

RÉPLICA A “¿DISOLUCIÓN DE COLISIONES DE DEBERES JURÍDICOS?”, POR ALEJANDRA VERDE

Dr. Ivó Coca VILA*

Fecha de recepción: 1º de junio de 2018
Fecha de aprobación: 15 de junio de 2018

I.

Señala Michael PAWLIK que un trabajo científico no constituye la exteriorización de meros ejercicios de meditación individuales, sino una contribución a un debate en curso supuestamente erigida con la pretensión de estar tan bien fundamentada que habría de ser acogida por el resto de los miembros de la comunidad jurídico-penal.¹ Este es el papel más evidente que le corresponde al científico en el proceso colectivo de conformación del derecho penal. Ahora bien, como en cualquier otra relación comunicativa, la figura del receptor es aquí tan o más importante que la del emisor. A cada uno de los miembros de la comunidad de discusión le concierne a su vez enjuiciar la plausibilidad de las propuestas científicas presentadas con vocación de modificar —aunque sea en una medida insignificante— el edificio del derecho penal. Así pues, es competencia de los penalistas decidir si las nuevas propuestas merecen ser acogidas sin reservas, modificadas o bien, sencillamente, rechazadas de plano. Esta batalla dialéctica entre los miembros de la comunidad científica constituiría el motor de configuración y transformación del objeto de nuestra disciplina. Así comprendido, siempre según PAWLIK, “el Derecho penal no tiene ningún creador distinguido; autor del Derecho penal —si es que todavía se quiere hablar en este contexto de autoría— es más bien la comunidad de expertos profesionales del Derecho penal en su conjunto”.²

No seré yo quien valore cuán en serio merecen ser tomadas las tesis contenidas en mi monografía, ni quien especule sobre el futuro que les aguarda en su congénita voluntad de

* Becario de la Fundación Alexander von Humboldt (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg) y Profesor Lector en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

¹ Cfr. PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017, p. 67. Existe traducción al español a cargo de Robles Planas/Pastor Muñoz/Coca Vila: PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*, Atelier, Barcelona, 2018 (en prensa).

² Cfr. PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017, p. 66.

modificar una parte del edificio global del derecho penal. Sí me gustaría, en cambio, agradecer encarecidamente a Alejandra VERDE el que con su minuciosa lectura y aguda recensión le haya otorgado un sentido profundo a la publicación de mi tesis doctoral, conjurando el riesgo del olvido colectivo que acecha a la obra de un investigador novel. A la revista *En Letra: Derecho penal* y, en especial, a Marcelo LERMAN, miembro de su consejo académico, y a su director, Leandro A. DIAS, debo agradecerles el que hayan tenido a bien dedicar una sección especial a la exposición y discusión de dicha obra.³ Supongo que le incumbe idealmente también al penalista el garantizar espacios reales para la discusión pública y honesta de nuevas ideas, pero lo cierto es que tales espacios, como lo es la recensión de Alejandra Verde, son en nuestra comunidad de discusión hechos excepcionales por los que solo puedo mostrar mi agradecimiento.

II.

Sentado lo anterior, y dado que nada significativo tengo que añadir o matizar a la impecable síntesis descriptiva de la monografía llevada a cabo por VERDE, me corresponde ofrecer aquí únicamente respuesta, esencialmente aclaratoria y necesariamente breve, a la principal objeción que la recensonsista formula contra mi planteamiento. En su opinión, la tesis según la cual no existirían auténticos conflictos de deberes, sino a lo sumo “colisiones entre razones de obligación”, sería “inconciliable con una descripción correcta del funcionamiento de un sistema jurídico”.⁴ Y es que, del hecho de que “al destinatario de dos o más deberes jurídicos, en un caso concreto, corresponda exigirle el cumplimiento de uno solo, no se sigue que en tal caso no exista un conflicto de dichos deberes”.⁵ Al contrario, “el conflicto existe, y por eso es usual que los mismos ordenamientos jurídicos prevean metanormas expresas cuya única función es resolver esas colisiones”.⁶ Mi planteamiento, en pocas palabras, supondría negar “la existencia de un conflicto entre deberes genuinos por el hecho de que el ordenamiento jurídico permita resolverlo”, del mismo modo que negaría el carácter “de deber genuino a una norma por el hecho de que ella, en

³ En la que, junto a la recensión que aquí se replica, se contiene asimismo un artículo de Andrés FALCONE titulado: “La intervención delictiva en el estado de necesidad exculpante”, y en el que su propio autor afirma desarrollar algunos de sus planteamientos sobre la base de conclusiones alcanzadas en mi monografía.

