

“LA COLISIÓN DE DEBERES EN DERECHO PENAL” DE IVÓ COCA VILA ¿DISOLUCIÓN DE COLISIONES DE DEBERES JURÍDICOS?

Prof. Dra. Alejandra VERDE*

Fecha de recepción: 4 de mayo de 2018
Fecha de aprobación: 20 de mayo de 2018

COCA VILA, Ivó, La colisión de deberes en Derecho penal, Barcelona, Atelier, 2016, 574 pp.

I. Introducción

Es sabido que los problemas de la parte general del derecho penal han sido abordados con notable minuciosidad por un sinnúmero de juristas. De ello, sin embargo, no se sigue que el derecho penal ya no tenga cuestiones de esa naturaleza por tratar. Esa realidad, no obstante, puede intimidar al investigador novel, como de hecho ocurre con frecuencia, porque es cierto que se ha dicho mucho sobre todos los problemas de la teoría del delito. Pero esto, afortunadamente, no ha sucedido con Ivó COCA VILA. Al afrontar el tema de su tesis doctoral, lo primero que uno se pregunta es si todavía puede decirse algo interesante (y que a la vez abarque la inmensa bibliografía existente) sobre la colisión de deberes en derecho penal. Pero cuando uno se enfrenta a *su libro*, no puede sino responder afirmativamente esos interrogantes. Ivó COCA VILA ha escrito, sin dudas, una monografía sobre colisión de deberes que será de referencia ineludible en nuestra disciplina.

Para hacer la mayor justicia posible a su contribución, he decidido estructurar esta reseña en dos partes bien diferenciadas. En la primera me limitaré a describir, con cierto detalle, las principales propuestas de su obra. Para esta parte, mi mayor preocupación fue ser completamente fiel al texto del autor. No ha sido fácil, porque, como señalaré después con mayor precisión, la

* Doctora en derecho por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Profesora de derecho procesal penal en la Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires. Ex becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET, Argentina) y ex becaria del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Email: alececiverde@gmail.com. Agradezco a Gabriel Pérez Barberá por la lectura de este trabajo y por sus agudas observaciones, que me permitieron precisarlo.

obra presenta grandes complejidades en algunas secciones. Pero por la profundidad de su planteamiento bien vale la pena ese esfuerzo, que además es necesario para que las críticas que señalo en la segunda parte puedan tener una referencia directa en la primera, de modo tal que la reseña logre autonomía tanto expositiva como valorativa.

Puedo adelantar aquí que no me han convencido muchos de los planteos de COCA VILA, pero explicar por qué me ha exigido mucho más de lo que pensé tras la primera lectura. Ello es una muestra de que su propuesta, más allá de cuán plausible pueda parecernos *prima facie*, está sostenida en argumentos muy bien articulados, que obligan a una reflexión profunda. Creo, sinceramente, que esta es la mejor clase de trabajo que un colega puede ofrecer a la comunidad científica y, en ese sentido, no tengo más que sumarme a las felicitaciones que ha merecido ya de su prestigioso tribunal evaluador.

Tal como lo señaló dicho tribunal, el libro de COCA VILA, pese a la juventud de su autor, cuenta con los atributos propios de lo que en Alemania se conoce como “trabajo de habilitación”, es decir, el que debe llevar a cabo un jurista que pretende acceder a una plaza definitiva de profesor. La densidad de su texto y la impactante lista bibliográfica evidencian la seriedad y meticulosidad con la que ha trabajado cada problema. Me abocaré a su descripción en el punto que sigue.

II. Descripción de la tesis

1. Objeto y estructura de la obra

COCA VILA aborda el problema que surge cuando un sujeto es llamado a cumplir dos obligaciones jurídicas y ambas son de cumplimiento cumulativo imposible en el caso concreto. El autor plantea un enfoque diferente y provocador sobre una controversia de larga data. Busca, concretamente, proponer una revisión del concepto y del fundamento de la solución de la colisión de deberes jurídico-penales. Su obra es muy extensa y con las características propias de la dogmática de raigambre continental europea. COCA VILA repasa numerosas teorías jurídico-penales desarrolladas por los expositores más importantes e influyentes en la materia (sobre todo alemanes), problematiza la postura dominante tanto en Alemania como en España y, finalmente, adhiere a una concepción minoritaria para resolver los conflictos de deberes no en la antijuricidad sino en el ámbito del tipo penal (aunque acercándose mucho a una concepción del tipo total de ilícito, dado que es escéptico respecto de la necesidad de una distinción entre

tipicidad y antijuridicidad), sin perjuicio de, además, aportar soluciones novedosas para muchas otras cuestiones.

COCA VILA divide su trabajo en tres partes. En la primera, describe el estado de la discusión jurídico-penal actual en la dogmática penal, principalmente alemana o que encuentra sus fuentes allí, sin dejar de repasar teorías más antiguas. En la segunda, reconstruye el concepto de colisión de deberes y el fundamento para resolver los conflictos de deberes jurídico-penales. Finalmente, en la tercera parte, COCA VILA intenta dar respuestas a problemas concretos de conflictos entre lo que él, siguiendo a KANT, denomina “razones de obligación”.

COCA VILA, en las casi seiscientas páginas de su trabajo, no deja prácticamente ninguna cuestión por trabajar ni postura por desarrollar. Ello, ciertamente, puede ser algo intimidante para quien no esté interesado en llevar adelante una investigación propia sobre el tema del libro. Sin embargo, entiendo que quien conozca la discusión básica puede omitir la lectura del capítulo primero, ya que allí solo se exponen descriptivamente las diferentes teorías desarrolladas por la dogmática que le sirve de fuente. Por el contrario, el capítulo segundo es esencial para entender el núcleo argumental que va a darle base luego a las conclusiones. En el tercer capítulo, COCA VILA se encarga de criticar el método dominante en la doctrina y jurisprudencia alemanas para jerarquizar deberes jurídicos, a saber: el principio de la ponderación de intereses. En el capítulo cuarto desarrolla un criterio original y mucho más complejo que el dominante, con el que pretende eliminar las imprecisiones y la vaguedad del mencionado principio de ponderación de intereses. El quinto capítulo es, junto con el tercero, el que se encarga de las cuestiones más complicadas acerca de la colisión de deberes. En el capítulo final, el sexto, COCA VILA precisa su propuesta, la diferencia de otros institutos e interpreta las normas españolas desde esa nueva óptica.

2. La tesis central de COCA VILA

2.1. Su punto de partida teórico: la negación de los conflictos de deberes jurídicos y sus consecuencias sistemáticas

A COCA VILA le preocupa, en todo momento, la falta de homogeneidad o el disenso de la doctrina penalista dominante respecto de la definición y el papel que debe jugar el problema de la colisión de deberes que allí se consideran jurídico-penales. Le interesa, además, determinar su adecuada ubicación sistemática y encontrar un mecanismo o criterio correcto para resolver lo que

en general se entiende como conflicto entre deberes jurídicos o, lo que es lo mismo, para concluir cuál es el deber jurídico que en un caso de colisión debe cumplirse a costa del incumplimiento de otros.

COCA VILA rechaza la idea dominante, que considera a la colisión de deberes como una causa de justificación, y la ubica, en cambio, en el ámbito de la tipicidad (COCA VILA, pp. 186 ss., 521). Con todo, debe quedar claro que, en su opinión, no hay razones materiales de peso para distinguir, dentro del ilícito, entre tipicidad y antijuridicidad. A su modo de ver, esa distinción se justifica solo en razones didácticas (COCA VILA, pp. 190 ss., 195, 521). Su posición de que los casos de colisión de deberes tienen que ser resueltos ya en el tipo debe ser entendida, por lo tanto, de acuerdo con ese matiz: en el fondo, para él, en tales situaciones lo que queda excluido es un tipo de ilícito total (COCA VILA, pp. 190 ss., 196).

