mal en atención a la capacidad de “retroceder en la consecución de felicidad” que debe dar fuerza al principio de utilidad.¹⁴³

¹⁴² Esto puede predicarse de aquella comprensión liberal que a su vez implique cierto perfeccionismo. Un interesante análisis sobre la clase de problema que desencadena este trabajo lo encontramos en BENETT, 2006.

¹⁴³ La teoría moral de Mill parece moverse en un terreno distinto de la Teoría del Derecho que puede ser situada en lo que denominaba “ámbito de la vida”, es decir, de la razón práctica. Sobre este punto véase BROWN, 2010: 10.

Pues bien, esta idea implica que, en algún sentido, los ciudadanos consideren que deben obrar hacia el bien (felicidad) y sancionar o censurar las acciones que impiden la consecución de esa felicidad. Este parece ser un juicio moralmente marcado. Parece que no estamos ante un juicio neutro desde la perspectiva moral.

Empero, existe una clase de liberalismo que puede matizar esta perspectiva liberal. Es el caso del liberalismo deontológico.

3.1.4. Liberalismo y justicia: el liberalismo deontológico

Hasta aquí puede apreciarse que el liberalismo trabaja con una lógica estática: parece ser que se fijan ciertos puntos de apoyo acerca de la corrección de determinados acuerdos sociales y se contraponen a conceptos bastante duros, como la libertad, por ejemplo. Esta característica le valdrá muchas críticas, provenientes con particular fuerza desde el comunitarismo.¹⁴⁴

Sin embargo, Sandel ha explorado una forma de comprensión del liberalismo que lleva adelante la idea de justicia para superar las dificultades que provoca trabajar con la contraposición entre valores y objetivismo.

En este sentido, ha dicho:

«El liberalismo deontológico es, sobre todo, una teoría acerca de la justicia. En particular, es una teoría que sostiene la primacía de la justicia entre los ideales políticos y morales. Su tesis central podría formularse de la siguiente manera: la sociedad compuesta por una pluralidad de individuos cada uno de los cuales tiene sus propios fines, intereses y concepciones del bien, está mejor ordenada cuando

¹⁴⁴ Volveré más adelante sobre esto.

se gobierna por principios que no presuponen ninguna concepción particular del bien *per se*. Lo que justifica estos principios regulativos por encima de todo no es el hecho de que maximicen el bienestar social ni que promuevan el bien. Sino más bien el que estén en conformidad con el concepto de lo *justo*, que es una categoría moral que precede al bien y es independiente de este.» (Sandel, 2000: 13)

El rasgo distintivo de esta clase de liberalismo es que tiene su punto de apoyo más visible en una tesis kantiana de la justicia antes que en una tesis utilitarista como la de Mill.

Esto trae consecuencias importantes para la comprensión del derecho penal.

El liberalismo deontológico se opone al consecuencialismo. Esto quiere decir que existen algunas concepciones acerca de ciertos valores que los hacen intocables ante demandas de orden moral particular o políticas.

El consecuencialismo, en su versión utilitaria, ha marcado enormemente la agenda de justificación del derecho penal. Como hemos visto, existen importantes esfuerzos para justificar el mandato penal de socorro desde esta perspectiva, aún en la doctrina española.

El liberalismo deontológico permite considerar a la justicia como un valor central e inamovible, lo que descarta ciertas conclusiones complejas del liberalismo utilitarista.

Por ejemplo, la cuestión acerca del castigo de un inocente, es resuelta por ciertos penalistas, desde claras construcciones liberales deontológicas. Esto, los lleva a reemplazar la matriz de justificación utilitaria por una matriz marcadamente retributiva¹⁴⁵. El caso paradigmático a este respecto es Moore.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Por ello, es simbólicamente importante el uso de la expresión "*just desert*" para designar a muchas posiciones teóricas que pueden ser consideradas fuertemente

En un sentido, Rawls debe ser inscrito también entre los liberales deontológicos. La apertura y el cierre de su "*Theory of Justice*" es que "la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales".¹⁴⁷

Lo relevante es que la idea de justicia en Rawls se construye con la necesidad de contar con deberes para los individuos.

«Para el punto de partida de la teoría de la justicia, el deber natural más importante es dar apoyo y obedecer a las instituciones justas»
(Rawls, 1971: 408).

La existencia de deberes naturales en Rawls, se desarrolla precisamente luego de establecer criterios de justicia institucionales. Es decir, se supone que las instituciones son en algún sentido justas, pero una teoría de la justicia completa implica contar con deberes naturales de los individuos, el primero de los cuales es el actuar en apoyo de la institución.¹⁴⁸

Este deber tiene dos partes, en primer lugar debemos estar de acuerdo en compartir el apoyo a las instituciones justas cuando éstas existan y deban ser aplicadas a nosotros. En segundo lugar, debemos estar de acuerdo en apoyar el establecimiento de instituciones cuando no existan o cuando deban ser modificadas, especialmente cuando esto puede ser hecho con un costo menor (Rawls, 1971: 334).

emparentadas con el retribucionismo. También por ello, es poco feliz la traducción española de "teorías de la justicia", pues comprometen a la justificación de la pena con cuestiones de comprensión del sistema en general.

¹⁴⁶ Véase por todos, MOORE, 1997: 153 - 188.

¹⁴⁷ Véase RAWLS, 1971: 3; SANDEL, 2000: 31. Recordemos que este es uno de los puntos que si bien se mantiene bastante firme en las revisiones posteriores de la teoría de la justicia rawlsiana, sufre ciertos matices. Véase ACKERMAN, 1995; GARGARELLA, 1997.

¹⁴⁸ Recordemos que además está presente de la idea de virtudes públicas y virtudes políticas en el pensamiento de Rawls. Véase GONZÁLEZ ALTABLE, 1995.

De esta manera, bajo la teoría de la justicia de Rawls, existe un compromiso de los individuos hacia las instituciones. Este compromiso permite predicar la justicia de las mismas, y con ello, la justicia del derecho. Tal como afirma Sandel, la justicia parece ser la propiedad principal del derecho, en reemplazo de la utilidad o del carácter de “bueno”.¹⁴⁹

Estas afirmaciones pueden dar lugar a cuestiones difíciles. Si la ley ha sido establecida por medio de mecanismos formales que implican su aceptación en el derecho, ¿existe el deber de colaboración de parte de los ciudadanos en el mantenimiento de esta ley?

La ley puede ser considerada injusta. Si una ley prescribe algo que es considerado injusto, ¿deben los ciudadanos actuar favoreciendo la existencia de esa ley?

En algún sentido esta duda expresa una pequeña trampa para el liberalismo rawlsiano, debido principalmente a que sólo en la medida en que la sociedad se considere justa puede tener lugar la obligación de apoyo y mantenimiento de sus instituciones.

Así, una persona situada en el contexto social, amparado por el derecho, tiene el deber de elegir aquella acción que tienda al apoyo y al mantenimiento de la justicia (por sobre las calificaciones de “útil” o de “buena” de la acción) (Rawls, 1971: 410).

Cuando el legislador decide mantener en el derecho el MID, parece, deberíamos pensar, que toma una decisión tendente a la justicia. Es decir, el mensaje que debería formarse desde la

¹⁴⁹ En este sentido se ha sostenido que la obra de Rawls contiene una pretensión de construir una teoría moral. Por ello, su idea de justicia incluye en gran medida la idea de virtudes de los ciudadanos. Sobre esto véase CORTINA, 1985.

constatación de la existencia del MID es que es justo que un sujeto deba acudir al rescate de una persona que será víctima de un delito.

En un sentido más relevante: la persona que decide actuar para impedir que se cometa un delito en contra de otro, elige realizar una acción justa.

La propuesta de Rawls calza, al parecer, bastante bien con la idea de solidaridad. En la medida en que el individuo está constantemente vinculado a sus deberes, debiera elegir el apoyo institucional y con ello, la justicia.

Sin embargo, si ponemos atención sobre las justificaciones acerca del mandato penal de socorro (pertinentes para el MID de acuerdo a lo expresado en el capítulo anterior), tenemos que la cuestión se vuelve más compleja.

Parece que hay dos grandes argumentos que consideran la tensión entre libertad (preeminente para los liberales) y otros valores. Lo relevante es determinar por qué, en atención a la idea de protección de libertad y de deberes de los ciudadanos, puede constreñirse la libertad por medio del establecimiento de un delito (Menlowe, 1993: 8).¹⁵⁰

El primero de estos argumentos está basado en la necesidad de considerar que el principio de libertad (y su protección) es fundamental. El segundo, basado en la idea de que tenemos ciertos derechos, como el derecho a hacer lo que queramos con exclusión de ciertas demandas sobre nosotros (Menlowe, 1993: 8).

Estas dos alternativas, por cierto, descansan en una comprensión liberal del problema. Ante el primer argumento, la cuestión está en definir cuándo podemos rehusarnos al rescate, como

¹⁵⁰ Desde la perspectiva liberal este es un caso de contraposición (posible) entre distintas concepciones acerca de la vida buena. Véase ACKERMAN, 1995.

derivación del principio de protección de la libertad. Una posibilidad es asumir que todos son titulares de la más extensa libertad compatible con la libertad de todos.

Esto, supone interpretar a la libertad como la presencia de opciones y ausencia de coerción (Menlowe, 1993: 9).

Bajo este argumento la posibilidad de fundamentar un deber de ayuda a terceros son bajas, o al menos la posibilidad de encontrar una justificación depende del abandono de la preeminencia de la perspectiva liberal. Evidentemente, el costo de asociar un mandato penal al ejercicio de la libertad, deviene en una carga de extrema dureza para estimar plausible el ejercicio de la libertad. Esto, porque las facultades de elegir se ven reducidas por medio de una clase de coerción estatal extremadamente dura.¹⁵¹

El segundo de los argumentos, esto es el relativo a que “podemos hacer aquello que queramos”, ha sido identificado con la postura de Nozick¹⁵².

Esta tesis parece estar influida por Locke (Menlowe, 1993:10).

La idea básica de Nozick es que los individuos tiene ciertos derechos respecto de los cuales no puede haber interferencia de otros. El derecho básico para Nozick es el derecho a autogobernarse.

¹⁵¹ Existe la posibilidad de entender a la libertad como una cuestión que debe ser mantenida en la mayor medida posible. Es decir, bajo un esquema “cuantificable”. Sin embargo, es dudoso que salvando el problema de “todo o nada” que hay en la primera lectura liberal acerca de la libertad, pueda determinarse cómo justificar “cuánta” libertad puede afectarse. Para este argumento siguiendo a Kymlicka, véase MENLOWE, 1993: 9.

¹⁵² Es interesante verificar la oposición que hay, a propósito de la justificación de la omisión de socorro, entre una lectura rawlsiana como la que he intentado engarzar entre el propio Rawls y Menlowe, y Nozick. Recordemos que a pesar de que Nozick reconoció la relevancia de la justificación de la justicia de Rawls, fue uno de sus principales críticos.

Esta es su interpretación del principio kantiano de tratar a las personas como un fin y no como un medio¹⁵³.

Esta idea de tratar a las personas como un fin implica impedir que se use a una persona como un “recurso” de otra. En nuestro debate, poner a un sujeto en situación de ser un recurso de salvamento respecto de la víctima de un delito, infringiría éste principio.

Debe notarse que esta es una lectura que envuelve una relación entre la potencial víctima del delito a evitar y el potencial sujeto compelido a su evitación. Desde la perspectiva de la víctima, es claro que el sujeto extraño que se encuentra bajo un mandato de impedir el delito que ella sufrirá lo pone ante su juicio como un medio antes que como un fin, al menos *prima facie*.

Sin embargo, la pregunta que encierra el MID en realidad es una pregunta acerca del vínculo entre los dos sujetos.

Es decir, la perspectiva de la víctima incluye además de la faz “funcional” expresada en la proposición: “este sujeto está bajo el mandato de impedir el delito que yo probablemente padeceré”; una faz sustantiva, en la que reconoce al sujeto como un semejante, alguien que es miembro de su comunidad jurídica y por ello tiene el deber de ayudarlo.

Esto es particularmente interesante si consideramos lo expuesto en el capítulo introductorio de este trabajo: la parábola del buen samaritano trata acerca de quiénes son semejantes, y no de quienes son buenos samaritanos.

Aún quedaría un argumento que puede ser construido desde la lógica de la libertad: con el deber de ayudar a otro, la libertad

¹⁵³ Es discutible este punto. Sobre los alcances véase MENLOWE, 1993: 10.

personal de los sujetos en la comunidad crece, en comparación a lo que pasaría sin ese mandato. Por ello, el MID sería, desde esta perspectiva, funcional a la libertad positiva.

Nuevamente, aquí hay una cuestión que depende del punto de vista que se adopte. Es cierto, desde la perspectiva de la víctima que ha sido salvada, que su libertad ha crecido. Es “más libre” quien ha sido defendido por su vecino del homicida y por tanto, permanece vivo.

Sin embargo, este mandato penal está dirigido a evitar delitos. El mandato consiste en evitar delitos. Por lo tanto, un sujeto puede poner todo de su parte para evitar el delito y fallar en el intento. ¿Es entonces culpable de incumplir este mandato? Obviamente no. ¿Ha quedado la libertad “ampliada” con la existencia de este mandato?, parece que no.

Probablemente, el camino que quede para rescatar este argumento sea separar las tesis consecuencialistas de las no consecuencialistas. Con ello centraremos la cuestión del aumento de la libertad en las consecuencias, y el merecimiento podría ocupar un lugar central en la tesis acerca de por qué debe ser sancionado quien incumple este mandato penal.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Con lo que, como ya hemos sugerido, asumo un compromiso con una tesis de justificación de la pena marcadamente retributiva.

3.2. *Proyecciones liberales en el mandato de ayudar a otros (mandato penal de socorro y MID)*

3.2.1. *La obligación política y el mandato de ayudar a otros: la teoría del rescate*

Una manera de ver la conexión entre la línea de argumentos propiamente liberales y el deber de asistir a otros en materia penal ha sido desarrollada por George Klosko (2004a).¹⁵⁵

Klosko parte de la base de la creciente desconfianza que existe entre los académicos para justificar la existencia del mandato de ayudar a otros (que comprendería *mutatis mutandi* a nuestras figuras del mandato penal de socorro y del MID).

En particular, Klosko advierte la aparente debilidad de fundamentación de la obligación de ayudar a otros bajo principios como el consentimiento concurrente, la gratitud, la equidad, o un natural deber de justicia.¹⁵⁶

Ante esta debilidad, el propio Klosko propone la posibilidad de reformular los tradicionales principios constitutivos de la mencionada obligación y, con ello, intentar mejorar la justificación. Sostiene también, que ciertos académicos han intentado trabajar sobre la base de otros principios (alternativos) como el principio de

¹⁵⁵ Debo aclarar que la vía usada para proyectar los argumentos de la perspectiva liberal en el mandato de impedir determinados delitos es la que considero mejor, o de un rendimiento más relevante. Este no es el camino habitual que sigue el pensamiento liberal frente a los problemas asociados a la ética del samaritano. La primera cuestión, en general, pasa por justificar si debe existir algo así como un mandato de ayudar a otros y si este debe ser reforzado penalmente. Un claro ejemplo de esta clase de razonamiento lo encontramos en KLEINIG, 1978.

¹⁵⁶ Sin postular una teoría del rescate pero expresando varios puntos en común con Klosko puede verse a RIPSTEIN, 2000: 752 – 756.

asociación y su correlativa nueva forma de ver el deber natural de justicia (Klosko, 2004a: 143 – 144).¹⁵⁷

La propuesta de Klosko se enfoca en trabajar con estos principios alternativos: la asociación y la nueva forma que deba tomar el deber natural de justicia, dotándolos de una forma concreta.

En este sentido, sostiene que debe acudirse a lo que denomina “principio de rescate”.

El punto de partida es que el deber de asistir a otros descansa en ciertas premisas. La primera de ellas, puede denominarse la existencia de “intereses”¹⁵⁸. Quien puede ser rescatado, tiene sin duda, un interés en que si un ciudadano presencia su situación de peligro, tenga el deber de actuar y actúe. Se encuentra más seguro quien vive bajo estos intereses (Klosko, 2004a: 145).¹⁵⁹

La segunda de las premisas es que los esfuerzos que pueden desplegarse para ejecutar el rescate resultan tanto suficientes como

¹⁵⁷ Existiría todavía un tercer grupo, aquellos que creen en la inexistencia de obligaciones políticas. Con este grupo la respuesta para el deber de ayudar a otros, presente en el mandato penal de socorro como en el MID se encuentra descartado, por ello, en este trabajo no creo necesario referirme en extenso a esta posición.

¹⁵⁸ Klosko utiliza la expresión “*established interest*” para designar los intereses que deberían existir en la sociedad en orden a ser rescatado en determinados supuestos. He decidido utilizar la expresión castellana “intereses” sin más para facilitar la comprensión de la teoría del rescate.

¹⁵⁹ Es distinto hablar de intereses en el caso del mandato penal de socorro que en nuestro MID. Por ejemplo, si Juan observa que Pedro ha caído al río, puede considerarse que existe un interés de Pedro relativo a que Juan le salve. Sin embargo, Pedro puede haber saltado al río para suicidarse. En este caso, el interés de Pedro es que Juan no le salve. Este último es un caso de colisión entre el interés realmente existente y la posición de rescate del tercero en circunstancias de poder ayudar. De todos modos, en el caso del MID tenemos que este problema puede encontrarse modificado. Juan observa que Pedro va a ser seriamente lesionado por otro. Juan actúa evitando la lesión, y puede decirse que Pedro tiene un interés en que otro le ayude a no padecer la lesión. No obstante, en algunos casos puede concurrir el consentimiento de la víctima. En estos casos el cumplimiento del deber de impedir delitos no cuenta con estos intereses. Pedro puede querer ser lesionado por otro, y Juan en cumplimiento de su mandato, impide la acción. Esta colisión es interesante, y veremos que los esfuerzos liberales, al tratar el problema desde la libertad vinculada a la autonomía privada, pueden encontrar un problema en justificar el actuar en contra del consentimiento de la potencial víctima. Pensemos en quien actúa evitando un homicidio a petición (aún uno que cuente con un plan sofisticado), ¿puede justificarse en la libertad esta actuación?

necesarios. Es decir, que la ayuda no debería ser simbólica sino que puede tener efectivamente por resultado la evitación del mal que comporta el delito; en el caso de la omisión de socorro es una situación de peligro no calificada necesariamente como delito que requiere una intervención y en el caso del MID es una situación de peligro jurídicamente marcada como delito (proviene de la comisión de un delito contra la vida, la integridad, la libertad y la libertad sexual) que requiere el despliegue de una actividad para evitar el daño del delito. Estos esfuerzos toman la forma de acciones para ejecutar el rescate (entrar en el agua para salvar a quien se ahoga, o interponerse en el camino de quien se dirige a golpear a otro pudiendo lesionarlo de manera relevante, por ejemplo).¹⁶⁰

Estas acciones de rescate sólo tienen sentido en la medida que el Estado articula mecanismos por los cuales pueden tener lugar estas acciones.¹⁶¹ Es decir, existen dos niveles de acciones involucradas. Por una parte la acción estatal que consiste en la articulación institucional de un espacio para que el rescate pueda ser llevado a cabo.

Por otra parte, dentro del marco institucional, tenemos que existe una acción de rescate que puede –y debe– ser llevada a cabo fruto del contexto institucional generado por el Estado. Evidentemente los arreglos institucionales que puedan significar una acción estatal en sentido general pueden constituir un permiso jurídico para la acción, un mandato para la acción, como la generación de espacios por medio de los cuales pueda recurrirse a

¹⁶⁰ Desde la perspectiva del análisis económico del derecho también han surgido posiciones para explicar las acciones que deben ser realizadas en orden a cumplir el mandato del rescate. Véase LANDER y POSNER, 1978: 83 – 128; RUBIN, 1986.

¹⁶¹ Klosko utiliza la expresión “*requirement state action*”. Debido a lo equívoca que puede resultar la traducción de esta expresión he decidido referirme a esta pieza de la teoría kloskiana como “acciones de rescate”.

una determinada forma de rescate (la regulación de la denuncia, la existencia de un cuerpo policial que recibe la denuncia, la articulación de un modo típico y conocido para hacer la denuncia, etc.)

En términos sencillos, las acciones de rescate contienen a las acciones directas que los ciudadanos pueden llevar a cabo para evitar un mal en contra de un tercero.¹⁶²

Puede ocurrir que la obligación de actuar no resulte sencilla. Por ejemplo, en el caso del MID, un sujeto puede presenciar una riña, y advertir como uno de los intervinientes se dispone a buscar un arma blanca que se encuentra guardada dentro de una caja. Es probable que quien presencia esto, y que está en posición de actuar contra el agresor que se dispone a herir a otro de los intervinientes en la riña, cumpla su deber interviniendo física y directamente, más precisamente con una actuación sobre el autor.

Sin embargo, puede pasar, en otro ejemplo, que la misma persona presencie la comisión en ciernes de un secuestro, que va a ser ejecutado por un grupo de sujetos. En este caso, la actuación personal no parece ser idónea para evitar el delito. En este caso deberíamos agregar ciertas acciones necesarias para cumplir con el rescate. El que presencia la comisión del secuestro puede llamar con su móvil a la policía y con ello impedir la consumación del secuestro (o facilitar la identificación de los secuestradores y con ello haber intentado impedir el delito).

Estas son formas que pueden tomar las acciones de rescate. Aquí la obligación de actuar por el mandato de ayudar a otros,

¹⁶² Con posterioridad, me concentraré en esta clase de acciones para tomar postura. Al proponer una determinada teoría del rescate para el MID creo que lo central será determinar qué sentido tienen estas acciones.

quedaría cumplida en la medida en que no haya “indiferencia” de parte de quien presencia el delito. (Klosko, 2004a: 146). Esta es la idea central: la teoría del rescate de Klosko es una propuesta acerca de lo incorrecto que puede resultar tener una actitud indiferente en presencia de un hecho dañino para un tercero.

Las acciones de rescate pueden tener diversas formas: directas (intervención directa de quien se encuentre obligado a actuar para impedir el delito), indirectas (ejecutadas por quien se encuentra obligado a actuar pero que no consiste en la interposición personal del sujeto obligado a actuar sino que en una acción tendente a evitar el mal del delito, paradigmáticamente la denuncia a la policía) y pueden también tener la forma de prestaciones (sería una acción de rescate generada por el Estado contar con un cuerpo de policía que reciba la denuncia y actúe en el combate del delito, o contar con una línea telefónica para poder efectuar la denuncia, por ejemplo).

Existe un camino para fundamentar el deber de actuar directamente o por medio de acciones que no involucren el rechazo directo del mal, que descansa en el principio de la equidad. Es decir, si la justicia es entendida como equidad o imparcialidad, y si concebimos, con Rawls, al ciudadano como un sujeto vinculado a sus instituciones por medio de sus actos, entonces, el fundamento de la obligación de actuar a favor de otro debería encontrar apoyo en la idea de equidad o imparcialidad.

Hay, empero, un problema. El recurso al principio de equidad puede tropezar con la dificultad de su aceptación. Esto principalmente porque la tesis que se encuentra detrás del principio de equidad como justificación de un deber, es una aceptación hipotética (Klosko, 2004a: 147).

La salida parece encontrarse, como ya hemos anotado, en contar con una “teoría del rescate”, que descansa en un “principio de rescate”. El principio de rescate puede ser concebido como una agregación de múltiples principios. Esta agregación involucra a principios que pueden ser vistos como alternativos a la tradicional manera de concebir el sentido de la asociación, la equidad y la natural tendencia a la justicia.

Esta idea sirve de base, principalmente para explicar al MID como acto de rescatar a otro (como fundamento de la respuesta de seguimiento del derecho por parte de quien cumple el mandato), pero también como argumento para entender la justificación del mandato.

Aquí lo fundamental pasa por la asociación, es decir, el hecho de pertenecer a la comunidad nos pone en situación de merecer reproches (entre otras cosas). Desde esta perspectiva es que es posible construir un mandato de ayuda a otros.

Si el principio de asociación es importante, entonces, el terreno en el que puede moverse el liberalismo para encontrar un fundamento al MID es en la intersección de la moral privada y la libertad.¹⁶³

En principio, un concepto de libertad negativa, resulta un tanto estrecho para poder ponerse en tensión con la idea de obligaciones derivadas de la asociación, considerando que la idea de “abstención” de terceros jugará un papel fundamental.

¹⁶³ Esto porque en la faz penal de la agenda liberal importará dotar de sentido a la virtud como cuestión privada de manera de darle un peso lo suficientemente relevante para ser enfrentada al valor por antonomasia para un liberal: la libertad. Ya he mencionado anteriormente que no estoy pensando en la construcción propia de la perspectiva liberal en la que toda relevancia pública de la solidaridad como virtud pública quede supeditada a la defensa de la libertad. De todos modos, la perspectiva liberal importa una gran duda para que la virtud privada pueda dar el salto hacia el terreno de las razones de limitación de la libertad.

Sin embargo, un concepto de libertad positiva, y sumado a ello, una lectura “liberal deontológica” sí que podrían alinearse de manera mucho mejor con esta obligación.

Si nos concentramos en las dos partes de la teoría del rescate propuesta por Klosko, deberíamos intentar dar un determinado contenido tanto a los intereses como a las acciones de rescate.

En el caso de los intereses, tenemos que en principio resulta complejo determinar exactamente cuáles son los intereses específicos que pueden verificarse en el contexto general del mandato de ayudar a otros. Esto se mantiene en el mandato penal de socorro de manera parcial, pero en el MID las dificultades prácticamente desaparecen. Tienen el lugar de intereses aquellas situaciones de riesgo para la vida, la integridad, la libertad y la libertad sexual. En específico, podemos decir que existe un interés en no padecer los males que encierran cada uno de los delitos mencionados.¹⁶⁴

La pertenencia a una clase de sociedad parece involucrar la necesidad de cierta seguridad. Por ello, es razonable que esperemos seguridad en nuestra vida cotidiana. Sin duda, parte de esa seguridad que requeriremos está determinada por los delitos. Sería comprensible sostener que no queremos ser víctimas de delitos (Klosko, 2004a: 153).¹⁶⁵

Estos son los intereses en el seno del MID. Al encontrarnos ante una forma específica de mandato de ayuda a otros, y a una forma

¹⁶⁴ Veremos en el capítulo siguiente que existe una manera además de dar sentido a la importancia que esta clase de delitos tiene para la justificación del MID desde la perspectiva republicana.

¹⁶⁵ Nótese que esta idea podría conducirnos a pensar que Klosko basa su noción de obligación política en la idea de samaritanismo. Debemos descartar este recurso, en tanto se entienda por samaritanismo a una concepción fuerte que de lugar a toda la idea de obligación política. En extenso sobre este punto (y especialmente sobre la atención que el propio Klosko ha debido prestar a esta idea) véase KLOSKO, 2005: 92 - 95

también específica de mandato penal de socorro, tenemos que los intereses vienen determinados por el propio derecho. Quizás, quien será víctima de un delito no desea serlo y nuestra sociedad comporta un mandato de ayuda a la persona que se encuentra en situación de impedir la situación. Se proscribe la actitud indiferente o neutra ante la posibilidad de que otro miembro de la comunidad padezca los resultados de un delito.

Por otra parte, las acciones de rescate también se encuentran relacionadas con este punto. Necesitamos aquellas acciones que nos permitan liberarnos del mal. Ya sea por medio de prestaciones estatales o simplemente como presupuesto para el normal desarrollo de nuestra libertad.¹⁶⁶

En el caso de la violencia o de padecer un accidente, creemos que es plausible que el Estado cuente con una serie de servicios e instituciones que sirvan para ayudarnos a salir de circunstancias problemáticas o riesgosas. Entre ellas, el derecho sirve como base para impedir circunstancias abusivas, en materia privada, por ejemplo, y también en materia de crímenes. Por ello, es posible encontrar en el derecho un mandato de actuación en defensa de esa expectativa de rescate, como es el mandato de ayudar a otros, y en forma particular el MID.

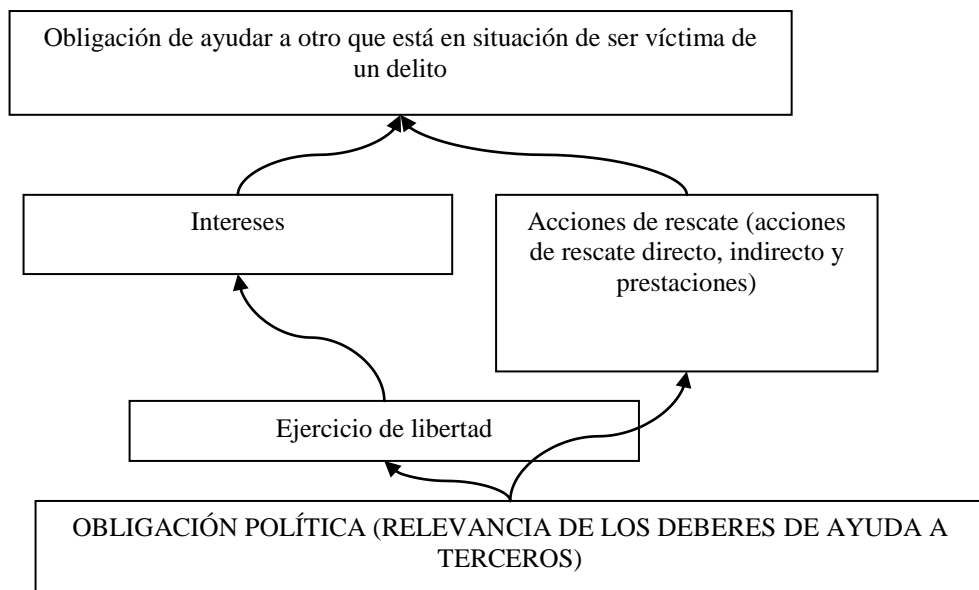
Este enfoque da buenos resultados bajo el esquema liberal. Los intereses pueden ser puestos en tela de juicio por medio del ejercicio de la libertad de quien deba ser rescatado. Es lo que ocurre en el

¹⁶⁶ Aunque desde una perspectiva anarquista, puede decirse que una vez puestos en juego los ideales del rescate, es posible sostener que no necesitamos a las acciones estatales. El sujeto que puede ser defendido por un amigo armado durante una pelea no necesita al Estado. Creo que este argumento es excesivo, y más importante, deja de ser liberal. Véase KLOSKO, 2004a: 154. Más en general, KLOSKO, 2005.

mencionado caso del suicida. O lo que puede ocurrir en el caso de quien consiente, por gusto u otra razón personal, en ser lesionado.

La premisa principal del respeto a la autonomía privada permitirá sostener que estos son casos donde no es posible reconstruir la pertinencia del mandato de ayuda (no hay intereses). Con ello, puede graduarse la carga que este mandato comporta al ejercicio de la libertad de quien debe ejecutar el rescate, y puede ser coordinado con la idea del aumento de la libertad por medio de la seguridad generada para todos los miembros de la sociedad.

Atendidas estas consideraciones creo que podemos graficar a la teoría del rescate para el MID de la siguiente manera:



Desde la perspectiva liberal, el MID detona una obligación específica de realizar una actividad de rescate respecto de quien puede ser víctima plausible de un delito. Esto supone que se identifiquen intereses, es decir, debe tratarse de un caso en que no pueda tropezarse con una interferencia en el ejercicio de libertad de parte de la misma víctima.

Si este es el caso, lo que el sujeto obligado al rescate tiene disponible son todas las acciones de rescate que se entienden requeridas al Estado y que deben resultar idóneas para evitar la realización del delito. Como hemos apuntado, no se trata solamente de la ejecución personal de una acción heroica sino que también cuentan las acciones que tiendan a evitar el delito de parte del Estado o a la existencia de mecanismos para efectuar el rescate (como la existencia de servicios públicos de rescate).

¿Por qué esta teoría del rescate puede ser vista como una teoría comprometida con la perspectiva liberal?

En otros términos, la formulación de la teoría parece suponer una concepción en alguna medida liberal de la sociedad y de la obligación política pero, ¿qué la hace liberal en el contexto de este trabajo?

Quizá lo que debemos considerar es que la tesis de Klosko descansa en su particular concepción de la obligación política. Este autor tiene una visión escéptica de la tradicional manera de justificar esta obligación. De hecho, propone justificarla usando lo que denomina un “principio múltiple” (Klosko, 2004b).¹⁶⁷

En un sentido, la cuestión que debe abordarse en torno a la concepción de obligación política es por qué los ciudadanos deben ser fieles al derecho. Por qué los ciudadanos deben seguir la ley.

El punto de partida principal para Klosko es que es difícil enunciar una teoría rígida de la obligación política. Existen diversos grupos de casos en el derecho que pueden necesitar el juego de

¹⁶⁷ Por contraposición, una manera de entender a la obligación política de manera rígida y unida a la tradición liberal la encontramos en GILBERT, 2006: 44 - 52.

diversos principios para encontrar sentido a esta obligación (Klosko, 2004b: 803).¹⁶⁸

Los principios que Klosko considera que integran la zona de justificación de la obligación política se relacionan en tres sentidos. El primero de ellos puede ser llamado “acumulación” (*cumulation*). Diferentes principios pueden servir de base para justificar y dar sentido a diversas actividades en el marco del Estado, y puede ser que estos principios se acumulen en ciertos casos.

El segundo de los sentidos puede ser llamado “apoyo mutuo” (*mutual support*). Es posible que un determinado principio no sea capaz de justificar una determinada actuación estatal para lo que puede ser necesario que se nutra de otro principio que le sirva de soporte.

El tercero de los sentidos es el de la superposición (*overlap*). En ciertos casos la necesidad de obedecer el derecho por medio de la obligación jurídica puede ser relativamente débil y puede requerir del juego de otro principio para tornarse fuerte. (Klosko 2004b: 803).

En este contexto, el propio Klosko admite la dificultad de construir una teoría de la obligación política asumiendo las relaciones, a veces contingentes, de diversos principios.

El punto de partida, en la tradición liberal, es que las obligaciones políticas se vinculan en alguna medida al consentimiento (Klosko, 2004b: 804). La base de la comprensión de la obligación política es la alteridad de las restricciones. Vivimos en sociedad por un acto voluntario que repercute en la limitación de

¹⁶⁸ El terreno de la obligación política es altamente complejo. En este punto deseo aclarar que la elección del modelo de Klosko viene determinada por la relevancia que tiene la obligación de ayudar a otro en su teoría. Por cierto, existen muchísimos modelos de obligación política que podrían ser compatibles con una teoría del rescate, pero ha sido Klosko quien ha ofrecido una vinculación patente entre la teoría del rescate y su particular noción de obligación política.

nuestros actos. Una clase de limitación está constituida por la obligación que tenemos para con la comunidad de seguir el acuerdo general de su constitución, y con ello, el derecho.

