

El liberalismo de Nozick frente al dilema de la omisión

Nozick's liberalism against the omission dilemma

Por JAVIER MARTÍN-LANAS
Universidad Pública de Navarra

RESUMEN

El artículo expone las limitaciones que el liberalismo de Nozick presenta para sancionar ciertas conductas omisivas. Los postulados de su obra «Anarquía, Estado y utopía» fundamentan una concepción negativa de la libertad y, en consecuencia, asientan los pilares de un «Estado mínimo» que protege a sus ciudadanos, esencialmente, contra las agresiones de terceros. De esta forma, el texto expone que dichos postulados permiten la imposición de prohibiciones, pero no tanto de obligaciones (normas de mandato o «normas de hacer»). Se vislumbra de este modo que el liberalismo nozickiano adolece de obstáculos teóricos para sancionar algunas conductas omisivas que ocasionan o permiten peligros y resultados especialmente graves.

Palabras clave: Nozick, liberalismo, omisión, libertad negativa, libertad positiva, libertarianismo.

ABSTRACT

The article exposes Nozick's liberalism limitations to punish certain omissions. It will be observed that the postulates of his work, «Anarchy, State and Utopia», underpin a negative conception of liberty. Consequently, the only legitimate State is a «minimal State» that protects its citizens, essen-

tially, against the aggressions from others. In this way, the text exposes that such premises allow for the imposition of prohibitions, but not so much for obligations (mandatory norms). Therefore, it is envisioned that Nozick's liberalism suffers from theoretical obstacles to penalize some omissions that allow particularly serious dangers and results.

Keywords: Nozick, liberalism, omission, negative liberty, positive liberty, libertarianism.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. – 2. OMISIÓN. 2.1 *Apreciaciones conceptuales*. 2.2 *Omisión pura y comisión por omisión*. – 3. EL LIBERALISMO DE NOZICK. 3.1 *Concepción de la libertad*. 3.2 *Alcance y justificación del «Estado mínimo»*. – 4. CONFRONTACIÓN DEL LIBERALISMO NOZICKIANO CON LA REPROCHABILIDAD DE LA OMISIÓN PURA Y DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN. 4.1 *Cuestiones preliminares*. 4.2 *El liberalismo nozickiano frente a los supuestos de comisión por omisión*. 4.3 *El liberalismo nozickiano frente a los supuestos de omisión pura*. 4.4 *La alusión a los «horrores morales catastróficos»*. 4.5 *Conclusiones*.

SUMMARY: 1. STATEMENT OF THE ISSUE. – 2. OMISSION. 2.1 *Conceptual appreciations*. 2.2 *Duty to act and commission by omission*. – 3. NOZICK'S LIBERALISM. 3.1 *Freedom concept*. 3.2 *Scope and justification of the «Minimal State»*. – 4. NOZICK'S LIBERALISM AGAINST DUTY TO ACT AND COMMISSION BY OMISSION. 4.1 *Preliminary issues*. 4.2 *Nozick's liberalism against commission by omission*. 4.3 *Nozick's liberalism against duty to act*. 4.4 *The allusion to «catastrophic moral horror»*. 4.5 *Conclusions*.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Podría afirmarse, aunque de un modo peligrosamente preliminar, que el liberalismo político acoge de buen grado la segunda formulación del imperativo categórico kantiano: «Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio»¹. La comunión entre la premisa anterior y los postulados libe-

¹ KANT, I.; *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (Rodríguez Aramayo, R., trad.), Madrid, Alianza, 2002 (2.^a ed.), p. 139 (obra original publicada en 1785). No obstante, muchos de los autores tradicionalmente catalogados como liberales no fundamentan sus tesis en una conformidad con el imperativo kantiano –ni tampoco en hipotéticos derechos naturales–, sino que sus alegatos en favor de la autonomía individual se supeditan a la maximización del bienestar general de los indivi-

rales puede observarse, entre otros lugares, en la obra de Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*². En ella, el filósofo estadounidense abraza a la noción kantiana para robustecer su defensa de la autonomía individual y, accesoriamente, para retratar posiciones utilitaristas. A este último fin responde el siguiente extracto:

«Cada uno de nosotros, individualmente, escogemos, algunas veces, padecer algún dolor o un sacrificio para obtener un beneficio mayor o para evitar un daño más grande: vamos al dentista para evitar, a la postre, un sufrimiento peor; [...] ¿Por qué no sostener, de forma similar, que ciertas personas tengan que soportar algunos costos que beneficien a otras personas en razón de un bien social superior? Sin embargo, no hay ninguna entidad social con un bien, la cual soporte algún sacrificio por su propio beneficio. Hay sólo personas individuales [...] con sus propias vidas individuales. Usar a uno de estos individuos en beneficio de otros es usarlo a él y beneficiar a otros. Nada más»³.