Debe quedar claro, asimismo, que COCA VILA no generaliza esta idea, es decir, no la fundamenta en una adhesión general a una teoría bipartita del delito. Lejos de ello, admite una distinción entre colisión de deberes y causas de justificación, con el argumento de que en estas últimas la competencia por la exclusión de la ilicitud es atribuible principalmente a la víctima (como sucede con la legítima defensa y el estado de necesidad), mientras que no sería ello lo que sucede en los casos de colisión de deberes (COCA VILA, pp. 195 s.). Por eso afirma que solo en estos últimos supuestos lo que tiene lugar es una suerte de exclusión del ilícito total, lo que implica que también quede excluida la tipicidad.

En ese marco, el autor defiende que los conflictos de deberes se refieren al problema de la determinación del (único) deber de comportamiento que el Derecho le dirige al ciudadano (COCA VILA, pp. 157 ss., 520), esto es, el deber “altamente personal” (COCA VILA, pp. 180 ss.). De hecho, los considera una forma del fenómeno de determinación definitiva de las posiciones jurídico-penales de competencia de todos los agentes involucrados en una situación de conflicto determinada, visto desde la óptica de los principios de autonomía y solidaridad (COCA VILA, pp. 170 ss.), y reconoce a la teoría de la competencia, debida principalmente a JAKOBS y PAWLIK,¹ como una teoría general de legitimación de las normas penales. En otras palabras, la colisión de

¹ Véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, pp. 160 ss.; JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 2012, pp. 83 ss.; JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo* (trad. de Peñaranda Ramos), en ÍDEM, *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 347 ss.

deberes, para COCA VILA, “se presenta como un problema específico de la determinación definitiva de los límites entre las esferas jurídicas de los agentes implicados, una vez tomadas en consideración varias posiciones de competencia provisionales” (COCA VILA, p. 190).

Por eso sostiene COCA VILA que del ordenamiento jurídico no nacen —ni pueden nacer— dos deberes jurídicos limitados por una cláusula de reserva, sino que *desde un comienzo* emerge uno solo, cuyo cumplimiento, ante la situación concreta de conflicto, es posible.² Afirma que, en virtud de lo señalado, no existen auténticos conflictos de deberes, sino que (y en esto, como ya se dijo, sigue a KANT) se trata de una contraposición entre un deber y una “razón de obligación” (COCA VILA, pp. 529 s.). En consonancia con lo anterior, el autor entiende que el conflicto de deberes “se disuelve” antes de comenzar a desarrollarse el análisis dogmático del hecho, y que, por lo tanto, *no se resuelve* por medio de las categorías dogmáticas propias de la teoría del delito que sirven particularmente a estos efectos (COCA VILA, pp. 433 ss., 438 ss., 525).

COCA VILA, al igual que otros autores (COCA VILA, p. 151, nota al pie n.º 107, p. 521, nota al pie n.º 438), concluye que, en realidad, el obligado por dos o más deberes de cumplimiento excluyente, respecto de aquellos que no cumple (o infringe) —y siempre que satisfaga el que corresponde cumplir (es decir: el de rango superior o equivalente que elija)—, no infringirá ningún deber penal auténtico, porque ese deber jerárquicamente inferior no será más que una razón para obligarse que no llegó a conformarse como un auténtico deber jurídico (COCA VILA, pp. 173 ss.).

Para ello, se basa en la idea de que el ordenamiento jurídico solo puede exigirle a una persona aquello que es de posible cumplimiento (COCA VILA, pp. 131 ss., 146 ss., 157 ss., 173). En ese sentido, el autor considera que la existencia de un deber jurídico-penal queda supeditada a sus condiciones de eficacia, esto es, a la posibilidad fáctica de que su destinatario pueda satisfacer la obligación en el caso concreto (COCA VILA, pp. 151 ss., 173). Básicamente, COCA VILA asume el postulado lógico kantiano “deber implica poder” y, a partir de él, considera que una condición necesaria para afirmar que se debe realizar una acción es que ello esté fácticamente al alcance de su destinatario, o que hacerlo esté dentro de sus posibilidades.

² Así COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2016, p. 190; así también, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 360.

Es importante destacar, entonces, que el punto de partida de la postura de COCA VILA, que niega la posibilidad de una colisión de deberes, tiene su fundamento en la concepción kantiana que considera que las obligaciones y los deberes no colisionan en ningún caso y que, en definitiva, esos conflictos no existen (COCA VILA, pp. 174 s.). El autor, en efecto, adscribe a la idea de KANT que afirma que si bien entre deberes no existen auténticos conflictos, sí los hay entre las —siempre según la terminología del filósofo alemán— “razones de obligación” (*rationes obligandi*) (COCA VILA, pp. 176 ss., 180 ss.). Y entiende que las últimas, a diferencia de los primeros, son insuficientes para obligar (COCA VILA, pp. 177 y 180). Por eso, según COCA VILA, son las llamadas “razones de obligación” las que colisionan entre sí y no los deberes jurídicos. En esa línea afirma, al igual que KANT, que la razón de obligación más fuerte se convierte en deber jurídico, en el único deber jurídico que obliga, mientras que la más débil queda desplazada y, por lo tanto, no llega a tener ningún efecto jurídico (COCA VILA, p. 177).

2.2. Ponderación entre razones de obligación

COCA VILA se propone, entonces, establecer criterios que permitan ponderar no entre deberes, sino entre razones de obligación. Después de haber revisado el concepto y el fundamento de la solución que la opinión dominante sostiene acerca de la colisión de deberes jurídicos, y de haberlos reconstruido conforme a su postura, se embarca en la tarea de examinar los presupuestos normativos rectores de jerarquización entre razones de obligación.

En ese contexto, el autor, en primer lugar, lleva a cabo una crítica profunda al principio del interés preponderante, teoría dominante (por lo menos en Alemania) para jerarquizar deberes jurídicos, y, en segundo lugar, propone una nueva teoría para jerarquizar las razones de obligación que, a su juicio, no presenta los problemas de la anterior. Expondré todo ello a continuación.

2.3. El marco conceptual de la crítica al principio del interés preponderante

2.3.1. La relación entre la colisión de deberes y las causas de justificación

COCA VILA destina gran parte de su tesis doctoral a la tarea de diferenciar al “instituto” (así lo denomina) de la colisión de deberes del estado de necesidad (COCA VILA, pp. 186 ss.). En este contexto, también propone una visión diferente a la de la doctrina dominante, a saber: considera a la colisión de deberes como el género y al estado de necesidad como la especie (COCA VILA, p. 521). Uno de sus objetivos es demostrar que no es posible reconducir los “institutos” de la colisión

de deberes y del estado de necesidad a un único conflicto de intereses a resolverse según el principio del interés preponderante. COCA VILA se encarga de criticar fuertemente este juicio omnicompreensivo de intereses (COCA VILA, pp. 221 ss., 223 ss.) y propone una manera diferente de trabajar el problema (COCA VILA, pp. 323 ss., 411 ss., 431 ss.).

En su trabajo, COCA VILA admite que tanto la colisión de deberes como las causas de justificación se encargan de establecer cuál es la única norma aplicable al caso concreto, pero afirma que solo las últimas pueden ser resueltas por medio del análisis bilateral que tiene lugar entre las personas involucradas en la situación de necesidad, de acuerdo con los principios de solidaridad y autonomía (COCA VILA, pp. 380 ss., 521).