⁴ VERDE, “¿Disolución de colisiones de deberes jurídicos? Recensión a Ivó Coca Vila, La colisión de deberes en Derecho penal, Atelier, Barcelona, 2016, 574 páginas”, en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 6, 2018, pp. 254-279.

⁵ VERDE, *supra* nota 4, p. 267.

⁶ VERDE, *supra* nota 4, p. 267.

un caso, deba ingresar a un balance de razones y en ese balance sea derrotada por otra”.⁷ Ni lo uno ni lo otro resultaría de recibo, por mucho que intente reconducir el fenómeno de la colisión a un conflicto entre razones de obligación: “Considerar como relevante y posible únicamente al conflicto entre razones de obligación implica dejar en manos del agente, y no del derecho, la determinación del deber aplicable al caso”.⁸ De la ponderación subjetiva del agente, sin embargo, no cabría derivar consecuencia normativa alguna. VERDE concluye su crítica advirtiendo que, si como ella sostiene, existen realmente colisiones de deberes, mi tesis yerra también cuando aboga por resolver el problema en el ámbito del tipo: las colisiones, en realidad, habrían de resolverse a través de una metanorma que permitiese justificar la infracción de uno de los dos deberes concurrentes.⁹

III.

Ante este escenario, no es de extrañar que VERDE comience su recensión afirmando que no le han convencido muchos de mis planteamientos. Sin embargo, creo que las apariencias, también aquí, engañan. Una vez aclarados algunos de los aspectos fundamentales de mi concepción habrá de quedar en evidencia que nuestras discrepancias, como mínimo en lo que se refiere al concepto de colisión de deberes y al tratamiento sistemático del problema, son más bien pocas y de carácter esencialmente formal-terminológico.

Efectivamente, sostengo en mi trabajo que, en puridad, no existen auténticos conflictos de deberes. Esta tesis, dicho sea de paso, ni es novedosa en la moderna discusión jurídico-penal, siendo JOERDEN quizá el más representativo de los autores contemporáneos que la defiende,¹⁰ ni es en absoluto desconocida en la teoría del derecho y la filosofía moral, donde la posibilidad misma de los dilemas morales (auténticos) constituye un *topos* clásico de discusión.¹¹ Tal conclusión, sea como fuere, no obedece, en contra de lo que parece sugerir VERDE, al simple hecho de que el ordenamiento jurídico sea capaz de disolver los conflictos. Coincido con la recensionista en que la

⁷ VERDE, *supra* nota 4, p. 271.

⁸ VERDE, *supra* nota 4, p. 273.

⁹ VERDE, *supra* nota 4, pp. 267 ss.

¹⁰ Recientemente JOERDEN, *Logik im Recht*, 3.^a ed., 2018, pp. 55 ss.

¹¹ Cfr. solo HÜGLI, «Pflichtenkollision», en Ritter/Gründer (eds.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, v. 7, pp. 440 ss. Y en la discusión filosófico-moral anglosajona, cfr. solo las colectáneas editadas por MASON, *Moral dilemmas and moral theory*, 1996; y GOWANS, *Moral dilemmas*, 1987.

capacidad de resolver un problema no lo borra (*deus ex machina*) del mundo. Sin embargo, sucede que mi negativa a aceptar la verdadera existencia de conflictos de deberes nada tiene que ver con la posibilidad de resolverlos, sino con el modo en el que concibo la noción de deber penal y la vigencia del principio voluntarista (*ultra posse nemo obligatur*).¹² Lo que trato de sostener en mi tesis doctoral es, por un lado, que un ordenamiento jurídico solo puede obligar legítimamente a un ciudadano a llevar a cabo una conducta *in concreto* posible. Es decir, sobre el padre que no sabe nadar no recae en ningún momento un deber de salvar a su hijo que pelagra de morir ahogado en una recóndita playa. Por el otro, que tan disfuncional (e ilegítimo) es obligar al padre que no sabe nadar a que salve a su hijo, como obligarle a salvar a sus dos hijos cuando solo puede salvar a uno de ellos. El principio voluntarista no solo opera como límite en la legitimación individual de deberes, sino que también lo hace una vez puestas en relación las distintas formas obligacionales que pretenden dirigirse cumulativamente a un mismo ciudadano. A partir de aquí, y entendiendo el deber penal como aquella forma obligacional legítima definitiva, esto es, efectivamente vinculante en un caso específico,¹³ ha de concluirse que no existen auténticos conflictos de deberes. Quien antes de tomar una decisión en forma de deber valora todos los factores relevantes en juego, y así es como entiendo que opera el ordenamiento jurídico-penal a la hora de legitimar normas de comportamiento, puede efectivamente tomar una decisión no sujeta a ulterior revisión.