Los principios que concretamente pueden verse involucrados en la articulación de la obligación política desde esta perspectiva son el de imparcialidad, el natural deber de justicia relacionado con la imparcialidad, el principio de bien común.

La formulación de estos principios toma una forma específica en el seno de la obligación de ayudar a otro. En alguna medida la obligación política sirve de premisa para poder afirmar la obligación específica de ayudar a otro.

Entonces, el deber de ayudar a otro puede ser tenido como sinónimo de lo que previamente hemos mencionado como solidaridad. La solidaridad es la forma en que de manera resumida podemos hablar del deber de ayudar a otro en el terreno preciso del mandato de ayudar a otro.

Para llegar a esa afirmación, de la mano de los principios que articulan la obligación política es que podemos recurrir a las ideas de intereses y de acciones de rescate.

Queda todavía pendiente examinar cómo puede interpretarse esta tesis en el marco del MID. En otras palabras, es posible bajo este prisma marcadamente liberal, dar funcionamiento a la teoría del rescate dentro de los límites del MID en nuestro derecho penal. Abordaremos inmediatamente algunas consecuencias en este sentido, sin perjuicio de que la posición definitiva en este punto será expresada en el capítulo V de este trabajo.

3.2.2. *Algunas consecuencias del esquema de la teoría del rescate en el MID en España*

En España podemos observar que la idea de “aglutinar” los bienes jurídicos, ya reseñada en el trabajo de Sola (1999: 23), puede ser considerada como una manera de dar entrada a los criterios de la teoría del rescate propuestos por Klosko. Como ya hemos visto, esta idea que reúne a los bienes jurídicos propuestos por la doctrina ha sido mencionada como solidaridad.

Es necesario encontrar una forma de explicar la presencia del MID en la parte especial de manera coherente y global y creo que es a eso, precisamente, a lo que apunta el argumento de Sola.

Tenemos el caso de los intereses, manifestados con claridad en la idea de estar un sujeto expuesto a sufrir un delito en su contra. Como hemos apuntado, los intereses están definidos por los delitos que deben evitarse según la redacción del artículo 450.1 CP.

Naturalmente, estos delitos operan definiendo intereses negativos, es decir, tenemos interés en no padecer estos delitos.

Es evidente que este sujeto que puede padecer los delitos, salvo casos de concurrencia de consentimiento (o ejercicio de libertad que ponga en duda su aquiescencia respecto de la acción de rescate y que diluya entonces el sentido de la obligación política y con ello la obligación política y el MID), tendrá un fuerte interés en ser rescatado de la situación. Puede decirse, además, que existe un interés en que otros ciudadanos nos ayuden o nos rescaten de esta situación.

El caso español podría destacar desde esta perspectiva. Esto debido a que especificaría con claridad qué delitos deben ser

impedidos: delitos contra la vida, contra la integridad, contra la libertad y contra la libertad sexual.

Como hemos apuntado en el capítulo anterior, puede resultar compleja la explicación acerca del criterio por el cual el legislador ha decidido poner estos delitos dentro del catálogo de los que deben ser evitados. Gran parte de este problema queda explicado desde la perspectiva de los intereses. Las cuatro clases de delitos sirven para reconocer los intereses que concurren en el ámbito del MID.

Por otra parte, encontramos el punto de vista de las acciones estatales necesarias para llevar a cabo el rescate. Es posible considerar que la forma que toma el mandato puede ser la de activar estas acciones.

Esto quiere decir, que para que una teoría del rescate funcione necesita permitir que el rescate sea llevado a cabo. En el caso del MID, estas acciones de rescate deben ser sensatamente posibles.

Es a esto a lo que creo que puede referirse Rubio cuando estudia la relación entre los números 1 y 2 del artículo 450 CP. Para este autor si se realiza cualquier actividad impeditiva del delito, no cabe aplicar el número 1 del artículo 450 CP. Por el contrario, si a pesar de no hacerse nada en orden a impedir el delito, y éste no se comete por la intervención de un tercero, el numeral debe aplicarse (Rubio, 2003: 83 – 88).

Por cierto, creo que la mejor manera de ver esta relación es considerando que de lo que se trata es de que quien deba realizar el rescate lo realice por alguna de las acciones disponibles a partir del MID. Esto quiere decir que, desde luego, puede cumplirse el mandato por medio de una intervención personal y física en contra del agresor. Este sería el caso más claro, el acometimiento físico para

evitar que el asesino consiga su objetivo de asesinar, dicho gráficamente.

También debemos entender cumplido el mandato si el sujeto puesto en situación de ejercer el rescate ejecuta una acción distinta al acometimiento físico, pero que, no obstante, resulte idónea para evitar el delito. Es el caso de la comunicación o llamada a la policía. Una llamada telefónica a la policía si se presencia un secuestro puede contar como una acción de impedir el delito en el sentido del artículo 450.1.

Sin embargo, no toda acción que pretenda ser una intervención en el desarrollo del delito que se está cometiendo puede resultar necesariamente idónea. Por cierto, para la determinación de la idoneidad de esta acción encontramos la respuesta dogmática que permite reconstruir esta idoneidad a partir de la cláusula de inexigibilidad. Pero este no es el enfoque decisivo en este trabajo.

La perspectiva liberal nos lleva a generar una constante dificultad para exigir al ciudadano el despliegue de una acción de rescate. Como el derecho penal carga con un peso (expresado entre otros, en los denominados principios limitativos del derecho penal), puede resultar complejo establecer la idoneidad completa de la acción como estándar para la ejecución de la acción de rescate.

Los ciudadanos siempre deberían contar, desde la perspectiva liberal, con un espacio de privacidad. Por ello, y retomando las figuras que he utilizado en el primer capítulo de este trabajo, como mucho la perspectiva liberal nos permite generar acciones de rescate propias de la ética del samaritano. Pero, a nadie puede exigírsele que se comporte de acuerdo a la aspiración que conlleva la imagen de *Daredevil*.

Esto es de la mayor importancia en este trabajo. La perspectiva liberal en el derecho penal impide que el “mal” ante el cual no debería mostrarse indiferencia sea el objeto principal de la justificación. La perspectiva liberal cierra las puertas a esta posibilidad pues no puede dejar de lado el espacio de la autonomía personal que siempre entra en tensión con la exigencia de idoneidad del rescate.

Si un sujeto presencia un ataque sexual desde su ventana, y tan sólo decide llamar a la policía, puede que el delito, al momento de llegar la policía, se encuentre consumado. Puede ser que, en la medida que la acción desplegada sea inidónea, y no se encuentra cubierta por una “defensa” tal como una causa de justificación, debemos sostener la relevancia penal ante la indiferencia demostrada en la acción manifiestamente impotente para evitar el mal que conlleva el delito que se presencia.

Todas estas corresponden al espacio de las acciones de rescate. Esto, porque el acometimiento físico que realiza quien cumple el mandato está jurídicamente marcado por medio de un permiso jurídico en torno a realizar una actividad que en principio pueda considerarse encuadrada dentro de un tipo penal.

Las acciones de rescate tendrían como característica central el ser acciones que ejecuta el ciudadano en lugar del Estado o ayudando directamente al Estado en el impedimento del delito.

Con ello podemos dar conexión a la presencia en el mismo artículo 450 CP del delito de omisión de denuncia. Esta es la función que cumple la administración de justicia en este mandato penal. La activación de la administración de justicia es la forma natural de dar

curso a la ejecución de la ayuda a otro que va a ser víctima de un delito desde la perspectiva de las acciones de rescate.¹⁶⁹

El caso de omisión del uso de este mecanismo cuenta con una forma específica, en el artículo 450.2, con la misma penalidad (es decir con el mismo reproche).

Recordemos que este esquema descansa en la idea de obligación política. Además esta obligación política tiene como principio fundamental al principio de asociación.

Como este esquema es fruto de una visión liberal que supone una sospecha de afectación de la libertad personal, deberíamos decir que en el caso de concurrir situaciones que eliminen a los intereses, por la vía del ejercicio de libertad de la víctima, el mandato se diluye.

Así, en el caso de quien en ejercicio de su libertad decide padecer una lesión corporal, no se activará el mandato. Es cierto que queremos seguridad, pero esa seguridad no puede entorpecer el uso de la libertad, en un esquema marcado por la perspectiva liberal.

Por ello las lesiones consentidas, el homicidio a petición y todas las figuras donde resulte claro el ejercicio de la libertad, quedarían excluidas de la categoría “delitos que deban evitarse”.

Aquí cabría detenerse un momento en una consecuencia de la teoría del rescate que intento defender. El consentimiento de quien padece el mal, en algunos casos diluirá al delito. Por ejemplo, en una lesión consentida, el sólo hecho de desear el padecimiento de la lesión descarta a ese hecho del mundo de los delitos. Por ello, en este caso no hay delito que evitar. Sin embargo, desde la perspectiva de la teoría del rescate, el hecho de concurrir consentimiento de parte de quien desea padecer el mal, diluye al interés. En el mismo caso de la

¹⁶⁹ Como más adelante sostengo, es posible ver al número 2 del artículo 450 como una parte del número 1.

lesión corporal padecida por deseo de quien la padece, no puede verificarse un interés en ser rescatado de ese padecimiento.

En principio, podría pensarse que el doble lugar para el consentimiento es contingente y nada agrega. Sin embargo, existen casos en que la ausencia de interés por existir consentimiento no excluirá al hecho del mundo de los delitos. Es el caso de la asistencia al suicida. Quien asiste el suicida, en principio, no infringe el mandato pues no hay interés de parte de quien desea suicidarse. Pero de esto no se sigue que no exista el injusto del auxilio al suicidio.

Un buen ejemplo de esta clase de problemas lo encontramos en una determinada comprensión del aborto como delito que debe evitarse al amparo del artículo 450.1 CP.

Si se interpreta el MID como un delito que protege la vida del *nasciturus*, entonces, podemos decir que queda incluido. No obstante, hay supuestos en el sistema español en los que el aborto está permitido, fruto entre otros de la proyección de la autonomía reproductiva de la mujer. Es decir, por ejercicio de la libertad de la mujer embarazada.

En este sentido, el aborto sin el consentimiento de la mujer del artículo 144 C.P. se encuentra incluido dentro de los delitos que deben evitarse. Lo mismo, quien cause el aborto obteniendo un consentimiento viciado de la mujer. Sin embargo, si la mujer consiente dentro de los supuestos legales, este aborto queda fuera de la previsión del artículo 450.1 C.P.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Ello no agota el problema del aborto al que volveremos más adelante.

Esta interpretación, bastante obvia, puede ser extendida bajo el supuesto liberal a los otros delitos que se encuentran en juego en el MID.

Puede decirse que quien presencia la comisión de un acto que, en principio, pueda ser calificado de delito contra la vida, la libertad o la libertad sexual, queda excluido de evitarlo si concurre un consentimiento de la víctima que pueda ser tenido como ejercicio de la libertad.

Es el caso, por ejemplo, de las lesiones corporales toleradas en el marco de ciertas manifestaciones culturales (pensemos en lesiones que se ejecuten en el marco de un determinado rito, como la circuncisión).

Lo mismo debiera ocurrir en el caso del homicidio a petición o el auxilio al suicidio. Con todo, encontramos una situación interesante en el artículo 143 C.P.

¿Es la omisión de evitación del delito una forma de cooperación?

Podemos hacer ciertas distinciones. El delito de inducción al suicidio, en un sentido, no es un delito contra la vida como lo es el homicidio. El delito de inducción al suicidio es un delito de facilitación de las circunstancias para que alguien se suicide. Ese es el sentido que tiene la distinción entre el artículo 143.2 y 143.3, es decir, la diferencia de penalidad entre facilitar todas las circunstancias para que alguien se suicide, y que esa persona efectivamente muera por esta facilitación.

Desde la perspectiva liberal, las cuestiones en torno a la incriminación del suicidio, el auxilio al suicidio y el homicidio a petición ofrecen mucho interés. Este es un punto del ordenamiento

donde se juega mucho de “lo liberal” que sea un determinado Estado.

En el caso español, la situación es de cierta incomodidad con el despliegue de la libertad personal. Está prohibido cooperar con alguien que decide suicidarse. Y si esa persona realiza todo para dejar en claro su decisión de suicidarse en el caso de padecer una enfermedad grave tenemos una rebaja de pena.

Desde la perspectiva de la reconstrucción liberal que se expresa a partir de la teoría del rescate de Klosko, ésta es una hipótesis de ausencia de intereses. Si la voluntad de la víctima se ha manifestado en algún sentido, éste se relaciona con la privacidad y su deseo de morir. Por ello, mal puede asociarse el MID a la situación del suicidio y de su auxilio.

Por otra parte, y aún si se considerara que es posible considerar al suicidio asistido como una clase de delito contra la vida que deba ser considerado dentro de los delitos que deben evitarse según el artículo 450.1 C.P., no sería posible mediante la acción de cooperar con el suicidio (siendo autor del delito), además infringir el MID.

Volveremos sobre estos rasgos de la teoría del rescate liberal en el capítulo final de este trabajo.

Por ahora, deseo llamar la atención sobre lo siguiente: la tradición liberal cuenta con una herramienta interesante en la búsqueda de la justificación del MID. De la mano de consideraciones liberales deontológicas, que reconozcan a la justicia como eje central y con ello permitan la existencia de deberes de los ciudadanos (obligaciones políticas) puede concebirse una teoría del rescate.

Esta teoría del rescate, permitiría decir que la cuestión de la justificación del delito depende de considerar a la solidaridad

humana como la expresión de los deberes cívicos. Estos deberes en el esquema liberal tendrán como limitación central la libertad.

Sólo será posible concebir aquellos deberes que sean compatibles con la libertad, es decir, aquellos que permitan ampliar los espacios de libertad en la sociedad.

Estos deberes, expresados o entendidos como obligación política, pueden aportar seguridad, siempre y cuando concurren, por una parte, intereses (aquí principalmente deberemos preocuparnos de no hacer colisionar a la ejecución del mandato con la libertad) y, por otra, acciones de rescate. Las acciones de rescate estarán determinadas tanto por las instituciones y formas de actuación posible para contribuir a evitar el delito como por la posibilidad de actuar directamente en la evitación (bajo la cláusula de inexigibilidad de “sin riesgo propio o ajeno”).

De la mano de estas acciones de rescate podemos explicar por qué el delito se ubica junto al delito de omisión de denuncia (450.2 C.P.), como ya hemos sostenido.

Creo que este es buen resultado para justificar el delito. Sin embargo, veremos que, por un lado, el presupuesto de la obligación política puede ser puesto en entredicho, tanto por las críticas comunitarias como feministas y, por otro lado, es posible contar con otro tipo de justificación del delito desde la perspectiva republicana (a lo que nos dedicaremos en el capítulo siguiente).¹⁷¹

Hacia el final de este trabajo veremos cómo puede desenvolverse una teoría del rescate en concreto en la aplicación del MID español.

¹⁷¹ Una visión compatible con el esquema liberal puede ser la del análisis económico del derecho. He decidido no extenderme en este punto; sobre esto véase HARNAY y MARCIANO, 2009: 103 - 131.

3.3. Las críticas a la perspectiva liberal

La teoría liberal ha sufrido serias críticas en el ámbito de la filosofía política. No es mi interés extenderme sobre todos los puntos en que distintas corrientes pueden ser consideradas críticas del liberalismo así como en la relevancia que muchas de ellas tienen y que no impactan directamente en el objeto de este trabajo.

Lo que pretendo, en este apartado, es ofrecer argumentos que sirvan de corrección al modelo liberal de la teoría del rescate expuesto recientemente. Para ello, he considerado que el comunitarismo liderado por MacIntyre y cierta forma de feminismo, basado en MacKinnon y Gilligan pueden resultar ilustrativos.

Por ello, a lo que apuntaré es a exponer aquellas ideas que me parezcan relevantes con miras a cuestionar la estructura de la teoría del rescate bajo la idea de obligación política liberal.

3.3.1. La crítica comunitarista

Probablemente muchas de las críticas más severas que recibió la propuesta de Rawls y, con ello, esta clase de liberalismo en materia de justicia política provinieron del comunitarismo.¹⁷²

No es que el comunitarismo se comprendiera a sí mismo como una crítica al liberalismo (aunque quizá eso pueda predicarse del feminismo de MacKinnon), pero es evidente que la pretensión de situar a la teoría moral en términos temporales y espaciales, así como

¹⁷² Aunque también han existido fuertes críticas a los postulados del comunitarismo. Esto se dirige precisamente a la propuesta comunitarista y muchas de sus consecuencias. Véase por todos, GUTMANN, 1999. En un sentido similar, aunque centrado en la vinculación (posible) entre comunitarismo y nacionalismo véase LAPORTA, 1995.

la evaluación de ciertas premisas del liberalismo, le llevan a ser considerado una crítica de importancia al liberalismo.¹⁷³

Como apunta Kindhäuser:

«El comunitarismo aún no ha influido profundamente en la discusión técnico-jurídica; sin embargo, en la filosofía del derecho ha ido ganando terreno y será nada más que una cuestión de tiempo para que sus postulados lleguen también al derecho penal [...]. (Kindhäuser, 2009: 87)»

Por cierto, desde la crítica a la propuesta de teoría de la justicia, liderada principalmente por MacIntyre, el comunitarismo ha ganado espacio en la discusión académica.¹⁷⁴ Principalmente puede ser entendido como una teoría normativa de la justicia que mantiene su atención en la preeminencia de la idea de libertad personal en la sociedad, en alguna medida tal y como hacen los liberales (Kindhäuser, 2009: 88).

Fundamentalmente, el comunitarismo intenta dar una mejor respuesta al problema acerca del pluralismo y del posible argumento despótico que ya hemos apuntado como una posible consecuencia del liberalismo.

¹⁷³ No pretendo sostener que esta relación proposición-crítica sea la manera en que deba describirse ni al liberalismo ni al comunitarismo, sino que a efectos de mantener cierto orden en este trabajo, creo que es mejor poner las ideas en esta relación.

¹⁷⁴ En este sentido podemos considerar a Gargarella, que titula su apartado sobre el comunitarismo como “el embate del comunitarismo”. Véase GARGARELLA, 1999: 125 – 159. De todos modos, es posible encontrar versiones distintas de comunitarismo, véase FARREL, 1995.

Probablemente, los argumentos mejor desarrollados desde la óptica comunitarista sean los expuestos por Alasdair MacIntyre en “Tras la virtud” (1987).¹⁷⁵

Una de las primeras cuestiones que deben ser advertidas para poder describir acertadamente los argumentos comunitaristas, es que la teoría comunitarista se construye pensando en argumentos históricos y en posibilidades de aplicación de los argumentos. Es una teoría normativa, pero es una teoría que a diferencia del liberalismo, intenta sustentarse en comprensiones de la ética reconocibles históricamente.

La ilustración es, por supuesto, uno de los tópicos a los que se dedica atención desde este enfoque. La ilustración determina, además, el devenir principalmente liberal de la comprensión del derecho penal continental. Lo llamativo, es que el proyecto ilustrado es considerado un fracaso por parte de MacIntyre.¹⁷⁶

Este fracaso tiene dos niveles. El primero de ellos es el relativo a la ilustración como serie de argumentos en torno a la definición del mundo. Parece ser, que sobre todo, las premisas morales relativas a la neutralidad y al pluralismo terminan en un mapa lleno de contradicciones.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Aunque no puede considerarse a MacIntyre como el fundador del comunitarismo. Encontramos antecedentes de importancia en Taylor, con su célebre “Hegel y la edad moderna” de 1979. En este sentido, también se inscribiría “El liberalismo y los límites de la justicia” de Sandel (1982), así como “Las esferas de la justicia” de Walzer, publicado originariamente en 1983. Véase en este sentido GARGARELLA, 1999: 125 - 126.

¹⁷⁶ Por supuesto, la propuesta de MacIntyre es profunda. Busca encontrar la manera de explicar el defecto en la comprensión de la filosofía moral preponderante al momento de su estudio. Parece ser que el principal factor histórico a este respecto viene determinado por una cierta lectura ilustrada. Véase MACINTYRE, 1987: 56 - 57.

¹⁷⁷ Es a esto a lo que MacIntyre dedica el capítulo cuatro de “Tras la Virtud”. Tomando en consideración los distintos ámbitos de influencia de la ilustración, MacIntyre afirma el carácter excluyente de la manera de hacer filosofía (como una

Este primer nivel, se relaciona con cuestiones de metodología y de razonamiento moral. Es, sin embargo, el segundo nivel el que nos resulta especialmente interesante.

Esto porque este segundo nivel se relaciona con las razones generales para el fracaso del proyecto ilustrado. En un sentido, la respuesta a “por qué tenía que fracasar el proyecto ilustrado” se conecta de mejor manera con la dimensión de justicia política que nos interesa en este trabajo.

La primera cuestión que debe tenerse en cuenta desde ésta óptica comunitarista es la siguiente: no puede construirse un proyecto ético sin tener en mente las limitaciones del mundo en que ese proyecto va a tener lugar.¹⁷⁸

MacIntyre recurrentemente utiliza esa falta de conexión con la contingencia de manera negativa: la teoría de la justicia de la ilustración es incapaz de conseguir el éxito en términos de respeto a la democracia. Ello, porque de uno u otro modo termina conduciendo al despotismo.¹⁷⁹

Probablemente esta crítica tiene especial repercusión si se considera la constante identificación que realiza MacIntyre entre liberalismo e individualismo.¹⁸⁰

En un sentido, el individualismo constituye la manera en que se concibe al ciudadano dentro de su esfera de protección íntima. Es a

intelligentsia) de Kierkegaard, Kant, Diderot y otros. Véase MACINTYRE, 1987: 56 – 73.

¹⁷⁸ Ésta es la cuestión que MacIntyre desarrolla en el capítulo cinco de su “Tras la Virtud”. Véase MACINTYRE, 1987: 74 - 86

¹⁷⁹ Por cierto, esta afirmación pierde fuerza si se considera la elaboración del liberalismo deontológico así como la elaboración del “republicanismo liberal” de Dagger (que trataremos en el capítulo siguiente). De todos modos vale, como afirmación general.

¹⁸⁰ En este sentido véase LORENZO, 2007: 21.

lo que se refieren ciertos autores como el “núcleo irrenunciable” del liberalismo en el derecho penal.¹⁸¹

El individualismo parece ser una consecuencia de la manera en que es recibido el contractualismo por los filósofos políticos. La idea de MacIntyre es volver a concebir al sujeto al modo de Santo Tomás, es decir, como un sujeto determinado por la elección de acciones en torno a sus semejantes. Estas acciones son las que constituyen la libertad.¹⁸²

La crítica fundamental al liberalismo que puede encontrarse en el comunitarismo, es la relativa al concepto de individuo y su relación con los demás.¹⁸³

Para ello, uno de los conceptos capitales es el concepto de “floreCIMIENTO” (*flourishing*). Cada individuo debe florecer, esto es desarrollarse en comunidad de acuerdo a sus aptitudes y virtudes. Florecer se traduce en el “buen vivir”, es decir, se expresa en la comunidad (Lorenzo, 2007: 70 – 71).

La manera de lograr el florecimiento depende del contexto, si hemos de encontrar una definición general, diríamos que se alcanza mediante la independencia en el razonamiento práctico. Esta independencia se obtiene a su vez por medio de la incorporación a la práctica de una orientación hacia una concepción más o menos adecuada del bien y cuando las virtudes consisten en definir y practicar el bien, así como en su desarrollo práctico (Lorenzo, 2007: 72).

¹⁸¹ Véase VARONA, 2005: 171.

¹⁸² Es en la revisión de sus argumentos de “Tras la Virtud” donde MacIntyre da cuenta de su acercamiento al tomismo. No es, sin embargo, simplemente un tomista, pues aboga por generar un diálogo desde el tomismo con las corrientes contemporáneas. La idea es adaptar las ideas de Santo Tomás a los problemas contemporáneos. Véase en este sentido LORENZO, 2007: 67.

¹⁸³ Tal y como acertadamente han advertido entre nosotros Varona y Alcácer.

Estas ideas impactan fuertemente en el esquema liberal y sobre todo en su proyección en la justificación del mandato penal de ayudar a otros. Es evidente que un sujeto comprendido a través de la conceptualización y práctica de las virtudes, tiene un espacio muchísimo más “natural” para aceptar deberes o cargas tales como los mandatos de ayuda a terceros.

Desde cierto punto de vista, el derecho basado en una concepción del hombre que es libre e independiente por medio del ejercicio amplio de sus virtudes, permite redefinir el concepto de obligación política.

Como veíamos, esta idea –la obligación política- sirve de base para elaborar una teoría del rescate. Klosko lo ha advertido y elaborado bajo un esquema liberal. Si la obligación política se relaciona con la idea de “floreCIMIENTO” comunitarista, tenemos que el supuesto de la teoría del rescate cambia.

La obligación de ayudar a otros es ejercicio de virtud. Si es ejercicio de virtud, los intereses preexistentes deben considerar que todos los hombres están vinculados en su desarrollo y en el ejercicio de su libertad. De esta manera, los “casos difíciles” que hemos expresado que pueden presentarse bajo la tesis de Klosko pueden ser evaluados de manera distinta.

Existen mejores razones para dotar de fuerza la idea de necesidad de intervención, pues podemos agregar un interés existente: el interés en el ejercicio de la virtud del propio rescatador.

Así, el caso el suicida sufriría una alteración. De la mano de la propuesta de Klosko, este debía ser tratado como un caso de ausencia de intereses, pues éstos quedaban fijados por la concepción de libertad liberal (negativa o positiva). En todo caso, resultaba difícil dar cabida a la acción de rescate en el caso de que el hecho que

gatillaba la acción de rescate pudiera ser mirado como hecho que manifestaba ejercicio de la libertad de parte de la víctima.

Si la obligación política subyacente a la teoría del rescate es modificada, siguiéndose el esquema general del comunitarismo, el interés del ejercicio de las virtudes será sustancial a la idea de participación en la comunidad política.

Es decir, el hecho de que queramos salvar al suicida no es una acción vacía desde la perspectiva del ejercicio de virtudes, si es que el ejercicio de virtudes es determinante para entender a la obligación política.

Sumemos a ello que la idea de florecimiento presente en MacIntyre presenta la posibilidad de concebir la vida de los ciudadanos como una “unidad narrativa” (Lorenzo, 2007:73).

Esto quiere decir que la vida humana puede ser vista como un proyecto global. Es decir, como un proceso cuyo fin es el desarrollo del propio hombre. La unidad del sujeto (el *yo* predominante en la lectura liberal) se encuentra situado en este marco, y por ello, debemos acudir especialmente a la idea de realización mediante el florecimiento.¹⁸⁴

3.3.2. *Proyección de los argumentos comunitaristas en el MID*

Como ya hemos expresado en el capítulo anterior, entre nosotros, al menos dos autores han visto de manera muy sugerente la relación entre el mandato penal de socorro y la ética comunitarista.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Lorenzo, uniendo los conceptos de florecimiento y unidad narrativa, expresa que la vida humana puede ser concebida como: “la narración del florecimiento del hombre”. Véase LORENZO, 2007: 74.

¹⁸⁵ Véase ALCÁCER, 2000 y VARONA, 2005.

En lo general, comparten la tesis acerca de la necesidad de considerar esta clase de argumentos, en especial en lo relativo a la presencia de vínculos entre las personas como una cuestión que puede ayudar a justificar este mandato penal.

Creo que además esta idea puede extenderse al mandato penal de impedir determinados delitos. Esto, por dos razones.

La primera de ellas es que el MID es una forma del mandato penal de socorro. Es una forma específica y agravada desde el punto de vista de su tratamiento punitivo.

La segunda, es que resulta evidente que de la mano de los argumentos generales del comunitarismo, encontramos mejores argumentos para justificar esta clase de figuras en la legislación. Sólo allí donde los vínculos entre los individuos sean relevantes puede entenderse la articulación de deberes penales de ayuda a otro, o si se quiere, sólo bajo este prisma puede tener sentido censurar penalmente a quien es indiferente ante las situaciones de riesgo o daño de los demás. Además esta idea constituye una decisión que de manera tácita expresa las falencias de los argumentos liberales.

Considero, sin embargo, que la idea presente tanto en Varona como en Alcácer de que la pregunta es “cuánto” comunitarismo podemos agregar a nuestro esquema marcadamente liberal puede ser criticada.

Es cierto que el comunitarismo tiene, frente al liberalismo, la gran desventaja de no contar con un programa de desarrollo detallado en el derecho penal. No obstante, desde sus postulados generales resulta claro que no puede hablarse de comunitarismo como una cuestión *prima facie* conciliable con el liberalismo.¹⁸⁶ Creo

¹⁸⁶ Debemos recordar que he defendido la idea de continuo como forma de ver la sucesión de argumentos de filosofía política. Podría pensarse que mi crítica a la

que esto supone asumir que la idea de protección de la libertad es patrimonio enteramente liberal. Esto sería un error debido a que es evidente que el comunitarismo (como otras corrientes de filosofía política) considera enteramente relevante la protección de la libertad.¹⁸⁷

Por ello, creo que en realidad la apuesta tanto de Alcácer como de Varona a propósito de la omisión de socorro puede ser replicada en la omisión de impedir delitos. Claro que ésta réplica debe ser hecha con un matiz de importancia: lo que parece ser irrenunciable es la concepción de libertad (y su correlativa valoración) mas no el esquema marcadamente liberal. Dicho en otros términos, la pregunta correcta no es “cuánto comunitarismo” podemos tener en el seno de una sociedad marcadamente liberal, sino cómo el comunitarismo modifica la comprensión que tenemos del funcionamiento y la justificación de las instituciones.

Ello nos llevaría a reconsiderar la manera en que debe ser entendida la obligación política en la base de una teoría del rescate como la propuesta por Klosko.

visión de Varona y Alcácer acerca del “cuánto” de comunitarismo puede aceptarse bajo un supuesto marcadamente es contradictoria con esta idea. Creo que no lo es, principalmente, porque la idea de continuo supone que la sucesión de argumentos en materia de filosofía política hace difícil separarlos del todo, pero de ahí a considerar como predominante un esquema marcadamente liberal y en estos términos buscar la posibilidad de conciliar premisas comunitaristas creo que hay mucha distancia. Dicho de otro modo, el continuo supone entender la posibilidad, por ejemplo, de un republicanismo liberal, pero no de un republicanismo en el cual podamos encontrar la posibilidad de, en un determinado contexto institucional, asumir una justificación liberal.

¹⁸⁷ Con esto quisiera indicar que el comunitarismo no postula un cambio necesario desde la perspectiva liberal de protección de la libertad. Me parece que las críticas comunitaristas están dirigidas tanto al método de comprensión de los problemas filosóficos del liberalismo, como a la “antropología” que se encuentra detrás de esa manera de concebir los problemas filosóficos, antes que a refundar el concepto de libertad. Este es un paso que da el republicanismo como veremos más adelante.

La gran diferencia que apreciaremos será la posibilidad de balancear de mejor manera las ideas de virtudes y obligaciones con la protección de la libertad.¹⁸⁸

Si bajo el amparo de las propuestas comunitaristas el sujeto se encuentra vinculado a los demás miembros de su comunidad, entonces podemos discutir la manera de entender la obligación política que sirve de base a la teoría del rescate.

Si la obligación política implica sostener que los sujetos tenemos obligaciones unos con otros, y sobre todo, que la visión del sujeto “indiferente” propia del liberalismo constituye una negación de la base de comprensión del razonamiento del sujeto, entonces, tanto los intereses como las acciones de rescate se encuentran ante un panorama de justificación un tanto distinto.

Sería el caso de aquellas situaciones que constituyan delitos pero que también constituyan una expresión o ejercicio de libertad.

Si un sujeto X presencia como un sujeto Y comete una lesión contra Z, en el contexto de una ceremonia, y consta la concurrencia de consentimiento, entonces, no podríamos hablar de MID. A pesar de que X presencia lo que *prima facie* le parece un delito, no puede considerarse que ha infringido el mandato si no interviene para evitarlo.

Pero, si el sujeto X actúa, impidiendo que se realice la lesión, por tener dudas sobre el consentimiento de Z, lesionando a Z ciertos

¹⁸⁸ Una manera de ver este balance es darle el sentido de una cláusula de adecuación a la cláusula de inexigibilidad contenida en el propio artículo 450.1 (“sin riesgo propio o ajeno”). Esta debería funcionar como una manera de graduar la posibilidad de actuación y la puesta en juego de otros intereses distintos a los “intereses” que dan forma a la teoría del rescate (si la acción de rescate implica ver lesionada mi vida o integridad, será inadecuada). Lo mismo puede decirse para las acciones de rescate (si realizo todo lo posible para que el delito se impida y aún así el delito se comete habré cumplido el mandato). Volveremos sobre esto en el capítulo V de este trabajo.

intereses legítimos en ejercer su libertad, ¿hablamos de una violación de libertad que pueda ser considerada injusta?

Desde la perspectiva liberal podríamos sostener que puede cometerse un injusto. Sin embargo, desde la perspectiva comunitarista esta idea queda en segundo plano, porque la idea de comunidad parece tener la suficiente fuerza como para concebir el deseo de atención y actuación de ayuda a otro.

De todos modos, el matiz más importante que aporta el comunitarismo a una teoría del rescate es que, de la mano de esta comprensión de la obligación política, contamos con una “antropología” o un concepto de ciudadano o de hombre, que resulta más “cómoda” con la idea de tener deberes de actuación a favor de terceros. Más que una excepción basada en la idea de seguridad y con ello de mayor libertad con la que se construye la teoría del rescate desde la perspectiva liberal, tenemos que simplemente se recurre a la idea de un sujeto vinculado con los demás miembros de la comunidad y con ello, con deberes de asistencia relevantes.

Esta vía tiene de todos modos un punto débil. El comunitarismo opera bastante bien en tanto crítica a la “antropología” subyacente en la perspectiva liberal, pero no da cuenta exacta de la razón por la cual deben censurarse penalmente ciertos actos de indiferencia. Dicho de otro modo, el comunitarismo da un buen panorama general para concebir la obligación de ayuda a un tercero, pero su falta de programa específico en sectores regulativos del derecho nos impide sostener por qué deben censurarse unos actos indiferentes y no otros.

3.3.3. *Feminismo: una teoría feminista del Estado y la ética del cuidado*

Probablemente no sea posible entender al feminismo sin recurrir a la frase con que Catharine MacKinnon comienza su conocido “Hacia una teoría feminista del Estado”:

«La sexualidad es al feminismo lo que el trabajo al marxismo: lo más propio de cada uno, pero también lo más robado» (MacKinnon, 1995: 23).