En las causas de justificación, como ya se dijo más arriba, COCA VILA resalta que la competencia de la víctima importa, mientras que, para resolver los conflictos entre razones de obligación (deberes jurídicos), ello no interesa necesariamente, sino que estos, según su postura, se solucionan de acuerdo con la “especie” de los deberes en juego (COCA VILA, p. 305) o, si son de rango equivalente, en virtud de un “principio elemental de razonabilidad práctica” (COCA VILA, pp. 446 ss., 521). Corresponde por lo tanto exponer qué entiende el autor por “especies de deberes”.

2.3.2. Las especies de los deberes

A la especie del deber, COCA VILA la define como “el elemento informador de la específica intensidad normativa del deber, que a su vez se explica en atención al grado de ejercicio de libertad del obligado al que puede reconducirse la imposición de la obligación” (COCA VILA, p. 288). Y agrega que se trata del “criterio que permite valorar normativamente la relación que media entre el obligado y el beneficiario en una situación de conflicto entre razones de obligación” (COCA VILA, p. 288).

Tras ofrecer esta conceptualización, el autor critica, en primer lugar, la postura dominante que diferencia solo entre dos especies de deberes, a saber: los deberes de garante y los deberes de solidaridad, ya que los considera insuficientes para clasificar adecuadamente todos los supuestos y, en consecuencia, entiende que se dan casos en los cuales no se distingue debidamente entre el peso normativo de los deberes a pesar de que esa distinción sí existe y, por lo tanto, es relevante (COCA VILA, pp. 289 s.). Y en segundo lugar, el autor “[t]omando en cuenta las manifestaciones obligacionales jurídico-penales generalmente reconocidas en nuestro actual Ordenamiento

jurídico” (COCA VILA, pp. 305 s.), diseñó una clasificación tripartita de los deberes jurídicos según su especie, a saber: de competencia plena, preferente y mínima.³

2.4. Crítica al principio del interés preponderante y propuesta de reemplazo

Para establecer el orden de prelación entre deberes jurídicos que colisionan, la doctrina dominante, como es sabido, se vale del principio del interés preponderante. COCA VILA, como ya se adelantó aquí, se encarga en su monografía de criticar ese principio (COCA VILA, pp. 223 ss., 325). En tal sentido, el autor sostiene que la “ponderación de intereses”, como técnica para jerarquizar deberes jurídicos en conflicto, carece de sistematicidad y de precisión, es incapaz de delimitar el objeto a ponderar, confunde entre los criterios que le otorgan valor al bien jurídico y los que determinan un distinto baremo para establecer el orden de prelación de un interés frente a otro, y caracteriza de modo completamente abierto al papel que debería desempeñar la especie de deber al momento de su jerarquización, entre otros problemas (COCA VILA, pp. 222 ss., 230 ss.).

A partir de esas críticas, COCA VILA desarrolla un juicio de jerarquización de razones de obligación que “se basa precisamente en los principios de autonomía y solidaridad, parámetros básicos para una coordinación armónica de las esferas jurídicas en conflicto. Por consiguiente, el obligado ha de cumplir con la razón de mayor rango no porque el Estado ante dos males siempre prefiera el menor, sino porque esa es justamente la solución coherente con los principios últimos que legitiman las normas de comportamiento penales” (COCA VILA, p. 434). El autor, por medio de este método, busca legitimar las normas jurídico-penales ante la sociedad y especialmente ante los necesitados que no fueron elegidos por el obligado ante situaciones de conflictos de deberes equivalentes.

En efecto, COCA VILA propone analizar la colisión de razones de obligación (deberes jurídicos) en varios niveles, a saber: en primer lugar, desde la óptica de los sujetos necesitados (COCA VILA, pp. 324 ss.) y, luego, desde la del obligado y cada uno de los anteriores (COCA VILA, pp. 411 ss.). Se trataría de un examen escalonado, que avanza en la medida en que no sea posible

³ Los deberes de máxima intensidad o de mayor dignidad normativa son los que COCA VILA denomina deberes de competencia plena. Los deberes de competencia preferente, por su parte, son la categoría intermedia, es decir, aquellos que emanan de actos de libertad específicos, pero que tienen una intensidad menor que los anteriores. Por último, los deberes de competencia mínima consisten en deberes de solidaridad mínima. Véase COCA VILA, *supra* nota 2, pp. 288 ss., 306.

determinar en una etapa previa la preponderancia de un deber respecto de los otros. Una vez finalizado ese análisis, que incluye también la compatibilidad de ambos aspectos, sin haberse podido establecer cuál es la obligación preponderante, habrá que concluir a favor de la equivalencia de los deberes que colisionan (COCA VILA, pp. 442 ss.).

Como ya dije, el autor diferencia dos momentos de análisis y, a su vez, dentro de ambos niveles efectúa distinciones. La primera etapa consiste en el examen intersubjetivo que tiene lugar entre los dos (o más) agentes necesitados o beneficiarios. Allí COCA VILA afirma que, por un lado, se deben tener en cuenta los principios de autonomía y solidaridad para que puedan ser ponderados los deberes jurídicos en pugna. Con ello se refiere a las cuestiones de provocación (de los beneficiarios) y a las eventuales posiciones especiales de deber relativas a alguno de los agentes beneficiarios. Por el otro, el autor sostiene que se deben ponderar los intereses en juego, esto es: los bienes jurídicos en pugna, la intensidad de la lesión que los amenaza, la probabilidad de que se consume el daño amenazante y la posibilidad de efectividad de la acción salvadora.

Ahora bien, si por medio de ese primer nivel de juicio parcial de jerarquización no se logra determinar cuál de los dos beneficiarios ostenta una posición de rango superior, el autor considera que, antes de pasar al segundo nivel, habría que analizar el “principio de individualización de la desgracia”, según el cual los males no imputables a seres humanos no se socializan. De lo que se trata aquí es de determinar quién es la persona competente para soportar la desgracia, a quien el autor denominará “*dominus*” (COCA VILA, pp. 380 ss.). Es posible, sin embargo, que existan situaciones en las que los dos beneficiarios sean *dominus* (por ejemplo, el caso del padre que debe salvar a sus dos hijos en un naufragio) y que, por lo tanto, sea necesario recurrir al paso siguiente del juicio de jerarquización de deberes propuesto por COCA VILA.

En ese segundo nivel se examina la relación normativa del obligado con cada uno de los beneficiarios en el caso concreto. Para ello, COCA VILA se vale de su clasificación de los deberes jurídicos según su especie y, así, brinda pautas para jerarquizar las razones de obligación. En un paso siguiente, y como cierre de su propuesta, el autor interrelaciona y compatibiliza los dos niveles ya descriptos. Por medio de este procedimiento, COCA VILA asegura poder brindar algo que, según él, el principio del interés es incapaz de ofrecer, a saber: “un criterio adecuado para su justa armonización [de los deberes jurídicos en conflicto] y definitiva delimitación en el supuesto concreto” (COCA VILA, p. 323).

Aclara, por otra parte, que si una vez concluido dicho análisis no fuese posible determinar cuál es el deber jurídico de rango superior, hay que concluir que se trata de deberes jurídicos de rango equivalente. En ese caso, COCA VILA resuelve el conflicto de igual manera que la doctrina y jurisprudencia dominantes, es decir, concluye que “[e]l obligado goza entonces de un derecho de elección entre las dos razones contrapuestas, sin que el Ordenamiento jurídico condicione o valore los motivos subjetivos últimos de su decisión” (COCA VILA, pp. 535, 438 ss., 442 ss.).