De tal forma, si un individuo no puede ser usado como un medio para satisfacer los intereses de otros, la fórmula utilitarista queda invalidada. Las pretensiones de terceros –declararía Nozick–, por elevadas

duos. Parece acertado entonces referirse a esta línea como «liberal utilitarista»: en ella el liberalismo se torna justo por erigirse el medio más adecuado para la consecución del fin. En esta vertiente se hallarían, entre otros, Adam Smith, John Stuart Mill (cfr. Vergara, F.; *Introduction aux fondements philosophiques du libéralisme*, París, La Découverte, 1992) e incluso, en virtud de muchos de sus razonamientos, Ludwig von Mises (Vid. Mises, L.; *Liberalismo* (Reig Albiol, J., trad.), Madrid, Unión Editorial, 1975 [obra original publicada en 1927]).

² NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía*, Londres, Innisfree, 2014 (obra original publicada en 1974).

³ *Ibidem*, p. 44. Nozick descarta eventuales interpretaciones –erróneas, a su juicio– del imperativo categórico y concluye citando directamente al pensador alemán: «[...] the one he [Kant] actually used: «Act in such a way that you always treat humanity, whether in your own person or in the person of any other, never simply as a means, but always at the same time as an end.»» (Nozick, R.; *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, p. 32). La traducción al inglés de la que Nozick se vale opta por el verbo *treat* (en lugar de, por ejemplo, *use*) para reflejar el verbo alemán *brauchen* que Kant escribió (conjugado como *brauchest*) en la obra original: «Handle so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel *brauchest*» (Kant, I.; *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Riga, 1785, 4:429) [cursiva añadida]. La cuestión, quizá menor, radica en que la exhortación «*treat* humanity» no alberga la connotación de aprovechamiento (empleabilidad, uso) que contiene el infinitivo *brauchen*. La expresión «*use* humanity» (o «*usar* a la humanidad») parece más fiel, y por ella optan tanto la traducción al inglés a cargo de Mary Gregor (Kant, I.; *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 38) como la española de Roberto Rodríguez Aramayo, expuesta en el cuerpo del texto. En el original *Anarchy, State and Utopia*, Nozick cita la traducción de Kant realizada por H. J. Paton, de 1948 (aunque Nozick reporta dicha traducción al año 1956, por lo que muy probablemente él se refiera a una reedición o revisión a la cual nosotros no hemos logrado acceder).

que sean, no justifican el menoscabo, por ínfimo que resulte, de un derecho individual.

De este bosquejo se deduce una tendencia que late dentro de la heterogénea corriente liberal: la primacía concedida a la libertad del individuo frente a las demandas provenientes del resto. Esta contemplación atomista –en términos de Taylor⁴– de la sociedad, conduce a la prohibición de utilizar a otros (de agredirlos, de sacrificarlos) en beneficio propio. Ahora bien, en nuestro discurso inspeccionaremos la máxima desde el ángulo opuesto: si nadie puede agredir (sacrificar, utilizar) a otro, tampoco nadie se encuentra obligado a actuar (a sacrificarse) en beneficio ajeno.

Jakobs interpreta de forma similar el argumento de Locke sobre el derecho de propiedad⁵. Efectivamente, si, como entendía el inglés, uno es dueño o responsable de las alteraciones provechosas que realiza en la naturaleza, «este punto de vista se aplica de igual forma al trabajo útil que al trabajo nocivo»⁶. En virtud de ello, uno merecería tanto el premio por su propio trabajo como el castigo por las acciones dañinas que despliegue. En cambio, quien nada hace, nada merece, ni positivo (recompensa) ni negativo (castigo). Por tanto, para sancionar a quien, cruzado de brazos, no presta la ayuda necesaria, habrá que aducir, si acaso, argumentos distintos.