La sexualidad es vista como un rasgo que organiza a la sociedad y que de acuerdo a la comprensión dominante identificada por MacKinnon, ha sido alterada respecto de la clase de rasgo que debe expresar.

La principal cuestión que debo advertir en este apartado se relaciona precisamente con la frase inicial de MacKinnon: no es totalmente claro que pueda hablarse de una teoría de la justicia feminista. Incluso podría sostenerse que es inadecuado situar al feminismo dentro del mapa de posibles críticas al liberalismo en este capítulo.

No obstante, y a pesar de que la advertencia proviene de la propia MacKinnon, puede decirse que aunque no hay una teoría propiamente feminista del Estado, existe una tesis liberal del Estado que proviene del feminismo (MacKinnon, 1995: 283).

La tesis liberal del Estado se funda y tropieza en su necesidad de operar de manera valorativamente neutral:

«El liberalismo aplicado a las mujeres ha admitido la intervención del Estado en nombre de las mujeres como individuos abstractos con

derechos abstractos, sin examinar el contenido ni las limitaciones de estas nociones en términos del género.» (MacKinnon, 1995: 284)¹⁸⁹

En un sentido, puede decirse que el liberalismo desde la óptica feminista ha tenido una operación despótica derivada principalmente de su necesidad de neutralidad.¹⁹⁰

Por ello, para la teoría feminista el Estado liberal o es promotor de ciertos derechos civiles mínimos desconociendo los rasgos feministas centrales (es decir, negando en un sentido la relevancia de hablar de feminismo), o es una manera de reducir las cuestiones acerca del feminismo a la órbita privada y con ello al ámbito de la libertad, pero fuera del espacio de las razones públicas.¹⁹¹

En esta medida, desde una concepción feminista del Estado lo primero que debe advertirse es que las actuales teorías del Estado son masculinas. Esto porque para poder hablar de una teoría feminista del Estado es necesario asumir que las mujeres no pueden ser tratadas con neutralidad sexual. Es decir, no puede construirse una teoría del Estado con independencia del significado que el sexo tiene para la concepción feminista del mundo (MacKinnon, 1995: 290).

Por ello, el Estado liberal es, en cierta medida, “negativo”. Se concibe a partir de ciertas premisas valorativas que pretenden ser

¹⁸⁹ Para MacKinnon, el acercamiento del feminismo a una teoría del Estado tiene dos vertientes: la liberal ya apuntada y la marxista o izquierdista. Me centraré sólo en la vertiente liberal porque considero que es la que cuenta con mayor pertinencia para este trabajo. Para esta cuestión véase MACKINNON, 1995: 284.

¹⁹⁰ Sobre el problema de la neutralidad y el liberalismo, considero ineludible el trabajo de Seleme, véase SELEME, 2004.

¹⁹¹ Una verdaderamente extraordinaria lectura de este argumento está desarrollada en el trato de MacKinnon a la cuestión de la desincriminación del aborto consentido en los Estados Unidos. No deseo extenderme sobre este punto, pero MacKinnon expresa una crítica provocativa acerca del núcleo de las decisiones judiciales que terminan declarando la inconstitucionalidad de las leyes estatales que pretenden prohibir el aborto consentido, con base en el derecho a la intimidad. Véase en particular MACKINNON, 1995:330 – 336.

neutrales (como la igualdad). El Estado parece asegurar el contenido de ciertos derechos (como la intimidad) comprometiéndose a no intervenir directamente en su conculcación.

Sin embargo, no toma postura valorativa acerca de la manera en que otros privados puedan llevar a cabo una afectación de los derechos, debiendo considerarse que si el Estado no se encuentra realizando nada que pueda afectar el derecho, en principio se encuentra respetando la libertad (MacKinnon, 1995: 293 – 296).

Esta lectura de MacKinnon se refuerza considerando la estructura de la libertad negativa. Bajo un esquema liberal que considere a la libertad negativa como su concepto central de libertad, la función estatal principal será abstenerse de intervenir en la vida política de las personas.

Por ello, la imposición de un deber penal de asistencia a otros, es una idea que cuenta con una seria dificultad de fundamentación en este diagnóstico realizado por MacKinnon.

Por cierto, la tesis de MacKinnon no tiene como cuestión central la definición de lo privado y lo público y, con ello, no contiene una determinada teoría moral o política bien definida para poder derivar una teoría acerca del deber de ayudar a otro.

El interés principal de MacKinnon es defender la idea de “femenino” dentro de la óptica de la teoría del Estado. Con este criterio, no puede sino constatar la manera en que una fundamentación liberal, como la presente en Estados Unidos, niega la relevancia a la mujer y a los derechos de la propia mujer.

Quien sí ha desarrollado una teoría moral, que puede ser reconducida hacia el derecho, propiamente femenina es Carol Gilligan (1985).

La postura de Gilligan conlleva considerar la siguiente idea: lo femenino en la teoría moral como en la teoría política constituye una variable relevante, en tanto supone una forma de evaluación de las decisiones distinta a la tradicional “no femenina”.

Por supuesto que sigue los puntos fuertes del feminismo, pero agrega una notable manera de encontrar lo distintivo dentro del marco de una determinada teoría moral.

El punto de partida central en Gilligan es que el punto de vista del observador varía en tanto se trate de una mujer (Gilligan, 1985: 19 – 20).

El concepto de “lo moral” desde la perspectiva femenina implica, en opinión de Gilligan, las ideas de responsabilidad y sacrificio. Son comprensiones de la responsabilidad y sacrificio a favor de otros (Gilligan, 1985: 112 - 113).

Para la óptica femenina es relevante que se cause dolor a otro. Por ejemplo, la comprensión femenina de lo injusto parece estar constantemente ligada a la idea de perjudicar a alguien antes que a transgredir un estándar de conducta. Es desde cierto punto de vista, orientada a las consecuencias antes que a las prescripciones.¹⁹²

Tal como ha advertido Varona, esta búsqueda en torno al “razonamiento moral” femenino conlleva poder definir de una manera “distinta de la liberal” al mandato penal de socorro, y con él también al MID. Para la teoría feminista, las nociones de responsabilidad, ayuda, y obligación parecen ser de tal intensidad que permiten cuestionar la idea liberal de “ausencia de vínculos” por la ética del cuidado (como opuesta a la ética de la justicia).

¹⁹² Por ello Gilligan explora el caso de una estudiante que consultada sobre si considera correcto robar para ayudar a otros, responde afirmativamente, sin embargo, si el robo debe ser ejecutado para salvarse a sí misma, tiene dudas sobre lo correcto del robo. Véase GILLIGAN, 1985: 115.

La ética del cuidado consiste precisamente en la prevalencia del otro en el razonamiento moral, particularmente ligado a la noción de obligación.

Esta noción, feminista, parece poner en entredicho aquella parte del liberalismo que puede, por dar prevalencia a la idea de autonomía personal, dar por correcto el razonamiento moral en términos egoístas. Como hemos visto, el razonamiento de la ética del cuidado que puede ser identificado con el feminismo propone la faz “relacional” como una propiedad de primer orden para definir el carácter correcto o incorrecto de una acción.

Desde esta perspectiva, resulta evidente que un acercamiento al problema de justificación del MID marcado por esta tesis feminista, redundará en una crítica del liberalismo y una asunción de la ética del cuidado.

Debemos decir que la propuesta feminista, en todo caso, acaba por encerrarse en sus propios supuestos. Tal como veíamos al principio de este apartado, las tesis feministas necesitan construirse a partir de la concepción de “lo femenino”. En esta medida, resulta muy complejo proyectar consecuencias desde este punto de vista para una institución que, en principio, debemos entender desprovista de este punto de partida.

3.3.4. Proyecciones del feminismo en el MID

La comprensión del MID desde la óptica del feminismo genera dos espacios de crítica.

El primero de ellos es general. Está constituido por la ausencia de la variable “sexo” dentro del marco de la teoría del rescate. Bajo la perspectiva de una teoría feminista del Estado, una teoría del rescate

debería ser capaz de contener al sexo como variable relevante, y que permita definir la relevancia de la mirada femenina como una manera independiente de la masculina.

Esta vía probablemente sea de muy difícil superación. Si consideramos que ni siquiera al interior de la propuesta de MacKinnon sea claro que encontramos una clase de teoría del Estado que contenga una agenda diferenciada de la liberal, el problema parece irresoluble.

Probablemente, esta idea tenga cierta repercusión en el caso de la violación. Para MacKinnon la violación entraña una forma de sumisión de parte de los hombres en contra de las mujeres. Por ello, considera que el injusto de la violación se relaciona con “coito con fuerza o coacción y sin consentimiento” (MacKinnon, 1995: 306). Lo llamativo para MacKinnon es que considera que la violación parece responder a cierta valoración masculina acerca de la exclusividad en el mantenimiento de comunidad sexual con una mujer de parte de un hombre.

No creo necesario extenderme sobre este punto, pero quiero recalcar que una teoría del rescate feminista puede tener algún espacio en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual. Esto porque considero que MacKinnon acierta en evaluar la comprensión del acceso carnal masculino como una manera exclusiva de interacción sexual.

Con ello lo que podemos encontrar son cierta clase de intereses específicos del ámbito femenino que permitan incluir la variable sexo dentro del marco de aplicación del MID.

Esta es una cuestión polémica si pensamos en la aplicación del delito. Parece ser que la exigencia de igualdad es un dato irrefutable a la hora de establecer los criterios de aplicación de la ley. La

cuestión es que para MacKinnon este recurso a la igualdad entraña una visión incompatible con una teoría feminista del Estado.

Por ello, puede considerarse que la noción de intereses en el MID puede estar determinada, en el caso de los delitos que involucren directamente la cuestión de la sexualidad (los delitos contra la libertad sexual del artículo 450.1 CP), por la crítica feminista, de acuerdo al desarrollo de este punto en la idea de MacKinnon. Es decir, creo que, como mucho, con la perspectiva feminista podemos provocar una redefinición de los intereses en ser rescatado, en el caso específico de los delitos contra la libertad sexual.

De todas formas, aún este esfuerzo está expuesto a un gran problema. Si este es el terreno donde la propuesta feminista puede tener mayor funcionalidad, queda, en realidad, cubierta por la propuesta republicana.

Si lo que define al acto sexual forzado, como una cuestión que se vincula a la sumisión de la mujer ante el hombre, parece ser razonable desplazarnos hacia el terreno de la libertad como no dominación, es decir, de la libertad republicana.

El segundo espacio de crítica que puede surgir a propósito del feminismo es el relativo al razonamiento moral de la ética del cuidado.

La ética del cuidado de acuerdo a lo ya expresado por Gilligan, implica un juicio de responsabilidad para con los semejantes. Desde esta perspectiva, existirá una razón de peso para rechazar el espacio a la interpretación de la indiferencia desde la perspectiva liberal. Sin embargo, una vez más, el esfuerzo feminista pierde peso en tanto esfuerzo particular.

Si lo determinante es que cierta ética liberal permite una clase de razonamiento moral egoísta, pues su sustitución por una ética del

cuidado feminista no tiene especial ventaja respecto de la ética posible de reconstruir desde una perspectiva comunitarista o republicana. Creo que, una vez más, la crítica feminista queda, desde nuestra perspectiva, corta.

3.4. A modo de resumen

La perspectiva liberal se encuentra teñida por la idea de protección de la autonomía privada. Esta es la marca fundamental del ideario liberal en derecho penal. Existe una constante sospecha en el uso del derecho penal debido a la valoración de la libertad.

Sin embargo, dentro de los marcos de la perspectiva liberal, no todo argumento nos conduce a la negación de la justificación del MID.

Un claro ejemplo es la posibilidad de trabajar con una concepción liberal deontológica, y junto a ello dar paso a una teoría del rescate como la expuesta por Klosko.

De esta manera, podrá construirse una obligación política que dé suficiente relevancia a la idea de virtudes, como la solidaridad, como el deber de ayudar a otros, que permita la identificación de intereses y acciones de rescate y con ello lleguemos a una correcta justificación de nuestro MID del artículo 450.1 CP.

Ello nos permite sostener que la razón de este delito está definida por la idea de solidaridad. Solidaridad en tanto propiedad de la relación entre los integrantes de la comunidad, es decir, como expresión de la noción de obligación política.

Luego, los especiales bienes jurídicos puestos en juego con los delitos que deben evitarse están determinados por lo que denominamos intereses en el marco de la teoría del rescate. Este es el

lugar para el combate contra el delito o la prevención del delito apuntada anteriormente en este trabajo.

La teoría del rescate se completa con la presencia de acciones de rescate, las que por definición emparentan a este mandato con la administración de justicia. Por ello el delito comparte un sitio con la omisión de denuncia dentro del artículo 450 CP y este es el sentido que tiene dentro del delito la expresión “administración de justicia”.

Vemos además, que en este punto existe una relativa competencia de los argumentos para justificar el mandato de impedir determinados delitos. No obstante, no puede darse total cuenta cuál es la diferencia entre el MID y el mandato penal de socorro.

En otras palabras, de acuerdo a la propuesta tratada hasta aquí, bien podríamos decir que el MID no tiene razón de existir como figura autónoma frente al mandato de socorro. Esta es una cuestión que abordaré en el capítulo siguiente, pues creo que el camino para despejar este problema se encuentra en considerar la tesis del crimen como mal compartido presente en la perspectiva republicana.

Por otra parte, existen argumentos alternativos para dotar de sentido a la obligación política y con ello a las virtudes y en particular a la solidaridad. Salvo el caso de la propuesta comunitarista, la visión del sujeto sigue siendo “pesimista” en estos marcos.

Por ello, es necesario explorar la respuesta que podemos encontrar en el marco de una teoría republicana de la justicia política. A esto me dedicaré en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO IV

“...Pero, quizás, un día,
antes de que la tierra se canse de atraernos
y brindarnos su seno,
el cerebro les sirva para sentirse humanos,
ser hombres,
ser mujeres,
-no cajas de caudales,
ni perchas desoladas-,
someter a las ruedas,
impedir que nos maten,
comprobar que la vida se arranca y despedaza
los chalecos de fuerza de todos los sistemas;
y descubrir, de nuevo, que todas las riquezas
se encuentran en nosotros y no bajo la tierra...”

Oliverio Gironde, *“Lo que esperamos”*

La perspectiva republicana frente al MID: ¿una teoría del rescate republicana?

4.1. Consideraciones preliminares

Tradicionalmente el estudio sobre justificación de instituciones penales que considera algún contexto de filosofía política llega hasta el comunitarismo y en algunos casos al feminismo.¹⁹³ Ese es el camino que hemos seguido en los capítulos anteriores.

En este capítulo quisiera dirigir la atención sobre otra teoría filosófico-política: la republicana. Lo central será verificar como el republicanismo ofrece una salida atractiva para entender la justificación del MID.

La revisión de argumentos de este capítulo, tal como en el caso anterior, no busca ser una reconstrucción cabal de aquello que debamos entender por republicano. Lo que busco es encontrar los argumentos que sirvan de base para dar sentido a la teoría del rescate a la que hemos llegado desde la perspectiva liberal.

Creo que resulta interesante comparar los resultados que se obtienen justificando el MID desde la perspectiva liberal y desde la perspectiva republicana.

Esta comparación se inicia en este capítulo, pero se desarrollará especialmente en el siguiente, de la mano de la toma de posición respecto a la teoría del rescate que deba tenerse sobre el MID.

¹⁹³ Es el caso de los citados trabajos de Alcácer y Varona.

Debemos recordar que el terreno en el que la comparación entre los argumentos propios de la perspectiva liberal y la perspectiva republicana tiene más juego es el correspondiente a la teoría del rescate destacada en el capítulo anterior.

La teoría del rescate, como hemos ya apuntado, descansa en la idea de obligación política. Sólo podemos justificar la existencia de una obligación jurídica de actuar a favor de otro en la medida que podamos trabajar con una noción de obligación política que permita justificar la necesidad de asumir jurídicamente el ejercicio de estas acciones de rescate.

En este capítulo debemos abordar qué noción de republicanismo puede tenerse en términos generales, pues considero que esta sección es la que resultará más novedosa al lector familiarizado con el derecho penal.

En seguida, abordaremos la relevancia de las cuestiones penales en el seno de las discusiones republicanas. Esto para, finalmente, analizar cómo puede operar una teoría del rescate con base en una concepción política marcadamente republicana.

4.1.1. Una noción de republicanismo

El republicanismo es una teoría de la justicia política que tiene su origen en ideas que modelaron las primeras concepciones de “república”.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Por ello podríamos hablar de “neo-republicanismo”, aunque es discutible que la etiqueta pueda expresar una diferencia demasiado grande respecto del republicanismo original. De hecho, puede decirse que el actual desarrollo del republicanismo está fuertemente determinado por investigaciones históricas (como las de Bailyn, Pocock y Wood) que buscaron las relaciones entre las ideas republicanas y el humanismo, el iluminismo y otros. Sobre esto véase GARGARELLA, 1999: 161.

Es complejo dar una noción clara de republicanismo. Probablemente, su vocación “histórica” permita identificarlo con muchos autores que puede que también soportaran una clasificación “liberal” o “comunitarista”. Quizás un punto interesante para comenzar a comprender a la concepción republicana dice relación con su marcada tendencia “anti tiránica” (Gargarella, 1999: 163).

Además, el republicanismo suele estar construido como una teoría de la justicia política que busca la consecución de la libertad de la república, por medio del ejercicio de virtudes cívicas. La lista de las virtudes cívicas relevantes para el republicanismo es prácticamente inalcanzable. Pueden destacarse el coraje, como actitud de defensa de la república y la prudencia en la participación del gobierno (Gargarella, 1999: 164).¹⁹⁵

Con independencia de la de amplitud (a veces excesiva) del concepto de republicanismo, desde la perspectiva de la relevancia en el debate filosófico político, esta teoría se ha erigido como la gran agenda contrapuesta al liberalismo en la actualidad (Besson y Martí, 2009: 3).

Debemos considerar que el republicanismo como teoría política se construye fuera de los márgenes del derecho. Por ello, podemos hablar de republicanismo por un lado y de republicanismo jurídico (*legal republicanism*) por otro.¹⁹⁶

De cualquier manera la política, las decisiones políticas y la filosofía política, se relacionan estrechamente con “lo normativo”. Como sostiene el propio Pettit, la política se conduce ineluctablemente por el lenguaje normativo (Pettit, 1999: 18).

¹⁹⁵ Una clara muestra de esta visión la encontramos en el libro de Dagger “*Civic Virtues*” (1997), aunque veremos que Dagger utiliza la etiqueta “republicanismo liberal”.

¹⁹⁶ E incluso podemos hablar de *republicanismo penal*, como veremos más adelante.

El republicanismo se construye en comparación con el dominio del esquema marcadamente liberal. Evidentemente, la relación entre republicanismo y liberalismo depende directamente de lo que entendamos por uno y otro. Definir exactamente esta cuestión resulta una tarea difícil pues es tal la pluralidad de posiciones en ambos conceptos, que podemos incluso hablar de un “republicanismo liberal”.¹⁹⁷

En todo caso, a partir del resurgimiento de la etiqueta republicana, pueden identificarse ciertos rasgos preeminentes de esta corriente de justicia política: la libertad (en su variación propiamente republicana, es decir *libertad como no dominación*), la igualdad, el autogobierno, las virtudes cívicas o la ciudadanía activa (Besson y Martí, 2009: 10).

Por medio de la consideración de estos rasgos daremos una noción de republicanismo que sea coherente con lo que luego llamaré “una teoría republicana del derecho penal”, para, como he anunciado, llegar a configurar una particular “teoría del rescate” que tenga como base una obligación política republicana.

¹⁹⁷ Por ejemplo Dagger utiliza abiertamente esta expresión en su “*Civic Virtues*” (1997). Debe notarse, de cualquier manera, que muchos de estos rasgos se encuentran dentro de lo que desde la perspectiva liberal puede considerarse valioso. La principal diferencia se encuentra en la manera de dar contenido e interpretar cada una de estas categorías.

4.1.2. *Los valores republicanos*

Lo que comparten los autores republicanos es una preocupación por considerar, dentro de la articulación de una determinada justicia política republicana, un grupo de valores relevantes.¹⁹⁸

Estos valores juegan un papel esencial y dan forma a una teoría republicana. Proponen una particular y rica concepción de la libertad (i); una concepción propia de la igualdad política (ii); un exigente concepto de la democracia deliberativa (iii) y una idea acerca de la virtud cívica que encierra una concepción específica de la distinción “público-privado” (iv). Revisaremos estas por separado, pero debemos recordar que a efectos de este trabajo nos interesan especialmente los puntos (i) y (iv) y la manera en que se relacionan (Besson y Martí, 2009: 12).¹⁹⁹

(i) *La libertad republicana*

La mayoría de autores considera que la idea central del republicanismo es la libertad. En realidad, deberíamos decir: una particular concepción de la libertad.²⁰⁰ La formulación más conocida

¹⁹⁸ Un interesante estudio acerca de las actitudes republicanas en acción ha sido desarrollado por Bean, véase BEAN, 2001: 141 – 155.

¹⁹⁹ Esto no implica considerar irrelevantes los puntos (ii) y (iii), pues de hecho la relación entre (i) y (iv) depende en gran medida de la manera en que se concibe a la democracia y a la igualdad. En contra de la afirmación de que sean éstos los valores indubitados para describir al republicanismo encontramos a Dagger. Si bien no manifiesta un compromiso especialmente fuerte con desechar la propuesta de Besson y Martí, considera que los valores republicanos pueden resumirse a publicidad y autogobierno, véase DAGGER, 2009: 148.

²⁰⁰ Este rasgo por sí solo (una concepción de libertad como idea central) permite entender al republicanismo como una tesis de justicia política especialmente fuerte frente al liberalismo, pues toma una de las ideas centrales de la doctrina liberal para reconfigurar las cuestiones acerca de la justicia. En otras palabras, que mantenga un concepto propio de libertad permite enfrentar a esta corriente con el

de la libertad republicana es la ofrecida por Philip Pettit (Besson y Martí, 2009: 13).

Pettit constata la relevancia de la distinción entre libertad negativa y libertad positiva realizada por Berlin. Realiza una lectura en la que la distinción hecha por Berlin entraña cierto juicio positivo del concepto de libertad negativa (Pettit, 1999: 35 – 36). Por ello, sostiene que:

«[...]la distinción libertad negativa-positiva ha hecho un mal servicio al pensamiento político. Ha alimentado la ilusión filosófica de que, detalles aparte, sólo hay dos modos de entender la libertad: de acuerdo con el primero, la libertad consiste en la ausencia de obstáculos externos a la elección individual; de acuerdo con el segundo, entraña la presencia, y normalmente el ejercicio, de las cosas y las actividades que fomentan el autodomínio y la autorrealización: en particular, la presencia y el ejercicio de las actividades participativas y de sufragio, merced a las cuales los individuos pueden unirse a otros en la formación de una voluntad común, popular.» (Pettit, 1999: 37)²⁰¹

Es obvio que la dificultad que ve Pettit se relaciona directamente con la posibilidad de concebir a la libertad al modo republicano.

El concepto planteado por Pettit es una especie de síntesis de las ideas que se encuentran entrelazadas en la dicotomía libertad negativa/positiva propuesta por Berlin. De este modo, Pettit sostiene que:

liberalismo de manera más fuerte que lo que puede hacerse con por ejemplo el comunitarismo.

²⁰¹ También conceptualizando a la libertad republicana, aunque desde una perspectiva diferente encontramos el trabajo de SKINNER, 1998.

«El mejor modo de introducir la libertad como no-dominación puede ser observar que la taxonomía berliniana de libertad positiva y negativa excluye una tercera posibilidad más o menos llamativa. Él piensa en la libertad positiva como autodominio y en la libertad negativa como ausencia de interferencia por parte de otros. Pero dominio e interferencia no son equivalentes. ¿No hay, pues, la posibilidad intermedia de que la libertad consista en una ausencia – como quiere la concepción negativa-, pero en una ausencia de dominio por otros, no en una ausencia de interferencia? Esta posibilidad tendría un elemento conceptual en común con la concepción negativa –el foco en la ausencia, no en la presencia-, y un elemento en común con la positiva: el foco en la dominación, no en la interferencia.» (Pettit, 1999: 40 – 41).

Tal como también apuntan Besson y Martí, la libertad como no-dominación puede ser considerada una tercera alternativa dentro del mapa clásico de libertad negativa o positiva (Besson y Martí, 2009: 14).²⁰²

Esta idea de libertad no consiste en una razón de inhibición de acciones de parte de terceros, entendidas estas acciones como interferencia en el caso de la libertad negativa, y no depende exclusivamente del dominio de sí mismo que entraña la libertad positiva. La libertad como no dominación intenta reunir rasgos de ambos conceptos de libertad (la interferencia y la dominación).

Puede haber interferencia entre los sujetos de una determinada comunidad, pero para que ésta sea considerada indeseable deberá ser arbitraria. Es decir, no toda interferencia en el plan de vida de los ciudadanos es en sí misma problemática. Por otra parte, la idea de

²⁰² Recordemos que cualquiera que sea el esfuerzo que se haga, la perspectiva liberal en derecho penal está determinada por una concepción de libertad negativa o positiva. Al respecto me remito al capítulo III de este trabajo. Sobre los acuerdos mínimos en torno a la libertad republicana véase SKINNER, 2010.

libertad como no dominación se construye sobre la base del dominio, no debe haber dominio de parte de terceros, tomando de esta manera un enfoque propio de las concepciones de libertad positiva.²⁰³

Sin embargo, la posibilidad de concebir a la libertad de esta manera intermedia puede ser un buen ejercicio de comprensión de las concepciones negativa y positiva de libertad, pero no determinan que el concepto de libertad como no dominación tenga sentido por sí mismo.²⁰⁴

Para esto, la concepción de libertad como no-dominación debe distinguirse claramente de la dicotomía berliniana. Es decir, no debe ser tan sólo un ejercicio conceptual tributario de una manera de entender a la libertad bajo el esquema libertad negativa/positiva.

Para esto, Pettit considera primero la relación entre no-dominación y autodominio. Para Pettit la ausencia de dominación no garantiza el logro del autocontrol. La dominación queda ejemplificada por la relación entre el amo y el esclavo. La parte dominante, en una relación de este tipo, puede interferir arbitrariamente y con impunidad en las decisiones de la parte dominada (Pettit, 1999: 41).²⁰⁵

Es posible tener dominación sin interferencia y también interferencia sin dominación. Puedo ser esclavo de otro sin que ese otro interfiera en ninguna de mis decisiones. Se sufre dominación cuando se tiene un amo. Se disfruta de no interferencia cuando el

²⁰³ Una crítica a la noción de dominio de la concepción republicana de libertad puede encontrarse en MARKELL, 2008.

²⁰⁴ Sobre la relevancia de la idea de libertad como no dominación en tanto concepto central de la tesis republicana véase COSTA, 2009.

²⁰⁵ Un aspecto de mucho interés es la conexión entre una determinada forma de libertad y la idea de responsabilidad. Es decir, predicar la libertad respecto de un sujeto permite sostener su responsabilidad. Véase PETTIT, 2006: 34 – 59.

amo no consigue ser obstáculo en las decisiones del esclavo (Pettit, 1999: 42).

Es habitual encontrar casos en que puede padecerse interferencia sin sufrir dominación. Una institución o una persona pueden interferir en las decisiones de un sujeto en pos de sus propios intereses, por ejemplo. Puede darse que esa interferencia se relacione con condiciones, tales como el acuerdo o el tomar en cuenta la opinión de quien se ve interferido. En este caso, si la condición para interferir no se cumple, puede entenderse condenable a la acción que constituye la interferencia (Pettit, 1999: 42).

Una interferencia así entendida no puede ser señalada como dominación. La dominación tiene como propiedad central una determinada capacidad para intervenir en los asuntos de otro, aunque no se interfiera. La interferencia no necesita ese “estatuto” y puede verificarse de manera arbitraria o no.

Dado que interferencia y dominación son dos males distintos, Pettit considera que la no-interferencia y la no-dominación deben ser dos ideales distintos (Pettit, 1999: 42).

Pueden existir relaciones donde podamos decir que hay dominación y en esa relación puede haber interferencia o no. Luego, puede haber interferencia y ésta puede darse en el marco de la dominación o no. Pueden también, existir relaciones donde no haya ni dominación ni interferencia y relaciones donde confluyan la dominación y la interferencia (Pettit, 1999: 42 – 43).

Disfrutar de no interferencia es eludir la coerción en el mundo real. ¿Qué es necesario para que en un contexto de no interferencia tampoco haya dominación? La respuesta de Pettit es que debería haber un contexto en donde los débiles sean defendidos de los poderosos.

Esto resulta sumamente sugerente. A diferencia de la perspectiva liberal, el mantenimiento de una idea de libertad asociada a los ideales de no-dominación y no-interferencia permiten considerar una actitud de parte de quienes tienen las mayores posibilidades de violar estos ideales en orden a protegerlos. Es decir, sobre todo concierne a los poderosos tener una actividad que permita que los ciudadanos sean efectivamente libres.²⁰⁶

Podría pensarse que la concepción de libertad republicana es una clase de libertad positiva. Pettit niega esta característica.

Para Pettit las formulaciones originarias en materia de libertad republicana, es decir, la concepción romana o la concepción de Maquiavelo por ejemplo, no ponían el énfasis en el ejercicio de la libertad como un apoyo para ejercer la dominación. Al contrario, lo que el concepto de libertad entrañaba en estas formulaciones era más bien la idea de defensa, de seguridad, es decir, la no-dominación (Pettit, 1999: 47).

Esto, no niega que la libertad republicana se relacione fuertemente con la idea de participación ciudadana en el gobierno, pero debe tenerse en claro que ese ejercicio de autonomía no es el paso que se deriva directamente del hecho de ser tenido por libre. En otros términos, sólo aquellos que son libres pueden luego ser participativos en el tráfico democrático.

Un rasgo importante de esta concepción de libertad como no-dominación es que ésta puede perderse aún sin padecer interferencia. Por otra parte, puede haber interferencia sin que haya pérdida de libertad. Esto ocurre cuando la interferencia no es arbitraria y no representa una forma de dominación (Pettit, 1999: 56).

²⁰⁶ Esto parece vehicularse a través de las virtudes, véase al respecto COSTA, 2009.

La interferencia no es arbitraria cuando está controlada por los intereses y las opiniones de los afectados y es requerida para servir esos intereses conforme a esas opiniones.

Esto es claro a la hora de considerar al derecho. El derecho es una forma de interferencia por definición. La regulación de la conducta y la existencia de reglas como razones para la acción (o la abstención) constituyen sin duda una interferencia en el ámbito de dominio de los sujetos en la comunidad.

Lo relevante es entender que esa forma de interferencia (el derecho) puede ser vista como una interferencia no arbitraria. Y aún más, puede ser considerada una interferencia que permite el aseguramiento de la libertad.

No estamos frente al argumento, tradicionalmente liberal, que por medio del derecho coartamos a la libertad para dejar un espacio seguro de ejercicio de la misma. Para los republicanos esta forma de interferencia es constitutiva de la libertad, lo que descarta la retórica de las compensaciones, esa idea de dar un paso atrás para dar dos adelante (Pettit, 1999: 57).²⁰⁷

Esta no es la única forma de entender a la libertad republicana. Existen autores, también republicanos, que parecen acomodarse mucho más a la idea de libertad positiva (Besson y Martí, 2009: 15)

Es el caso de autores como Bellamy, Laborde y Maynor. En alguna medida ocurre con Sandel, donde podemos ver influencia de las nociones de autorrealización o autocontrol. Esta es la versión neo-

²⁰⁷ Esta idea puede tener un enorme terreno a desarrollar en el derecho penal. Si el derecho es visto como un acto de interferencia constitutivo de la libertad, entonces, la tradicional idea de considerar que existen ciertos “principios limitativos” del derecho pierde sentido. El derecho constituye a la libertad por lo que los principios deben ser entendidos como normas constitutivas a su vez de la forma que el derecho toma para interferir. No puedo ocuparme de este problema en este trabajo, pero quiero hacer notar la inversión de un paradigma del derecho penal continental a la que puede llegarse por esta vía.

ateniense del republicanismo, en contraste con la versión neo-romana representada entre otros por Pettit. Estimo que esta distinción puede tener mucho sentido si lo que tenemos en mente es analizar el sentido de la participación política y su justificación. Es decir, en términos de justificar un modelo democrático exigente las vertientes neo-ateniense y neo-romana ofrecen alternativas de interesantes alcances.²⁰⁸

No obstante, desde la perspectiva del enfrentamiento con la perspectiva liberal, y sobre todo en lo relativo al derecho penal, la idea de libertad republicana como no dominación aparece como la concepción más atractiva.

Esto, en primer término, porque entrega la posibilidad de reconstruir el mapa de las concepciones de libertad que, desde la perspectiva liberal, parecen reducirse a la concepción positiva y negativa.

En segundo término, porque el sentido de esta tercera alternativa parece relacionarse de manera especialmente fuerte con la presencia de virtudes. Como veremos, dentro de los ideales republicanos la idea de virtud ocupa un lugar privilegiado. Esto tiene sentido en la medida que el ejercicio de la virtud de parte de los ciudadanos permite reconstruir el contexto democrático dependiendo de ciudadanos libres.

(ii) Igualdad

Otro de los valores presentes en la posición republicana es la igualdad. La igualdad es vista como una precondition de la libertad.

²⁰⁸ Aunque debe reconocerse que es una noción no exenta de críticas. Un interesante punto de vista crítico puede encontrarse en el trabajo de MARKELL, 2008.

La cuestión central es que, desde la perspectiva republicana, no puede haber ciudadanos más libres que otros (Besson y Martí, 1999: 18 – 19).

Es importante introducir una distinción para la comprensión de la idea de igualdad republicana. Por una parte, la igualdad debe neutralizar la inequidad socio-económica. El republicanismo postula el dar poder a los débiles, y sobre todo la posibilidad de que los sectores más pobres de la población vean cubiertas sus necesidades básicas (Besson y Martí, 1999: 19).

Por otra parte, la concepción republicana de la igualdad involucra una muy fuerte comprensión de la democracia y con ello de la participación ciudadana. Esto implica remover los obstáculos para que la deliberación sea llevada a cabo (lo que implica la primera de las dimensiones de la igualdad) (Besson y Martí, 1999: 20).

Este ideal de la igualdad, que incluye criterios de corrección de las desventajas en la sociedad constituye un proyecto muchísimo más ambicioso que la idea de igualdad liberal. No debe considerarse que simplemente es un criterio de justicia distributiva, aunque es evidente que la ejecución de un plan igualitario bajo el esquema republicano tendrá consecuencias de distribución equitativa de los medios de subsistencia.²⁰⁹

En un sentido, la igualdad republicana es funcional a la libertad. Parece ser un valor que tiene por función central equiparar las posibilidades de participación y dotar de proyección en la realidad a la concepción de democracia deliberativa.