En cuanto a la infracción del deber que no se cumple, COCA VILA entiende, como ya se adelantó, que esa conducta es atípica, que no se trata de un verdadero deber y que el “conflicto” en esos casos *se disuelve* (COCA VILA, pp. 440 ss.). Debido a ello, concluye que la víctima de la decisión del obligado tendrá que tolerar la decisión que él tome y que la interferencia de la víctima en el curso causal salvador, en todo caso, se analizará dentro del estado de necesidad defensivo (COCA VILA, p. 456). Respecto de esas facultades de defensa, COCA VILA remarca que se trata solo de meras facultades y no de un derecho de tolerancia ni respecto del obligado, ni del otro necesitado (COCA VILA, p. 458).

2.5. El problema particular del conflicto vida contra vida: la legitimación de la solución del problema ante los ojos de quien va a morir

COCA VILA aborda con especial atención el problema de la colisión de deberes jurídicos (o de razones de obligación, según su postura) de rango equivalente en los que se enfrentan dos vidas humanas, de modo que el cumplimiento de uno implica ineludiblemente la salvación de una vida humana y la pérdida de otra. Un aspecto muy importante para COCA VILA consiste en poder justificar las normas de comportamiento penales por medio del principio del individualismo normativo, con el objetivo de legitimar la solución de los conflictos de razones de obligación (deberes jurídicos) equivalentes a los ojos de la víctima de la decisión del obligado (COCA VILA, pp. 461 ss.).

En ese marco, COCA VILA entiende que el beneficiario o necesitado que no es elegido por el obligado en esta clase de conflictos de razones de obligación equivalentes, por más que sepa que va a morir a causa de esa decisión, no cuenta con derecho de defensa alguno, ni respecto del beneficiario final del salvataje ni del obligado (COCA VILA, pp. 493, 495, 536). Esto coincide con lo que sostiene la postura mayoritaria.

Ahora bien, para llegar a esa conclusión, COCA VILA propone una justificación diferente a la dominante. Sostiene, concretamente, que “si resulta que el mejor escenario posible es aquel en el que al menos un sujeto ve salvaguardados sus intereses, y resulta que el precio a pagar por ello es la renuncia del otro sujeto y de eventuales terceros auxiliares a interrumpir el curso causal salvador iniciado por el obligado, el sujeto que aparece como víctima en atención al curso de cumplimiento que inicia el obligado no puede alegar de forma jurídicamente atendible nada en contra de la solución que adopta el conflicto” (COCA VILA, pp. 470, 473 s., 493, 496).

En ese sentido, para justificar el deber de tolerancia de la víctima de la elección del obligado, COCA VILA afirma que la pérdida de los intereses de la víctima “constituye la consecuencia lógica e ineludible de haber gozado en un momento previo de una mínima posibilidad de salir indemne de la situación de conflicto” (COCA VILA, p. 471). Y a esa justificación no la circunscribe a determinados bienes que colisionan, sino que, por el contrario, la extiende a todos, incluso si el conflicto versa sobre la salvación de dos (o más) vidas humanas.

Finalmente, en cuanto a la situación extrema que se presentaría en caso de que el no beneficiado por la elección del obligado interrumpiera su curso causal salvador, COCA VILA entiende que le corresponde ser exculpado. Pero como la acción de pretender interrumpir esa salvación es antijurídica, tanto el obligado como el seleccionado inicialmente por él como beneficiario de la única acción de salvamento que le es posible cumplir pueden justificadamente rechazar la interrupción no culpable de la acción salvadora (COCA VILA, p. 536).

III. Crítica de la tesis

1. Presentación

Ya he mencionado en la introducción que un aspecto muy valioso de la obra de COCA VILA es cuánto estimula a una reflexión profunda sobre el problema de la colisión de deberes en derecho penal. Las críticas que siguen son, pues, el resultado de esa reflexión. A modo de síntesis puedo decir aquí que no encuentro mayores inconvenientes de consistencia interna en lo que, sin dudas, constituye uno de los aportes principales del libro, a saber: la propuesta de una nueva forma, más fina que la de la doctrina dominante, de ponderar deberes jurídicos.

Sí creo, en cambio, que merece varias objeciones lo referido al punto de partida teórico de la propuesta de COCA VILA y, por tanto, también lo relativo a las consecuencias sistemáticas, en el

marco de la teoría del delito, a las que conduce dicho punto de partida, aunque creo que esto último no es de tanta significación como lo anterior. Me refiero, concretamente, a la idea de COCA VILA, central para su tesis, de que no existen conflictos entre deberes jurídicos, o —para decirlo con sus palabras— de que estos no se resuelven sino que se “disuelven” en forma previa a su aplicación y que por eso debe tratarse la cuestión ya en la tipicidad.

Para COCA VILA, en efecto, los conflictos no se dan entre deberes jurídicos, sino únicamente entre razones de obligación. Y por eso, a su juicio, en tanto hay un único deber jurídico aplicable, la infracción de lo que no sería ya un deber tiene que ser atípica (y no típica pero justificada), pues no puede ser jurídico-penalmente relevante una conducta que no implica violar un deber jurídico-penal. Estas ideas, al contrario de su propuesta para ponderar, presentan problemas internos de consistencia que, a mi modo de ver, COCA VILA no logra sortear más allá de su innegable capacidad argumental. Es esto entonces lo que será objeto principal de la crítica que sigue.

2. Imprecisiones de la exposición inicial

Lo primero que voy a señalar críticamente es una cuestión secundaria, que a mi juicio corresponde indicar aquí porque se trata de una imprecisión expositiva que dificulta el abordaje inicial de la obra. Da la impresión de que COCA VILA ha escrito su libro pensando en un especialista *en el tema* (y no solo en un penalista) como interlocutor. Tal vez es esto lo que hace que se extrañe alguna mayor precisión respecto de su objeto de estudio. La introducción del libro, que sería el lugar indicado para delimitarlo, a mi juicio no es suficientemente clara. Para lograr comprender cuáles son exactamente los problemas que el autor quiere tratar, muchas veces hay que avanzar bastante en la lectura de la obra.

La expresión “colisión de deberes”, por lo pronto, es utilizada ante todo en la teoría (general) del derecho. La introducción del libro, sin embargo, no explicita si eso es lo que será objeto de análisis. Ello, a mi juicio, no se aclara con la expresión “colisión de deberes *en derecho penal*” (que da título a su trabajo), porque también esa expresión es ambigua y, por tanto, debería ser precisado el sentido que es relevante para la obra. ¿Se refiere, por ejemplo, a lo que sucede cuando entre normas penales ocurre lo que en teoría del derecho se identifica como colisión de deberes, o se refiere a una “especial” clase de colisión de deberes que solo es posible en el derecho penal?

La imprecisión se incrementa por el hecho de que, como es sabido, en la teoría del delito empleada en Alemania existe una categoría específica que, en ese país, se aplica únicamente en el ámbito de la antijuridicidad de la omisión impropia y que se denomina “colisión de deberes justificante”. Y a eso cabe agregar que aparece otra dificultad si la legislación penal positiva de un determinado país cuenta con una causa de exclusión del ilícito expresa que se identifica como “cumplimiento de un deber” —como sucede tanto en España (CP, artículo 20.7) como en Argentina (CP, artículo 34.4)—, que también tiene su fundamento en una colisión de deberes. ¿Qué de todo ello es específico objeto del libro? Por supuesto que, como ya dije, este interrogante se aclara a medida que se avanza en su lectura (en particular cuando el autor propone solucionar todos los casos que le interesan con el artículo 20.7 del CP español). Pero facilitaría la comprensión que el objeto en cuestión estuviese clarificado desde el comienzo mismo de la obra.

3. Un método más fino para ponderar deberes jurídicos

Ya señalé que, a mi modo de ver, el aporte más valioso que ofrece COCA VILA es el desarrollo que lleva adelante en el capítulo cuarto de su libro. Allí, el autor propone una metodología diferente a la de la doctrina dominante para ponderar deberes jurídicos a partir de determinados criterios de jerarquización. Este capítulo tiene la virtud, por un lado, de no presentar inconsistencias internas pese a la extrema complejidad de la empresa y, por otro lado, de proponer una serie de criterios que, tal vez de la mano de alguna simplificación ulterior (que a mi juicio es posible y además necesaria), pueden ser de concreta utilidad práctica.