Se vislumbra entonces que, dentro del esquema liberal, algunas prohibiciones (¡no agredas al otro!) quedarían justificadas y, en consecuencia, también las sanciones previstas para quienes las infrinjan. De otro lado, en cambio, determinados mandatos (¡ayuda al otro!, ¡sacrifícate por él!) tendrían una difícil cabida en el plano *jurídico* –quizá sí en un plano ético– y, por ende, también las sanciones dirigidas hacia quienes los incumplan⁷. ¿Por qué obligar a un individuo a salvar la

⁴ Vid. TAYLOR, C.; *Hegel and Modern Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

⁵ La justificación de Locke, notablemente influyente en el liberalismo posterior, es la siguiente: «[respecto del individuo] El trabajo de su cuerpo y la labor producida con sus manos podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que [el individuo] modifica con su labor y añade algo a ella que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya» (Locke, J.; *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil* [Mellizo, C., trad.], Madrid, Tecnos, 2010, p. 34).

⁶ JAKOBS, G.; «La imputación penal de la acción y de la omisión», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 49, fasc. III, 1996, p. 836.

⁷ Resulta tentador vincular las infracciones de prohibiciones con acciones y las vulneraciones de mandatos con omisiones, tal vez porque la distinción encaja con la mayoría de situaciones observadas o imaginadas. Sin embargo, la prohibición de agredir al otro puede transgredirse apuñalándolo (acción) o, también, eludiendo la vigilancia que se tiene sobre un fuego (omisión) y permitiendo que se descontrola. Inversamente, el eventual mandato de socorrer al otro puede infringirse mediante una conducta pasiva, como la de permanecer dentro de una canoa observando cómo otro individuo se ahoga a pocos metros (omisión), o mediante una conducta activa, como la de remar y alejarse (acción) si el sujeto en apuros trata de alcanzar la canoa para salvarse (este último ejemplo se basa en el ofrecido por Dopico Gómez-Aller, J.; *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 817).

vida de otro?, ¿con qué fundamentos castigarlo por haberse detenido a contemplar una muerte que habría podido evitar?

Hasta aquí la aproximación es meramente intuitiva y necesita de un análisis más concienzudo de, al menos, dos de las categorías conceptuales esbozadas: liberalismo político y omisión. El «liberalismo político» dista de ser unívoco y abarca en su etiqueta un extenso abanico de corrientes. Las más radicales, libertarias o anarcolibertarias, recelan de la legitimidad del Estado –por mínimas que sean las funciones que se le atribuyan–, toda vez que su existencia amenaza la integridad de algunos derechos individuales⁸. En cambio, otras posiciones liberales más expansivas legitiman al Estado y, además, consideran su presencia como un requisito indispensable para que los derechos individuales –y también algunos colectivos– se hallen debidamente protegidos⁹.

En el artículo nos centraremos en el liberalismo defendido por Nozick y su apuesta por el «Estado mínimo»¹⁰. Primeramente, porque su obra, *Anarquía, Estado y utopía*, es una de las aportaciones más influyentes y formalmente sólidas del pensamiento liberal contemporáneo. En segundo lugar, porque si se lograra dictaminar que el liberalismo nozickiano presenta obstáculos insalvables para sancionar ciertas conductas, podría concluirse que los liberalismos más extremos presentarían, cuando menos, las mismas dificultades.

El segundo concepto, el de «omisión», se desglosará en el segundo apartado. Ahora bien, atenderemos únicamente a las conductas omisivas que permiten (u ocasionan, en sentido amplio) el peligro o lesión

⁸ En este espectro libertario situamos, por ejemplo, a los estadounidenses anarcindividualistas Murray Rothbard o David Friedman, y excluimos a aquellos pensadores anarquistas de corte colectivista o mutualista (piénsese en los europeos Proudhon, Bakunin o Kropotkin), para quienes el Estado resulta igualmente aborrecible, pero no por coaccionar a los ciudadanos a la realización de acciones de ayuda mutua, sino por representar los «intereses de ciertos individuos y de ciertas clases»: las dominantes (Cappelletti, A. J.; *La ideología anarquista*, Barcelona, Laia, 1985, pp. 22-23).