²⁰⁹ Este valor republicano implica considerar un déficit en la comprensión liberal de la igualdad. Cuestionando este punto véase BRENNAN Y LOMASKY, 2006: 221 – 252.

La democracia deliberativa supone, precisamente, deliberación. La deliberación actúa como proceso de legitimación o justificación de decisiones políticas. Como el proceso es centralmente inclusivo, es necesario contar con ciudadanos que sean iguales desde el punto de vista de sus posibilidades efectivas de participación. Además, esta participación los hará libres (no serán objeto de dominación).²¹⁰

(iii) *Autogobierno y democracia*

La pregunta acerca de la relevancia del autogobierno y la democracia cruza tanto a las agendas republicanas neo-atenienses como neo-romanas.

La óptica republicana se expresa en la comprensión de la incidencia que tienen los ciudadanos en el gobierno. De esta manera, lo relevante es determinar cómo los ciudadanos pueden ser capaces de gobernar autónomamente su destino.²¹¹

La concepción de democracia que emana del modelo republicano puede ser calificada como exigente. Es decir, es una tesis que asume un abierto e intenso compromiso con la participación ciudadana, acorde, por cierto, con la concepción del derecho como producto del acuerdo o de la voluntad de los integrantes de la comunidad.²¹²

La idea central para estudiar el ideal de democracia deliberativa asociado al republicanismo es la *deliberación*.

La deliberación es un proceso por el cual se intenta llegar a una decisión. Es un acto de comunicación colectiva, pues involucra a

²¹⁰ Sobre el sentido de la democracia deliberativa véase, por todos, MARTÍ, 2006: 22 – 31.

²¹¹ En un sentido similar véase BESSON y MARTÍ, 2009: 20.

²¹² Y veremos enseguida que pone el acento en el carácter virtuoso de las acciones ciudadanas.

todos los miembros de una determinada comunidad. Además, es un acto reflexivo en el que deberían intercambiarse razones que cuenten como argumentos a favor o en contra de una determinada propuesta o un conjunto de ellas con la finalidad de convencer racionalmente a los demás (Martí, 2006: 24).²¹³

Este proceso ha sido concebido como un proceso donde además los integrantes de la comunidad deben actuar movidos por la imparcialidad en sus juicios y valoraciones.²¹⁴

Un rasgo extremadamente importante es que este proceso es *ideal*. Con esto se señala que permite describir una democracia en términos de ideal, es decir, en términos de cómo debería funcionar la democracia en una determinada comunidad (Martí, 2006: 24).²¹⁵

(iv) *La virtud cívica*

Los valores hasta aquí expresados requieren conceptualizar la manera en que los ciudadanos activan y configuran el modelo de sociedad que estimen mejor.

²¹³ El proceso deliberativo, en particular en la visión de Martí, nos ofrece cierta fiabilidad en cuanto a la corrección de la decisión. Es difícil de todas maneras responder a la cuestión de las decisiones políticamente correctas pero alcanzadas sin deliberación. Es decir, es difícil determinar el exacto significado de la fiabilidad de la concepción de deliberación en la teoría republicana. Sobre este punto véase MORESO, 2009: 315 – 322. Desde la perspectiva del valor epistémico de la justificación de la deliberación véase BAYÓN, 2009.

²¹⁴ Este es un supuesto que puede dar lugar a cierta polémica. ¿Por qué es mejor (más cercano al ideal) un proceso deliberativo que lleve a una decisión bajo la premisa de la neutralidad valorativa? Es claro que lo que el modelo pretende es dejar de lado la imposición de ciertas posiciones valorativas de parte de quienes ostenten el poder en contra de unos pocos que puedan estar en desacuerdo. Sin embargo, ¿es deseable la neutralidad total?

²¹⁵ Consideremos además que existen quienes consideran que el ideal de la deliberación es inalcanzable, véase MARTÍ, 2006: 26. Sobre la racionalidad de la democracia deliberativa véase MANIACI, 2009. Sobre el valor epistémico de la democracia deliberativa en la propuesta de Martí, véase BAYÓN, 2009

La perspectiva republicana supone asignar a la participación ciudadana suma importancia para el proceso deliberativo (Besson y Martí, 2009: 22).

La participación de los ciudadanos permite sostener que los acuerdos democráticos alcanzados a través del proceso de deliberación pueden ser imputados a los partícipes en la discusión como acuerdos propios, acuerdos de su autoría. Esta es una exigencia de la comprensión deliberativa de la democracia.

En este marco, la virtud cívica es vista como un grupo de actitudes y motivaciones tendientes a la relevancia de las cuestiones públicas para los ciudadanos (Besson y Martí, 2009: 23).²¹⁶

En cierto sentido, si los ciudadanos son los que en definitiva configuran a la comunidad política e influyen, entonces, en las decisiones públicas, es deseable contar con cierta “lealtad” de parte de los ciudadanos con estas decisiones, que, se expresan centralmente en la ley. En alguna medida los ciudadanos deben ser leales con la ley, pues la ley es una expresión de sus decisiones, es un producto de su deliberación.²¹⁷

Este es un rasgo de suma importancia para la teoría del derecho republicana. La virtud cívica es la manera en que se entroncan los demás ideales propuestos por la agenda republicana. Evidentemente, existen discrepancias sobre qué implica exactamente la promoción de

²¹⁶ Para una visión histórica de la vinculación entre ciudadanía y virtud, desde una perspectiva republicana véase PEÑA, 2005: 231 - 256.

²¹⁷ En un sentido, esta visión busca enfrentarse a un concepto de democracia que permita la indiferencia y la inactividad de los ciudadanos. Por otra parte, esta premisa implica un compromiso con la legitimidad de la ley. Los ciudadanos deben ser leales en la defensa de ciertos ideales expresados en la ley, pues estos ideales están (o deben estar) correctamente plasmados en la ley. Creo que en este punto hablamos de una necesaria falta de neutralidad en la actitud de los ciudadanos con la ley. Puede verse de otra manera: la democracia deliberativa implica abandonar como un punto de vista correcto el punto de vista del observador para los ciudadanos. El ciudadano, por definición, debe asumir el punto de vista del partícipe.

las virtudes al interior de la sociedad. Podemos decir que una manera bastante recurrente es considerar que los ciudadanos deben ejecutar acciones que tiendan al bien común.²¹⁸

La virtud deriva de la idea griega y luego latina *virtus* (*arete* en su formulación griega). Su primera identificación se realizó para denotar el valor de ciertos rasgos masculinos de personalidad que incidían en la manera de conducirse en los asuntos de la comunidad. En términos abstractos es un concepto normativo en la medida que sugiere características que un hombre debería tener (Dagger, 1997: 13).

Existe, por cierto, una evidente conexión entre lo que consideramos virtuoso y lo que consideramos bueno. Un pianista *virtuoso* es necesariamente un buen pianista. En concreto es un pianista que es todo lo bueno que cabe esperar del rol de pianista (Dagger, 1997: 14).

La virtud se relaciona con la disposición a actuar de acuerdo con los estándares y expectativas definidas para el rol o roles en los que la persona debe actuar. En alguna medida, la virtud constituye la valoración de las acciones asociadas a los roles. Un buen padre es un padre virtuoso en la medida en que desarrolla en la mejor versión posible su rol paterno.

Esta idea se traslada hacia la concepción de ciudadano, en concreto a la concepción de ciudadano virtuoso. Vemos que la idea

²¹⁸ El bien común en la reconstrucción republicana parece tener dos sentidos. El primero es un sentido *sustantivo*. Este, parece estar supuesto en la formulación de todos los ideales republicanos. La libertad, la igualdad, la autodeterminación y las virtudes son valores buenos para todos, por ello, las acciones de los ciudadanos deberían fundarse y propender al mantenimiento y la fortificación de las instituciones que promueven estos valores. En otro sentido, el bien común puede ser *procedimental*. En este sentido las acciones de afirmación de los ideales republicanos se conducen por el bien común (son buenas para todos en tanto proceso). Véase BESSON y MARTÍ, 2009: 24. Sobre la dificultad de trabajar con la idea de bien común véase BARRAGÁN, 1991.

de virtud cívica sugiere un ciudadano que sea lo más cercano a “bueno” que sea posible esperar. Por ello, en la formulación clásica, lo opuesto a virtuoso es entendido como corrupto. Se concibe aquí que corrupto es quien antepone sus intereses personales a los intereses de la república (Dagger, 1997: 14).

De esta manera, la virtud desde la perspectiva republicana se relaciona con la esfera pública, al ser una propiedad de una clase de interacción –la de ciudadano- que resulta por definición pública.

Por supuesto que para el estudio del MID, la valoración de las virtudes como característica de los ciudadanos tiene mucha importancia. Veíamos que bajo la perspectiva liberal puede encontrarse un espacio donde la idea de virtud pueda tener cierta presencia en la esfera pública. Un espacio donde las virtudes puedan ser cuestiones que se discutan a propósito del derecho. Este lugar se relacionaba, como hemos sostenido, con la posición pública o privada de las virtudes.

En este sentido si se adopta un concepto de virtud que pueda servir de base a la articulación de una concepción de la obligación política, podremos tener el punto de partida para construir una teoría del rescate. Como es obvio –y hemos apuntado- la perspectiva liberal encuentra ciertos problemas en aquellos casos en los que está en juego la idea de libertad. Estos problemas son superados en el caso de la visión republicana porque la idea de virtud se encuentra en un nivel similar al de la libertad. Podríamos resumir diciendo que sólo los ciudadanos virtuosos pueden ser libres.

Desde la perspectiva republicana, las virtudes tienen por definición un lugar entre las cuestiones públicas. Esto no implica sostener que todas las virtudes dejen de estar en el espacio de la moral privada, pero es evidente que una obligación política que se

configure bajo el esquema de pensamiento republicano no puede carecer de un lugar para las virtudes.

De esta manera, la teoría del rescate que puede construirse bajo las premisas del republicanismo difiere de la que puede tenerse al alero de la perspectiva liberal. Volveremos sobre esto al final del capítulo. Ahora debemos adentrarnos en otro rasgo que resulta de extrema importancia en la comparación entre la agenda de la perspectiva liberal y republicana: el acento en la comprensión de un derecho penal republicano.

4.2. Una teoría republicana del derecho penal

El republicanismo es especialmente relevante para el derecho penal. O si se quiere, el derecho penal ha sido objeto de atención de parte de los filósofos políticos y del derecho que trabajan desde la perspectiva republicana.

Esto puede explicarse de distintas maneras. En primer término, la relevancia que la discusión propiamente republicana tiene para el contexto del esquema actual de justicia política. Sin duda, el republicanismo ha ocupado un sitio en el que muchos filósofos se sienten cómodos, luego de la experiencia de la crítica comunitarista al liberalismo.

Con ello, ha resultado relativamente natural que aquellos que se dedican al estudio del derecho y que asumen un compromiso republicano hayan “probado” las tesis más generales del republicanismo en ciertos puntos concretos del ordenamiento.²¹⁹

Además, al hablar del republicanismo *penal* tenemos que considerar un antecedente de extrema importancia. Si nos

²¹⁹ Véase GARGARELLA, 1999: 161.

preguntáramos cuál es la primera obra que entrega una versión robusta de la idea republicana en términos de filosofía del derecho, es casi un lugar común referirnos a *Not Just Desert* de Braithwaite y Pettit (1990).²²⁰

En un sentido, éste es un libro de derecho penal. En otro sentido, éste es un libro de teoría política. Finalmente, podría también decirse que es un libro que contiene trazos de una teoría del derecho.

Esto tiene mucho valor. Creo que el derecho penal es un campo de múltiples problemas para el análisis de las cuestiones de filosofía política, principalmente por el lugar común ya apuntado: el derecho penal parece estar indisolublemente asociado al corolario de las ideas ilustradas.

Sin embargo, una importante posición dentro de la filosofía política -como es el republicanismo- parte de sostener una determinada concepción de la punición alejada de este núcleo liberal (o al menos es lo que se pretende).²²¹

Podemos hablar, entonces, de un destacado republicanismo penal. Y con ello, podemos denotar que el republicanismo “jurídico” utiliza una plataforma concreta como es el derecho penal, y con ello, asume la necesidad de dotar de sentido su ideario más abstracto en aquello en que pueda ser conducente dentro de la explicación de un sector del derecho determinado.²²²

Debemos realizar una advertencia. Es claro que el republicanismo penal se opone al resurgimiento del retribucionismo,

²²⁰ Y es además señalado por Duff como una de las tres obras donde se ve presente la idea de “grand theory”, véase DUFF, 2005: 355.

²²¹ Sobre la proposición acerca de que el derecho penal es visto como el corolario del ideario liberal, véase MARTÍ, 2009: 123.

²²² Un ejemplo de estas proyecciones lo encontramos en el trabajo sobre crueldad y pena de Barrozo. Véase BARROZO, 2008.

en el marco de la teoría de la pena. Por ello, por ejemplo, el título del trabajo de Braithwaite y Pettit designa la negación de lo que comúnmente se considera la esencia del retribucionismo (*just desert*). A pesar de esto, podría considerarse a cierto republicanismo parcialmente inconciliable con ciertas clases de consecuencialismo o utilitarismo. O mejor dicho puede construirse un republicanismo retributivo.

Braithwaite y Pettit consideran que lo que pretenden realizar es una “teoría comprensiva” del derecho penal (Braithwaite y Pettit, 1990: 1).²²³ Una teoría comprensiva supone sostener una tesis teleológica del uso del Derecho Penal.

Por ello, Braithwaite y Pettit piensan en la posibilidad de impactar en el diseño de la política criminal. Lo interesante para una teoría acerca del derecho penal es permitir la generación de argumentos en torno a las decisiones de configuración general del mismo, teniendo para ello como terreno natural el de la política criminal.²²⁴

Sin embargo, esta no es la única manera en que una teoría republicana puede influir en el estudio del derecho penal. Este trabajo está diseñado, entre otros objetivos, para comparar el rendimiento de los argumentos provenientes de la perspectiva liberal

²²³ En un sentido realizan una teoría comprensiva de la pena y no tanto del derecho penal. Por ello, podemos encontrar otros autores que pueden ser calificados en algún sentido como “republicanos” que no siguen la noción marcadamente utilitaria de *Not just desert*. Por esto, es necesario llamar la atención sobre lo siguiente: la polémica que Braithwaite y Pettit han sostenido con conocidos defensores del retribucionismo (como Von Hirsch), no supone considerar que la teoría de la pena (utilitaria) es la única línea argumental útil en este esquema. De hecho, este trabajo pretende centrarse en una cuestión distinta, como es la ubicación de la virtud y su correlativa comprensión de la solidaridad. De todas maneras, ya se ha señalado que puede hablarse de un republicanismo retribucionista. Véase en este punto DAGGER, 2008b: 219 - 243.

²²⁴ En este sentido pueden inscribirse también los argumentos de Martí en cuanto constata y postula una “democratización” del derecho penal a partir de argumentos republicanos. Véase MARTÍ, 2009: 137 - 146.

dominante en el derecho penal y los argumentos republicanos, en el concreto campo del MID.

Por ello, creo que es posible contar con una teoría republicana del derecho penal que tenga proyecciones en la fundamentación de la solidaridad, y con ello, permita configurar a la obligación política subyacente en la idea general de ayudar a otro (con todo, puede articularse una versión republicana de la teoría del rescate ya apuntada recientemente).

Estas ideas se desenvuelven no sólo en el ámbito de la teoría de la pena, sino que también deben tomar en consideración las cuestiones de fundamentación de estas obligaciones.²²⁵

Un interesante acercamiento a la idea de republicano en materia penal es el de Dagger (2009: 147 – 166).²²⁶

En su enfoque, el crimen, habitualmente se encuentra relacionado íntimamente con los “males públicos”²²⁷. De esta manera el delito, como mal público, es en definitiva una lesión a los intereses de la República. Quien realiza un ilícito cuestiona la libertad de la República y con ello su autodeterminación (Dagger, 2009: 149).²²⁸

²²⁵ Tal como he apuntado en el capítulo anterior, el terreno de la teoría de la pena no lograría demostrar la relevancia de la obligación política como base de la teoría del rescate. Me remito a lo dicho a propósito de la posición de Varona y Alcácer en el capítulo II.

²²⁶ Puntualmente sobre el problema del utilitarismo y el retribucionismo, es decir, en concreto sobre teoría de la pena y republicano véase DAGGER, 2008b: 219 - 243.

²²⁷ Así se aprecia de la lectura que el propio Dagger ofrece de Beccaria y Blackstone, véase DAGGER, 2009: 147.

²²⁸ Hay una idea con la que puede rebatirse esta aproximación general al delito. Suele decirse que el delito “pone en juego acuerdos relevantes” de la sociedad, afecta a la libertad de la república, o pone en peligro la subsistencia de ciertos intereses necesarios para el normal desarrollo de la vida en sociedad. En un sentido esto es completamente falso. El delito por definición no puede poner en un “alto” riesgo a la sociedad y sus acuerdos. Esto por una razón muy simple, el delito viene definido por el derecho, y es una respuesta pública a una clase de inclinación que resulta censurable por la suscripción de ciertos ideales en el interior de la sociedad. El delito denota una situación prevista, censurada, pero respecto de la cual tenemos una respuesta en extremo pacífica: el derecho. Las acciones que ponen en

Sin perjuicio de esta idea general, Dagger advierte que desde la perspectiva republicana pueden encontrarse tres concepciones de derecho penal, asociadas a esta idea de crimen (Dagger, 2009: 153). Las revisaremos a continuación.

4.2.1. *El delito como amenaza de dominación*

Esta aproximación al delito como amenaza de dominación está presente en el trabajo de Phillip Pettit, en particular en el ya mencionado *Not Just Desert*, escrito con John Braithwaite.

Descansa en la propuesta de Pettit de concebir a la libertad como no dominación. Recordemos que consideran a la libertad como no dominación como el valor político supremo.

La concepción de libertad como no dominación tiene impacto en una teoría normativa general del derecho penal. En ella, esencialmente, el crimen constituye una invasión en el ámbito de dominio de la víctima (Dagger, 2009: 154).

Por supuesto, la invasión toma la forma de una interferencia arbitraria, que puede recaer en la persona (como en el homicidio y la

entredicho la existencia de los acuerdos básicos de convivencia de la sociedad creo que se relacionan o con la guerra o con el levantamiento social, es decir, la revolución armada. En estos casos sí que podríamos decir que estamos ante actos que ponen en entredicho los acuerdos básicos de la sociedad porque si esas acciones llegan a término la sociedad tal como la conocemos habrá terminado, en muchos casos de manera violenta. Ante esto (las acciones que suponen una falta de lealtad a los acuerdos de convivencia de la comunidad como la guerra y la revolución armada) no podemos oponer el derecho como una censura idónea. Cuando una sociedad se ve invadida por el enemigo, reacciona mediante la guerra defensiva pero no mediante el derecho penal. Probablemente, esa sea una manera de entender la práctica en torno al injusto de “traición a la patria”. Estas ideas volverán a surgir en la secuencia de este capítulo, por ahora valga sostener que tematizar una determinada acción como delito implica trabajar en la paz de la respuesta propiamente jurídica, manteniendo con ello a la República a salvo.

violación), en la competencia o determinación (como en el secuestro, el acoso, o las coacciones) o en la propiedad (como en el robo).²²⁹

Lo relevante en la concepción de delito republicana es la “invasión” que sufre la víctima de parte del autor del delito. Esta interferencia es arbitraria y deviene en un quiebre en el dominio que tiene la víctima de sus intereses.

Para Dagger es evidente que cualquier teoría del derecho penal que tenga como base en su concepción del delito a la libertad como no dominación, y que con ello deba identificar al delito como un acto de dominación, deber ser calificada como una teoría republicana. Sin embargo, no el único tipo de teoría republicana del derecho penal (Dagger, 2009: 155).

4.2.2. La virtud republicana y el vicio criminal

Otra manera de ver la concepción republicana en materia de derecho penal es considerar que el concepto central para entender el delito no es la dominación (o la derivación del delito como una amenaza de dominación) sino la virtud.

Esta idea tiene la mayor relevancia para el enfoque que hemos sostenido en este trabajo, pues tal y como hemos advertido anteriormente la relación entre libertad y virtudes resulta influyente en la perspectiva liberal acerca del MID.

Para esta perspectiva, defendida entre otros por Huigens, el delito se configura no sólo de acuerdo a la valoración negativa de él o los hechos que lo constituyen sino que involucra además aquellas acciones positivamente valoradas que pudieron haberse ejecutado en

²²⁹ Es discutible que estos criterios puedan ser tenidos como las únicas directrices para dar forma a la parte especial del derecho penal. Probablemente, no sea éste el sentido que quisieran otorgarle Bratihwaite y Pettit.

las circunstancias en las que, en cambio, se cometió un delito (Dagger, 2009: 156).

Desde esta perspectiva la prognosis judicial implicará no simplemente lo que el acusado de un delito hizo o no hizo, sino que también aquello que era correcto o razonable hacer en esas circunstancias (Dagger, 2009: 156).

La exigibilidad de cierta conducta, desde la perspectiva republicana, se conecta con la idea de virtudes. Es a través de la comprensión de la actividad ciudadana como una actividad que normativamente debe dirigirse al bien, o a la promoción de aquellos valores que consideremos buenos, que podemos identificar al delito como una medida de conducta que implique una desviación o una motivación defectuosa.

Por supuesto, que una razonable perspectiva republicana determina que esta tendencia a la virtud no es sinónimo de imposición de ciertas preferencias morales en el seno de la sociedad. De lo que se trata es de considerar aquellos valores que dan forma y sentido a la comunidad democrática, y reconocerlo en el momento de la evaluación de una conducta contraria al sentido que se le da en la propia comunidad. Por supuesto, tampoco puede decirse que esta tendencia a ver en el derecho penal una derivación en forma de título inculpativo de aquello que consideramos erróneo o malo, esté desprovista de contenido valorativo. En un sentido, es evidente que la sola idea de valores republicanos descarta la posibilidad de movernos en un terreno valorativamente neutro, la cuestión es que esos valores están determinados por una idea robusta de democracia deliberativa.

La virtud es ciertamente un insumo importante en el seno de la perspectiva republicana, aunque quizá pueda objetarse a esta visión

que transforma a la idea de virtud cívica en la sustancia principal del republicanismo (Dagger, 2009: 157). Esto permitiría sostener que esta es una visión del derecho penal de trazos republicanos, y que de hecho contiene una interesante cuestión para el objeto de nuestro estudio, pero no es la teoría republicana del derecho penal por antonomasia.

4.2.3. *El delito como mal compartido*

Esta tesis puede adjudicarse a Duff. Si bien, es posible sostener que esta postura es comunitarista, o una correcta amalgama entre liberalismo y comunitarismo, podría también ser identificada como republicana (Duff y Marshall, 1998; Dagger, 2009: 159).

El foco está situado sobre los denominados “delitos paradigmáticos” (como el homicidio, la violación, el robo, entre otros), considerados crímenes que pueden ser reconocidos por medio de una victimización directa. Existe una clase de crímenes que pueden ser reconocidos fácilmente como el núcleo duro del derecho penal.²³⁰

De acuerdo a esta tesis el crimen implica ciertas conductas socialmente proscritas que implican un problema “público”. Algunas de estas conductas pueden darse en el mundo de manera que sin una calificación jurídica (mediante una prohibición penal) podrían ser consideradas conductas desprovistas de la calificación de erróneas. Es el caso de conducir sin licencia. Puede conducirse un vehículo sin licencia, y esta conducción no implica actuar dentro de los límites de lo proscrito socialmente, o al menos, el tipo de juicio de reproche que

²³⁰ Es interesante comprobar que Duff y Marshall tienen a la vista la tradición propia del “bien jurídico”, esto es la manera habitual de comprender el punto sobre el núcleo duro del derecho penal continental, véase DUFF y MARSHALL, 1998: 8.

puede realizarse por la comunidad ante alguien que conduzca sin licencia difiere ostensiblemente respecto del que mata o viola a otro.²³¹

Existen ciertas conductas que no admiten otra calificación que la criminal. Existen conductas malas en sí mismas. Esta clase de conductas son identificadas *prima facie* por los miembros de la sociedad como conductas proscritas. Si un sujeto observa como otro golpea a su oponente de manera brutal, no tendrá que recurrir a su conocimiento de la proscripción de la tentativa de homicidio para considerar que esa acción se encuentra bajo el supuesto de lo proscrito socialmente (Dagger, 2009: 159).

Lo determinante es que para este enfoque la clase de conductas *malas in se* constituyen un asunto público, son portadoras de un mal público. Los ciudadanos al verificar la existencia de una conducta constitutiva de delito considerarán necesario una acción de la sociedad que marque al delito como un mal, o en otros términos, considerarán razonable censurar penalmente a esta clase de mal que les concierne.

La principal propiedad de esta posición radica en sostener que el crimen implica a los ciudadanos por definición (al menos el crimen *mala in se*). No puede explicarse coherentemente al derecho penal “duro” como una clase de conflicto que pertenece única y exclusivamente a quienes participan directamente en él.²³²

²³¹ Un argumento parecido encontramos en GARVEY, 2003.

²³² Como veíamos en el capítulo acerca de la perspectiva liberal, la idea de que el Estado se encuentra habitualmente “entrometiéndose” en el conflicto social, y que por tanto, su actuación debe adecuarse a ciertos juicios de duda (dar a los principios por limitativos por ejemplo) se entronca con lo que tradicionalmente se ha desarrollado como “preconcepción” sobre todo en el derecho penal europeo continental. El MID (aunque esto vale también probablemente para el mandato de socorro) es, en ese escenario, una figura anómala. En cambio desde la perspectiva del delito como mal compartido lo que define al derecho penal es acercarse a un

Esta visión conlleva también sostener que el delito se pena principalmente por el daño causado a la víctima. No se sanciona al violador para convencer a futuros violadores de que no lo hagan, o porque el violador obtendría una ventaja injusta si le dejásemos sin sanción, se sanciona al violador por lo que ha hecho, porque el delito tiene en sí mismo un sentido que no soporta ser justificado sin considerar este carácter (Marshall y Duff, 1998: 12).

El siguiente paso en este enfoque es considerar que el mal del delito es un mal *compartido*. Aquí, se apela a la consideración relativa a que el estatuto de víctima es en un sentido contingente. Por ello, los ciudadanos pueden considerar que ellos también podrían haber sido víctimas del delito. El mal que ocasiona el delito no es visto como el mal de la víctima sino como *nuestro* mal.

Marshall y Duff utilizan el ejemplo de una violación. ¿Cómo reaccionaría un grupo de mujeres ante un ataque sexual en contra de una de ellas?, lo más probable es que por medio del rechazo a la agresión, y como mínimo, sin indiferencia. Este es el camino que debería seguirse para sostener el carácter público del delito, el mal que ocasiona es compartido (Marshall y Duff, 1998: 18 – 22).

Esto es interesante desde luego para el objeto central de análisis de este trabajo. El MID, consagrado en el sistema español, pareciera calzar correctamente con la idea general de esta clase de enfoque republicano. El mal que está implícito en el delito no es un mal *ajeno* para el ciudadano que lo presencia y que puede intervenir sin riesgo propio o ajeno. Esto, en un sentido es debido a que el mal es *también del espectador*.

asunto que es propiamente público (por ello los principios que informan al derecho penal son constitutivos y no limitativos). Véase al respecto, MARSHALL y DUFF, 1998: 10 – 11.

Por otra parte, la clase de delitos con que este enfoque cuenta para explicar los crímenes *mala in se* corresponden abiertamente con los delitos que configuran lo que hemos llamado intereses, en el seno de la teoría del rescate. Se trata de evitar delitos contra la vida, la integridad, la libertad y la libertad sexual. Es decir, se trata de delitos donde la víctima es evidentemente identificable y que además se encuentran constituidos por una conducta que no requiere una “meta-reflexión” sobre la prohibición legal y su percepción intuitiva.

En este camino, este enfoque demuestra como los denominados delitos *mala in se* pueden ser concebidos como actos que generan un mal compartido. Compartido tanto por la víctima como por la sociedad que presencia el hecho (Dagger, 2009: 161).

Parece ser que este es el mejor enfoque desde la perspectiva republicana. De todos modos, Dagger ofrece dos críticas a este acercamiento. La primera es que puede ser difícil conciliar su punto de vista con lo que puede entenderse por republicano. Esto, porque los valores que la comunidad comparte, y que incluyen el juicio crítico con el delito, no necesariamente deben ser los valores republicanos. Es decir, la tesis de Duff y Marshall funciona con independencia de que los valores que constituyen a la comunidad sean efectivamente los republicanos como otros.

La segunda crítica dice relación con la intensidad de la atención que tiene esta tesis sobre los delitos *mala in se*, o delitos paradigmáticos.

El problema radica, en concreto, en que estos crímenes pueden ser de una clase que no se compatibiliza, necesariamente, con la idea de males públicos. Si pensamos en la noción de “males públicos paradigmáticos” probablemente consideremos a la traición, la evasión de impuestos, la obstrucción a la justicia como figuras que se

encuentren más cercanas que los delitos paradigmáticos utilizados en este enfoque (Dagger, 2009: 162).

Podemos ensayar una crítica a las observaciones de Dagger. A la primera crítica (la posibilidad de que los valores que sean compartidos en el rechazo al delito) podríamos sostener tres cosas.

La primera es que parece dudoso que la idea del delito como “mal compartido” no suponga una determinada concepción acerca de los valores en juego en la sociedad. En otros términos, es evidente, a mi juicio, que la expresión “compartir males” sugiere una determinada visión de la justicia política asociada al derecho que en un sentido muy relevante es anti-tiránica. Sólo en un contexto al menos anti-tiránico tienen sentido expresiones como “compartir” o considerarse víctima de un posible delito. Ello porque esta “actitud” entraña una asociación con valores que sólo pueden ser compatibilizados con una postura comunitarista o republicana. Por cierto, creo que esta postura queda expresada en tanto se da relevancia a la actitud de los ciudadanos ante los delitos y sus males cuando son padecidos por terceros.²³³

En segundo lugar, no parece del todo acertado que esta teoría sea compatible con alguna clase de “neutralidad valorativa”. La sola comprensión del delito como un mal se relaciona con la concepción de un derecho penal que depende de ciertos valores asumidos como

²³³ De hecho, la manera tradicional en que ese enfrentarían cuestiones como las apuntadas por esta clase de concepción republicana del derecho penal estarían más concordes con trabajar en el terreno de los denominados “deberes imperfectos” de acuerdo a la tradicional tesis defendida durante el siglo XIX por Mill y posteriormente compartida por autores como Murphy. La tesis a la que se arriba es a la denominada tesis de la asimetría que contrapone deberes negativos generales con deberes positivos generales. Se considera que para mantener la operatividad de los deberes negativos generales resulta indispensable renunciar a gran parte de los deberes positivos generales. Esta es una tesis de corte liberal, en donde la concepción de la libertad se mueve dentro del ya mencionado esquema berliniano (positiva versus negativa). Sobre esto, por todos, GARZÓN, 2001: 105 - 130.

correctos o buenos. Es evidente que si definimos al delito como un mal, hemos realizado una renuncia (tácita, pero me parece que clara) a la concepción de un derecho penal que prescindiera de cuestiones de valoración moral. Recordemos que el derecho penal no sólo puede relacionarse, sino que depende de la preeminencia de ciertos valores en el seno de la comunidad política.

Por último, ante este aspecto, es evidente que Dagger ve un defecto en esta tesis porque tiene una respuesta para el derecho que parte de dar preeminencia a la idea de virtudes. Es decir, en cierto sentido la crítica de Dagger es una manera de adelantar su posterior argumento acerca de la relevancia de las virtudes, y sobre todo, de la relevancia de contar con una idea de “agente”, “ciudadano” o “persona” que tenga soporte en la posibilidad de ser vinculado a una serie de acciones virtuosas.

La segunda crítica de Dagger (los crímenes paradigmáticos no se relacionarían con la suficiente naturalidad con los males públicos) merece también una observación. Es evidente que el uso intuitivo de la idea de “males públicos” puede ser reconducido a un contexto de “mal generalizado”. Es decir, si consideramos como una cuestión obvia que lo “público” está íntimamente conectado con lo “generalizado”. Sin embargo, creo que este no es el sentido que utiliza el enfoque del delito como mal compartido.

Me parece que la noción de lo público, más bien, de los males públicos, se relaciona directamente con una cierta intuición moral. Es decir, allí donde los denominados *crímenes mala in se* comportan un juicio valorativo (negativo) vemos con mayor fuerza la posibilidad de “empatía” en términos de concepción política y subsecuentemente jurídica. Dicho de otro modo, el delito de homicidio es

evidentemente un delito más intuitivo como mal en sí mismo que la evasión de impuestos.

Esto no significa que el delito de evasión de impuestos no pueda ser concebido como un delito bajo el prisma del mal compartido. Al contrario, parecería como un ejemplo bastante obvio, debido a que el incumplimiento de las obligaciones tributarias de parte de un ciudadano es visto, evidentemente, como un asunto que nos compete a los demás ciudadanos.

La cuestión está en que el esfuerzo debe centrarse en el denominado “núcleo duro” del derecho penal. Esto, porque este núcleo duro es el que tiene la mayor carga moral en el nivel de la comprensión de los ciudadanos. Por ello, nuestro mandato de impedir determinados delitos se encuentra relacionado con el delito de homicidio, violación, lesiones, secuestro, entre otros. En esta clase de delitos es donde se define la sustancia del derecho penal y por tanto deben ser el objeto de atención central a la hora de definir la carga de la expresión delito.

Una visión como la defendida por este enfoque, es decir, el delito como mal compartido, es la que de mejor manera se relaciona con nuestro MID. Desde esta plataforma teórica, que consideraremos la tesis más robusta del republicanismo penal a efectos de este trabajo, es desde donde trabajaremos en la reconstrucción de una teoría del rescate de base republicana.²³⁴

²³⁴ No deseo entrar en la cuestión de si de manera totalmente pacífica puede catalogarse esta tesis como una tesis republicana. Creo que sí puede ser vista como tal y en ese entendido será utilizada. Es llamativo que una posición como esta, además, pueda coincidir en cierto sentido con la defendida por Lander y Posner. Para estos autores el rescate a que darían lugar esta clase de intereses (los delitos *mala in se*) por entenderse portadores de un mal compartido, se enmarcan dentro de lo que denominan “rescate altruista” (opuesto a “rescate profesional”). En esta clase de rescate los mencionados autores admiten la posibilidad de considerar el supuesto de encontrarse en el futuro en posición de ser rescatados para quien debe ejecutar el rescate. Véase LANDER y POSNER, 1978: 93 - 94.