De todas maneras, y sin perjuicio de los méritos de esta parte de la tesis de COCA VILA, creo que es pertinente preguntarse acerca de la utilidad de esa mayor complejidad de su argumento, ya que, en los resultados, conduce a casi las mismas conclusiones de fondo que las de la doctrina dominante, salvo algún que otro caso puntual. En tal sentido, la epistemología contemporánea enseña que, en caso de dos teorías extensionalmente equivalentes, siempre será preferible aquella que resulte más simple en su justificación, salvo que la más compleja ofrezca mayor precisión.⁴

Lo que cabe preguntarse, entonces, es lo siguiente: ¿aportan realmente más precisión las distinciones que propone COCA VILA con relación a este tema que las que provienen de la

⁴ Véase al respecto, por todos, ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 30.

aplicación del principio del interés preponderante, que es el que pretende reemplazar? Pienso que sí, y por eso destaco esta parte de su libro como la más valiosa. De todos modos, saldada la cuestión de la precisión, creo que resulta pertinente preguntarse si la propuesta de COCA VILA constituye algo *diferente* a una técnica de ponderación de intereses, que es en lo que, en definitiva, consiste la aplicación del principio del interés preponderante.

La respuesta a esto último debe ser, a mi juicio, negativa. Creo, en efecto, que tanto la propuesta de COCA VILA como el principio del interés preponderante son técnicas para ponderar intereses, solo que una puede ser descrita como más fina que la otra. De hecho, esa mayor precisión del aporte de COCA VILA es lo que seguramente tornará imprescindible a su obra en la literatura referida a la colisión de deberes en derecho penal. Sin embargo, y por las razones dadas, creo que debería ser tenida más como un agudo intento de precisar el principio del interés preponderante que como uno de oponérsele.

4. ¿Inexistencia de conflictos entre deberes jurídicos?

Hemos visto que COCA VILA parte de la idea de que “no existen” conflictos entre deberes jurídicos. A mi modo de ver, esa afirmación no solo es inconciliable con una descripción correcta del funcionamiento de un sistema jurídico, sino que, además, es internamente inconsistente con otras afirmaciones o asunciones presentes en la argumentación del autor. Él sostiene, en efecto, que, “[d]ado que las normas de comportamiento [...] tienen que dirigirse a quien puede [...] comportarse conforme a ellas, ante colisiones de deberes equivalentes el Ordenamiento jurídico solo podría dirigir a un ciudadano una única norma de comportamiento” (COCA VILA, p. 102). Pero entonces no se puede decir, en el marco del mismo argumento, que no existen los conflictos o colisiones de deberes, pues el segundo enunciado afirma precisamente lo contrario.

Un conflicto entre deberes previstos en abstracto es algo que, frente a determinados casos individuales, simplemente puede (y suele) suceder en las comunidades organizadas jurídicamente. 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 entre dichos deberes. El conflicto existe, y por eso es usual que los mismos ordenamientos jurídicos

prevean metanormas expresas⁵ cuya única función es resolver esas colisiones, como por ejemplo la del artículo 20.7 del CP español, o la del 34.4 del CP argentino, o los principios a partir de los cuales se resuelven los casos de concursos entre normas.⁶ Y si tal metanorma no existe en un determinado ordenamiento, simplemente se estará ante un sistema jurídico inconsistente, en virtud de que no resuelve un conflicto que *se produce* en él.

COCA VILA, al menos en el resultado, comparte esta idea cuando admite que, en casos de conflictos de deberes, uno solo de ellos resulta de cumplimiento exigible. Sin embargo, lo incorrecto de su posición pasa, a mi juicio, por la explicación que ofrece para fundamentar por qué ello es así. Él, en efecto, sostiene que del ordenamiento jurídico no nacen —ni pueden nacer— dos deberes jurídicos limitados por una cláusula de reserva, sino que *desde un comienzo* emerge uno solo, que es el único aplicable. Pero ello, tal como ha sido advertido ya por la doctrina jurídico-penal,⁷ implica pasar por alto que, si realmente en tales casos termina siendo aplicable uno solo de los deberes en juego, no es porque “desde un comienzo” no hay conflicto entre ellos, sino porque, frente al conflicto, y como ya mencioné, una metanorma prevista en el mismo sistema jurídico establece que así debe ser resuelto ese caso.

Que en un ordenamiento jurídico, como en el español o en el argentino, *exista* una metanorma conforme a la cual está permitido vulnerar un deber en cumplimiento de otro, demuestra que el legislador ha considerado *ex ante* como posible la existencia de conflictos de deberes. Y que metanormas como esas (reitero: como las del artículo 20.7 del CP español o la del artículo 34.4 del CP argentino) *se apliquen*, demuestra a su vez que esos conflictos ocurren. La existencia de conflictos de deberes, por lo demás, no es negada ni siquiera por autores que adscriben a una teoría bipartita del delito.⁸ Con ello quiero decir que incluso aquellos que sostienen que la colisión de deberes y las causas de justificación se resuelven en el marco de una

⁵ Por “metanorma” hay que entender, simplemente, a una norma de segundo orden que determina qué debe hacerse respecto de algo que sucede con otras normas de primer orden, es decir, que tiene como referencia central otras normas y no, por ejemplo, conductas humanas. Tal clase de metanormas son perfectamente positivizables en forma expresa en un ordenamiento jurídico, como sucede con las citadas en el texto, referidas a la exclusión del ilícito por cumplimiento de un deber. Vale esta aclaración para evitar que se caiga en la confusión de creer que una metanorma es necesariamente una norma ajena al derecho positivo vigente y por tanto “supralegal”, o algo similar.

⁶ Así ORTIZ DE URBINA GIMENO, “De moscas y agresores muertos”, en *InDret Penal*, 3/2008, pp. 16 ss., 19 ss.

⁷ Véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 6, pp. 22 ss.

⁸ Como por ejemplo ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 6, p. 24 y *passim*.

suerte de tipo total, no por ello niegan la existencia de conflicto ni la calidad de deberes a los que coliden en un caso concreto.

En otras palabras, una colisión o un conflicto de deberes es presupuesto necesario de la aplicación de la metanorma que indica cuál es el deber aplicable al caso, porque, como ya dije, la única razón de ser de la existencia de esas metanormas es, justamente, la resolución de conflictos o colisiones entre normas (en este caso entre deberes). La existencia de dichas metanormas debería ser considerada, pues, como un indicador fuerte a favor de que existen conflictos de deberes.

5. ¿Conflictos entre razones de obligación y no entre deberes jurídicos?

Expuse más arriba que una de las tesis centrales de la obra que aquí analizo es que no existen conflictos genuinos entre deberes jurídicos, y esa afirmación ha sido ya objeto de crítica en el apartado anterior. Pero COCA VILA, a eso, agrega que sí es posible un conflicto entre las que él, siguiendo a KANT, denomina “razones de obligación”. Estas, de acuerdo con el propio texto de KANT, coinciden tanto intensional como extensionalmente con lo que en la teoría del derecho y en la filosofía moral contemporáneas se aborda bajo el tópico de normas como “razones para la acción”,⁹ que se refiere, como no puede ser de otro modo, a la acción de un *sujeto*. KANT, en efecto, expresamente dice que lo que él denomina “razones de la obligación” (*Gründe der Verbindlichkeit*) se dan “en un sujeto” y no, obviamente, en el sistema jurídico.¹⁰

Pues bien, a raíz precisamente de su admisión de que es posible un conflicto entre razones, COCA VILA elabora luego su —ya descripta— propuesta para llevar adelante mecanismos de jerarquización, que en el marco de su esquema sería una ponderación entre razones y no entre deberes, o más precisamente: entre deberes que operan como razones y no entre deberes *tout court*.