⁹ En este flanco despunta el liberalismo igualitario defendido por John Rawls, cuya visión del Estado, especialmente en cuanto a su carácter redistributivo, se ve replicada por Nozick en la segunda parte de su obra. Asimismo, en un sentido más amplio del término liberal se enmarcan otros destacados autores, como Dworkin o algunos próximos a un «republicanismo liberal», esfera en la que encajan Cass Sunstein o Frank Michelman (cfr. Gargarella, R.; *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 162). También, aunque la afirmación detonaría un espinoso debate, podrían situarse en alguna parcela del liberalismo los pensadores comunitaristas (Walzer, Taylor o Sandel, entre otros); en este sentido «es difícil trazar una línea tajante que separe a los representantes de ambos lados de la contienda [liberales y comunitarios] porque la mayoría de sus representantes compartirían como irrenunciables ciertos supuestos: la necesidad de una fundamentación intersubjetiva de una moralidad culturalmente compartida, el reconocimiento de los derechos humanos, una mejor y más justa distribución de los bienes, etc.» (BENEDICTO RODRÍGUEZ, R.; «Liberalismo y comunitarismo: un debate inacabado», *Studium: Revista de Humanidades*, n.º 16, 2010, p. 205).

¹⁰ De ahí que esta corriente sea habitualmente señalada como liberalismo *minarquista*.

de bienes especialmente graves para los seres humanos. Estos bienes son, fundamentalmente, la vida y la integridad física. Una omisión así perfilada se correspondería, entre otros ejemplos, con el de un sende-rista que en mitad de su camino encuentra a otra persona desangrándose, pero, en lugar de socorrerla, omite el auxilio y continúa su trayecto. Al focalizar así el asunto se logra un beneficio argumental: si el liberalismo –desde el defendido por Nozick hasta el más radical– no posee fundamentos para exigir ciertas conductas encaminadas a revertir peligros y daños graves, ¿por qué exigiría, *ceteris paribus*, aquellas dirigidas a revertir peligros y daños leves?¹¹

2. OMISIÓN

2.1 Apreciaciones conceptuales

El Derecho penal se ha visto impelido a fundamentar la imputación de sujetos que permiten (sin actuar, propiamente) la lesión grave de bienes jurídicos protegidos y, a raíz de ello, su doctrina ha reflexionado largamente sobre la acción y la omisión¹². No profundizaremos aquí en las distintas teorías sobre ambos conceptos; tan solo esgrimirémos tres apreciaciones para preludear lo que se razonará con posterioridad.

En primer lugar, una omisión –al contrario que una acción– no posee contenido autónomo¹³. Por contenido autónomo nos referimos al sustrato material, cinético o mecánico, que nutre y define la conducta acaecida. Así, por ejemplo, la acción «X ha asestado una puñalada» queda materialmente descrita en la frase. A la pregunta «¿Qué

¹¹ Véase con un ejemplo lo que podría ocurrir si se juzgara una omisión que permitiera resultados leves: X tiene un ligero dolor en la muela, pide a Z que lo lleve al dentista y Z se niega (omisión). Efectivamente, Z discutiría que el ligero dolor de X merezca, en términos absolutos, una mayor consideración que el valor de su tiempo o de su libertad de circulación. Ahora bien, si X estuviera muriéndose y pidiera a Z que lo llevara al hospital, este no podría alegar una similar jerarquía de derechos pero, quizá, sí se vería eximido por otros argumentos de índole liberal. Solo estos pretendemos escudriñar. La cuestión de la jerarquía puede verse, entre otros lugares, en Nino, C. S.; *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 199-236 y pp. 267-269.

¹² Algunas obras accesibles a no especialistas en la rama son las siguientes: LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho penal. Parte general, I*, Madrid, 1996 (5.ª reimpr., 2007), Universitas, pp. 245-273; MIR PUIG, S.; *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Reppertor, 1984 (10.ª ed., 2016), pp. 185-199; o, también, Vid. MARINUCCI, G.; *El delito como acción*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

¹³ En esta línea se expresa Luzón: «La acción base de la omisión (sea esta un delito o no) no es la no realización de una determinada conducta, es decir, *algo inexistente, no efectuado*, sino precisamente la conducta [...] realizada» (LUZÓN PEÑA, D. M.; *Op. cit.*, p. 269) [cursiva añadida].