4.3. *¿Una teoría del rescate de base republicana?*

Como hemos visto, los argumentos republicanos pueden tener cierto impacto en el seno de una teoría del rescate pensada para la justificación del MID.

La teoría del rescate, que tiene en su base a la idea de obligación política, puede verse modificada de acuerdo a lo que sosteníamos en el capítulo anterior.

Veíamos que una noción de obligación política de clara raigambre liberal tiene limitaciones para fundar la obligación de ayudar a otros, en particular en la hipótesis en que se considere que la acción que se va a evitar, el mal, es una manifestación de la libertad de quien pueda ser tenido como víctima.

También hemos visto que desde esa perspectiva parecía difícil determinar el o los principios que deberían establecer la forma de esta obligación de manera de permitir que se justifique el deber de rescatar a otro del delito.

El principal cambio de escenario viene determinado por una clase de republicanismo que puede tener una concepción distinta de libertad, de virtudes y subsecuentemente de la obligación política.

Tal como en el caso del comunitarismo, para los republicanos, la idea de vínculos entre los integrantes de la comunidad tiene un lugar muy relevante.²³⁵ Por ello, la censura de la indiferencia ante el daño sufrido por otro es un primer paso en la construcción republicana. No hay espacio, desde una óptica republicana, para considerar natural, normal, correcto o bueno un acto que manifiesta

²³⁵ En algún sentido puede decirse que esta idea republicana es heredada del comunitarismo: así puede interpretarse en la exposición de Marshall y Duff acerca del cuestionamiento del carácter privado del crimen. Véase MARSHALL y DUFF, 1998: 18 - 22.

indiferencia ante el mal causado por un delito en contra de un miembro de la comunidad.

Si asumimos este punto de partida, podemos entonces volver a enfrentar la teoría del rescate, tomada de la exposición de George Klosko. Esto supone tener en cuenta tres ideas: la obligación política, los intereses y las acciones de rescate.

Las dos últimas pueden no verse especialmente tocadas si modificamos el contexto de justificación liberal por uno republicano. Los intereses mencionados en el artículo 450.1 pueden aparecer casi idénticos tanto desde una perspectiva liberal como desde una perspectiva republicana. Una cuestión distinta es el sentido que estos intereses puedan tener.

Si se asume la postura del crimen como mal compartido, tenemos, como ya hemos apuntado, que los intereses en el MID español, coinciden con los denominados crímenes *mala in se*. Esto podría dotar de un nuevo contenido a la frase: deben evitarse delitos *graves*.

Quiero decir que, en mi opinión, sostener que los delitos que deben evitarse sean, principalmente, delitos graves, puede conducirnos a un juicio acerca del reproche que estos delitos tengan en el nivel de la pena (referido al *quantum* de sanción). En el capítulo II he mencionado que este criterio puede ser inestable y que depende fuertemente de la concepción de proporcionalidad que se tenga.

Pero también esta expresión (deben evitarse delitos graves) puede conducirnos a una tesis republicana de comprensión de los delitos. Podríamos, siguiendo la tesis del crimen como mal compartido, afirmar que el derecho pone en una situación de especial importancia a los delitos *mala in se* o al núcleo duro de los delitos.

Las razones para sostener esta segunda lectura emanan de las propias líneas generales del delito como mal compartido.

El delito *mala in se* es una clase de delito que, como hemos anotado, implica un esfuerzo bajo de parte de los ciudadanos para aprehender lo defectuoso de la conducta del autor. El delito es un mal, que genera un mal, y este puede ser compartido por los ciudadanos. En cierto sentido, ante la presencia de uno de estos delitos es muy complicado dudar de su carácter criminal.

Dicho de otra manera, lo que el legislador expresa en la redacción del MID es que no cabe la indiferencia frente a la posibilidad de que un miembro de la comunidad sufra los perjuicios de un homicidio, lesiones, violación, u otros.

Las acciones estatales también pueden vincularse a esta perspectiva. El hecho de que el delito sea visto como un “mal público” relaciona a la reacción del delito con lo público. En este sentido, recordemos que las acciones estatales pueden ser conceptualizadas como acciones que deben manifestarse idóneas para ejecutar el rescate. En el caso particular del MID, el rescate está definido por ejecutar una acción tendiente a evitar la comisión del delito.

Estas acciones admiten al menos dos formas. La primera de ellas puede ser denominada la forma “intuitiva”. Consiste en la acción personal de quien tiene la posibilidad de verse exigido de rescatar a la persona. Es el clásico impedimento heroico de parte de un tercero que evita que una potencial víctima padezca el delito.

Sin embargo, dentro de las acciones propias del rescate existen, de acuerdo con la posición de Klosko, también otras actividades que

suponen una actividad idónea para impedir el delito²³⁶. En este sentido la acción por antonomasia será la denuncia a la policía.²³⁷

Dentro de la teoría del rescate queda pendiente evaluar cómo debe comprenderse la obligación política. Esta es la base de la teoría. Ya hemos visto que en el marco de la formulación de Klosko esta base es principalmente liberal. Obviamente descansa en una perspectiva liberal que asume la posibilidad de construir una teoría de los deberes jurídicos relativamente fuerte, o al menos, una teoría de los deberes fuerte en el marco del abanico de posibilidades que entrega la perspectiva liberal.

Este es el punto crucial para el republicanismo. La perspectiva republicana tiene una configuración distinta de la obligación política derivada, principalmente, de un grupo de nociones sobre el gobierno, la democracia deliberativa y las virtudes. Debemos centrar la atención, entonces, en cómo debería configurarse esta noción en la base de lo que podemos denominar una “teoría del rescate republicana”.

4.3.1. La obligación política republicana como base de la teoría del rescate

Ya hemos visto cuáles son los principales aspectos de la justicia política republicana, y además, la concepción de delito a la que puede llegarse con una teoría del derecho penal republicana.

Como sabemos, lo central para estudiar la justificación del MID será construir una teoría del rescate. Ya hemos visto cómo se

²³⁶ Hay un punto interesante sobre la selección de una acción de rescate idónea y el cumplimiento del MID. Me referiré a él en el capítulo V.

²³⁷ Recordemos que de esta manera podemos encontrar una respuesta a la pregunta sobre por qué el MID se encuentra situado en el apartado de los delitos contra la administración de justicia. Si las acciones que se requieren para el rescate involucran poner en marcha al sistema de control penal, este es el sitio natural para situar el delito.

desenvuelve esta teoría desde la perspectiva liberal. La teoría del rescate depende de lo que se ha denominado “principio de rescate”, el que a su vez descansa en una determinada concepción de obligación política.

Creo que para configurar una noción de obligación política de corte republicano debemos proyectar los argumentos generales de las nociones de democracia deliberativa, de libertad como no dominación y de virtudes (en particular de la posición pública de las virtudes).

La obligación política bajo la perspectiva liberal depende del modo en que se entienda lo que Klosko denomina “principio del rescate” y este principio encuentra una determinada configuración bajo el esquema republicano.

Este principio o directriz deriva de la relevancia que se da en el seno de la obligación política a los principios de asociación y de deber natural de justicia.

La idea central, como viéramos en el capítulo anterior, es que la asociación y el deber de actuar conforme a la justicia nos permiten identificar tanto a los intereses como a las acciones de rescate.

¿Cómo pueden funcionar las ideas republicanas en la teoría del rescate?

Creo que en primer término debemos considerar el concepto de democracia deliberativa. Si las decisiones expresadas en la ley deben ser vistas como decisiones imputables a los ciudadanos, pues consideramos que los ciudadanos son los autores de la configuración política de su sociedad.²³⁸

²³⁸ Véase MARTÍ, 2006: 22 – 31.

Bajo este entendido, la idea de deliberación nutre fuertemente al contenido de la ley. La obligación política debe integrarse por esta idea de democracia deliberativa de manera de entender el MID como una obra imputable en términos políticos a los ciudadanos.

Esto es relevante en el siguiente sentido. La idea de “consentimiento supuesto” tradicionalmente liberal, queda desdibujada bajo el paradigma republicano. No es extraño al ciudadano que se consideren relevantes las acciones de rescate cuando este va a ser víctima de un delito porque el delito expresa, en un sentido, un mal compartido.²³⁹

Esto debe ser puesto junto a otra cuestión relevante en el contexto republicano. Recordemos que, a diferencia de la perspectiva liberal, el republicanismo opera dando a los principios una función constitutiva antes que limitativa. Por ello, el cuestionamiento de la concurrencia de una expresión de libertad, que deriva de la perspectiva liberal, no tiene el mismo sentido en el caso del republicanismo.

Veíamos el ejemplo de quien consiente y quiere padecer una lesión corporal. Desde la perspectiva liberal, la acción de rescate, puede tropezar con una falta de justificación en esta perspectiva derivada principalmente de la expresión de libertad que entraña el acuerdo en padecer los resultados de una lesión.

Desde la perspectiva republicana, este problema puede mirarse de manera diferente.

Recordemos que el republicanismo trabaja con la idea de libertad como no dominación. Entre otros rasgos, este concepto de

²³⁹ Recordemos que esta es una de las premisas de Klosko. Véase KLOSKO, 2004b: 803

libertad permite la interferencia entre los sujetos en la medida que esta no sea arbitraria.

En el caso de quien impide un delito en el contexto de expresión de libertad de la víctima, deberíamos sostener que realiza una interferencia.²⁴⁰ La cuestión central está en sostener que esa interferencia no es arbitraria y que, por tanto, se encuentra alineada con aquellas acciones conforme al derecho. En cierto sentido, puede ser que de la mano de la consideración de esta interferencia como una interferencia no arbitraria, pudiéramos ratificar la legitimidad del MID en esta clase de casos.

La concepción de la libertad como no dominación expresa en este caso su elasticidad y permite la ejecución de la acción de rescate evitando el problema de colisión de la acción de rescate con el ejercicio de libertad presente en quien quiere tolerar el delito.

Por supuesto, desde la perspectiva republicana la indiferencia de parte de los ciudadanos en los asuntos de los otros queda descartada pero no se transforma en una manera totalitaria de comprensión del Estado. Esto, porque el Estado no tiene intereses que estén por sobre los intereses de los ciudadanos, al contrario, los intereses de los ciudadanos son, constituyen, al Estado.

Esta es una de las ideas que conforman a la idea de obligación política desde la perspectiva republicana. Puede traducirse en principios como el natural deber de justicia, o el de asociación. Sin embargo lo relevante es asumir una concepción genérica del delito como mal compartido y de esta manera encontrar apoyo para encontrar la justificación del MID.

²⁴⁰ Descartando con esto las situaciones de dominación que quedan claramente fuera de justificación desde esta perspectiva.

Veamos ahora como podemos articular una teoría del rescate de base republicana en el contexto específico del MID español.

4.3.2. *Algunas consecuencias de la teoría del rescate para el MID español*

Ya hemos avanzado que los datos necesarios para la teoría del rescate, esto es, los intereses y las acciones de rescate, pueden identificarse sin mayores problemas en la regulación del MID del artículo 450.1 CP.

Los intereses están definidos como delitos que deben evitarse. En concreto delitos contra la vida, delitos contra la integridad, contra la libertad y contra la libertad sexual.

La situación de peligro para una determinada víctima que involucre a estos delitos activa el deber de ayudar de parte de quien pueda hacerlo (sin riesgo propio o ajeno).

Cabe, en este punto, apuntar una cuestión propiamente “republicana”. Los delitos que deben evitarse conforme a la descripción típica del artículo 450.1 CP coinciden con lo que bajo la tesis del delito como mal compartido llamaríamos crímenes *mala in se*. Este carácter puede ayudarnos en la justificación de la decisión por la cual estos delitos desencadenan la obligación de ayudar y no otros.

Al enfrentarnos a delitos *mala in se* tenemos que puede reconocerse de manera intuitiva su carácter desvalioso, por decirlo metafóricamente, son delitos *obvios*.

Este rasgo es importante en el marco de los intereses de una teoría del rescate y por cierto en el marco del MID español.

Como veíamos, ante estos delitos que deben ser evitados se han configurado dos grandes posiciones en la doctrina penal española. Por una parte, explican la necesidad de existencia del mandato, al tratarse de “delitos graves”, y por otro, se ha llegado a sostener que estos delitos denotan el objeto de protección del MID (es decir, que por medio de este delito se dispensa protección penal a la vida, la integridad, la libertad y la libertad sexual).

Ambos puntos quedan resueltos, en mi opinión, si asumimos las premisas de una teoría del rescate. Los delitos que deben evitarse no importan un objeto de protección. Esto, porque los delitos que deben evitarse delimitan los casos en que el mandato se activa, es decir, en casos de delitos *mala in se*. El objeto de protección debe identificarse hacia el final del armado de la teoría del rescate con lo que faltaría todavía referirnos a las acciones de rescate.

Sostener que los delitos que deben evitarse, lo son por su gravedad puede sostenerse de manera matizada. Por grave deberemos entender, precisamente, *delitos mala in se*, y no delitos con una censura penal alta o una alta penalidad.

Las acciones de rescate, por su parte, quedan también bien definidas en la redacción del artículo 450.1 CP. En primer término, es acción de rescate o acción estatal requerida la intervención personal directa en la evitación del delito. Ya veíamos que puede evitarse el delito de manera directa, pero que esta acción debe entenderse en el marco del cumplimiento del deber establecido por el derecho. En este sentido tiene un cariz estatal.

Además, la acción estatal requerida puede desarrollarse ejecutando acciones que sin constituir una intervención estatal directa sirva de base para evitar el delito. Este es el caso de la denuncia o la solicitud de auxilio.

En el caso de la denuncia, la presencia de las acciones de rescate permite despejar otro problema presente en la doctrina española. Se sostiene que la administración de justicia es el bien jurídico protegido del MID. Es decir, puede explicarse la existencia del MID sobre la base de la protección de la administración de justicia en su fase “pre-procesal”.

Con este insumo de la teoría del rescate, podemos sostener que, en realidad, la administración de justicia ocupa un lugar de referencia de las acciones de rescate. Es decir, la administración de justicia es una referencia relevante dentro del derecho para definir a las acciones de rescate.

Esto explicaría que el mandato de impedir determinados delitos se sitúe dentro de los delitos contra la administración de justicia en el CP. Ello, quedaría reforzado, además, por el hecho de que en el mismo artículo 450.2 se trate a la omisión de denuncia, que desde la perspectiva de la teoría del rescate constituye una acción estatal requerida por definición.²⁴¹

Para dar sentido a estos dos puntos de la teoría del rescate nos faltaría definir el sentido del “principio del rescate” que depende de la noción de obligación política.

Es aquí donde la perspectiva republicana entra de lleno. La obligación política republicana se construye a partir de un fuerte compromiso con la democracia deliberativa, con una concepción de libertad elástica y con una determinada valoración de las virtudes.

²⁴¹ Uno podría preguntarse si en realidad el número 2 del artículo 450 es superfluo. La respuesta es negativa, porque la omisión de denuncia tiene referencias más amplias que el mandato de impedir determinados delitos. Se encuentran fuertemente relacionados, y por ello, se encuentran en la misma disposición. Otra cosa es que puedan fundirse en un solo mandato, me referiré a ello hacia el final del trabajo.

Por ello, podemos decir que dado que la democracia es un mecanismo basado en la decisión de los ciudadanos, no es extraño contar con una figura de “ayuda” de parte de los ciudadanos para con el derecho. Sobre todo si sumamos a ello que este mandato se desencadena ante aquel grupo de delitos más intuitivamente reconocible.

Por otra parte, al contar con una concepción de la libertad como no dominación, tanto el mandato como su cumplimiento pueden ser vistos como acciones de salvaguarda de la propia libertad. Recordemos que en un sentido el delito es una acción tiránica. La república sólo puede ser libre si se combate a la dominación.

Finalmente, el republicanismo tiene un abierto interés en la ejecución de una vida virtuosa de parte de los ciudadanos. Esto se traduce en que aún en una versión débil de la relevancia de las virtudes, la indiferencia ante situaciones de padecimiento (como las derivadas de sufrir un delito) queda descartada desde la perspectiva de la actividad que debe desplegar el ciudadano en la vida pública.

De esta manera, en realidad, la teoría del rescate debe partir por esta consideración de obligación. Debemos intervenir en ciertos asuntos de los demás, nos está vedado ser indiferentes a aquella situación en que un prójimo esté a punto de ser víctima de un delito. Como el derecho penal se articula con base en diversos criterios, y evidentemente incluye una interferencia importante en caso de incumplimiento (la pena), resulta obvio que se reduzca el uso del derecho penal a aquellos casos que resultan más evidentes desde el punto de vista del mal que se encuentra en juego.

Por ello, los intereses en el caso del MID se concentran en lo que llamaríamos delitos *mala in se*. Por otra parte, nuestra ley penal sitúa al MID en un lugar (los delitos contra la administración de justicia)

de manera de denotar que los intereses deben contar con las acciones de rescate para dar funcionamiento a la teoría del rescate que nos permite explicar al delito.

4.4. *A modo de resumen*

Hasta aquí, hemos propuesto una determinada manera de estudiar la legitimidad de un delito: el MID del artículo 450.1 CP.

He sostenido que una vía interesante para desarrollar el estudio está determinada por la consideración del contexto de justicia política que sirve de base, en este caso, a un delito concreto.

En seguida, he dado una visión acerca de la manera en que puede enfocarse el problema desde la perspectiva liberal. En esta línea, hemos llegado a sostener que el insumo teórico necesario para dotar de sentido a la justificación del mandato de impedir determinados delitos es una concreta teoría del rescate.

Sostengo que para el estudio de legitimidad de un delito, como para otras cuestiones de comprensión del derecho penal, tenemos a disposición dos grandes agendas en materia de justicia política: el liberalismo y el republicanismo.

Por ello, en este capítulo he ofrecido la noción que creo puede ser llamada republicana de una determinada teoría del rescate para el MID.

Como hemos visto, la principal propiedad de una teoría del rescate republicana se relaciona con la consideración de lo que he denominado la concepción del delito como mal compartido. Si atendemos a esta noción y a su subsecuente tematización de los delitos *mala in se* existe un buen argumento para explicar por qué deben evitarse ciertos delitos. Deben evitarse delitos *mala in se*, es

decir, deben evitarse delitos que requieran un esfuerzo intuitivo bajo para ser reconocidos como males por la comunidad.

Sin embargo, y en parte, derivado de las mismas propiedades que dan forma a la teoría del rescate republicana, es posible levantar una objeción. Si la teoría política republicana se basa, entre otros, en la deliberación, puede sostenerse que el MID, a pesar de permitir una justificación en abstracto bajo una teoría del rescate republicana, no puede ofrecernos, precisamente, deliberación.

En otros términos, es posible sostener que el artículo 450.1, concretamente, no ha sido objeto de deliberación, entre otros, por el contexto histórico-social que se vivía en España al momento de su inclusión en el CP.

Por ello, puede decirse que en realidad, la perspectiva republicana en materia de justificación del MID falla desde la perspectiva de su corrección procedimental.

Pues bien, creo que hay dos respuestas posibles para este punto. La primera de ellas se relaciona con la manera en que creo se da la relación entre filosofía política y derecho penal.

Tal y como hemos anotado en el capítulo I de este trabajo, creo que toda teoría política tiene carácter ideal. Esto derivado, principalmente, del modo simbólico con el que se trabaja en la filosofía político-jurídica. De esta manera, la objeción procedimental sólo apela a una forma en que la teoría política puede proyectarse en la vida política. No niega la posibilidad de encontrar argumentos de justificación para ninguna figura en la que no podamos identificar un proceso deliberativo concreto.

Por otra parte, el hecho de que exista un proceso deliberativo nos llevaría a exponer la necesidad de “repensar” las instituciones en clave democrática. No me cierro a esta posibilidad. Desde esta

perspectiva acusar la falta de deliberación concreta en diversas instituciones del derecho penal, en realidad, es una llamada a someter, por ejemplo, el CP a un proceso deliberativo. El punto relevante, a mi juicio, es que esta operación escapa con creces lo que puede hacerse en un trabajo como este.

Lo que queda por despejar es cuál es la mejor versión que puede tenerse a la luz de la comparación que sugiere la revisión de estas dos agendas. Es necesario tomar posición.

A esto me dedicaré en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO V

Toma de posición: la teoría del rescate como base para (re) interpretar el MID

5.1. Consideraciones preliminares

Hasta aquí hemos desarrollado los argumentos de la justificación del MID bajo la forma que tomaría una teoría del rescate de base liberal y cómo ésta puede verse modificada considerando los argumentos provenientes de la perspectiva republicana.

Hemos logrado, entre otros, formular la pregunta acerca de la justificación del MID. Esta pregunta está asociada necesariamente a una determinada teoría del rescate construida para el caso concreto del MID. Junto a ello hemos ido respondiendo varias cuestiones relativas a la forma que debería tener una buena justificación del MID.

Hemos realizado este tránsito, una vez sentado que es necesario trabajar sobre la justificación del MID, teniendo en cuenta la justificación política subyacente al delito y fruto de este enfoque, hemos propuesto una estructura teórica como es la teoría del rescate.

He considerado relevante para el estudio de la justificación de una pieza concreta del sistema (como es el MID del artículo 450.1 CP) a la teoría de la justicia política que determina el sentido de la misma. Creo que hemos encontrado, en nuestro concreto objeto de estudio, un buen vínculo con la ya mencionada teoría del rescate.

Considero que ahora es necesario tomar posición y ofrecer una salida propia a la cuestión general de cómo se justifica el MID en el derecho penal español. Debemos sostener un modelo propio de

teoría del rescate y explorar sus alcances en la óptica concreta del delito.

Si recapitulamos, tenemos que las grandes agendas y, con ello, los grandes modelos, disponibles en la actualidad son los que derivan de la perspectiva liberal y republicana.

Esto, de cualquier manera, no es definitivo. Es decir, no creo que tomar posición implique tan sólo sostener que un modelo es mejor que el otro. Esto debido a que nos movemos en un radio de acción particular del sistema jurídico, como es un delito concreto del Código Penal.²⁴²

En este acotado margen de acción lo que tenemos que configurar es cuál es *la mejor teoría del rescate posible* para este delito. Esto es, debemos dar una forma, más o menos definitiva a la teoría del rescate del mandato de impedir determinados delitos. A esto me abocaré pensando en cómo debe interpretarse el tipo del artículo 450.1 CP.²⁴³

Sin embargo, no puede dejarse completamente de lado la cuestión acerca del modelo subyacente, pues, precisamente, la teoría del rescate con la que pretendo trabajar requiere que se explicité el tipo de obligación política con el que se trabaja y esto, en gran

²⁴² Es posible que se sostenga que este punto de vista entraña una especie de relativismo. Esto debido a que podría sostenerse que dependiendo del tipo de institución que se analice podría cambiar las conclusiones acerca de qué gran teoría política del derecho es la más adecuada. No es mi intención. A efectos de este trabajo creo que no es fundamental dar una conclusión total acerca de qué modelo de justicia política es el más correcto, sobretodo porque creo que lo sustancial es encontrar la mejor "lectura" para la justificación del MID. Es cierto que en ciertos capítulos de este trabajo puede pensarse que el concreto mandato se encuentra bastante lejos de los argumentos que he intentado desarrollar, pero el trabajo sigue siendo un trabajo de parte especial del derecho penal. Por ello, me centraré en la cuestión de qué teoría del rescate debe asumirse para interpretar de la mejor manera posible el MID.

²⁴³ Con matices, intento buscar la fuerza del mejor argumento disponible, más allá de la cuestión acerca del enfrentamiento entre distintas visiones del derecho. Sobre la racionalidad del argumento mejor véase CELANO, 2009.

medida, es un asunto relativo a qué modelo nos ofrece mejores argumentos. Lo relevante es qué argumentos serán tenidos como mejores para la afirmación de la teoría del rescate.

Para ello me enfrentaré primero a la cuestión acerca de la relevancia de los modelos de filosofía política disponibles para nuestro punto central. Posteriormente me dedicaré a reconstruir una versión propia de la teoría del rescate que creo debe manejarse para el MID del artículo 450.1 CP.

En este capítulo abordaré, entonces, la respuesta a la pregunta que hemos venido perfilando durante los anteriores capítulos de este trabajo. Por supuesto, esta respuesta pretende ser una toma de posición (como indica el título correspondiente) que se centra en abordar los principales problemas advertidos para nuestro MID.

5.2. *¿Debe preferirse un modelo de filosofía política?*

Es muy difícil evaluar los dos grandes modelos que he descrito en los capítulos anteriores sin caer, en algún momento, en una falla argumental.

Esto, porque en el nivel de la filosofía política contamos con, al menos, dos dificultades conceptuales: por una parte los modelos no se construyen de manera delimitada, es decir, la propuesta que emana de la perspectiva liberal no es químicamente pura, como tampoco lo es la que emana desde la perspectiva republicana. Los modelos se relacionan y dependen unos de otros. Como he sostenido anteriormente, en un sentido muy importante deben ser pensados como un *continuo*.²⁴⁴

²⁴⁴ Si pensamos en la valoración, por ejemplo, de la libertad, encontramos que desde la perspectiva liberal, el derecho penal ha hecho suyo el esquema de protección de esta idea. Desde el punto de vista de lo que toca a la filosofía política

Por otra parte, la idea de modelos de justicia política encierra un problema derivado de la propia idea de justificación: el modelo se “auto comprende” como *bueno*, es decir, una determinada posición de filosofía política en materia de justificación de los delitos (o de un delito o de cualquier institución) encierra un compromiso valorativo o moral acerca de cómo debe ser comprendido el mundo, esto es, como debe ser comprendido el derecho, el individuo, el Estado, la democracia, etc.

El primero de los problemas puede ser remediado por medio de un ejercicio de lealtad académica. Consideraré a las agendas de justicia política subyacentes a la obligación política que da la base de la teoría del rescate como un continuo y con ello quiero decir que me manifiesto abierto a que en un momento determinado en una sociedad determinada uno pueda encontrar “operaciones” institucionales que respondan más bien a una perspectiva que a la otra (sean más bien liberales que republicanas o viceversa), aunque en términos abstractos, la búsqueda de la justificación, en este caso, del MID requiera la mayor claridad posible en cuanto al argumento acerca de la justicia subyacente.

Por el momento, sostendré cuál son los mejores argumentos que emanan de la revisión de modelos con que se puede contar para interpretar concretamente el MID del artículo 450.1 CP.

en la elaboración y defensa de la libertad, lo que encontramos es claramente una sucesión de argumentos que miran a la manera en que debe concebirse a la libertad, así como al modo en que la libertad se relaciona con otras nociones dentro del sistema. Lo mismo podemos decir de la igualdad, y por cierto de las virtudes. Ello, me hace pensar que lo definitivo, es decir, lo único realmente definitivo a lo que podemos aspirar, es a comprometernos con el mejor argumento disponible (hasta que dispongamos de alguno mejor). Por supuesto, si aceptamos esta idea, deberíamos abrirnos a la posibilidad de estar trabajando con algo que no es un modelo, sino un grupo de proposiciones a partir de las cuales pueden reconstruirse diversos modelos.

Esto no quiere decir que debamos trabajar con una réplica de la idea presente en Alcácer acerca de “cuánto” comunitarismo podamos admitir en una sociedad liberal, sino que podemos decir que en el acotado espacio del MID existe una vía razonable (la más razonable o la mejor) para justificar el delito.

El segundo problema (el relativo al compromiso moral de cada modelo de filosofía política con una concepción acerca del bien o de la corrección) es más delicado. Es evidente que todos los modelos de solución a cuestiones donde están involucradas consideraciones de justicia política parecen tener un cierto nivel de compromiso valorativo que deriva sencillamente de aquello que se considera “bueno” o “deseable”. Todo modelo que busque ser considerado “legítimo” apela a una dimensión sustancial donde debe ser considerado concorde con el bien.²⁴⁵

Una buena manera de buscar el enfoque correcto para este problema, es seguir lo expresado por Waldron:

«Deberíamos sopesar sin duda la relevancia filosófica no sólo de la justicia en sí misma, sino también de la naturaleza de las *decisiones* políticas sobre cuestiones de justicia y corrección, y de los principios que las fundamentan. En la sociedad, diversas personas sostienen teorías divergentes y opuestas de la justicia. Pese a todo, se toman decisiones sociales, se establecen instituciones y estructuras institucionales, que exigen lealtad aún ante tales desacuerdos, incluso cuando dicha lealtad puede parecer una traición moral a aquellos que mantienen una opinión contraria.» (2005: 9)

Esta idea de Waldron (que, por cierto, cruza toda su obra) nos permite sostener que es probable que para quien trabaja desde el

²⁴⁵ En el mismo sentido MARTÍ, 2006: 25.

derecho, aún en un esfuerzo justificatorio, la decisión política acerca de la justicia última de una determinada institución resulte inalcanzable.

Como bien sugiere Waldron, es necesario valorar la decisión política como resultado de una determinada forma de entender la justicia. Esta decisión política, al menos para quien trabaja desde el derecho, resulta mucho más aprehensible y permite conectar las cuestiones de fundamento con las cuestiones de la práctica (como es la interpretación del derecho).²⁴⁶

Esto implica ser consciente de que la teoría del derecho no cubre ni puede cubrir todo el espectro de la filosofía política, aunque claro, las decisiones políticas, en una proporción importante suelen expresarse a través del derecho, y entonces, la reflexión de la teoría del derecho suele ir superpuesta a la reflexión de la filosofía política (Waldron 2005: 10)²⁴⁷.

Cabe distinguir entre teoría especial del derecho y teoría general del derecho. En el caso de la primera, la reflexión de teoría del derecho, será tributaria de concepciones y acuerdos alcanzados fuera del espacio de la institución u operación jurídica de que se trate. Es el caso de este trabajo. Lo que he ofrecido es un razonamiento que tenga en cuenta los aspectos más relevantes para entender de manera correcta la justificación del MID, pero, la posibilidad de extrapolar los argumentos a otras zonas del derecho

²⁴⁶ Otra manera de verlo es que en el terreno de la pura cuestión de lo justo políticamente, el jurista carece de una ventaja, es un ciudadano como cualquier otro que acaba expresando su opinión acerca del funcionamiento de una institución, en parte, por consideraciones íntimas. En este sentido creo que lo que debe hacerse es actuar con transparencia en este punto, y denotar que el nivel de convicciones más íntimas de donde provienen ciertos compromisos éticos con la idea de justicia se encuentra, sin duda, fuera del alcance de quien asume una postura de análisis filosófico-jurídico. La convicción personal no es una desventaja frente a la convicción del jurista en materia de justicia política.

²⁴⁷ En un sentido sustancialmente similar se expresa Pettit, véase PETTIT, 1999: 18.

(salvo quizá el caso de la omisión de socorro) como a conclusiones generales acerca del derecho, es dudosa.

Esta teoría especial del derecho se encuentra referida a temas específicos del ordenamiento y se relaciona con la tarea de teorizar acerca de la justicia, los derechos y el bien común propia de la filosofía política (Waldron, 2005: 10 – 11). Pero esta no es toda la tarea de teorizar acerca de la justicia, los derechos y el bien común, sino un programa particular de impacto o de juego de estos conceptos en un área definida del derecho.

Las decisiones que se tomen, como debemos hacer en este capítulo, por ejemplo, frente a preguntas como ¿en qué caso se puede exigir la obligación de actuar a favor de otro?, ¿por qué debe considerarse justo que otro me defienda de un ataque que configure un intento de homicidio? Dependen de concepciones de teoría de la justicia, son parte de una teoría de la justicia más completa y comprehensiva, pero no son en absoluto un todo.

Esto no significa que las conclusiones a las que se llegue siguiendo el camino defendido en estas páginas sean a su vez irrelevantes para la teoría de la justicia que se encuentra detrás. Sólo lo serían en el caso de que negáramos la relevancia de los argumentos abstractos y partiéramos el trabajo en silencio sobre estos presupuestos, dándolos por pacíficos.²⁴⁸

Al contrario, estos presupuestos son tan relevantes que deben ser puestos sobre la mesa, y debe intentarse comprender de la mejor manera posible cómo los argumentos del terreno propiamente

²⁴⁸ En un sentido similar, acerca de la concepción de “teoría particular”, véase DUFF, 2005.

filosófico político nos atañen en tanto estudiosos de un área del derecho.²⁴⁹

Lo que debemos salvar sin duda, aún encontrándonos en este estrecho espacio de reflexión es el recurso a una *petitio principii*, es decir, lo que debemos establecer es una decisión en torno a qué argumento (derivado de un modelo) es mejor a efectos de nuestro análisis, sin que eso emane de las características que cada modelo conciba como mejores.

Para encontrar estos argumentos, creo que debemos enfrentar variadas formas o escenarios.

Desde una perspectiva general, creo que debe atenderse a los criterios que surgen de las particulares características del delito, esto es lo que he denominado “las ideas detrás del delito”. También debemos referirnos a la posición de las virtudes y de la libertad (y su impacto en el derecho penal).

Pero también, debemos delinear una teoría del rescate para el MID. La teoría del rescate es una herramienta que permite proyectar los argumentos de justificación al plano interpretativo del delito. En este segundo aspecto, la teoría del rescate dota de sentido al camino de justificación (se justifica pensando en un determinado funcionamiento de la institución, en este caso el delito). Si el delito se justifica de una determinada manera, ésta entrega argumentos que tienden a proyectarse en la manera en que el delito debe ser “leído”.

Creo que podríamos decir, a manera de explicación, que la teoría del rescate tiene un sentido “dogmático” y un sentido “pre-dogmático”. Actúa como bisagra entre el contexto de justificación del

²⁴⁹ Puede ser interesante considerar además, la atribución que se hace a ciertos razonamientos jurídicos denominados “adecuación” a la doctrina vigente. Sobre esto puede consultarse: WALDRON, 2005: 12 – 13; DWORKIN, 1989: 234 – 275, entre otros.

delito, que incluye las consideraciones de filosofía política, y las operaciones propiamente dogmáticas o interpretativas.

Entonces, un muy buen esquema para tomar posición es enfrentar precisamente la reconstrucción de la mejor teoría del rescate posible. Esto es, deberíamos ofrecer una teoría del rescate que permita demostrar la manera de justificar el mandato de impedir determinados delitos y que por cierto sirva para sentar las bases de los argumentos de interpretación del propio delito. Esto es lo que haremos a continuación.

5.3. Una teoría del rescate

Para enfrentar este apartado tenemos que tener presente la estructura que hemos asignado a la teoría del rescate.

La teoría del rescate se desarrolla como una escala. En su base tenemos a la obligación política. Por lo tanto, debemos ser capaces de encontrar los argumentos que permitan delinear una obligación política en la comunidad.