⁹ Véase al respecto, por todos, RAZ, *Razón práctica y normas* (trad. de Ruiz Manero), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 17 ss.

¹⁰ Véase KANT, *La metafísica de las costumbres* (trad. de Cortina Orts y Conill Sancho), 4.^a ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 31; para la versión en alemán véase KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe Band VIII, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1977, p. 330.

Es este paso de la argumentación de COCA VILA el que menos me convence de su tesis. Sin dudas es relevante y correcto distinguir, con algún eco en KANT, entre la existencia de normas como soluciones en abstracto para casos, por un lado, y la consideración de esas normas, por parte de sus destinatarios, como razones para su acción, por el otro.¹¹ Sin embargo, en su exposición COCA VILA no deja en claro si utiliza dicha distinción exactamente en estos términos y ello genera dificultades para comprender su propuesta.

Puede decirse, no obstante, que lo más probable es que COCA VILA haya asumido la distinción entre deberes objetivos como normas en abstracto (es decir, deberes *tout court*) y deberes como razones para la acción de un sujeto en los mismos términos en que esa distinción es empleada tanto por KANT como por la filosofía moral y jurídica más contemporánea. Porque, de no ser así, es de suponer que lo habría aclarado expresamente. Lo que resulta llamativo, no obstante, es que COCA VILA se valga de esa distinción para negar la existencia de conflictos entre deberes objetivos y aceptarla entre deberes como razones para la acción.

Dicha distinción es ciertamente atinente para demostrar que existe una diferencia entre la norma en abstracto aplicable a un caso (que es una cuestión relativa a la *existencia* de esa norma en el plano normológico), por un lado, y la norma como razón para la acción de un agente en un caso (que es una cuestión relativa al *peso* de esa norma en el plano práctico, es decir, en el balance de razones de ese agente), por el otro. Pero lo que esa distinción permite mostrar es que *puede* haber conflictos entre deberes en ambos planos, no lo contrario, y que se trata de conflictos de distinta naturaleza: normológicos o prácticos.

En efecto, si en abstracto dos normas (concretamente dos deberes) establecen soluciones contrapuestas para un caso concreto, del hecho de que, en el plano práctico, solo una de ellas sea tomada por el destinatario de ambas, sin conflicto psicológico alguno, como razón para su acción en ese caso, no se sigue que, ante tal situación, en el plano normológico no se produzca un conflicto entre las dos normas *prima facie* aplicables. Por su parte, en lo que respecta a cada uno de los deberes en cuestión, del hecho de que en el plano práctico uno de ellos sea derrotado en un caso por otras razones sustantivas que para su destinatario pesan más (derrotabilidad sustantiva) no

¹¹ Véase al respecto, entre muchos otros, RAZ, *supra* nota 9, pp.17 ss.; SCHAUER, *Las reglas en juego* (trad. de Orunesu y Rodríguez), Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 149 ss., 173 ss.; REDONDO, “Reglas ‘genuinas’ y positivismo jurídico”, en *Analisi e Diritto*, 1998, pp. 243 ss.

se sigue que esa norma, en el plano normológico, deje de ser un deber genuino que *prima facie* rija para ese caso. Y es más: de la derrotabilidad sustantiva de una norma no se sigue tampoco su derrotabilidad lógica.¹²

No interesa abundar aquí en la distinción que cabe efectuar entre deberes lógicamente derrotables (que no serían deberes genuinos) y deberes *prima facie*¹³ (o *pro tanto*, si se piensa que los deberes *prima facie* no son deberes genuinos porque vienen expresados en normas lógicamente derrotables),¹⁴ que serían deberes genuinos por no ser lógicamente derrotables, aunque sí sean derrotables en un balance de razones del agente. Pero se trata de una distinción importante, en tanto permite considerar como genuino a todo deber expresado en una norma lógicamente no derrotable, aun cuando él pueda ser derrotado en un balance de razones.¹⁵ Pues bien, si es necesario un balance de razones, y si esas razones son deberes, es porque *hay* un conflicto entre deberes (que operan como razones) y porque esos deberes son genuinos.

No puede negarse la existencia de un conflicto entre deberes genuinos por el hecho de que el ordenamiento jurídico permita resolverlo, ni negarse el carácter de deber genuino a una norma por el hecho de que ella, en un caso, deba ingresar a un balance de razones y en ese balance sea derrotada por otra. Ambas negaciones (y ambas fundadas en esos motivos) son sin embargo sostenidas por COCA VILA y por eso su argumentación resulta —a mi juicio— equivocada.

¹² Así REDONDO, *supra* nota 11, p. 249; CARACCILO, “Una discusión sobre normas derrotables”, en *Discusiones 5: Razones y normas*, 2005, pp. 89 s. Habría derrotabilidad lógica cuando el condicional con el que se expresa una norma admite excepciones implícitas, no previstas en el ordenamiento jurídico positivo. Cuando ello sucede, se está ante una norma respecto de la cual no es aplicable el *modus ponens* ni la ley lógica del refuerzo del antecedente (sobre esto cf., por todos, NAVARRO, *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas*, en ÍDEM, *Los límites del derecho*, Bogotá, Temis, 2005, p. 106). Si una norma así expresa un deber, este no será aplicable a un caso si el juez considera que, en él, se da alguna de dichas excepciones implícitas. Y como esas excepciones no forman parte del sistema jurídico, entonces lo que resulta es que esa norma, ya lógicamente, no expresa un deber genuino, porque de su propia estructura formal se sigue que él no es de cumplimiento obligatorio.

¹³ Fundamental al respecto ROSS (1930), *The Right and the Good*, Oxford, Clarendon Press, 2002, pp. 19 ss. Para un análisis actual del concepto y de la función de los deberes *prima facie* véase BOUVIER, *Particularismo y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 52 ss.

¹⁴ Sobre esto véase CARACCILO, *supra* nota 12, p. 90; también GAIDO, “Introducción”, en *Discusiones 6: Derecho y autoridad*, 2006, pp. 9 s., nota a pie 1, aunque alude a razones para la acción.

¹⁵ Sobre todo esto véase REDONDO, *supra* nota 11, pp. 249 ss.

Nada de esto cambia porque se designe como “*prima facie*” a los deberes que en un caso están en conflicto. Que se los denomine así simplemente significa, para el plano normológico, que pueden ser desplazados para la solución del caso en virtud de una metanorma que así lo determina y, para el plano práctico, que valen como una razón no absoluta para la acción, porque son desplazables por otras razones. Del hecho de que los deberes o las razones sean *prima facie*, por lo tanto, no cabe inferir que el conflicto “se disuelve”, en ninguno de ambos planos. El siguiente pasaje de SCHAUER, pensado en rigor para el plano práctico, es muy ilustrativo y aplicable también al plano normológico:

[e]l mayor problema que provoca el uso de la expresión *prima facie* como descripción de las razones no absolutas es que sugiere que, en ciertas circunstancias [...], las razones *prima facie* podrían simplemente desvanecerse. Pero esa caracterización induce a error. Las razones, incluso las razones no absolutas, no se evaporan cuando son superadas o dejadas de lado, de la misma manera que el guardia de seguridad no se evapora cuando es reducido por el asaltante de bancos. Lo que ocurre simplemente es que una razón —como el guardia— puede resultar suficiente en ciertas circunstancias, pero insuficiente en otras. Pero las razones y los guardias de seguridad ofrecen *resistencia* incluso cuando son insuficientes y, en cada caso, la presencia de esa resistencia demanda mayor fuerza para ser superada de la que hubiera sido necesaria en caso contrario.¹⁶

Por eso es especialmente problemática la afirmación de COCA VILA de que no se dan conflictos entre deberes jurídicos, pero que sí puede haberlos entre las (por él denominadas) razones de obligación. No es que haya deberes por un lado, que no pueden colisionar entre sí, y razones para la acción por el otro (que no detentan la calidad de deberes), que sí pueden colisionar entre ellas, que es lo que, por momentos, parece sostener COCA VILA. En los casos concretos, son *los deberes* previstos en abstracto los que operan como razones para la acción (o como razones de la obligación) de un agente, sin perjuicio de que además operen otras clases de razones que compitan con esos deberes, como por ejemplo ciertos deseos del agente.