ha hecho X?» se contestaría con facilidad: «X ha asestado una puñalada». En cambio, la omisión no se define por sí misma, sino que su sentido pende de la acción a la que se apareje. Así, la frase «X no ha socorrido a un moribundo» cobra significancia en virtud de la acción que ha descartado llevar a cabo (socorrer). Ante la pregunta «¿Qué ha hecho X?» podríamos replicar «X no ha socorrido», pero la respuesta no reflejaría lo que materialmente sucedió. Para plasmarlo debéremos, necesariamente, valernos de la acción (distinta a socorrer) que materialmente hubiera ejecutado: «X se ha detenido y ha mirado al moribundo» o «X ha continuado caminando». Ahora bien, en el debate en torno al reproche de la conducta, la acción que hubiera realizado el sujeto (fuera cual fuera) distinta a la requerida (socorrer) resulta indiferente.

Segunda apreciación: la omisión, al no poseer contenido autónomo, existe únicamente en la medida en que un ser pensante imagina una acción que podría haber ocurrido y que no ocurrió. Véase así: si a los seres humanos se nos extirpara nuestra capacidad para imaginar, nunca concebiríamos nada diferente de lo ocurrido materialmente; no podríamos decir, por ejemplo, que «X no ha socorrido a Y», puesto que para ello deberíamos imaginar a X socorriendo, cosa imposible según la hipótesis, para después cotejar la diferencia entre la acción imaginada (socorrer) y la que efectivamente realizó. Sí podríamos afirmar, en cambio, que «X ha golpeado a Y». Es, entonces, la facultad de elucubrar expectativas la que nos permite hablar de omisiones. Ahora bien, un elemento que solo existe en la mente de quien lo piensa no puede alterar el mundo físico. La materia se modifica solo mediante relaciones positivas. Bajo estas coordenadas se calibra el siguiente argumento de Nino:

«[...] el problema de la causalidad en la omisión no reside en que esta consista en un hecho negativo. La idea de que un hecho negativo no puede ser causa de nada deriva de una concepción equivocada de los factores causales como «fuerzas motoras», [...] basta señalar que en la vida cotidiana es perfectamente natural e inteligible mencionar uno de tales hechos como causa de un evento, como cuando decidimos que *la falta de lluvias fue la causa de que se perdiera la cosecha*»¹⁴.

La frase resaltada aparenta que un hecho negativo (falta de lluvias) produce otro positivo (pérdida de la cosecha). Sin embargo, lo que se vinculan son, precisamente, dos hechos negativos: «(1) No llueve,

¹⁴ NINO, C. S.; *Op. cit.*, p. 327. El pasaje se ubica tras un repaso que el autor argentino dirige (*ib.*, pp. 320-326) a la propuesta radical de Glover para equiparar moralmente acciones y omisiones (cfr. Glover, J.; *Causing Death and Saving Lives*, Londres, Penguin Books, 1977). Este último autor firma otra aportación en una dirección similar: Glover, J., Scott-Taggart, M. J.; «It makes no difference whether or not I do it», *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*, Vol. 49, 1975, pp. 171-209.

luego (2) No hay cosecha», que es equivalente a decir: «(1) X no ha apuñalado a Y, luego (2) Y no ha muerto». El significado no varía aun tornando el segundo hecho de negativo a positivo: «(1) X no ha apuñalado a Y, luego (2) Y sigue vivo». Parece osado deducir aquí una relación causal en sentido físico. Aunque la expresión resulte lingüísticamente correcta, la causa material de que Y continúe vivo no radica en el comportamiento de X (no apuñalar), sino, estrictamente, en que ingiere nutrientes, respira, bombea sangre a sus órganos vitales, etcétera. La omisión de una acción (o la ausencia de un hecho) no altera *mecánicamente* la realidad¹⁵. Esta conclusión puede contribuir a advertir por qué la valoración de omisiones comporta más dificultades que la de acciones; ahora bien, de ella no se desprende, como señalaba Nino, que la norma deba interpretarse a la luz de una concepción causal restringida al ámbito físico-mecánico. Si se tomara esta noción –si por «matar» entendiéramos siempre «matar en sentido *físico-mecánico*–, ciertamente se enterraría buena parte del problema sobre las omisiones, pero al precio de dejar impunes conductas indiscutidamente censurables. Así, como indica Dopico Gómez-Aller, «el Derecho español entiende que una omisión puede «causar» daños, en el sentido de «irrogarlos» (no, obviamente, en un sentido mecánico)»¹⁶. En esta línea, «los verbos típicos «matar», «causar», etc., no impiden la subsunción de omisiones»¹⁷.