El segundo peldaño viene dado por los intereses. El rescate cobra sentido si existen intereses que nos parezcan relevantes. Es decir, sólo podremos admitir en el derecho una institución que nos obligue (penalmente) al rescate de alguien si es que entendemos que valoramos positivamente situaciones tales como no vernos expuestos a males sin que quien pudiera ayudarnos se niegue a ello.

Pero además, una obligación de rescate debe poder ser desplegada en el mundo. Debe ser verosímil la posibilidad del rescate. A este nivel, que coincide con lo que Klosko llama

“*requirement state actions*”, le hemos llamado simplemente “acciones de rescate”²⁵⁰.

Iremos por partes, en primer lugar, presentaré cómo puede desenvolverse la obligación política en el contexto pertinente para el MID en España. Luego, nos dedicaremos al segundo nivel de los intereses, y finalmente, nos detendremos en las acciones de rescate.

Deseo recordar que aunque el objetivo de este trabajo es situarse en una justificación “absoluta” he decidido utilizar, a título de ejemplo, el contexto jurídico español, dado que he utilizado desde el inicio como objeto de estudio al MID contenido en el artículo 450.1 CP.²⁵¹

5.3.1. *La obligación política*

Lo que debemos tener en mira es la articulación de un principio de rescate, tal como ha señalado Klosko en la originaria formulación de la teoría del rescate. Este principio de rescate debe, por una parte, permitir la afirmación de la existencia de deberes del individuo para con la comunidad, y en particular con los demás individuos, así como darnos un grupo de principios que justifiquen la necesidad de actuar a favor de otro en caso de riesgo de daño por un delito.

Lo primero que debemos tomar en cuenta, es que el ordenamiento constitucional español se construye sobre la base de la idea de existencia de deberes.

²⁵⁰ Recordemos que al describir a la teoría del rescate de Klosko en el capítulo III veíamos que la formulación de “acciones de rescate” contiene a las acciones de rescate directas, indirectas y en forma de prestaciones. He decidido que en este capítulo debemos concentrarnos en las acciones de rescate directas e indirectas para tomar posición.

²⁵¹ Esto quiere decir que considero que los argumentos presentes en este trabajo, en particular en este capítulo pueden ser reproducidos en otros contextos jurídicos.

Ya en el título I de la CE se habla de “Derechos y deberes fundamentales”, es decir, se asocia la existencia de ciertos derechos fundamentales a los deberes que correlativamente deban entenderse integrantes de la calidad de ciudadano en el caso español. Evidentemente, no se trata de que de la idea de derecho se derive un deber (se tiene derecho a la vida pero no obligación de vivir).²⁵²

La idea de deberes toma forma en ciertos casos específicos: existe un deber de defender a España consagrado en el artículo 30²⁵³.

Por supuesto que este deber puede entenderse circunscrito a la obligación de defensa militar, pero tiene un sentido simbólico interesante en el espectro constitucional.²⁵⁴

Todos estos deberes tienen un sentido simbólico. El Estado español vincula directamente la existencia de los derechos fundamentales al cumplimiento de ciertos deberes mínimos. Creo que esto puede ser nombrado como principio de asociación. El Estado español se funda en una determinada manera de asociación que se vincula, necesariamente, a su carácter social.²⁵⁵

Podemos sostener que en el caso del marco constitucional español no encontramos dificultades para reconstruir la relevancia de la sociedad para la vida de los individuos. El marco constituyente

²⁵² Sobre la correlación entre derechos y deberes, véase MAGNELL, 2011.

²⁵³ El artículo 30 CE sostiene: “1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España.

2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.

3. Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general.

4. Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública.

²⁵⁴ En un terreno un tanto más polémico creo que se encuentra el deber de conocimiento de la lengua castellana del artículo 3, por ello no le he incluido.

²⁵⁵ Esto lo vemos en menciones tales como: España es un Estado social y democrático (art. 1 CE); o la función social del derecho de propiedad (art. 33 CE), entre otros.

no entrega un límite para la actuación a favor de otro, aunque por cierto, tampoco un mandato.

Necesitamos encontrar alguna noción que permita dotar de contenido a nuestro principio de rescate, para que este pueda integrar a la obligación política.

Si seguimos lo señalado por De Cabo, la declaración genérica acerca del carácter “social y democrático” de la CE pueda ser relacionada con lo que él denomina el “principio de solidaridad”.

El principio de solidaridad en concepto de De Cabo es un principio que permite distinguir a los modelos constitucionales liberales del constitucionalismo del Estado social (De Cabo, 2006: 45).

El primer orden de consideraciones para definir a este principio dice relación con una cuestión histórica. Los fascismos europeos han sido un dato que debe tenerse en cuenta para entender el sentido de los Estados sociales en Europa (De Cabo, 2006).

En segundo orden, aunque determinado por la secuencia de los hechos históricos, De Cabo señala:

«El constitucionalismo del Estado social ya no es sólo una apuesta por la capacidad comprensiva de la razón y por su capacidad para organizar un esquema racional canalizador de lo existente, sino que añade este elemento nuevo y se configura, por tanto, como un constitucionalismo (potencialmente) transformador» (2006: 48)

El Estado social y democrático debe enfrentar dos clases de interrelaciones en el camino de conseguir la organización de la comunidad. De un lado, debe enfrentar la interrelación económico-social. La lucha de clases ahora debe ser mediada por el Estado. (De Cabo, 2006: 48 – 49).

De otro lado, debe enfrentar la interrelación político-económica, pues el Estado se introduce en las relaciones de producción y con ello, interviene en el proceso de generación y distribución de riquezas.

Esta posición estructural del Estado social (como síntesis entre Estado de derecho y Estado constitucional) permite sostener que se han destruido los supuestos por los cuales podemos tener un Estado que considere a la indiferencia como un rasgo propio de la comunidad, y tal como señala De Cabo:

«[S]e han creado los [supuestos] que posibilitan la configuración de la solidaridad como componente también estructural del constitucionalismo del Estado social.» (2006: 52)

De Cabo no aporta una definición de lo que denomina repetidamente “principio de solidaridad”. Probablemente, se refiera a que existe una influencia notoria en los modelos constitucionales de corte social-demócrata de la agenda propia del constitucionalismo socialista, y con ella una cierta tendencia a reconocer la relevancia de los intereses ajenos al propio titular.

Lo que sí nos entrega es una forma de entender la relevancia de los vínculos de los individuos con la comunidad.

En este sentido podríamos sostener que el modelo constitucional español que da forma a la organización social de España no tiene un compromiso liberal. No impide que pueda sostenerse que España no es una comunidad que se comprenda a sí

misma como liberal, dado que su marco constitucional no expresa en absoluto un acuerdo en este sentido.²⁵⁶

Si esto es así, si seguimos la línea de argumentos que emanan de la propuesta de De Cabo, tenemos que el piso de discusión en el derecho español no puede ser un núcleo irrenunciable de liberalismo.²⁵⁷

No parece, pues, para nada pacífico sostener, como por ejemplo hacía Varona, que el Estado español tenga una impronta evidentemente liberal, y que esa impronta determine al derecho penal.²⁵⁸

Coincidiría si sostuviéramos que en el nivel académico la enorme mayoría de quienes se dedican el derecho penal en España partan de ciertas concepciones liberales, pero esto no es equivalente a hacer desaparecer la posibilidad de contar con un esquema de comunidad compatible con lo que llamaríamos “principio de solidaridad”.²⁵⁹

Si volvemos sobre el principio de este trabajo, recordaremos que la solidaridad ha sido tenida en cuenta como una idea altamente sospechosa de totalitarismo en el seno del derecho penal español, a pesar de que su contenido no quede del todo claro, y de que,

²⁵⁶ De hecho, cierta parte de la doctrina constitucional española trabaja bajo la idea de la superación del modelo liberal por el modelo del Estado social, aún advirtiendo una crisis en este modelo de Estado. En este sentido puede consultarse, SÁNCHEZ FERRIZ, 1993: 119 – 177.

²⁵⁷ Sobre la vinculación entre el concepto de Estado de derecho y teorías de la justicia véase DE ASÍS, 1999.

²⁵⁸ Así, cuando evalúa la posibilidad de cuanto comunitarismo podamos aceptar en el sistema español sostiene: “Un grado tal de comunitarismo sería ajeno al núcleo claramente liberal de nuestra organización social y económica y con ello de nuestro derecho penal”. Véase VARONA, 2005: 171.

²⁵⁹ Paradigmático resulta en este sentido la comprensión de Mir, en cuanto considera que el derecho penal, aún en el contexto del Estado social es heredero de la formulación laica del Estado liberal. Véase MIR, 1996: 64 – 69; 73 – 101.

precisamente, su falta de contenido sea un lugar común para la crítica de su uso.²⁶⁰

Por ello, creo que este “principio de solidaridad” debe ser acotado. En mi opinión, la solidaridad puede ser tenida como principio político si tomamos en cuenta la idea de relevancia democrática del desarrollo de los ciudadanos, es decir, si nos comprometemos con una concepción deliberativa de democracia.

Parece ser que el camino de la democracia deliberativa nos permitiría asumir el siguiente argumento: una comunidad configurada como “social” es una comunidad con una pretensión de relevancia de los intereses de los individuos para quienes no son necesariamente titulares de esos intereses.

Esto puede verse, a modo de ejemplo, con el sentido de la cláusula de limitación de la propiedad quiritaria en el propio nivel constitucional.

La CE permite y da el carácter de derecho fundamental a la propiedad privada.²⁶¹ Sin embargo, limita la posibilidad del dominio a la función social. Esto quiere decir que los intereses sociales que se contrapongan al interés del dueño quiritario pueden verse derrotados desde la ponderación constitucional si concurren ciertas condiciones.²⁶²

²⁶⁰ Para apreciar la contraposición entre perspectiva liberal y Estado social, véase MARTÍNEZ DE PISÓN, 1994.

²⁶¹ En el artículo 33 CE se sostiene: “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”

²⁶² Esta es efectivamente una posibilidad pero no una regla general. Sobre la relevancia que puede tener el hecho de considerar derecho fundamental a la propiedad y la vinculación que de ello deriva para el Estado, véase PRIETO SANCHÍS, 1990: 111 y ss.

Creo que esto tiene la mayor relevancia. El derecho de dominio puede ser tenido como un ejemplo de extrema relevancia en términos de encuadrar un modelo constitucional. Recordemos además que desde la perspectiva republicana, aunque en un sentido parcialmente diverso (pero no del todo independiente) la idea de tener dominio se relaciona con una operación propia de la libertad.

En nuestro caso, los intereses de la comunidad, es decir, los intereses de los demás integrantes tienen un peso específico lo suficientemente elevado para sostener la derrota de un interés amparado en un derecho subjetivo como la propiedad.

La solidaridad, creo, no debe ser tenida como una propiedad de la pertenencia a la comunidad. Es decir, el “principio de solidaridad” en materia constitucional que ha querido ver De Cabo es, en realidad, una manera de sostener la clase de vida virtuosa que el ciudadano debería desarrollar. La solidaridad es un rasgo que se adscribe a los ciudadanos en tanto integrantes de la comunidad que deben satisfacer ciertos estándares de participación.

Esta es la base de aquella sección de la obligación política que necesitamos para afirmar una teoría del rescate. Del juego del sentido constitucional español podemos decir que no resulta una operación extraña sostener que el derecho puede exigir solidaridad.

Recordemos que uno de los problemas de la formulación de obligación política de Klosko estaba constituido por el carácter abierto de los principios que daban forma a la misma (Klosko, 2004b).

Sabemos que varios principios pueden verse involucrados en la justificación de la obligación política, ya sea por medio de acumulación, de apoyo mutuo o de superposición.

También debemos tener presente que en el nivel de justificación de una obligación política que sirva de base al deber de ayudar a otro es complejo trazar un esquema rígido. Por ello debemos concentrarnos en el caso específico de la obligación de ayudar a otro en el caso de que sea (vaya a ser) víctima de un delito.

En este sentido creo, tal como he apuntado en el capítulo pertinente, que la noción de solidaridad puede tener el sentido de resumir la relación entre varios principios del orden constitucional que justifican la existencia del MID.

La solidaridad creo que implica la acumulación de principios tales como el de asociación, el deber de actuar en favor de la justicia, y el de bien común.

Considero que es en este sentido que podemos hablar de principio de solidaridad en el orden constitucional español. La idea de asociación, es decir, el hecho de pertenecer a la comunidad, y de resultar, entonces, importantes los hechos que ocurran con nuestros iguales constituye un punto de partida para la noción de obligación política que se encuentra en la base de la teoría del rescate.

Ello implica el combate contra el delito que nuestros vecinos puedan padecer. Por eso, la solidaridad, en este sentido, supone actuación en contra del delito que padecerá mi vecino, y ello coincide con lo que hemos denominado “prevención o combate contra el delito”.

Por cierto, creo que debemos asumir que las menciones al deber de justicia y la orientación al bien común tienen también espacio en esta relación.

El apoyo institucional para esta idea creo que se encuentra en diversas partes de la CE.

En primer lugar, ya en el artículo 1 CE se menciona el carácter de Estado social de España, lo que puede tener relevancia para afirmar la importancia de los intereses de los demás en la vida de cada ciudadano.²⁶³

Además, esta noción de Estado social y democrático tiene a su favor que entronca bien con la idea de relación que intentamos construir en torno a la solidaridad. Será relevante para la articulación de este Estado social considerar a la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Todas estas son ideas que pueden ser encontradas dentro de lo que he denominado principio de asociación. La libertad, la justicia, la igualdad y sobre todo el pluralismo se construyen no sólo en referencia al respeto y promoción del Estado para con los individuos titulares de estos intereses, sino que, al tratarse de un modelo constitucional que tiene por relevante la relación entre los individuos, nos pone en situación de que para los propios planes personales de los individuos sean también relevantes los intereses de sus vecinos.²⁶⁴

Por otra parte, la idea del deber de justicia queda enmarcada también en la mención constitucional del artículo 1.1 citado. La justicia parece ser una virtud pública de extrema relevancia en la ley constitucional española, lo que nuevamente, sumado a la relevancia de los intereses ajenos en el desarrollo de la vida privada puede constituir un valor relevante dentro de la comunidad.²⁶⁵

²⁶³ El artículo 1.1 sostiene: “1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

²⁶⁴ Podría decirse que correlativamente a la noción de Estado social es posible concebir una noción social de ciudadanía. Sobre esta idea de ciudadanía social véase FRASER y GORDON, 1992.

²⁶⁵ Quizá un problema de esta interpretación pueda estar constituido por el artículo 9.2 CE: 2. “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales

En cuanto a la tendencia al bien común, el principal apoyo institucional viene determinado por el preámbulo de la propia CE. El sentido de la articulación del modelo constitucional español es la promoción del bien.²⁶⁶

Nuevamente, si el modelo completo se vincula al bien, la obligación política puede ser vinculada sin demasiado esfuerzo al principio de bien común.²⁶⁷

Existe, de cualquier manera, una forma de vincular la noción de obligación política del nivel constitucional (y su apoyo institucional) con el derecho penal. Este es el camino que ha seguido Nicola Lacey.

La obligación política desde el punto de vista del derecho penal es una noción que contiene a las razones por las cuales las normas penales deben ser seguidas en sentido político (Lacey, 1988: 122).

Por ello, Lacey como Klosko, vinculan el nivel de obligación política para el derecho penal al seguimiento del derecho. La vinculación de los ciudadanos al derecho, en sentido político, nos lleva a afirmar que, por ejemplo, el MID debe ser seguido.

De acuerdo al planteamiento de Lacey, las razones que nos debe ofrecer la noción de obligación han de ser concluyentes. Esto es,

y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social." Puede decirse que aquí existe, por exclusión, una centralización de las actividades de protección y promoción de las condiciones para la libertad y la igualdad. Sin embargo, esto sería así solamente si estuviéramos comprometidos con un modelo democrático no deliberativo. Bajo las premisas de un modelo democrático exigente la mención a los poderes públicos en este artículo puede ser tenida como funcional pero no necesariamente sustantiva. Es decir, dado que la configuración del sistema democrático puede ser radicada en los ciudadanos, es evidente que al hablar de acciones vehiculadas principalmente (no únicamente) por los poderes públicos hablamos también de acciones de los propios ciudadanos. Véase sobre esto, por todos, MARTÍ, 2006: 22 - 31.

²⁶⁶ La primera frase del preámbulo de la CE sostiene: "La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran..."

²⁶⁷ Recordemos además que esta idea de promoción del bien común no es una mención que no pueda ser reducida a una forma de racionalidad decisional. Véase sobre esto BARRAGÁN, 1991.

debemos encontrar las mejores razones disponibles a fin de poder afirmar el seguimiento de una norma en sentido político.

Si asumimos la perspectiva antedicha, podemos sostener que la teoría del rescate que debemos tener en cuenta para el MID español, que viene determinada por la idea de obligación política, es más bien republicana.

Esto, por varias razones.

La primera de ellas dice relación con el sentido global del modelo constitucional (y con él de la comunidad) que puede encontrarse. Este es un modelo que privilegia o da mucha relevancia a la faz social de la vida en la comunidad. Muchos de sus intereses privados más importantes pueden incluso ser derrotados por la noción de intereses comunes. Este es un rasgo que se relaciona mejor con una concepción republicana amplia de comunidad que con una liberal.

La segunda, se relaciona con la forma que, correlativamente, debe tener la importancia de la libertad. No se trata de sostener que dado que el modelo español de obligación política no es tributario de la perspectiva liberal deja de considerar como un interés central a la libertad. Hemos visto, tanto en las críticas a la perspectiva liberal, como en el capítulo correspondiente a la perspectiva republicana, que esta idea es falsa.

Es posible que sea una concepción de libertad que excluya la posibilidad de dominio absoluto. Es decir, creo que es perfectamente plausible considerar que la concepción de libertad que debemos manejar dentro de la comunidad determinada por el modelo

constitucional español, sea la noción de libertad como no dominación.²⁶⁸

En tercer lugar, me parece que la sola idea de relevancia de los vínculos entre individuos, así como la posibilidad de que los intereses ajenos resulten relevantes para cada ciudadano en el ejercicio de su plan autónomo de vida, nos pone en el terreno de la promoción de las virtudes propiamente republicano.

Creo que estas son las razones por las cuales puede decirse, que en este primer punto de la teoría del rescate, podemos encontrar un apoyo mejor en las nociones propias de la perspectiva republicana.

Veamos qué ocurre con las otras piezas de la teoría.

5.3.2. *Los intereses*

En el apartado acerca de la perspectiva liberal hemos apuntado que la existencia del deber de ayudar a otros requiere que se identifiquen intereses (relacionados con la expectativa del rescate). Esta es otra de las piezas con las que se construye la teoría del rescate de Klosko.

Los intereses deben ser configurados como intereses de no padecer el daño que entraña una determinada situación. En el caso del MID, deberíamos encontrar intereses de no padecer delitos.

En el contexto regulativo español, el enfrentamiento general no ofrece mayores problemas. Los delitos (y el daño que entrañan) son vistos como situaciones indeseables en general.

La cuestión está en determinar por qué existen ciertos delitos que deben ser evitados. O si se quiere, por qué tenemos interés en evitar el padecimiento de ciertos delitos, dado que el punto de partida es que todos los delitos provocan situaciones indeseables.

²⁶⁸ Sobre la trascendencia de una concepción republicana en el terreno constitucional, véase PETTIT, 2005: 41 – 68.

En primer lugar, podemos decir que resulta necesario que el interés protegido sea relevante como para justificar el uso del derecho penal en contra de quien no actúa en protección del interés.

Este es el sentido que podemos darle a la evitación de “delitos graves” que ha sido usada por la doctrina española.

Los intereses en el MID en España vienen determinados por su propia configuración legal. Deben evitarse delitos contra la vida, delitos contra la libertad, delitos contra la libertad sexual y delitos contra la integridad.

La faz que debe ser tenida en cuenta para identificar en concreto a los delitos que deben evitarse, de acuerdo a lo expuesto por Rubio, debe ser la sustantiva. Es decir, debemos considerar que los delitos que deben evitarse son delitos que se relacionen no sólo desde una perspectiva formal con los delitos contra la vida, contra la integridad, contra la libertad o contra la libertad sexual (Rubio, 2003: 113).

De esta manera la duda que enfrentamos es, precisamente, qué debe entenderse por delito contra la vida, contra la integridad, contra la libertad y contra la libertad sexual.

Iremos por partes.

Existe un interés en no ser víctima de un delito contra la vida. Esto incluye evidentemente al homicidio. La duda que queda es si otros delitos contra la vida, o delitos que puedan ser tenidos como delitos contra la vida humana quedan o no incluidos en el espectro de delitos que deben evitarse en el seno del MID del artículo 450.1 CP.

Para Rubio lo definitivo es que los delitos deben afectar a las personas en su vida. Esto es, se trataría de delitos contra la vida *de las*

personas. Esto descartaría la inclusión de delitos como el de aborto o la manipulación genética (Rubio, 2003: 114 – 115).

Puede ser razonable esta interpretación, dado que el propio artículo 450.1 expresa que debe afectarse la vida de las personas. De otro modo si la vida que se afecta no es la vida de una persona, entonces no tenemos el deber de evitar el “delito”.

Por su parte, Sola (1999: 91 – 99) enfrenta este mismo problema desde una perspectiva distinta. Como sabemos, asigna un valor a la solidaridad humana como bien aglutinador y considera que mal puede hablarse de solidaridad humana en la evitación de un delito contra la vida si excluimos un delito contra la vida humana *dependiente* (con el que tradicionalmente se designa parcialmente el objeto de protección de la norma de incriminación del aborto).

Dado que el legislador penal le ha dado mucha importancia a la vida humana dependiente, considera que este bien jurídico debe entenderse incluido dentro de aquellos que quedan cubiertos por el MID:

«Mas lo que resulta innegable es que el legislador concede casi tanta entidad a ese bien jurídico [vida humana dependiente] como al bien jurídico vida humana independiente, y por lo menos la misma que al bien jurídico integridad personal, salud, libertad y libertad sexual. De modo que con esta suerte de argumentos, la interpretación sistemática del art. 450 impone incluir como bien jurídico protegido el de la vida humana dependiente, dada la entidad que comparativamente el legislador concede a los delitos atentatorios contra la misma, y su localización en el CP entre el homicidio y sus formas, y las lesiones.»
(Sola, 1999: 94)

En la línea de argumentos presentados por Sola, el delito de aborto, en principio, debería entenderse incluido dentro de los delitos que deben evitarse por medio del MID del artículo 450.1 CP.

La cuestión que el propio Sola advierte es que dada esta conclusión parece necesario acotar el ámbito de pertinencia del delito de aborto dentro del abanico de delitos que deben evitarse. A este respecto lo más importante será determinar si debe impedirse el delito de aborto consentido por la mujer.²⁶⁹

El punto central para dilucidar el problema estaría determinado por lo siguiente:

«[S]i se entiende que también entra en juego la libertad de la embarazada, como se deduce de la existencia de una indicación ética que en nuestro Ordenamiento conduce a la impunidad para algunos casos de aborto –pues aquí lo decisivo no deja de ser la voluntad de la embarazada-, y de que se castigue más gravemente el aborto no consentido que el aborto (ilícito) consentido, cambia entonces completamente la apariencia del problema, que sí podría asemejarse a los de la eutanasia y las lesiones consentidas» (Sola, 1999: 96).

Como puede apreciarse, la idea de intervención de un acto de autonomía parece tener relevancia para determinar la conducencia del MID. La tesis subyacente es que en los casos en que el aborto no cuenta sobre sí con ninguna expresión de consentimiento (de la mujer) parece, desde una perspectiva sustancial, razonable considerarlo un delito de aquellos que deben evitarse al tenor de la disposición del artículo 450.1.

²⁶⁹ Esto, pues entiende obvio que el caso de aborto no consentido queda incluido de acuerdo a la argumentación precedente.

Pero en cambio, si en el delito concurre una expresión de la autonomía (reproductiva, en este caso negativa, es decir, el deseo de la mujer en no continuar con el embarazo) la cuestión no aparece tan clara.

Sola se manifiesta en contra de la solución que deriva de considerar que la concepción jurídica de persona sea la determinante para dejar de lado al aborto como un delito que deba evitarse en el contexto del MID. Esto porque parte del argumento ético que implica incriminar el aborto consentido (en algunos casos) y obviamente el no consentido está determinado por considerar al *nasciturus* una persona en potencia (Sola, 1999: 97).²⁷⁰

La cuestión pasa, en opinión de Sola, por aceptar que el *nasciturus* es portador de vida humana tal como lo es el nacido vivo. Y esta idea debe presidir la consideración de inclusión del aborto dentro de los delitos que deben evitarse en el contexto de la interpretación del art. 450.1 CP (Sola, 1999: 98).

La cuestión es que este argumento cede ante la presencia de la autonomía reproductiva negativa de la mujer embarazada, caso en el que debemos entender al delito como un delito que no entra dentro de la órbita del MID.

Quedaría pendiente, de todas maneras, otro problema importante relativo a otras formas de homicidio, como pueden ser los casos de eutanasia, homicidio a petición o auxilio al suicidio.

Parece ser que el problema general al que nos podemos enfrentar es a la concurrencia del consentimiento de la víctima en padecer el

²⁷⁰ Otra vía es la que defendió en su momento Alamillo, sosteniendo que el concepto de persona que debe ser tenido en cuenta en el contexto del mandato de evitar delitos debe entenderse referido a una idea sustancial o natural de persona en tanto ente perteneciente a la especie humana, descartando entonces la interpretación derivada de considerar al concepto jurídico de persona como el relevante. Véase ALAMILLO, 1962: 133 - 134).

daño del delito y la consiguiente pervivencia o no del mandato de impedir delito (Sola 1999: 87).

Sola se pronuncia sobre este problema central en los siguientes términos:

«[P]ara que el consentimiento en el homicidio o en las lesiones tuviera el efecto del cese del deber de intervenir para impedirlos, tendría que ocurrir que al bien jurídico supraindividual involucrado (la solidaridad humana) se le atribuyera únicamente un valor instrumental-sistemático –ya que de no ser así se desatendería un interés que va más allá que aquél que el sujeto pasivo pudiera tener-, tomando entonces como absolutamente preeminentes los bienes jurídicos personales expresados.» (1999: 88 – 89).

Este argumento supone conceder importancia a la idea de disponibilidad de los bienes personales que pueden estar involucrados en los delitos. Supone considerar que el CP 1995 avanzó en orden a favorecer la disponibilidad del interés en la vida y en la integridad, por ejemplo, despenalizando las implicaciones de terceros en su lesión (concurriendo el acto de disposición de parte del titular) (Sola, 1999: 89).

Pero tal como apunta Sola, esto no implica dejar de considerar punible la omisión del deber de impedir el delito. Resulta complejo asumir en el contexto de nuestra actual regulación penal una decisión en orden a hacer prevalecer la autonomía de ciertos bienes personales, y por ende, aparece complicado establecer al consentimiento como una causa de exclusión de la tipicidad del delito que se comete, como de la omisión del deber de impedir el delito.

Resulta evidente que en este punto el problema puede ser aclarado a la luz de la teoría de la justicia subyacente. Como hemos visto, la construcción de la noción de obligación política supone limitar el uso de la libertad de parte de quienes se encuentren sujetos al deber de actuación a favor de otro. Hemos visto que con las referencias constitucionales españolas resulta difícil sostener –como ha hecho parte de la doctrina a propósito de esta clase de problemas en la omisión de socorro- que exista un núcleo liberal que mecánicamente desate una defensa a ultranza de la libertad negativa o positiva.

Esto no significa que el modelo constitucional español nos ponga en situación de considerar la libertad como un valor secundario. Al contrario, creo que gran parte de la confusión con la que se ha trabajado hasta ahora deriva de no dotar a una concepción distinta de la liberal de la posibilidad de defensa de la libertad.

Como veíamos en el capítulo correspondiente, la perspectiva republicana cuenta dentro de sus aportes con una concepción elástica de libertad, la libertad como no dominación, y este concepto puede tener juego en el concreto ámbito en que nos encontramos.

Es posible, que de la mano de la defensa de la libertad (como de otros valores, tales como la virtud pública) podamos sostener que en realidad lo irrenunciable en nuestra regulación sea la libertad, pero no una perspectiva liberal.

Si esto es así, podemos entonces dar contenido en el nivel de la obligación política a la noción de consentimiento de la víctima, dejándolo en un segundo plano en contraste con la necesidad de promoción de las virtudes. Esta sería una aproximación general, que resultaría válida para los casos de consentimiento directo de la víctima en delitos como el homicidio o las lesiones corporales.

El caso del aborto es distinto. Más bien, el caso del aborto consentido ofrece una variante. La variante viene determinada por el distinto trato penal (que incluye hipótesis de atipicidad) que se dispensa a la mujer embarazada que consiente en que se interrumpa su embarazo.

Este trato legislativo, debe ser tenido como un dato que permite ponderar en un sentido diverso la tensión que puede producirse entre la libertad (autonomía reproductiva en este caso) y la necesidad de impedir el delito.

Este dato nos indicaría que no toda hipótesis de aborto consentido es delito, por tanto, la carga puesta sobre quién debe actuar para evitar el delito queda diluida por este trato especial. Si el trato del delito no es absoluto, no podemos, entonces, generar una carga de evitación absoluta para terceros.

Creo que lo mismo vale para los casos de homicidios consentidos y otras disposiciones de intereses personales tales como la integridad.

Lo definitivo no es determinar qué clase de delitos deben evitarse, sino qué intereses dan pie al despliegue de la obligación de actuar derivada del MID.

Para esto, creo que una idea útil es la que hemos expresado dentro del apartado correspondiente a la noción republicana del delito como mal compartido.

Creo que los intereses se relacionan en buena medida con lo que Duff y Marshall (1998) entienden por delitos *mala in se*. Es decir, los intereses que sirven de punto de apoyo al armado de la obligación de actuar a favor de otro ínsita en el MID corresponden a lo que pueda ser tenido como delito *mala in se* o si se quiere paradigmáticos.

Esta es una buena manera de afirmar que tenemos intereses en ser salvados de delitos que obviamente resultan ser delitos por quien los observa.

En otras palabras, si pretendemos dar operatividad y sentido al MID, una alternativa a mi juicio razonable es sostener que donde la regulación sostiene que deben evitarse delitos contra la vida, contra la libertad, contra la integridad o la libertad sexual se refiere a delitos *mala in se*, pues uno de los rasgos principales de estos delitos es que requieren un esfuerzo intuitivo menor para ser observados como delito por parte de la comunidad.

Evidentemente, mi argumento puede ser visto como un argumento solamente intuitivo, pero creo que tiene la enorme ventaja de dar un sentido general a las menciones del propio artículo 450.1 y con ello permite generar una interpretación restrictiva del mandato.

Con ello, por ejemplo, parecería obvio que el delito de manipulación genética en sus distintas formas (contenidos en los artículos 159, 160, 161 y 162 CP) tiene en su contra la dificultad de evaluar sofisticadas conductas técnicas. Es decir, parece que en el caso de los delitos de manipulación genética es difícil discernir qué conducta puede ser constitutiva de delito y qué conducta no lo es.²⁷¹

Pensemos en un ejemplo. Un sujeto, empleado de un centro de salud donde se practican procedimientos de fertilización *in vitro* e investigación genética.

²⁷¹ Obviamente, queda también disponible la posibilidad de considerar de que quien no impida un delito de manipulación genética en realidad no queda comprendido dentro de la hipótesis de aplicación del artículo 450.1 pues no comete un delito contra las personas (tal como hemos descrito para el caso del aborto). Creo que este argumento no es concluyente para el caso del *nasciturus* ni del embrión. Sobre el estatuto jurídico del embrión véase BASCUÑÁN, 2002.

Sabemos que de acuerdo a la regla del artículo 159 CP quien manipule genes humanos con una finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves de manera de alterar el genotipo comete un delito sancionado con pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Supongamos que este funcionario tiene noticia de que un grupo de investigadores alterará esa tarde algunos genotipos, ¿se desencadena a su respecto el MID pues nos encontramos ante un delito contra la vida humana?

Creo que si seguimos el argumento del delito *mala in se* esta hipótesis queda descartada y no deberíamos sancionar al funcionario. Distinto sería si el mismo sujeto oye que esos investigadores asesinarán a un colega a la hora de manipular genes. En este caso, nos parecería más evidente la cuestión del mandato de impedir ese delito contra la vida.

¿Hay una diferencia radical entre uno y otro delito que nos permita suponer que la manipulación genética debe ser descartada de la clase de delitos contra la vida que deben evitarse de acuerdo al mandato del artículo 450.1 CP?

Creo que ambos son delitos contra la vida, y ambos son delitos que tienen asignada una consecuencia penal importante como es la prisión.

Considerar a los intereses como algo que se construye sobre la base de delitos *mala in se* de acuerdo a la ya expuesta tesis de Duff y Marshall nos permite una salida sensata.

El interés es evidente en los delitos en que el esfuerzo intuitivo de quien puede tener sobre sí la carga de ejecutar la acción de

rescate, es bajo. Es en esta clase de delitos entonces en donde debemos concentrarnos.²⁷²

5.3.3. *Las acciones de rescate.*

La teoría del rescate de Klosko identifica además de la obligación política y los intereses, a lo que denomina “Requirement of State Actions” y que, como ya he apuntado, mencionaré como *acciones de rescate*. Ya nos hemos referido en la sección pertinente a esta pieza de la teoría del rescate en sus rasgos generales.

Como sabemos, para definir totalmente la obligación de actuar a favor de otro debemos ser capaces de identificar las acciones de rescate disponibles por parte de quien está vinculado al mandato, en nuestro caso, de impedir delitos.

El núcleo mínimo de las acciones de rescate se determina, naturalmente, por la redacción legal: se trata de una intervención inmediata sin riesgo propio o ajeno.

La descripción canónica de la acción de rescate desde el punto de vista de su estructura es la de una omisión. Estamos ante un mandato, por lo que la satisfacción del mismo debe realizarse mediante la ejecución del rescate. Lo que da lugar a la pena es la omisión de la ejecución de ese rescate pudiendo hacerse sin riesgo propio o ajeno.

En primer lugar, sabemos que desde la perspectiva general de las acciones de rescate estas pueden ser directas, indirectas o prestaciones. Por acciones de rescate directas entenderé aquellas acciones de rescate que implican un acometimiento físico en contra

²⁷² Creo que en este sentido pueden ser comprendidos los argumentos que se refieren a una especie de “complicidad moral” entre quien omite evitar el delito y el autor del delito. Véase en este sentido ASHWORTH y STEINER, 1990: 161 - 162.

del agresor. Es el caso típico de quien defiende a un tercero que va a ser víctima de una golpiza.

Pero también puede haber acciones de rescate indirectas. Es el caso de dar noticia de la agresión. Desde la perspectiva general, sabemos que la acción de rescate indirecta por definición es la denuncia a la policía.