¹⁶ SCHAUER, *supra* nota 11, p. 175 (cursivas en el original).

Ahora bien, de la exposición de COCA VILA creo que puede inferirse que, aunque describa el conflicto que le parece admisible como una colisión de deberes que operan como razones, lo que quiere es determinar cuál deber *tiene que serle impuesto* al agente, o cuál deber tiene que ser la razón de su actuar con independencia de que la hubiese considerado o no como tal. Pero entonces COCA VILA debería admitir que la jerarquización necesaria para resolver ese conflicto tiene que llevarse a cabo entre todos los deberes objetivos en principio aplicables al caso y no únicamente entre los deberes que de hecho operaron como razones para la acción del agente. Y si eso es así, resulta evidente que se trata de una ponderación de deberes y no de razones, o con más precisión: de deberes objetivos y no de deberes que operaron como razones de un agente. Considerar como relevante y posible únicamente el conflicto entre razones de obligación implica dejar en manos del agente, y no del derecho, la determinación del deber aplicable al caso. Seguramente esta no es una consecuencia con la que COCA VILA estaría de acuerdo, pero es la que se sigue de su argumento, al menos si se lo interpreta literalmente.

La ponderación que lleva a cabo el propio agente entre distintos deberes que operan como razones de su obligación es nada más que una cuestión de hecho de la que no se siguen consecuencias normativas: es simplemente la ponderación interna que él hace. Puede, ciertamente, ser descripta también por un observador externo. Pero de esa descripción, si es solo eso, tampoco se seguirá ninguna consecuencia normativa.

Para que al agente se le pueda decir “has ponderado mal, pues no tuviste en cuenta este deber que prevalece sobre el que consideraste como razón para tu acción”, o “has ponderado bien, porque el deber que consideraste como razón para tu acción es el que prevalece”, y para que de ello, a su vez, surja una consecuencia normativa como la imputación o no imputación de responsabilidad penal (que es lo que hace el derecho y, me parece, lo que a COCA VILA en realidad le interesa), entonces —valga la reiteración— es necesario ponderar todos los deberes objetivos vigentes e imponibles como tales al agente y no solo los deberes objetivos que *de hecho* han operado como sus razones de obligación.

Si se tiene todo esto en consideración, lo que resulta es que, según cómo se interprete lo que COCA VILA pretende hacer, cabe concluir que él o bien ofrece una descripción falsa de cómo funcionan nuestros ordenamientos jurídico-penales, o bien ofrece una propuesta de solución que es descriptiva y materialmente correcta pero lógicamente inconsistente. Precisaré esto a continuación.

Cuando se está ante un caso que involucra más de un deber, una reconstrucción posible del argumento de COCA VILA sería la siguiente (“opción A”):

Premisa 1: Entre deberes jurídicos vigentes en abstracto no hay conflictos.

Premisa 2: Los conflictos se dan entre deberes que operan como razones para la acción (o razones de obligación) del agente.

Premisa 3: La resolución del conflicto entre esas razones determina cuál es el único deber jurídico vigente en abstracto aplicable *ab initio* al caso.

Conclusión: Es aplicable al caso un deber jurídico tomado en cuenta por el agente como razón para su acción o como razón de su obligación.

Este argumento, como se ve, es lógicamente válido, porque su conclusión se infiere correctamente de las premisas. Su problema, sin embargo, consiste en que, como sus premisas son falsas, su conclusión también lo es. Dicha conclusión no es una descripción verdadera de cómo opera el derecho. Porque según esta reconstrucción queda en manos del agente individual, y no del derecho, la resolución respecto de cuál es el deber jurídico aplicable al caso.

En efecto: de acuerdo con la premisa 3, el único deber aplicable tiene que ser alguno de los considerados por el agente en su balance de razones. Sin embargo, esto no es lo que sucede cuando se aplica el derecho, sino justamente lo que esa aplicación quiere evitar. El derecho *impone* la norma aplicable a un caso con independencia de que haya sido o no tomada en consideración por el agente como razón para su acción (salvo, por supuesto, que el agente no hubiese tenido ninguna posibilidad de saber cuál era la norma aplicable).

Estoy segura de que COCA VILA rechazaría la conclusión de esta reconstrucción de su argumento. Pero, como ya dije, es la única reconstrucción (correcta) posible si uno acepta literalmente su tesis de que lo que interviene en el balance o ponderación, en caso de conflicto, no son deberes jurídicos *tout court*, sino deberes jurídicos que han operado como razones de (la) obligación.

Si en lo que COCA VILA está pensando, en cambio, es en un balance objetivo que lleva a cabo el juez a partir del derecho para determinar cuál es la norma aplicable a un caso entre varias que coliden, entonces ya no debería plantear la cuestión en términos de normas que operan como

razones, sino en términos de balance de normas (en este caso de deberes) vigentes en abstracto. Claro que, en tal caso, COCA VILA simplemente sostendría la tesis tradicional, que es sin embargo la que niega, a saber: que el conflicto y la ponderación ulterior se produce entre los deberes jurídicos vigentes en abstracto y aplicables en principio al caso.

Por otra parte, si con la expresión “razones de obligación” COCA VILA quisiera aludir a algo diferente a “razones para la acción” y, así, hacer referencia a un balance objetivo que tome en cuenta todas las razones posibles y no solo las consideradas por el agente, entonces no solo se alejaría de la idea de KANT en la que intenta basarse (que como vimos entiende a las “razones de la obligación” como razones de un sujeto o de un agente), sino que nos ofrecería nada más que un cambio terminológico respecto de la tesis tradicional.

En tal caso, en efecto, COCA VILA estaría empleando la expresión “conflicto de razones” para referirse a algo que, en rigor (y simplificando), es un conflicto de deberes. Su propuesta, por lo tanto, no aportaría ningún cambio sustantivo, sino, como dije, uno meramente terminológico y, además, difícil de justificar. Porque proponerles a los penalistas y a los teóricos del derecho que reemplacen la expresión “conflicto (o colisión) de deberes” por la de “conflicto (o colisión) de razones de obligación” importa una alteración terminológica significativa en el lenguaje aceptado por esas disciplinas que, por lo tanto, exige una justificación apoyada en razones especialmente plausibles. Pero ellas, a mi juicio, aquí no se dan.

Es posible, con todo, reconstruir de manera no literal el argumento de COCA VILA, de modo de evitar la falsedad descriptiva a la que conduce la “opción A”. Para ello, habría que agregar una premisa a esa opción. Denominaré “opción B” a esta reconstrucción alternativa de lo que sucede cuando se está ante un caso que involucra más de un deber:

Premisa 1: Entre deberes jurídicos vigentes en abstracto no hay conflictos.

Premisa 2: Los conflictos se dan entre deberes que operan como razones para la acción (o razones de obligación) del agente.

Premisa 3: La resolución del conflicto entre esas razones determina cuál es el único deber jurídico vigente en abstracto aplicable *ab initio* al caso.