Aislando lo anterior, brota la evidencia de que las personas podríamos desplegar infinitos comportamientos en beneficio de otros. Por lo tanto, un ordenamiento jurídico podría incluir infinitas y concretas obligaciones de asistencia mutua. En el primer apartado se ha adelantado que solo valoraremos aquellas encaminadas a paliar peligros y resultados graves, es decir, aquellas que recaigan en la vida o integridad física de las personas. Pues bien, a su vez, consideraremos solo las orientadas a menguar peligros o daños graves *en terceros*, excluyendo las enfocadas a disminuir los peligros o daños en *uno mismo*. Tanto el conductor que elige no abrocharse el cinturón como el paciente que decide no tomarse las pastillas recetadas se ven amparados por los fundamentos liberales. Las obligaciones de actuar en beneficio propio emanan del paternalismo, el cual Nozick rechaza de forma expresa: «Mi posición no paternalista sostiene que

¹⁵ Procede, a nuestro juicio, hablar de *omisión* de una *acción*, pero cuando lo imaginado y no ocurrido es un *hecho*, creemos preferible hablar de *ausencia*. Así, por ejemplo, si no ha llovido y los campos se han secado, se antoja extraño utilizar expresiones como «*omisión* de lluvia» u otras análogas. La omisión, o, dígase más concretamente, la capacidad para elegir una acción y omitir otras, solo es predicable de los seres vivos con capacidad volitiva, esto es, de los humanos y, a lo sumo, de algunos otros animales. En definitiva, las parejas de términos serían estas: *acción-omisión* (cuando intervenga un ser con capacidad volitiva) y *hecho-ausencia* (cuando no lo haga).

¹⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; *Op. cit.*, p. 685.

¹⁷ *Ibidem*, p. 864.

alguno puede decidir (o permitir a otro) hacerse a sí mismo cualquier cosa, salvo que haya adquirido la obligación ante cualquier tercero de no hacerlo o no permitirlo»¹⁸.

2.2 Omisión pura y comisión por omisión

Las omisiones que confrontaremos con los esquemas de Nozick son figuras que, a tenor de la gravedad de sus resultados, pertenecen a la rama jurídico-penal¹⁹. De ella tomaremos las conclusiones y la terminología que permiten distinguir entre las dos tipologías de omisiones que trataremos, a saber: «omisión pura» y «comisión por omisión»²⁰.

De este modo, en los supuestos de omisión pura el sujeto se halla obligado a realizar una acción concreta (por ejemplo: socorrer), con independencia del resultado que posteriormente acontezca. Así se observa en el artículo 195.1 del Código penal español, que recoge la omisión del deber de socorro: «El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses»²¹. La mayoría de legislaciones extranjeras incluyen este delito de omisión pura y lo describen en términos similares²². De tal forma, el mandato se agota con la exhortación de soco-

¹⁸ NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía*, cit., p. 67.

¹⁹ El contenido de este subapartado, en especial la distinción entre omisión pura y comisión por omisión, no es más que un resumen (y simplificación) de lo discutido y obtenido por los penalistas, quienes se han ocupado de la cuestión con profundidad y detenimiento. Se sigue aquí, especialmente, la categorización realizada por Mir Puig (*Op. cit.*, p. 321 ss.). Véase también: Araúz Ulloa, I. M.; *El delito de omisión del deber de socorro: aspectos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

²⁰ A la hora de referirse a la «omisión pura» y a la «comisión por omisión», algunos sectores de la doctrina jurídico-penal utilizan, respectivamente, las denominaciones «omisión propia» y «omisión impropia» (o, también, «omisión impura», aunque esta expresión parece más extendida en el idioma portugués). En este sentido, Mir Puig se decanta por evitar el uso de «omisión impropia» por el sentido singular que esta opción reviste en algunos autores (*Op. cit.*, p. 321).