Ahora bien, ¿cómo explicar razonablemente entonces la situación dilemática del padre que ha de escoger a cuál de sus dos hijos salva cuando la salvación cumulativa resulta imposible? En mi opinión, y en consonancia con un moderno sector de la doctrina penal que se vale del aparato conceptual kantiano,¹⁴ cabe explicar efectivamente las mal llamadas colisiones de deberes como conflictos entre “razones de obligación”. No obstante, por “razón de obligación”, en contra de lo

¹² Sobre el deber penal como norma de determinación individual de posible cumplimiento para su obligado, vid. además los recientes trabajos de SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la construcción del hecho punible en la obra de Santiago Mir Puig», en SILVA SÁNCHEZ et al. (ed.), *LH-Mir Puig*, 2017, pp. 885 ss.; ROBLES PLANAS, «Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig», en SILVA SÁNCHEZ et al. (ed.), *LH-Mir Puig*, 2017, pp. 836 ss.; O RENZIKOWSKI, «Der Gegenstand der Norm», en BOROWSKI et al. (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*, 2017, pp. 631 ss.

¹³ He aquí posiblemente el punto de disonancia fundamental entre el planteamiento de VERDE y el mío, quien entiende que tan genuino es el deber efectivamente vinculante como el que todavía debe ingresar en un balance de razones del que puede salir derrotado.

¹⁴ Cfr. solo JOERDEN, «Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit. Konsequenzen einer These Kants für die strafrechtliche Lehre von der “Pflichtenkollision”», *JRE* 5 (1997), pp. 43 ss., con ulteriores referencias.

que plantea de forma hipotética VERDE, no aludo a los motivos subjetivos del agente potencialmente obligado. Evidentemente, no es el obligado el que se autoimpone un deber,¹⁵ sino que es el ordenamiento jurídico el que, en vez de obligarle provisionalmente, se toma la molestia de averiguar antes cuál es el comportamiento que realmente pretende exigirle en un caso concreto tras valorar globalmente la situación dilemática. Por razón de obligación me refiero a aquella forma obligacional aisladamente legítima que, en la medida en que su compatibilidad con el resto de razones de obligación que pretenden dirigirse a un mismo sujeto en un caso concreto no ha sido todavía juzgada, carece de fuerza obligante. Se trata, en puridad, de un mero concepto analíticamente útil al que recurrir a fin de etiquetar en la reconstrucción del proceso de legitimación de deberes aquellas formas obligacionales provisionales, esto es, no vinculantes, en la medida en que su compatibilidad entre sí no ha sido aún cotejada. A partir de aquí, son dos las vías esenciales de disolución de un conflicto: o bien una razón de obligación, la de rango superior, alcanza el estatus de deber penal, desplazando así las razones inferiores que no llegan a constituirse en deber —piénsese en el padre que no queda finalmente obligado al socorro del extraño cuando su hijo está al mismo tiempo en peligro—; o bien el ordenamiento impone al obligado un deber altamente personal disyuntivo o alternativo que le obliga a cumplir una de las dos (o más) razones equivalentes en colisión —esto es lo que sucede en el supuesto clásico del padre que ha de escoger a cuál de sus dos hijos salva cuando ambos peligran de morir ahogados—.

Por último, y si no voy errado, VERDE coincide con mi planteamiento en que no existen en el plano del injusto conflictos irresolubles, esto es, situaciones en las que el ordenamiento condena al obligado a comportarse antijurídicamente al negarse a levantar alguno de los dos deberes (o razones de obligación) en conflicto.¹⁶ Yo abogo por reconducir el problema de la colisión entre razones de obligación al ámbito del tipo, mientras que VERDE prefiere resolver los conflictos, para ella entre genuinos deberes, a través de una metanorma que posiblemente habría de operar como causa de justificación. Dejando a un lado que no comparto la idea de que normas como el art. 34.4 CP argentino o 20.7 CP español hayan de ser necesariamente interpretadas como metanormas

¹⁵ Precisamente, me ocupo de este aspecto con algo más de detalle en “La colisión “deficitaria” de deberes”, publicado en este mismo número. Recientemente, vid. sin embargo FREUND/ROSTALSKI, *GA* 5 (2018), pp. 264 y ss., p. 272, quienes sostienen que es el potencial destinatario el que genera (*erzeugen*) el deber concreto-individual.