Premisa 4: El conflicto entre esas razones se decide en función de una ponderación entre todos los deberes jurídicos vigentes en abstracto, con independencia de que hayan sido o no tomados en cuenta por el agente como razones para su acción.

Conclusión: El único deber aplicable *ab initio* al caso es el que vence en esa ponderación.

En esta opción B, como puede notarse, el agregado de la premisa 4 permite arribar a una conclusión descriptivamente verdadera, porque, según esta, la decisión respecto de cuál es el deber aplicable no depende del agente, sino del derecho, que es lo que caracteriza precisamente a la aplicación de un ordenamiento jurídico. Sin embargo, el costo a pagar es invalidar internamente el argumento, porque esa premisa 4 es contradictoria con la premisa 1. Tengo la impresión de que lo descrito en la “opción B” es lo que realmente hace COCA VILA, en cuyo caso le cabrá la referida objeción a la consistencia interna de su argumento.

Por supuesto que, además de conflictos (objetivos) entre deberes, puede haber conflictos (subjetivos) entre razones, entre las que, como dije, habrá también deberes si son conocidos por el agente, es decir: puede haber conflictos tanto en el plano lógico como en el plano práctico y es claro que unos no se siguen necesariamente de los otros. Pero si al agente se le impone una determinada solución del conflicto tomándose en cuenta todos los deberes vigentes aplicables en principio al caso (que es lo que en verdad hace COCA VILA), es porque la ponderación determinante se hace entre deberes objetivos aunque estos no hayan operado, en el caso concreto, como razones para su acción (o como sus razones de obligación). Y si esa ponderación es posible, es porque el conflicto entre deberes existe (entre todos los deberes aplicables), con independencia del conflicto que además pueda darse entre los deberes que operen como razones del agente.

6. ¿Exclusión del tipo en caso de colisión de deberes?

Una de las razones en las que COCA VILA apoya su conclusión de que los casos de cumplimiento de un deber en detrimento de otro deben ser resueltos ya en el ámbito de la tipicidad se vincula con su asunción de que no hay conflictos de deberes, pues es ello lo que luego le permite afirmar que la inobservancia del deber que no se cumplió (en aras de satisfacer el prioritario) no implica una infracción y que, por lo tanto, no puede ser considerado siquiera típico.

Pues bien, en función de las objeciones efectuadas en los puntos III.4 y III.5, ese argumento debe quedar a mi juicio descartado como razón a favor de la solución de la atipicidad. Porque, conforme indiqué allí, si uno de esos deberes no es aplicable, no es porque no haya habido conflicto entre ellos, sino porque lo ha habido y él, simplemente, ha sido solucionado por el mismo sistema jurídico, en estos casos incluso a partir de una metanorma expresa.

Que esa metanorma (aquí: la del artículo 20.7 del CP español o la del artículo 34.4 del CP argentino) sea tomada como una causa de justificación que excluye solo la antijuridicidad pero no la tipicidad, o como una causal de exclusión ya de la tipicidad, dependerá en todo caso de otras razones materiales, pero no de ese argumento formal basado en la supuesta inexistencia de conflicto.

COCA VILA, de hecho, ensaya otras razones para sustentar su tesis de la exclusión de la tipicidad, pero tampoco me han resultado convincentes. Recuérdese, en tal sentido, que el autor sostiene una posición muy particular respecto de la relación entre tipo y antijuridicidad. Porque, pese a que afirma que no existen razones materiales de peso que justifiquen distinguir entre esas dos categorías, de todas formas no adhiere a una teoría bipartita del delito y mantiene la diferenciación por razones didácticas. Distingue entonces, tras ello, entre causas de exclusión del ilícito que eliminarían solo la antijuridicidad (que serían las que él identifica como causas de justificación, las que, en su esquema, son aquellas en las que en la resolución del conflicto es dirimente la posición del afectado o competencia de la víctima) y otras que excluyen ya la tipicidad, como —en su opinión— el cumplimiento de un deber en detrimento de otro.

El problema que presenta esta concepción reside, a mi juicio, en que la distinción propuesta por COCA VILA entre causas de justificación, por un lado, y cumplimiento de un deber, por el otro, está basada no en meras razones didácticas, como él sostiene, sino en una razón genuinamente material, que consiste en el papel que juega la posición del afectado en la exclusión del ilícito.

En efecto, al introducirse una distinción entre competencia preponderante de la víctima (o del afectado) y competencia preponderante del autor para caracterizar la justificación y el tipo, respectivamente, se brinda una explicación sustantiva a esa distinción y no puramente formal o de orden. Y si luego el autor basa en esa distinción no solo su toma de postura sistemática a favor de la atipicidad en tales casos, sino también gran parte de su caracterización conceptual de la colisión

de deberes en derecho penal, ¿cómo puede afirmar entonces que no hay razones materiales de peso para distinguir entre tipo y antijuridicidad?

Desde mi punto de vista, COCA VILA ha intentado seguir un camino intermedio que no parece que pueda tener base en una fundamentación coherente. Creo que él o bien debería haber negado sin más todo peso suficiente a las razones materiales para distinguir entre tipicidad y antijuridicidad, y adoptar una teoría bipartita (o incluso una unitaria) del delito, o bien asumir que las razones materiales que él ofrece para fundar esa distinción son de peso suficiente y simplemente sostener que, en el caso de la exclusión del ilícito por cumplimiento de un deber, lo que se excluye es ya el tipo porque allí la competencia de la víctima no es la dirimente. Lo que ha ofrecido, en cambio, es una fundamentación que, por abreviar a la vez en posiciones muy disímiles (con el objeto, tal vez, de no dejarla demasiado expuesta a la crítica de ninguna de ellas), acaba siendo poco clara y hasta objetable.

Fuera de ello, en verdad no me convence la idea central de COCA VILA para respaldar su posición de que existe una diferencia relevante entre tipo y antijuridicidad, basada en el papel preponderante de la competencia de la víctima como supuesta característica paradigmática de las causas de justificación. Hay casos en los que esa preponderancia de la competencia de la víctima conduce a excluir ya la tipicidad, como sucede por ejemplo en la estafa, o en todos aquellos supuestos en los que, dentro del marco de la teoría de la imputación objetiva, esa competencia resulta decisiva para excluir el tipo, como por ejemplo en las diferentes variantes de lo que la doctrina dominante denomina autopuesta en peligro. Ver en esto, entonces, una razón clave para justificar la distinción entre tipicidad y antijuridicidad, puede que, en muchas ocasiones, conduzca a resultados poco satisfactorios.

Y si esto es así, es decir, si este argumento de COCA VILA no logra fuerza suficiente para sostener una diferencia material relevante entre tipo y antijuridicidad, entonces todo parecería indicar que, de las dos opciones señaladas antes, debió seguir la de adoptar una teoría bipartita del delito. De ese modo su conclusión sobre este punto habría sido al menos coherente con su extensa refutación a prácticamente todas las razones materiales conocidas para distinguir entre aquellas dos categorías.

IV. Conclusión

Como dije al comienzo de esta recensión, estamos frente a una obra muy significativa e interesante, que estimula la discusión y exige un alto nivel de reflexión por parte del lector. No coincido con varios de sus presupuestos, pero tampoco creo que sea necesario asumirlos para poder aceptar algunos de sus aportes más valiosos, como por ejemplo el método de ponderación que propone. Si COCA VILA sostuviese que de lo que se trata es de una ponderación no entre razones (o en rigor: no entre deberes que operan como razones), sino entre deberes *tout court*, provocada por un conflicto genuino entre deberes, seguramente estaríamos mucho más cerca de un acuerdo, al menos en lo esencial, que de un disenso relevante.