Es decir, el mandato debe entenderse cumplido en la medida en que se despliega un acto que niega la indiferencia ante la posibilidad de comisión de uno de los delitos que debe evitarse.

Pues bien, en concreto en nuestro MID encontramos la posibilidad de usar las distintas variantes de las acciones de rescate. La acción de rescate directa, evidentemente, queda dentro de aquello que puede ejecutarse en cumplimiento de la norma del artículo 450.1 CP.

También es factible encontrar dentro de las posibilidades de cumplimiento del MID a las acciones de rescate indirectas. En este caso, deberíamos matizar, se tratará de acciones que tiendan a la evitación del delito y que no sean la denuncia. La denuncia a la policía no tiene especial relevancia en el delito del artículo 450.1 debido a la figura especial del artículo 450.2.²⁷³

Es decir, una teoría general del rescate del MID considera tanto a las acciones de rescate directas como indirectas, pero en el caso concreto de nuestro artículo 450.1 deberemos entender que se cumple el mandato sólo por medio de acciones de rescate directas o

²⁷³ Veremos inmediatamente que este puede ser un criterio para proponer una nueva redacción del artículo 450 uniendo los supuestos del número 1 y 2 aunque no será un gran problema en este artículo. Por ello, Sola considera que la diferenciación entre los número 1 y 2 del artículo 450 CP no es significativa, a juicio de este autor quedaría mejor redactado este mandato con un deber inespecífico de intervención, comparto esta opinión y volveré sobre ella hacia el final de este capítulo, véase SOLA, 1999: 100).

por acciones indirectas que no sean la denuncia, por ejemplo, una demanda de auxilio que pueda ser tenida como idónea para propender a la evitación del delito.²⁷⁴

Esta forma de ver a las acciones de rescate no resulta extraña si atendemos a los antecedentes de nuestro actual artículo 450.1 CP. Recordemos que la inclusión del artículo 338 bis (actual 450) en 1951 se realizó teniendo en vista, según Alamillo, la consagración de la solidaridad como objeto de protección penal.

En este sentido, además de la inclusión de nuestra conocida omisión de impedir delitos, se incluye a la omisión de socorro, y a otras figuras relacionadas con ésta, como la omisión de pedir socorro para quien se encuentra en peligro, la desatención de un requerimiento de auxilio a favor de otro, entre otros (Alamillo, 1962).

Como podemos concluir, la acción mediante la cual se ejecuta el rescate parece ir siempre acompañada de algo más que la mera evitación física en contra del autor del delito. Para ponerlo de una manera gráfica, no sólo es la interposición en el curso de ataque del homicida, sino que incluye, por ejemplo, a los gritos de auxilio.

Esto es razonable, pues como veremos, la proporcionalidad que debe asociarse a la ejecución del MID (que encuentra su expresión en la cláusula de inexigibilidad “sin riesgo propio o ajeno”) permite darle un sentido que trascienda a la figura “superheróica”, y dé con ello, mayor plausibilidad al cumplimiento del mandato.

La acción de rescate ha sido sujeta por la doctrina a ciertos requisitos. Estos requisitos se relacionan con la manera en que creo

²⁷⁴ Recordemos además que en ningún caso el MID impone la carga de evitar concretamente el delito. El mandato queda cumplido con el despliegue de la acción de rescate aunque el delito, a pesar de ésta, tenga lugar.

que debemos entender los intereses en el marco de una teoría del rescate.

En primer término, la acción de rescate debe ser impeditiva del delito. Esto quiere decir que en los casos de delitos permanentes (como la detención ilegal o el secuestro), la acción debe impedir la comisión del delito pero también su prolongación en el tiempo (Sola, 1999: 99 – 100).²⁷⁵

Como ya hemos sostenido, esta acción de rescate puede tomar la forma de una intervención personal o generar la intervención de un tercero (que no sea un tercero de aquellos que deben recibir la denuncia, es decir, que no sea un agente de la autoridad) (Sola, 1999: 100).²⁷⁶

En segundo lugar, dentro de las condiciones que operan como requisitos de la acción de rescate, el delito debe ser previsible. Esto quiere decir que la consumación o existencia de la omisión no depende de la efectiva producción del resultado que se quiera evitar. Si el delito (contra la vida, la integridad, la libertad o la libertad sexual) no se consuma por una razón no apreciada por el sujeto al tiempo de reconocer el mandato de intervención, la infracción del deber de intervenir da lugar al delito del artículo 450.1 CP (Sola, 1999: 106).

En tercer lugar, el riesgo para la víctima ha de ser actual, es decir, debe sobrepasar la mera sospecha. Sólo cuando el sujeto vinculado al MID se enfrenta a una situación de certeza del riesgo sobre la víctima se desencadena el delito (Sola, 1999: 106).

Además, en cuarto lugar, es obvio que ha de ser objetivamente previsible que la intervención del sujeto tenga capacidad impeditiva,

²⁷⁵ En un sentido similar puede verse RUBIO, 2003 : 99 – 100.

²⁷⁶ En el mismo sentido véase HUERTA, 1987: 206 – 207.

esto es la acción de rescate debe ser idónea para el impedimento del delito. Si el hecho es objetivamente inevitable (por ejemplo, un transeúnte observa como un sujeto situado en la décima planta de un edificio se apresta a disparar contra su víctima) el observador no queda vinculado al MID.²⁷⁷

Derivado de lo anterior debemos sostener que la vinculación al MID depende de un juicio de previsibilidad objetiva, es decir, el sujeto tenía capacidad impeditiva y no intervino (Sola, 1999: 107).²⁷⁸

La acción de rescate debe ejecutarse además de acuerdo a la cláusula “sin riesgo propio o ajeno” presente en la redacción del artículo 450.1.

Esta mención puede ser vista como una nueva condición para la aplicación del mandato.

Suele afirmarse que esta frase dentro del artículo 450.1 debe ser vista como una cláusula de inexigibilidad (Sola, 1999: 153).

Si existe riesgo propio o ajeno no se tiene la obligación de intervenir.

²⁷⁷ En el mismo sentido SOLA, 1999: 106 - 107, quien además sostiene la desvinculación al mandato aunque *ex post* se demuestre que hipotéticamente existía alguna intervención idónea que habría evitado el delito. Lo mismo ocurriría en el caso de que otros terceros intervengan haciendo inútil la intervención del sujeto en principio vinculado. Creo que esto puede ser complejo. Si tal como sostiene Sola, en primer término, la consumación del delito no es definitiva para afirmar la concurrencia del MID, puede resultar difícil sostener que una intervención de un tercero que se vincula al mismo MID pueda exonerar a otro que no hace nada. Probablemente la salida esté determinada por considerar que la idoneidad de la acción de rescate puede operar como un juicio racional de parte de quienes pueden tener que ejecutar el rescate. Es decir, que la acción de rescate que tenga las mejores posibilidades de impedir el delito debe ser escogida cuando existe más de una disponible.

²⁷⁸ Podría plantearse la pregunta acerca de la conducencia del MID ante los casos de tentativa inidónea. Evidentemente la respuesta queda condicionada a qué entendamos por tentativa inidónea. Si seguimos a Sola y consideramos inidónea a aquella tentativa que *ex ante* no es peligrosa, igual que no hay necesidad de la defensa, a los efectos de invocar la causa de justificación de legítima defensa, tampoco se precisa la intervención de un sujeto con una acción de rescate, véase SOLA, 1999: 109.

Sin embargo, resta determinar qué clase de riesgo excluye al deber. Al respecto la legislación española no entrega una pista en el texto del artículo 450.1. No se señala qué clase de riesgo hace desaparecer al mandato, por ejemplo, sosteniéndose que el riesgo debe ser de cierta entidad o relevante.²⁷⁹

A pesar de este defecto regulativo, no parece razonable sostener que cualquier riesgo sea suficiente para excluir el mandato. De ser así, el MID carecería de toda eficacia.²⁸⁰

Es evidente que el riesgo que permite descartar el juego del MID no debe ser el mismo que se padece al encontrarse en situación de ser víctima del delito que debe evitarse. Es decir, es claro que el riesgo de quien debe evitar el delito debe ser menor que el de la víctima. Pero eso no quiere decir que sea insignificante (Huerta, 1987: 211).

La propia Huerta presenta un buen ejemplo para ilustrar este punto:

«[I]maginemos que A, buscando la oscuridad de la noche para mantener relaciones sexuales clandestinas con B, presencia como C se apresta a disparar contra D. Es evidente que si A, pudiendo con su *intervención inmediata*, evitar un delito contra la vida, no lo hace, incurre en responsabilidad a título del primer párrafo del artículo 338 bis [actual 450], sin que, a mi juicio, pueda alegar a su favor la existencia de un riesgo, para su reputación o para la de B, derivado de la propia actuación impeditiva. Pero distinta sería la cuestión si lo que sucede es que, al ir C armado y no estarlo ni A ni B, la actuación impeditiva ocasiona un riesgo para la vida o integridad personal de estos últimos» (1987: 211).

²⁷⁹ Sobre esto véase HUERTA, 1987: 210.

²⁸⁰ En contra de esta posición puede verse ALAMILLO, 1962: 116 -117.

Debe notarse que la hipótesis planteada por Huerta implica considerar un riesgo menor (riesgo para la integridad personal) que el riesgo al que se enfrentaría la víctima del delito que debe impedirse (riesgo para la vida).

El razonamiento de Huerta nos entrega un nuevo aspecto además de la necesidad de relevancia del riesgo. El riesgo no debe ser medido en abstracto sino en concreto. Esto quiere decir que en el caso concreto de un conflicto de intereses (como puede ser en la primera hipótesis del ejemplo citado, un riesgo para el honor contra el riesgo para la vida de D) debe apreciarse, de acuerdo a las circunstancias del caso si el riesgo concurrente excluye o no el deber de actuación.

En este sentido debemos sostener que los intereses determinan la conducencia de las acciones de rescate. Existe una conexión lógica entre la presencia de intereses y la concurrencia de acciones de rescate. Sólo si no existe un interés que pueda resultar relevante, es decir, un interés existente de parte del sujeto al MID, podremos dar por satisfechas todas las piezas de la teoría del rescate y afirmar con ello la concurrencia del delito del artículo 450.1 CP.

5.4. Algunas cuestiones de lege ferendae derivadas de la teoría del rescate

De las ideas hasta ahora expuestas, creo que pueden extraerse ciertos criterios, en su mayoría críticos, de la actual regulación del MID en el derecho penal español.

Como hemos visto, muchas de las cuestiones tradicionalmente tratadas por la doctrina quedan engarzadas con la estructura de la teoría del rescate, la que además entrega la posibilidad de “observar la gramática profunda” del delito.

Teniendo todos estos elementos a la vista podemos estructurar los siguientes juicios de *lege ferendae*.

5.4.1. *El alcance de los delitos que deben impedirse*

Como hemos visto, es posible sostener que el MID debe referirse específicamente a ciertos concretos delitos que, creo, quedan cubiertos desde la perspectiva del tipo de obligación política en el sentido del artículo 450.1 CP.

En este sentido, creo que podría reemplazarse la tradicional mención a “delitos contra la vida” o “contra la libertad sexual” que actualmente configura el MID.

Si seguimos las premisas del argumento de la consideración de los delitos *mala in se* en el sentido que ha sido usado por los ya citados Duff y Marshall, creo que puede proponerse, en primer término, una modificación en el sentido de especificar la clase de delitos que deben evitarse. Así, considero que sería plausible sostener que deben evitarse o impedirse delitos de homicidio, aborto no consentido, violación, abuso sexual, secuestro, etc.

Estimo que de esta manera, centrándose en las formas de delitos paradigmáticos, se evita la confusión interpretativa que deriva de lo errónea que puede resultar una mención en torno a “familias de delitos” de acuerdo a su objeto de protección. Recordemos en el ya mencionado caso del aborto, o en el caso de la producción de material pornográfico con menores de edad, o en el mencionado ejemplo de manipulación genética. Considero que el argumento de la facilidad intuitiva puede tener sentido y aclara el alcance del mandato desde este punto de vista.

La pregunta que queda por responder en este punto es: ¿Por qué no extenderlo a otras clases de delitos?, Por ejemplo, resulta evidente desde hace muchos años en la política criminal española la necesidad de controlar los delitos contra la propiedad. Esto podría incluirse por la vía de la especificación, aunque claro, el caso paradigmático del robo con violencia, puede entenderse incluido en el caso de que lo consideremos, parcialmente, un delito contra la libertad.

Por otra parte, podríamos, por la vía de este argumento, precisar indubitadamente la presencia de delitos cuya exclusión podrían fundamentarse en una interpretación literal del actual artículo 450.1 pero que por otra nos podría resultar extraño.

Pensemos en el problema de los delitos contra la indemnidad sexual. No todo delito sexual se comete contra la libertad sexual, porque no todas las víctimas relevantes para el sistema cuentan con libertad sexual.

Es el caso, ni más ni menos, de los menores de trece años, de personas privadas de sentido o que tengan un trastorno mental del que se abuse para cometer el delito.²⁸¹

Esta clase de víctima carece de libertad sexual, a su respecto se protege a la indemnidad sexual. El argumento es sencillo, la manifestación más determinante de la libertad sexual es la posibilidad de consentir en mantener relaciones sexuales. Las relaciones sexuales consentidas, por definición, escapan del ámbito de aplicación de las descripciones de los delitos contra la libertad sexual. Escapan precisamente porque las personas que mantienen

²⁸¹ Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 181.2 CP.

relaciones sexuales pueden aceptar y desarrollar el hecho, excluyendo el injusto.

Esta facultad está denegada para el caso, por ejemplo, de un menor de trece años. Toda interacción sexual con un menor de trece años es, en principio, punible. Que el menor de trece años consienta en estas relaciones, aunque lo haga de manera libre y espontánea, resulta irrelevante a efectos de afirmar la concurrencia de un delito contra la indemnidad sexual.

Pues bien, de acuerdo a la redacción del actual artículo 450. 1 CP esta clase de delitos podría entenderse excluida. Es decir, los ciudadanos deben rescatar, en cumplimiento del MID, a quienes pueden consentir en la práctica sexual pero no a quienes se considera víctimas *per se*.

Creo que este punto puede solucionarse por medio de una mención específica que ponga como delito que debe ser impedido a la violación o el abuso sexual, por ejemplo.

5.4.2. Acciones de rescate y denuncia

De la mano de las consideraciones defendidas hasta aquí en este trabajo, puede realizarse otro juicio relativo a la relación entre el número 2 y el número 1 del artículo 450 CP.

Como he anunciado, creo que ambos delitos responden a la estructura de la teoría del rescate que intentamos configurar para el MID. La diferencia radica tan sólo en que el número 2 está referido específicamente a una clase de acción de rescate, la denuncia.

Lo aconsejable, en mi opinión, sería reunir a la denuncia dentro de las acciones de rescate por medio de las cuales puede ser cumplido el MID. Es decir, si existe una relación, esa relación puede

ser expresada en términos de un carácter alternativo frente a los intereses que se encuentran en juego por la probable comisión del delito.

De esta manera, además, se entendería mejor a mi juicio la posición sistemática de este delito, que como ya hemos anotado, se encuentra emparentado con aquellas disposiciones originalmente establecidas en protección de una muy laxa noción de solidaridad, pero en el caso concreto, y dadas las ideas derivadas de la teoría del rescate sostenida en estas páginas, permite explicar su presencia entre los delitos contra la administración de justicia, sin necesidad de reinterpretar a la propia noción de administración de justicia.

5.4.3. Relevancia del riesgo

Por último, en este nivel de crítica político criminal, siguiendo lo ya señalado por Huerta, considero importante limitar el tipo de riesgo que debe concurrir para entender excluido el MID.

Pienso que la propuesta debe ser sencilla: sostener que el riesgo propio o de terceros que excluya debe ser relevante y distinto del riesgo de la víctima del delito.²⁸²

De esta manera, considero que el juez en la aplicación de este criterio contaría con una guía que podría conducirlo a la solución de casos en que la defensa alegue la inexistencia o falta de sentido del MID por haber concurrido un riesgo, teniendo presente que, claro está, la situación de rescatar a otro de las consecuencias de un delito siempre entrañará algún nivel de riesgo.

²⁸² Parte de la doctrina intenta caracterizar a este riesgo como un riesgo desproporcionado. Véase AGUADO, 2004: 176.

Lo más relevante, a mi juicio, de la evaluación del riesgo, es que este define la propiedad central del MID. El MID es una carga que requiere ser puesta en práctica de acuerdo a cierto sentido común. Que el riesgo, propio o ajeno, tenga la capacidad de excluir la exigibilidad de la actuación se conecta, evidentemente, con que la actuación sea razonablemente exigible.

¿Existen actuaciones que consisten en rescate de terceros que no sean razonablemente exigibles? La respuesta es obvia y afirmativa. El asunto central es que la cláusula de inexigibilidad es la que dota de sentido al MID en tanto mandato jurídico penal.

Si volvemos sobre el problema de la situación ética de este mandato, recordemos que he propuesto situarlo entre la ética del samaritano y *algo menos* que *Daredevil*.

Mirado desde el punto de vista de la exigibilidad de la conducta, sostener que el MID impone *algo menos* que la ética derivada del uso de la imagen de *Daredevil* (una ética superheroica ideal) es equivalente a asumir que el MID debe ser visto como una carga simplemente erogatoria (y obviamente no supererogatoria), es decir, como un mandato “normal” desde la perspectiva de las expectativas respecto de la conducta de quien ejecuta el rescate, y, por otra parte, debe asociarse con cierto sentido común en el nivel de la exigibilidad y su correlato expresado en la cláusula de inexigibilidad.

Si volvemos sobre la lógica política (relacionada con la teología negativa propuesta por Atria y que hemos tratado en el capítulo I de este trabajo), la cláusula de inexigibilidad define lo que no es propio del MID, para de esa manera permitir el desarrollo conceptual de lo que en realidad es.

5.4.4. *La relación entre múltiples acciones de rescate y la idoneidad del mismo.*

Un último punto relevante desde la perspectiva de las proyecciones que esta teoría del rescate puede entregarnos en el ámbito del MID es el de la idoneidad de la acción de rescate en el caso de que estas se presenten alternativamente.

Si en un caso hipotético un sujeto presencia bajo su ventana el comienzo de la comisión de una agresión sexual, es posible que tenga a su disposición varias acciones de rescate.²⁸³

Es posible que quien presencia estos hechos, pueda tomar su teléfono móvil y llamar a la policía advirtiendo el lugar donde los hechos tienen lugar. Es posible que el sujeto que presencia los hechos salga al balcón de su casa para hacer notar su presencia y con ello persuadir al agresor de la realización del hecho. También, podríamos esperar que el sujeto que nota la posibilidad de una agresión inminente salga de su casa e interfiera físicamente en contra de la agresión.

En este ejemplo, el requisito o premisa relativa a la presencia o disponibilidad de acciones de rescate se encuentra presente. Lo particular es que existe más de una acción de rescate que es posible realizar.

No es lo mismo ejecutar una acción de rescate absolutamente inidónea, como sería el caso de hacer la llamada a la policía sin hacer nada más sabiendo que lo más probable es que la presencia policial tendrá lugar una vez comenzada la ejecución de la agresión, que

²⁸³ Damos por sentado, por una parte, el importante punto de la obligación política como base para admitir la figura del MID. También, por otra parte, damos por sentado que concurre un interés de la víctima en ser rescatada.

además salir al balcón para ahuyentar al agresor y con ello conseguir el resultado de evitar la ejecución del delito.

Por supuesto, tampoco es lo mismo decidir simplemente usar el teléfono móvil para llamar a la policía que salir a la calle y enfrentarse físicamente al agresor y con ello evitar el delito.

¿Qué hace que tengamos que elegir, en caso de que exista esta posibilidad, una acción que sea idónea para evitar el delito?

La respuesta parece sencilla. Si sostuviéramos que el cumplimiento del MID en el caso de la elección de una acción de rescate inidónea queda satisfecho por medio de esa elección, estaríamos sosteniendo un mandato trivial. Es obvio que éste no es el sentido al que nos debe llevar una teoría del rescate como la que pretendemos presentar.

La cuestión complicada es definir, en qué caso una acción de rescate queda fuera de la órbita del MID aunque resulte idónea para evitar el delito. En otros términos, lo que queda por definir es la función de cláusula de inexigibilidad presente en el MID.

Por cierto, esta cuestión nos lleva a su vez al problema más general acerca de qué versión de MID puede ser considerado un acto supererogatorio. Sabemos que el tipo de justificación que se ha desarrollado en este trabajo supone el carácter erogatorio del MID.

Un buen punto de partida es considerar la posibilidad de explicar paso por paso, las piezas de la teoría del rescate para el MID. Para ello puede ser útil considerar la siguiente formalización:

$$(IR \wedge AR \wedge \neg CI \wedge AI) \rightarrow MID$$

Así IR expresa el interés en el rescate. AR expresa a la acción de rescate disponible. CI a la cláusula de inexigibilidad y AI a la

alternativa idónea en el caso de encontrarnos en un supuesto con multiplicidad de acciones de rescate (como el explicado recientemente).

La teoría del rescate para el MID supone, como ya hemos explicado, que se produzcan distintas condiciones. Debe existir un interés en que el rescate se efectúe, principalmente, de parte de quien padece el mal. Deben existir acciones de rescate disponibles. Hemos expresado que en el caso del MID se manifiestan con especial fuerza las acciones de rescate directas, las indirectas que no sean la denuncia y por cierto, de manera colateral, las acciones de rescate que toman la forma de prestaciones estatales.

Para que podamos afirmar la existencia del MID, es necesario además, que en la base la obligación política admita la existencia de deberes asociados a la ayuda de terceros.²⁸⁴

Junto a estas condiciones, sabemos que el MID cuenta con una cláusula de inexigibilidad (“sin riesgo propio o ajeno”). La ausencia de la cláusula es también una condición para la concurrencia del MID. Finalmente, sabemos que dado que las acciones de rescate pueden tener diversa naturaleza, es muy posible que el obligado a actuar tenga que elegir una acción de rescate concreta. Debe haber idoneidad en esta elección.

Ahora, ¿cómo distinguimos el caso erogatorio del supererogatorio en este contexto? Una manera bastante clara viene determinada por la siguiente tabla²⁸⁵:

²⁸⁴ Y sabemos que este es un punto crucial en el tipo de justificación que ha dado lugar a este trabajo. Recordemos que la apertura de la teoría del rescate a la cuestión relativa a la obligación política es la manera en que el contexto de justicia política se hace particularmente relevante.

²⁸⁵ En sentido estricto, ésta es una representación de tan sólo dos de las dieciséis posibles combinaciones que pueden darse con las condiciones que hemos identificado para el MID. Me he concentrado tan sólo en estas dos debido a que lo

IR	AR	CI	AI	MID	Supererogación
+	+	+	+	no	Sí
+	+	-	+	sí	No

No es posible que concurra la supererogación y la erogación. El MID, de acuerdo a la secuencia de este trabajo, no es una carga supererogatoria en la medida que constituye un deber jurídico determinado. La manera de diferenciar el MID de un “MID defectuoso” por ser supererogatorio, viene determinada por la concurrencia de sus condiciones de aplicación.

Si concurren conjuntamente el IR, hay disponibilidad general de AR, hay CI (hay riesgo propio o ajeno que justifique no actuar), se ha escogido idóneamente dentro del abanico de acciones AI a la que sea idónea (o más bien hay alternatividad y puede elegirse), y se ejecuta con estas condiciones el rescate nos encontramos ante una hipótesis supererogatoria de MID. Este no es el sentido que debe tener el MID en el derecho, no puede exigirse a nadie que actúe supererogatoriamente en este contexto, pero de ejecutarse el rescate este debe ser visto como un acto extraordinario. Un acto propio de la imagen de *Daredevil* de acuerdo a la propuesta de este trabajo y que supera con creces la ética mínima.

Este punto es importante, porque creo que éste es el espacio en el que queda reducida la privacidad tan importante en la perspectiva liberal. En el caso del MID supererogatorio tenemos precisamente aquello que se debe aplaudir pero no sancionar en caso de faltar.

que me interesa en este punto es la distinción entre supererogación y erogación desde la perspectiva de la concurrencia o no de la cláusula de inexigibilidad.

Por otra parte, si concurren IR, hay disponibilidad general de AR, no hay CI, se ha escogido idóneamente dentro de AI, y se ejecuta en estas condiciones el rescate, nos encontramos con un MID ejecutado dentro del ámbito de lo erogatorio. A la luz de la teoría del rescate que he propuesto en este trabajo, esta es la forma que debiera tomar el MID, esta es la vía por medio de la cual encontramos la mejor versión de justificación para el MID.

A modo de conclusión

Creo que resultaría deseable poder ofrecer algunas ideas a modo de conclusión de este trabajo.

Como ha podido apreciarse, en el desarrollo del argumento central han debido tocarse una serie de cuestiones que pueden resultar relevantes con miras a la justificación del MID, y quizá es posible que estas ideas puedan ser extendidas a otras figuras dentro del derecho penal.

Dividiré las conclusiones en dos líneas: la primera, a la que denominaré “general” contendrá los puntos del trabajo que no se relacionen directamente con la propuesta específica de justificación del MID.

En la segunda línea, que denominaré, “particular”, expresaré los principales puntos de la clase de teoría del rescate que defiendo para justificar el MID en el sistema español.

6.1. La línea general

Probablemente, el primero de los puntos generales al que deba aludirse en el capítulo final de este trabajo es a la relación entre la ética del samaritano y la figura súper heroica representada por la imagen de *Daredevil*.

Debemos recordar que he buscado utilizar aquellos argumentos de la filosofía política que sean pertinentes y que cuenten con, al menos, una pretensión de proyección identificable hacia el derecho penal. Durante el desarrollo del trabajo he decidido “filtrar” todo aquello que resulte altamente contraintuitivo con la clase de filosofía política que creo sirve de marco al análisis (así queda fuera del arco

de posibilidades el liberalismo no igualitarista, el anarquismo, entre otros).

Como he señalado en el primer capítulo del trabajo, definiendo una visión de la ética del samaritano conforme a la cual el relato correspondiente a la parábola del buen samaritano designa la relevancia de las relaciones entre los individuos.

Según esta visión, que comparto con el trabajo de Winch (1987) y particularmente con el trabajo de Bankowski (2001), lo más relevante de la narración del samaritano es reconocer la relevancia de la existencia de vínculos entre los ciudadanos y la posibilidad de afirmar que existen deberes correlativos a esos vínculos.

Por ello, es posible sostener que la ética del samaritano contiene un estándar de actuación que deriva de la sola existencia de comunidad o de vida asociada. Si esto es así, las acciones derivadas de ese estándar (como la ayuda a quien se encuentra en peligro) no pueden ser vistas como una acción caritativa y por tanto “fuera de lo común” sino como un tipo de actividad normal dada la normalidad del vínculo que le da sentido.

Desde esta perspectiva las acciones de rescate que se realizan en el contexto del MID no quedan totalmente explicadas con la vinculación a la sola ética del samaritano. Se requiere algo más.

En este punto, he decidido acudir a ciertas imágenes que dan cuenta de la aspiración contenida en las instituciones, y en particular en el MID.²⁸⁶

Las imágenes escogidas son las presentes en cierta literatura de superhéroes norteamericana. Pertenecen al mundo del cómic.²⁸⁷

²⁸⁶ He seguido en este punto el modo de narración presente con particular intensidad en el trabajo de Bankowski ya reseñado.

²⁸⁷ Esta elección, como ya he apuntado en el capítulo I del presente trabajo, se basa en la necesidad de encontrar una imagen intuitivamente cercana para el lector. Es

El superhéroe en esta perspectiva constituye una imagen que en conexión con el estándar ético del samaritano permiten situar al MID en el terreno de acciones que se desarrollan con el contexto de las relaciones entre los individuos, pero que además, expresa la aspiración al comportamiento súper heroico. Por ello, he utilizado la expresión: el MID conlleva que los ciudadanos se comporten como samaritano y como algo menos que *Daredevil*.

La figura más relevante dentro de las tres opciones que se han utilizado en esta parte del trabajo es *Daredevil*. *Daredevil* cuenta con una serie rasgos que le acercan a la conducta que me parece se encuentra cercana a la intuición política del MID.²⁸⁸

Esta conexión y su compromiso con una comprensión ética del MID denotan además, una cuestión bastante importante para mi trabajo: hay una manera de concebir la relación entre derecho penal y filosofía política. O si se quiere, la relación existente entre la filosofía política y el derecho nos obliga a expresar el lenguaje en que se expresan los argumentos posteriores en el trabajo.

Principalmente, creo que esta relación supone que el derecho tiene un sentido político y que ese sentido tiene como propiedad fundamental su simbolismo. El derecho es, en términos políticos, un lenguaje simbólico o que se desarrolla por medio de representaciones.

un recurso literario como podrían haber sido muchos otros. Sin embargo, creo que las figuras de Superman, Batman y Daredevil resultan de una especial significación política. Es decir, son superhéroes que por razones distintas tiene una marca política interesante a efectos de este trabajo. Por otra parte, la idea de héroe y superhéroe ha tenido, desde algún tiempo, bastante atención de parte de los filósofos en materias tales como la teoría moral, la ética, etc. Sin duda, todas las materias interesantes en el plano de las preconcepciones presentes en el capítulo I de este trabajo.

²⁸⁸ No me referiré en este momento a las razones por las cuales creo que Daredevil es la mejor imagen para el MID, me he referido a ello en el capítulo I.

Por ello, la clase de teoría filosófico-política que se encuentra en este trabajo es necesariamente ideal. Es ideal pues el lenguaje que he considerado para su desarrollo es el lenguaje que dice que las instituciones jurídicas (como nuestro MID) son representaciones acerca del mundo en el que queremos vivir. Creo que la manera más global de entender la justificación política del MID es aquella que nos permite comprender el significado político del mismo delito, y que parte de la base del carácter simbólico del mismo.

Es posible que, derivado de este punto inicial, el tratamiento a la literatura acerca del MID en España pueda resultar un tanto injusto. Es decir, es posible que quienes hayan escrito sobre esta figura en el derecho penal español lo hayan hecho sin esperar que sus argumentos fueran expuestos a una lectura comprometida con una determinada teoría de la justicia política. Sin embargo, he intentado situar a estos argumentos en la perspectiva en la que creo que sus autores han intentado exponerlos. Es por ello que destaco con especial intensidad los trabajos sobre la omisión del deber de socorro de Daniel Varona y Rafael Alcácer.

Probablemente, la principal idea que de esta línea conclusiva pueda sacarse es la siguiente: el mejor terreno de trabajo para las cuestiones de justificación de una determinada institución (como el MID en este caso) es el terreno que nos ofrece la filosofía política. En este sentido, la filosofía político-jurídica con proyección en el derecho penal nos permite sostener que el gran escenario se determina por dos alternativas: la perspectiva liberal y la perspectiva republicana.

Junto a este esquema, debemos enunciar que el uso del terreno de la filosofía política, sumado a la consideración del derecho como un modo institucional simbólico, nos obliga a sostener el carácter inestable de las etiquetas con las que he decidido trabajar. Así, las

expresiones “perspectiva liberal” y “perspectiva republicana” pretenden denotar que lo que tenemos es un continuo de pensamiento acerca del destino político de ciertas instituciones.

No puede separarse sin más republicanismo de liberalismo. Existen muchos argumentos que entenderíamos como republicanos hoy en día, pero que en sus primeras formas fueron pensados como una forma de liberalismo.²⁸⁹ Por otra parte, existen construcciones que situaríamos evidentemente dentro del espectro republicano pero que contienen, a veces, explícitas referencias a la forma de pensamiento liberal.²⁹⁰

En atención a esto es que he decidido concebir a las alternativas presentes en el campo de la filosofía político-jurídica como una sucesión, a veces solapada, de ideas acerca de ciertos puntos relevantes del ordenamiento social.

Esto no equivale a decir que existe compatibilidad *prima facie* entre todos los argumentos con independencia. Sostengo que las etiquetas son inestables pero no completamente irrelevantes.

Un argumento comunitarista, desde la óptica de McIntyre difícilmente puede ser coordinado con un argumento rawlsiano, habida cuenta de que muchos de los principales argumentos comunitaristas han sido diseñados como críticas al pensamiento liberal. Pueden darse casos en que, de todas formas, un argumento diseñado para impactar con fuerza en la base de una clase de pensamiento, puede no obtener, desde mi punto de vista, el resultado deseado. Es lo que creo que ocurre en ciertos puntos centrales de la teoría feminista del Estado de McKinnon: estimo que

²⁸⁹ Es el caso del liberalismo deontológico de Sandel al que ya me he referido.

²⁹⁰ Es el caso de Dagger y su “republicanismo liberal”.

finalmente termina siendo un reclamo liberal basado en una categoría ontológica como es “lo femenino”.²⁹¹

Todo este trasfondo cobra sentido cuando asumimos los rasgos que parecen proyectarse con mayor contundencia en el área del MID. Así, la noción de libertad, de virtud, el principio de asociación, entre otros, resultan nociones sobre las cuales cabe reflexionar a la hora de pensar en la justificación del MID.

No obstante, creo que la mejor herramienta que tenemos disponible es la teoría del rescate de Klosko. Si bien el interés de Klosko es desarrollar un punto acerca de su noción de obligación política, ofrece una interesante manera de articular las distintas ideas que se relacionan con el MID.

En primer término, Klosko propone asumir la relevancia de una determinada forma de la noción de obligación política. El punto de partida es asumir que la obligación política es una idea lo suficientemente porosa para permitir la integración de conceptos como la asociación y los deberes públicos. Ya hemos apuntado que este es un terreno donde la literatura cuenta con incontables formulaciones. Lo que quiero destacar de la formulación de obligación política de Klosko es que es una noción de obligación política que permite la afirmación de deberes de ayuda a otros, tales como el mandato de socorro y el MID. Derivado de esto, cuenta

²⁹¹ Una lectura alternativa es considerar que “lo femenino” en McKinnon tiene un sentido mucho más simbólico de lo que la autora ha podido expresar en su teoría. Con ello quiero decir, es posible realizar una reconstrucción de “lo femenino” como base de una teoría feminista del Estado de manera de dotar de sentido político a la clase de “masculinidad” que puede advertirse en el pensamiento liberal. Sin embargo, el gran obstáculo, a mi juicio, quedará determinado por sobrepasar la barrera del recurso a la igualdad como concepción relevante en una determinada teoría de la justicia feminista. Es decir, hace falta algo más que la igualdad para sostener que hay imposibilidad de coordinación entre la propuesta liberal y la feminista.

además con una específica formulación teórica para esta clase de obligaciones: la teoría del rescate.