¹⁶ En los últimos tiempos, vid. en cambio PAEFFGEN/ZABEL, *Vor § 32, NK-StGB*, 5.ª ed., 2017, n.º m. 171 ss.

justificantes, lo cierto es que no alcanzo a ver diferencias sustantivas relevantes entre ambos planteamientos. La misma distinción entre tipicidad y justificación carece de verdadera trascendencia material. En ambos niveles se trata de definir prospectivamente la norma de comportamiento que vincula a un ciudadano en un caso concreto, para utilizarla acto seguido como parámetro de enjuiciamiento retrospectivo de la conducta del obligado.¹⁷

Esto, claro está, no significa que dicha división no pueda efectuarse por razones meramente analítico-explicativas. A fin de mantener el vínculo con el modo argumental dominante en la doctrina penal contemporánea, propongo en mi trabajo ubicar el problema en el ámbito del tipo. Mi argumentación en favor de esta opción es débil, como lo es todo argumento de carácter estrictamente didáctico-analítico.¹⁸ Por un lado, la teoría de la justificación asume que el cumplimiento de un deber justifica la infracción del opuesto en situación de colisión de deberes. En el caso en el que el obligado permanece completamente inmóvil, dejando morir a los dos necesitados, la teoría de la justificación no consigue explicar por qué razón no habría de castigarse al obligado por la infracción de los dos deberes. Más natural que afirmar el carácter justificante *per se* de una situación de conflicto, es admitir que, directamente, la conducta del obligado que defrauda una expectativa de salvamento no garantizada jurídicamente es atípica. Por el otro, en favor de esta tesis habla además el hecho de que ciertos tipos penales incorporan cláusulas de reserva que vienen siendo interpretadas como obstativas del surgimiento mismo del conflicto, incluso por autores que consideran la colisión de deberes una causa de justificación.¹⁹ Ello sucede paradigmáticamente con el § 323c StGB, que vincula el nacimiento del deber de socorro a la no concurrencia de deberes más importantes, piénsese aquí en un deber de garante; y lo mismo sucede con el art. 195 CP español al condicionar el deber de salvamento a la no concurrencia de un riesgo propio o ajeno. A fin de evitar una descomposición de la institución de la colisión de

¹⁷ Cfr. RENZIKOWSKI, en BOROWSKI *et al.* (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*, 2017, pp. 635 s.

¹⁸ VERDE sostiene que, en realidad, efectuó una distinción material al ordenar las causas de atipicidad y de justificación en función del papel que juega la posición del afectado en la exclusión del injusto. Efectivamente, la catalogación analítica debe responder a algún criterio, pero esto no significa que la distinción entre tipo y antijuricidad tenga consecuencias materiales. El que, como VERDE pone con razón de relieve, el criterio de la competencia de la víctima no sea infalible a la hora de explicar la ordenación de las causas de exclusión del injusto en la doctrina dominante no hace sino poner en evidencia la inexistencia de razones materiales profundas que funden la distinción.

¹⁹ Cfr. p. ej., LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, “Vorbem. §§ 32 ff.”, Schönke/Schröder-StGB, 29.^a ed., 2014, n.º m. 73, con ulteriores referencias.

deberes en dos subcategorías, en absoluto problemática desde un punto de vista sustantivo, pero poco recomendable por razones analíticas, parece preferible ubicar todos los conflictos entre razones de obligación ya en el plano del tipo.

En resumidas cuentas, VERDE llama deber a la forma obligacional provisional que yo denomino razón de obligación. De ahí que entienda que existan auténticos conflictos de deberes a resolver a través de una metanorma. Del conflicto normológico deriva posteriormente un mensaje normativo pragmático único. Yo entiendo por deber la forma obligacional definitiva, efectivamente vinculante. De ahí que entienda que solo las razones de obligación puedan entrar en conflicto, optando por resolver el problema ya en el plano del tipo. Desde el principio, el mensaje normativo es único, sin disonancia alguna entre lo normológico y lo pragmático, pues solo alcanzan la categoría de deber las razones de obligación de posible satisfacción (cumulativa). Si estoy en lo cierto al afirmar que esta es la principal divergencia, no puedo sino mostrar mi satisfacción al constatar el alto grado de coincidencia en lo fundamental entre mi planteamiento y el defendido por Alejandra VERDE.