²¹ La alusión del legislador a un «peligro manifiesto y grave» exige que el riesgo recaiga en la vida o en la integridad física. En Araúz Ulloa (*Op. cit.*, pp. 255 ss.) pueden observarse con detenimiento los requisitos de la situación típica.

²² Véase, a modo de ejemplo: «Quién [...] se abstenga voluntariamente de prestar a una persona en peligro la asistencia que, sin riesgo propio o de terceros, pudiera prestarle bien por su acción personal, bien demandando auxilio [...]» (art. 223.6, párrafo segundo, Código penal francés); «El que omitiere, sin justa causa, auxiliar a una persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro [...]» (art. 131, Código penal colombiano). Para un cotejo más extenso, dejamos un listado de códigos o normas penales y añadimos (entre paréntesis) el número de artículo o sección donde se recoge el delito: España (195.1), Francia (223.6), Alemania (323.c), Portugal (200), Italia (593), Andorra (131), Suiza (128), Bélgica (422. bis), Luxemburgo (410.1), Holanda (450), Austria (95), Eslovenia (130), Croacia (123), Serbia (138), Bosnia Herzegovina (175), Montenegro (157), Bulgaria (139), Turquía (98), Rumanía (203), Hungría (166), Eslovaquia (177), República Checa (150), Polonia (162), Molda-

rrer, por lo que el castigo recaerá en quien incumpla tal obligación, aunque posteriormente la persona en peligro lograra, por otros medios, escapar de su situación de peligro; en cambio, no será castigado quien sí socorra, a pesar de que en su intento no consiguiera salvar a la persona del peligro que la cierne. Este supuesto prototípico contiene un aspecto nuclear en el debate con el liberalismo aquí tratado: la obligación se impone –mediante expresa previsión legal– indiscriminadamente a todos los ciudadanos, sin que haya mediado una asunción previa y voluntaria del deber. Y así, por ejemplo, también recae en toda la población el deber de impedir la comisión de delitos²³. Otros supuestos de omisión pura, como el delito de denegación de asistencia sanitaria o el de dejación en la persecución de delitos, en cambio, prescriben obligaciones en virtud de la naturaleza del cargo que ostenta el sujeto²⁴.

En lo relativo a la comisión por omisión, el deber exigido atiende, ahora, a la evitación de un resultado concreto. Tales supuestos pueden estar previstos expresamente por la ley²⁵, aunque la problemática más delicada responde a casos en los que la omisión se imbrica en figuras delictivas que se cometen, también y en la mayoría de ocasiones, mediante acciones concretas. Para asir ya esta idea, piénsese que tanto el padre que mate a su hija pequeña estrangulándola como aquel que deje de alimentarla durante un tiempo prolongado cometen un delito de homicidio (este segundo sujeto, en comisión por omisión). Compete dirimir, entonces, la razón por la cual, en situaciones dadas, algunos sujetos soportan la obligación específica de evitar un determinado resultado²⁶. La dogmática jurídico-penal expone para ello el concepto de *posición de garante*, posición en la que se hallaría un sujeto que, o bien cuenta con una función de protección del bien jurídico afectado, o bien ostenta una función personal de control de una fuente de peli-

via (163), Ucrania (136), Bielorrusia (159), Letonia (141), Estonia (124), Armenia (128), Georgia (129), Mongolia (107.1), China (261), Liechtenstein (95), Dinamarca (253), Finlandia (*Chapter 21, Section 15* de la norma *Neglect of rescue 578/1995*), Noruega (287), Islandia (221), México (340), Guatemala (156), El Salvador (175), Honduras (397.1), Nicaragua (160), Costa Rica (144), Panamá (146), Cuba (277), Colombia (131), Venezuela (440), Surinam (530), Brasil (135), Uruguay (332), Argentina (108), Chile (494.14), Perú (127), Ecuador (604.36), Paraguay (117).

²³ Art. 450 CP: «El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiera la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado [...]».

²⁴ Art. 408 CP: «La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos [...]». Art 196 CP: «El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios [...]».

²⁵ Así, el artículo 385, 2.º CP castiga a quien «... originare un grave riesgo para la circulación [...] no restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo». Vid. Mir Puig, S.; *Op. cit.*, p. 322.