La obligación política se encuentra en la base, y es el primer paso en la formulación de esta teoría del rescate. Una noción de obligación política extremadamente débil, no permitirá la articulación de la teoría pues el resto de las piezas de la misma se relacionan fuertemente con esta noción fundamental.

Luego, siguiendo con la teoría del rescata kloskiana, debemos ser capaces de identificar *intereses* de parte de los miembros de la comunidad en orden a ser rescatados. Debemos poder sostener que quien se encuentra en el caso de necesidad de rescate mantiene un interés en ser rescatado.

Si hay *intereses* en el sentido de la teoría del rescate, debemos también ser capaces de concebir la vía de ejecución de ese rescate. A esto lo he llamado *acciones de rescate*²⁹².

Las acciones de rescate son las vías que pueden ser desplegadas por parte de quien presencia la situación que desencadena el interés en el rescate. Una acción de rescate puede tener la forma de una llamada telefónica a la policía como de un golpe defensivo.

Tal y como las he concebido, estas acciones puede ser de tres clases: directas, indirectas y prestaciones.

Debido a que el contexto de la obligación política es extremadamente amplio, resultan también en extremo amplias las formas que pueden tomar las acciones de rescate. Como la teoría del rescate pretende abarcar un gran abanico de casos -que exceden, por

²⁹² Recordemos que dentro de mi propuesta se encuentra implícita la simplificación del lenguaje kloskiana que llama a los *intereses* “established interest” y a las *acciones de rescate* “Requirement of State Actions”.

cierto, nuestro particular MID- es recomendable determinar con mayor exactitud las formas que pueden tener las acciones de rescate.

Las *acciones de rescate directas* consisten en el despliegue de una conducta que supone la intervención directa de quien ejecuta el rescate. Es el caso de quien salta al agua para rescatar a quien se ahoga, y es también el caso de quien se interpone entre la víctima y su agresor en, por ejemplo, un delito de lesiones.

Por su parte, son *acciones de rescate indirectas* aquellas que suponen el despliegue de una actividad en orden a la ejecución del rescate pero que no conllevan una intervención personal de parte de quien ejecuta la acción. Es el caso de la denuncia a la policía de una situación que pueda implicar la comisión de un delito, o el simple grito de auxilio.

Finalmente, hay acciones de rescate que se encuentran más lejos de la situación de peligro y que podemos denominar *prestaciones*. El Estado genera por medio de decisiones institucionales diversos mecanismos para hacer idónea la posibilidad de rescate. El hecho de la existencia de leyes que articulen cuerpos policiales que combatan el delito, como las campañas de prevención de ciertos riesgos, así como el hecho de generar espacios en los cuales pueden desenvolverse las acciones directas e indirectas ya reseñadas. Son *prestaciones* relacionadas con la lógica de las acciones de rescate, por ejemplo, los mecanismos para realizar denuncias a la policía, la existencia de números telefónicos de fácil acceso para dar cuenta de situaciones tanto delictuales como simplemente riesgosas.

La manera en que esta teoría puede tener funcionamiento en el seno de nuestro MID será abordada inmediatamente en el apartado de conclusiones relativo a lo específico.

Desde la perspectiva general debo destacar que esta teoría cuenta con un área de interesante porosidad como es la idea de obligación política. Al poner de manifiesto la necesidad de contar con una noción de obligación política que tenga espacio para la construcción de deberes derivados de la relevancia pública de la vida en comunidad, nos encontramos en un terreno donde las alternativas propiamente filosófico-políticas tienen una importancia capital.

Por ello, una obligación política marcadamente liberal o en los términos de este trabajo, que sea tributaria de la perspectiva liberal puede dar espacio para la construcción del MID. Contará con la defensa a ultranza de la libertad personal, en particular en su forma de privacidad, pero es posible encontrar maneras de armar la justificación desde esta perspectiva.

Debo hacer notar, que, de todos modos, resulta claro que la fórmula más interesante para desarrollar una teoría del rescate que justifique al MID es una forma de perspectiva liberal bastante descargada de la noción de libertad como razón de limitación. Es decir, se aproximará mucho a la idea de liberalismo deontológico propuesta por Michael Sandel y que ha sido explicada en el capítulo III de este trabajo.

Esto no es un mal resultado. Si es posible coordinar las bases del pensamiento de Klosko con las de Sandel, es posible sostener que el camino hacia la justificación está abierto aunque debe superar ciertos obstáculos bastante serios.

Estos obstáculos tienen dos direcciones. La primera de ellas es la de negación de la propia justificación. Un defensor de la perspectiva liberal en materia penal puede admitir la teoría del rescate en diversos puntos, pero probablemente en lo que diga

relación con la solidaridad y el combate contra el delito tenga una respuesta negativa.

Esto, porque desde la perspectiva liberal parece una salida obvia, por ejemplo, desde la propuesta de autonomía individual como valor preponderante, la sentencia de injustificación de una carga como el MID. Este camino es posible, pero en un sentido es también obvio. Mi trabajo se ha orientado a la búsqueda del problema de la justificación, dejando de lado la alternativa de su negación pues considero que subsisten, aún en la perspectiva liberal, buenos argumentos para ello.

La segunda de las direcciones es interna. Se trata de la serie de problemas que surgen cuando la libertad y el consentimiento confluyen para dar forma al delito que, *prima facie*, debería ser evitado. Ya me he extendido sobre este punto en el mismo capítulo III.

Además, queda pendiente otra cuestión interna. La teoría del rescate marcada por la perspectiva liberal tiene serios problemas para explicar la forma del MID. Es decir, no parecen encontrarse buenas razones para diferenciar el MID del mandato de socorro, dentro de la propia legislación penal. Esto se extiende a otros aspectos, como la diferencia de penalidad y la pregunta acerca de por qué deben impedirse ciertos y determinados delitos.

Gracias a la propia estructura de la teoría del rescate, resulta particularmente interesante recurrir a la segunda de las grandes perspectivas con las que he considerado trabajar: la perspectiva republicana.

Las ideas republicanas, además de tener una fuerte vocación institucional en lo jurídico, y particularmente, en lo relativo al derecho penal, impactan de manera interesante en la comprensión de

obligación política de la base de la teoría del rescate, y aún más, cuentan con una propuesta específica que da buenos y llamativos resultados en nuestro campo de estudio.

Es el caso de la tesis de Duff y Marshall del “crimen como mal compartido”. Enfrentando un amplio programa acerca de la criminalización, Duff y Marshall cuentan con una explicación acerca de los principales rasgos de lo que denominan *crimina mala in se*. Los crímenes *mala in se* son una clase de mal público, que es intuitivamente compartido por los miembros de la comunidad. El crimen es un mal cuya respuesta penal expresa la manera en que se comparte el mal. Los casos paradigmáticos de *crimina mala in se* son lo que, en el contexto continental, llamaríamos (salvo algunos matices) núcleo duro del derecho penal.

Lo llamativo a efectos del estudio de la justificación de MID es que esos crímenes son crímenes contra la vida, contra la libertad, contra la libertad sexual y contra la integridad corporal. Es decir, se trata exactamente de la clase de males que se encuentran en el foco del MID en España. Con ello, gran parte de las dudas y preguntas pendientes en la justificación de perspectiva liberal quedan, a mi juicio, satisfactoriamente resueltas.

¿Debe preferirse un modelo de filosofía política? Creo que a pesar de poder advertirse “alternatividad” entre la propuesta liberal y republicana, estos y todos los modelos pueden ser vistos como un continuo. Además, como ya he afirmado, todos los modelos se construyen sobre la base del argumento orientado al bien, lo que sumado a su carácter no totalmente excluyente, permite sostener que pueden convivir en un determinado sistema jurídico. Lo relevante será tomar partido por una teoría del rescate en tanto forma específica de justificación institucional.

No acepto con ello, la posibilidad de que asumiendo un determinado contexto, como el liberal, podamos siempre realizar el ejercicio de hacer convivir bajo supuestos teóricos distintos a dos propuestas. Lo que sí, es que dada la secuencia del enfrentamiento de los argumentos de teoría política (al que he aludido como un continuo) es posible que en un determinado sistema encontremos entrelazadas en una decisión o en una operación, supuestos teóricos híbridos. Con ello, la pregunta sobre la convivencia de perspectivas “liberales” y “comunitaristas” será una pregunta aparente debido a la inestabilidad de las etiquetas ya explicada.

La forma definitiva que una teoría del rescate –con una perspectiva que incluya además de la liberal a la republicana- deba tomar, así como las proyecciones en problemas específicos a partir del MID serán abordados en el segundo grupo de conclusiones particulares.

6.2. La línea particular

La línea de conclusiones particular se relaciona fuertemente con la forma que, en concreto, sostengo que debe tener la teoría del rescate para el MID.

Sabemos que el ejemplo con el que hemos venido trabajando es el concreto MID del artículo 450.1 CP.

Dado el funcionamiento de la línea general de argumentos recién presentado, lo que resta es mostrar cómo se arma la mejor versión de la teoría del rescate.

Pues bien, si asumimos el esquema de dicha teoría, el primer punto que tenemos que afrontar es el relativo a la obligación política.

Como ya he advertido, este terreno, en términos conceptuales, abre infinidad de flancos. Hay tantas construcciones teóricas como autores han abordado este punto en la filosofía del derecho como en la teoría política.

Lo que nos interesa es, simplemente, encontrar algún apoyo para considerar plausible que una teoría acerca de la obligación política admita deberes, tales como el deber de ayudar a otro. Por supuesto, esta manera de formular el deber, excede lo que necesitaríamos para afirmar al MID. Es una manera más general, que el deber de impedir el delito que se va a cometer en contra de un tercero.

Una buena manera de ilustrar esta posibilidad es tomar la idea de la doctrina española acerca de la existencia de un “compromiso liberal” en el contexto del MID.

Si existe ese compromiso debe ser identificable en el nivel constitucional. Esto es, si asumimos que la formulación legal del MID debe sujetarse a los compromisos de orden político de la CE.

Pues bien, este primer paso puede resultar sencillo. No aparece con claridad ningún compromiso liberal que vincule en términos políticos la búsqueda de una versión “no liberal” para el MID.

Luego, de acuerdo a la estructura de la teoría del rescate que hemos extraído de Klosko, deben identificarse, además de la cuestión acerca de la obligación política, tanto intereses como acciones de rescate.

Los intereses son expectativas de la comunidad para el caso de padecer una situación de peligro concreto de ser víctima de un delito. Esperamos ser rescatados o como mínimo que nuestros vecinos no manifiesten indiferencia ante el mal, pues el mal, de acuerdo a lo que ya hemos anotado, es un mal compartido. En el caso

del MID los intereses están constituidos por los delitos que deben evitarse.

Las acciones de rescate constituyen, por su parte, la pieza teórica que dota de sentido a la posibilidad de ejecutar el rescate. Deberíamos ser capaces de identificar estas acciones, primero, en bloque (hay acciones de rescate) y luego en el caso de diversas acciones de rescate disponibles deberíamos esperar una elección idónea para evitar el mal de parte de quien está vinculado al rescate.

Finalmente, sabemos que no debe concurrir la cláusula de inexigibilidad de acuerdo a lo señalado en el capítulo V. Esta cláusula es lo que hace al MID un mandato jurídico cuyo cumplimiento debe ser realizado normalmente por los ciudadanos y no un acto supererogatorio.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, BRUCE (1995), “Liberalismos Políticos”, en *Doxa*, núm. 17-18, pp. 25 – 51.
- AGUADO, TERESA (2004), *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Granada: Comares.
- ALAMILLO, FERNANDO (1962) *La solidaridad humana en la ley penal (ley de 17 de julio de 1951)*, Madrid: Sección de publicaciones del Ministerio de Justicia.
- ALCÁCER, RAFAEL (2000), “Autonomía, solidaridad y deber de socorro (Un apunte histórico)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LIII, pp. 361 – 411.
- _____. (2001) *Los fines del Derecho Penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, Buenos Aires: Ad-Hoc
- _____. (2002), “Prevención y Garantías: conflicto y síntesis”, en *Doxa*, núm. 25, pp. 139 – 175.
- ALEXANDER, LARRY (1996), “Affirmative Duties and the Limits of Self-Sacrifice” en *Law and Philosophy*, Vol. 15, núm. 1, pp. 65 – 74.
- ASHWOTRH, ANDREW y STEINER, EVA (1990) “Criminal Omissions and Public Duties: the French Experience” en *Legal Studies*, Vol. 10, núm. 2, pp. 153 – 164.

- ATRIA, FERNANDO (1999) “Del derecho y el razonamiento jurídico” en *Doxa*, núm. 22, pp. 79 – 119.
_____. (2001) *On Law and Legal Reasoning*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing.
_____. (2011) “Viviendo bajo ideas muertas. La ley y la voluntad del pueblo” (de próxima publicación)

- BADER, CRISTOPHER; DESMOND, SCOTT; MENCKEN, F. CARSON Y JOHNSON, BYRON R. (2010), “Divine Justice: The Relationship between Images of God and Attitudes toward Criminal Punishment” en *Criminal Justice Review*, núm. 35 (1), pp. 90 – 106.

- BANKOWSKI, ZENON (2001), *Living Lawfully. Love in Law and Law in Love*, Dordrecht – Boston - London: Kluwer Academic Publishers

- BARRAGÁN, JULIA (1991), “La función de bienestar colectivo como decisión racional”, en *Doxa*, núm. 9, pp. 91 – 118.

- BARROZO, PAULO (2008), “Punishing Cruelly: Punishment, Cruelty, and Mercy” en *Criminal Law and Philosophy*, núm 2, pp. 67–84.

- BASCUÑÁN, ANTONIO (2002) “El Estatuto del embrión preimplantacional: Observaciones desde el punto de vista jurídico”, en BECA, J.P (ed.) *El Embrión Humano*, Mediterráneo, Santiago, pp. 161 y ss.

- BAYÓN, JUAN CARLOS (1996a), “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, en *Doxa*, núm. 19, pp. 143 – 161.
- _____. (1996b), “Respuesta a Comanducci”, en *Doxa*, núm. 19, pp. 169 – 180.
- _____. (2009) ¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?, en *Diritto e Questione Pubbliche*, núm. 9, pp. 189 – 228.

- BEAN, CLIDE (2001), “Testing the precepts of republican theory against citizen attitudes, beliefs and practices”, en *Journal of Sociology*, The Australian Sociological Association, Vol. 37 (2), pp. 141 – 155.

- BENETT, CRISTOPHER (2006), “State Denunciation of Crime”, en *Journal of Moral Philosophy*, Vol. 3, núm. 3, pp. 288-304.

- BENTHAM, JEREMY (1781) *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, reimpresso en 2000, Londres: Batoche Books.

- BERLIN, ISAIAH (1984), “Two Concepts of Liberty”, en SANDEL, Michael, *Liberalism and its critics*, New York: New York University Press.

- BESSON, SAMANTHA y MARTÍ, JOSÉ LUIS (2009), “Law and Republicanism: Mapping the Issues” en Besson, Samantha y Martí José Luis, *Legal Republicanism. National and International Perspectives*, Oxford: Oxford University Press.

- BRAITHWAITE, JOHN y PETTIT, PHILIP (1990), *Not Just Desert: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford: Clarendon Press (reimpreso en 2002).
- BRENNAN, GEOFFREY y LOMASKY, LOREN (2006), “Against reviving Republicanism”, en *Politics Philosophy & Economics*, núm. 5, pp. 221 – 252.
- BROWN, D.G. (2010), “Mill’s moral theorie: Ongoing revisionism”, en *Politics, Philosophy & Economics*, núm. 9, pp. 5 – 45.
- CARLSMITH, KEVIN (2008), “On Justifying Punishment: The Discrepancy Between Words and Actions”, en *Soc Just Res*, núm. 21, pp. 119 - 123.
- CARRINO, AGOSTINO (1992), “Solidaridad y Derecho. La sociología jurídica de los *Critical Legal Studies*”, en *Doxa*, núm. 12, pp. 115 – 153.
- CELANO, BRUNO (2009), “La forza dell’argomento migliore”, en *Diritto e Questione Pubbliche*, núm. 9, pp. 229 – 255.
- COMANDUCCI, PAOLO (1996), “Sobre las reglas como razones excluyentes. Un comentario al trabajo de Juan Carlos Bayón”, en *Doxa*, núm. 19, pp. 163 – 168.
- COLOMER, JOSÉ LUIS (2001), “Autonomía y Gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal”, en *Doxa*, núm. 24, pp. 251 – 296.

- CORTINA ORTS, ADELA (1985), “La justificación ética del Derecho como tarea prioritaria de la filosofía política: una discusión desde John Rawls”. En *Doxa* núm. 2. pp. 129-144.
_____. (1988) “La moral como forma deficiente de derecho”, en *Doxa*, número 5, pp. 69 – 85.
- COSTA, M. VICTORIA (2009) “Neo-republicanism, freedom as Non-domination, and citizen virtue”, en *Politics Philosophy Economics*, núm. 8 (4), pp. 401 – 419.
- CRUFT, ROWAN (2008), “Liberalism and the Changing Character of the Criminal Law: Response to Ashworth and Zedner”, en *Criminal Law and Philosophy*, núm. 2, pp. 59–65.
- DAGGER, RICHARD (1997), *Civic Virtues. Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, New York - Oxford: Oxford University Press
_____. (2008a), “Punishment as fair play”, en *Res Publica*, 14, pp. 259 – 275.
_____. (2008b), “Republican Punishment: Consequentialist or Retributivist?”, en LABORDE, C. y MAYNOR, J. (eds.) *Republicanism and Political Theory*, Oxford: Blackwell Publishing.
_____. (2009) “Republicanism and Crime”, en Martí, José Luis y Besson, Samantha (Eds.) *Legal Republicanism. National and International Perspectives*, Oxford: University Press, pp. 147 – 166.
- DE ASÍS, RAFAEL (1999) “Modelos teóricos del estado de derecho”, en *Doxa*, número 22, pp. 221 – 232.

- DE CABO MARTÍN, CARLOS (2006), *Teoría Constitucional de la solidaridad*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- DE BRUIN, BOUDEWIJN (2010) "The Liberal Value of Privacy", en *Law and Philosophy*, Vol. 29, núm. 5, pp. 505 – 534.
- DE PÁRAMO, JUAN RAMÓN (1992) "Liberalismo, pluralismo y coacción" en *Doxa*, núm.11, pp. 87 – 116.
- DE RAADT, J.D.R. (2006) "Samaritan Ethics, Systems Science and Society" en *Systemic practice and action research*, vol. 19, núm. 5, pp. 489 – 500.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS (2001), "Presupuestos de un modelo racional de legislación penal", en *Doxa*, núm. 24, pp. 485 – 523.
- DOBUZINSKIS, LAURENT (2008) "Defenders of Liberal Individualism, Republican Virtues and Solidarity: The Forgotten Intellectual Founding Fathers of the French Third Republic", en *European Journal of Political Theory*, núm. 7 (3), pp. 287 – 307.
- DOMENECH, ANTONI (1993), "...y fraternidad", en *Isegoria*, núm. 7, pp. 49 – 78.
- DRESSLER, JOSHUA (2000) "Some Brief Thoughts (mostly negative) about «Bad Samaritan» Laws", en *Santa Clara Law Review*, Vol. 40, pp. 971 – 989.

- DUFF, R.A. y MARSHALL, SANDRA (1998) "Criminalization and Sharing Wrongs", en *Canadian Journal of Legislation and Jurisprudence*, núm. 11 (7), pp. 7 –22.
- _____. (2005), "Theorizing Criminal Law: a 25th Anniversary Essay", en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, núm. 3, pp. 353 – 367.
- _____. (2010), "Towards a Theory of Criminal Law?", en *Proceedings of the Aristotelian Society Supplementary*, Volume LXXXIV, pp. 1 – 28.

- DWORKIN, RONALD (1989) *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.

- ELÍADE, MIRCEA (1976) *Historia de las creencias y de las ideas religiosas I*, (reeditado en 2004, traducción de Jesús Valiente Malla), Barcelona: RBA.

- FARREL, MARTÍN (1995) "¿Hay derechos comunitarios?", en *Doxa*, núm. 17 – 18, pp. 69 – 94.

- FEKETE, LIZ (2009), "Europe: Crimes of solidarity", en *Race Class*, Vol. 50 (4), pp. 83 – 97.

- FINKELSTEIN, CLAIRE (2004), "Comments on Antony Duff's 'Penance, Punishment, and the Limits of Community'", en *Punishment & Society* Vol. 6 (1), pp. 99 – 104.

- FRASER, NANCY y GORDON, LINDA (1992) "Contrato versus caridad: una reconsideración de la relación entre ciudadanía civil y ciudadanía social", en *Isegoría*, núm. 6, pp. 65 – 82.

- GAEDE, KARSTEN (2007), “Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo del fraude de subvenciones”, en HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Madrid – Barcelona: Marcial Pons.

- GARGARELLA, ROBERTO (1997) “John Rawls, «Political Liberalism» y sus críticos”, en *Doxa*, número 20, pp. 391 – 410.
_____. (1999), *Las teorías de la justicia después de Rawls: un breve manual de filosofía política*, Barcelona – Buenos Aires – México: Paidós.

- GARVEY, STEPHEN (2003) “Two Kinds of Criminal Wrongs” en *Punishment & Society* Vol. 5 (3), pp. 279 – 294.

- GARZÓN VALDÉS, ERNESTO (1998) ¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?, en *Doxa*, núm. 21 – II, pp. 145 – 166.
_____. (2001), “Los deberes positivos generales y su fundamentación” en del mismo, *Filosofía, política, derecho*, Valencia: Publicacions de la Universitat de València, pp. 105 – 130.

- GILBERT, MARGARET (2006) *A Theory of Political Obligation*, Oxford: Clarendon Press.

- GILLIGAN, CAROL (1982) *In a Different Voice. Psychological Theory and Women’s Development*, Cambridge – London: Harvard University Press.
_____. (1985), *La moral y la teoría*, México: Fondo de Cultura Económica.

- GIVELBER, JESSICA (1999) “Imposing Duties on Witnesses to Child Sexual Abuse: A Futile Response to Bystander Indifference”, en *Fordham Law Review*, Vol. 67, pp. 3169 – 3204.
- GONZALES ALTABLE, PILAR (1995), “Liberalismo versus comunitarismo (John Rawls: una concepción política del bien)” en *Doxa*, núm. 17 – 18, pp. 117 – 136.
- GONZALES LAJIER, DANIEL (2009), *Emociones, responsabilidad y Derecho*, Madrid – Barcelona – Buenos Aires: Marcial Pons.
- GUTMANN, THOMAS (1999), “«Keepin ‘em down in the farm after the’ve seen paree»: contradicciones de la concepción comunitarista del derecho”, en *Doxa*, número 22, pp. 469 – 506.
- GUZMAN, JOSÉ LUIS (2001) “La administración de justicia como objeto de protección jurídica: (observaciones preliminares a los delitos que la ofenden)” en SAMPEDRO, A. y MESSUTI A. (coords.) *La administración de justicia: en los albores del tercer milenio*, pp. 113-140
- HALLDENIUS, LENA (1998), “Non domination and egalitarian welfare politics”, en *Ethical Theory and Moral Practice*, 1, pp. 335 - 353
- HART, H.L.A. (1967), “Prolegomenon of the Principles of Punishment”, en del mismo *Punishment and responsibility. Essays*

in the philosophy of law. Segunda edición de 2008, Oxford: University Press.

- HASSEMER, WINFRIED (1990), “Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania”, en *Doxa*, número 8, pp. 173 – 186.
- HASEN, RICHARD (1995), “The Efficient Duty to Rescue”, en *International Review of Law and Economics*, núm. 15, pp. 141 – 150.
- HERNANDEZ, JAVIER; GOYENA, JAIME; JOSÉ GRINDA y JAVIER MUÑOZ (2002), *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Navarra: Aranzadi.
- HEYMAN, STEVEN (1994), “Foundation of the Duty to Rescue” en *Vanderbilt Law Review*, vol. 47, pp. 673 – 755.
- HUERTA, SUSANA (1987) “Comisión de los deberes de impedir o denunciar determinados delitos”, en de la misma, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- JAKOBS, GÜNTHER (1995) *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Mourullo, Madrid: Marcial Pons.
- _____. (1996) “Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico”, en *Fundamentos del Derecho Penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

- KELSEN, HANS (1957), "Science and Politics" en del mismo, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, reimpresso en 2000, Berkeley-Los Angeles- London: University of California Press.

- KINDHÄUSER, URS (2008) *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Lima: Ara.
_____. (2009) *Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho* (con Juan Pablo Mañalich), Lima: Ara.

- KLEINIG, JOHN (1976) "Good Samaritanism", en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 5, No. 4, pp. 382 – 407.

- KLOSKO, GEORGE (2004a), "Duties to Assist Others and Political Obligations", en *Politics, Philosophy & Economics*, núm. 3, pp. 143 – 159.
_____. (2004b) "Multiples Principles of Political Obligation", en *Political Theory*, Vol. 32, núm. 6, pp. 801 – 824.
_____. (2005) *Political Obligations*, Oxford: University Press.
_____. (2009) "Cosmopolitanism, Political Obligation, and the Welfare State", en *Political Theory*, Vol. 37, núm. 2, pp. 243 – 265.

- KULEMKAMPFF, AREND (1989), "Ética nomológica y moral de los sentimientos. Observaciones sobre un problema descuidado por la filosofía práctica", en *Doxa*, núm. 6, pp. 405 – 425.

- LACEY, NICOLA (1988), *State Punishment. Political Principles and Community Values*, London – New York: Routledge.

- LAFONT, CRISTINA (2009), “Religion and the public sphere : What are the deliberative obligations of democratic citizenship?” en *Philosophy Social Criticism*, vol. 35, pp. 127 – 150.
- LANDER, WILLIAM y POSNER, RICHARD (1978) “Salvors, Finders, Good Samaritans, and other rescuers: an economic study of law and altruism”, en *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, pp. 83 – 128.
- LAPORTA, FRANCISCO (1995), “Comunitarismo y nacionalismo”, en *Doxa*, número 17 – 18, pp. 53 – 68.
- LERNER, BEREL DOV (2002), “Samaritans, Jews and Philosophers”, en *The Expository Times*, núm. 113 (4), pp. 152 – 156.
- LIHN, ENRIQUE (1970) “El lugar de Huidobro”, ensayo disponible en www.vicentehuidobro.uchile.cl/ensayo_enrique_lihn.htm, última visita el 29 de abril de 2011.
- LORENZO IZQUIERDO, DAVID (2007), *Comunitarismo contra individualismo. Una revisión de los valores de occidente desde el pensamiento de Alasdair MacIntyre*, Pamplona: Aranzadi.
- MACINTYRE, ALASDAIR (1987), *Tras la virtud*, Barcelona: Crítica.
- MACKINNON, CATHARINE (1995), *Hacia una teoría feminista del estado*, Valencia: Cátedra.

- MAGNELL, THOMAS (2011), “The Correlativity of Rights and Duties” en *Journal of Value Inquiry*, vol. 45, núm. 1, pp. 1 – 12.

- MANIACI, GIORGIO (2009), “Quale razionalità per la democrazia deliberativa?” en *Diritto e Questione Pubbliche*, núm. 9, pp. 267 – 313.

- MARKELL, PATCH (2008), “The Insufficiency of Non-Domination”, en *Political Theory*, Vol. 36, núm.1, pp. 9 – 36.

- MARONEY, TERRY (2006), “Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field”, en *Lae Hum Behav*, núm. 30, pp. 119 – 142.

- MARTÍ, JOSÉ LUIS (2006), *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid – Barcelona: Marcial Pons.

- _____. (2009), “The Republican Democratization of Criminal Law and Justice”, en Martí, José Luis y Besson, Samantha (Eds.) “Legal Republicanism. National and International Perspectives”, Oxford: University Press, pp. 123 – 146.

- MARTÍNEZ DE PISÓN, JOSÉ (1994) “La crítica neoliberal al Estado Social. Un resumen y una valoración”, en *Doxa*, núm. 15 – 16, pp. 243 – 270.

- MENLOWE, MICHAEL (1993), “The philosophical Foundations of a Duty to Rescue”, en Menlowe, M. y Mc Call, A., “The duty to rescue, The jurisprudence of AID”, Dartmouth.

- MORESO, JOSÉ JUAN (2009), “Las virtudes epistémicas de la República Deliberativa”, en *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 9, pp. 315 – 322.

- MILLER, FRANK (1983) *Resurrección*, Barcelona: Panini.
_____. (2006) *El regreso del caballero oscuro*, Barcelona: Planeta d’Agostini

- MIR, SANTIAGO (1996) *Derecho Penal Parte General*, Barcelona: PPU.

- MOORE, MICHAEL (1993) *Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press.
_____. (1997), *Placing Blame. A General Theory of the Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press.

- MORESO, JOSÉ JUAN (2009), “Las virtudes epistémicas de la república deliberativa”, en *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 9, pp. 315 – 322.

- MORRIS, TOM (2010), “Dios, el Diablo y Matt Murdock”, en Morris, T. y Morris, M. *Los superhéroes y la filosofía*, Barcelona: Blackie Books, pp. 81 – 106.

- MORRIS, MATT (2010), “Batman y sus amigos: Aristoteles y el círculo íntimo del Caballero Oscuro”, en Morris, T. y Morris, M. *Los superhéroes y la filosofía*, Barcelona: Blackie Books, pp. 163 – 184.

- MURPHY, JEFFRIE (2003) “Christianity and Criminal Punishment”, en *Punishment & Society*, Vol. 5, núm 3, pp. 261 – 277.

- NINO, CARLOS SANTIAGO (1979) “¿Da lo mismo omitir que actuar? (acerca de la valoración moral de los delitos por omisión), en *La ley Revista Jurídica Argentina*, pp. 801 y ss.
_____. (1980), *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires: Astrea.

- NOZICK, ROBERT (1974) *Anarchy, State and Utopia*, (reimpreso en 1999), Oxford – Cambridge: Blackwell.

- PAWLIK, MICHAEL (2008) “El funcionario policial como garante de impedir delitos” en *Indret*, núm. 1, revista electrónica disponible en www.indret.com, última visita el 22 de julio de 2011.

- PEÑA, JAVIER (2005) “Ciudadanía republicana y virtud cívica”, en BERTOMEU, J; DOMÈNECH, A.; DE FRANCISCO, A. (compiladores), *Republicanism y Democracia*, Buenos Aires: Miño y Dávila.

- PETTIT, PHILIP (1999), *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós.
_____. (2005) “La libertad republicana y su trascendencia constitucional”, en BERTOMEU, J; DOMÈNECH, A.; DE FRANCISCO, A. (compiladores), *Republicanism y Democracia*, Buenos Aires: Miño y Dávila.

_____. (2006) *Una teoría de la libertad*, Buenos Aires: Losada

· PRIETO SANCHÍS, LUIS (1990) *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate.

· RAWLS, JOHN (1971) *A Theory of Justice*, Cambridge – Massachusetts: Harvard University Press.

_____. (1971) *Una teoría de la justicia*, traducción de Joan Verges y Oriol Farrés (2010), Vic: Accent

· RIPSTEIN, ARTHUR (2000) “Three duties to rescue: moral, civil and criminal”, en *Law and Philosophy*, Vol. 19, núm. 6, pp. 751 – 779.

· RUBIN, PAUL (1986), “Cost and benefits of a duty to rescue”, en *International Review of Law and Economics*, núm. 6, pp. 273 – 276.

· RUBIO, PEDRO (2003), *Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución*, Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.

_____. (2005), “Tratamiento jurídico-penal de la abstención de intervenir para evitar o denunciar determinados delitos” en *Cuadernos de Política Criminal*, Segunda Época; núm. III (87), pp. 133 – 168.

· SAFFIE, FRANCISCO (2011) “Justicia distributiva e impuestos. La importancia del derecho tributario”, ponencia presentada en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Girona,

el 8 de abril de 2011 (forma parte de una tesis doctoral en desarrollo en la Universidad de Edimburgo).

- SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIO (1993) *Introducción al Estado Constitucional*, Barcelona: Ariel.

- SANDEL, MICHAEL (1984), *Liberalism and its Critics*, New York: New York University Press.
_____. (2000), *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona: Gedisa.
_____. (2008), *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política*, Barcelona: Marbot Editores.

- SCHMITT, CARL (1922) *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, traducción de George Schwab (reimpreso en 1985), Cambridge, Massachusetts, London: The MIT Press.
_____. (1923), *Catolicismo romano y forma política*, traducción de Pedro Madrigal (reimpreso en 2011), Madrid: Tecnos.

- SELEME, HUGO (2004), *Neutralidad y Justicia. En torno al liberalismo político de John Rawls*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS (1992), *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch.

- SKINNER, QUENTIN (1998) *Liberty before Liberalism*, Cambridge: Cambridge University Press (reimpreso en 2003).
_____. (2010) "On the Slogans of Republican Political Theory" en *European Journal of Political Theory*, Vol. 9, núm. 1, pp. 95 – 102.

- SKOBLE, AEON (2010), “Revisionismo de superhéroes en Watchmen y The dark Knight Returns”, en Morris, T. y Morris, M. *Los superhéroes y la filosofía*, Barcelona: Blackie Books, pp. 59 - 77.
- SMITH, ANTONY (2011) “The Judgment of God and the Immeasurable: Political Theology and Organizations of Power”, en *Political Theology*, Vol. 12, número 1, pp. 69 – 86.
- SOLA RECHE, ESTEBAN (1999), *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Granada: Comares.
- SOUTH, JAMES (2010), “Barbara Gordon y el perfeccionismo moral”, en Morris, T. y Morris, M. *Los superhéroes y la filosofía*, Barcelona: Blackie Books, pp. 145 - 162.
- VARONA, DANIEL (2000) *El miedo insuperable: una reconstrucción de la exigente desde una teoría de la justicia*, Granada: Comares.
_____. (2005), *Derecho Penal y Solidaridad. Teoría y práctica del mandato penal de socorro*, Madrid: Dykinson.
- VON HIRSCH, ANDREW (1998) *Censurar y castigar*, Barcelona: Trotta.
- VON WRIGHT, G.H. (1968) *La diversidad de lo bueno*, traducción de Daniel González Lajier y Victoria Roca (2010). Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

- WALDRON, JEREMY (2003) “Who is my Neighbor?: Humanity and Proximity” en *The Monist*, vol. 86, no. 3, pp. 333 – 354.

_____. (2005) *Derecho y desacuerdos*, traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid– Barcelona – Buenos Aires: Marcial Pons.

- WINCH, PETER (1987) “Who is my Neighbour?”, en del mismo, *Tryng to Make Sense*, Oxford: Basil Blackwell.

- ZIMBARDO, PHILIP (2007) *The Lucifer effect*, New York: Random House.