²⁶ En el ejemplo de la niña que muere por inanición, no podrá imputarse un delito de homicidio (tal vez sí de omisión del deber de socorro) al vecino que, a pesar de ser consciente de la situación de necesidad, no hace lo posible por revertirla.

gro²⁷. La función de protección del bien jurídico se desglosaría, a su vez, en tres modalidades. Una apunta a la existencia de una estrecha relación familiar (o cuasifamiliar) bajo la cual las condiciones de vida de una persona dependen o han sido asumidas por otra. Cabría aquí el mencionado ejemplo de los padres (garantes) que desatienden a sus hijos; si bien podrían incluirse otras responsabilidades, como la que infringirían los hijos (garantes) que descuidan las necesidades vitales de sus padres ancianos, o, dada la situación de dependencia, las responsabilidades entre cónyuges, hermanos o personas especialmente vinculadas entre sí. Fuera del marco familiar o cuasifamiliar, otra modalidad de responsabilidad especial es la que se deriva de las asunciones voluntarias de la función de protección, generalmente arrojadas mediante contrato. Es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad del profesor de natación (garante) respecto de sus alumnos. La tercera modalidad la conformaría la *comunidad de peligro*, es decir, una asociación voluntaria de personas encaminada a la realización conjunta de una actividad peligrosa. Estas personas estarían «tácitamente obligadas a, en su caso, socorrerse entre sí (así, p. ej., una expedición alpina)»²⁸, y serían garantes las unas de las otras.

Respecto de la segunda categoría en cuanto a la posición de garante –función personal de control de una fuente de peligro–, puede también dividirse en dos casuísticas: *i*) la actuación precedente y *ii*) el deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio²⁹. De esta forma, y fiel al orden anterior, adquirirían la posición de garante los sujetos de estos dos ejemplos: *i*) en una acampada nocturna, A enciende una hoguera, el fuego se descontrola y él huye mientras las llamas cercan las tiendas de campaña donde el resto duerme³⁰; *ii*) B sale a la calle con su perro y, al no haberlo atado debidamente, el animal se zafa de la correa y ataca a un peatón.

En numerosos supuestos, la distinción entre omisión pura y comisión por omisión cobra relevancia, a efectos prácticos, en la desigual magnitud de las penas. Así, el sujeto (garante) culpable de un delito en comisión por omisión soportará la misma pena que si

²⁷ Quien desee profundizar en esta y otras cuestiones puede acudir al trabajo del profesor Dopico Gómez-Aller (*op. cit.*), uno de los más completos y minuciosos sobre la temática.

²⁸ MIR PUIG, S.; *Op. cit.*, p. 322.

²⁹ Hemos eludido, en aras de simplificar, una tercera modalidad que Mir Puig incluye, indicada como la «responsabilidad por la conducta de otras personas», dado que podría quizá subsumirse en la segunda. Es decir, dentro del «deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio» podría incluirse la vigilancia de, además de máquinas o animales peligrosos, determinadas personas, como hijos o enfermos mentales, quienes serían, entonces, la *fuentes de peligro*.

³⁰ Los ejemplos en los que la omisión se produce tras una generación precedente del riesgo resultan, a veces, indistinguibles de aquellos en los que tan solo se considera una única acción. Obsérvese este de Jakobs: «el que lanza por los aires a un niño en broma [acción riesgosa] está también obligado a cogerlo de nuevo» (Jakobs, G.; *Op. cit.*, p. 845).

hubiera causado el resultado mediante acción. Es decir, la madre que no socorriera a su hija pequeña si esta se hallara en peligro será juzgada por homicidio doloso (o, de no consumarse la muerte, por el delito que corresponda), cuya pena (en el Código penal español: de diez a quince años de prisión) supera sensiblemente a la prevista para el delito de omisión del deber de socorro (en el caso español, ni siquiera es privativa de libertad). Este doble rasero parece concordar con una intuición ética: es menos reprochable dejar morir a una persona desconocida que permitir la muerte de aquella con la que se mantiene una especial vinculación.

3. EL LIBERALISMO DE NOZICK

Una consideración preliminar: el pensamiento de Robert Nozick suele adscribirse al liberalismo *conservador*. Sin embargo, esa etiqueta acarrea dos inseguridades. Por un lado, sugiere la salvaguarda de alguna moral tradicional (incluso, podría ser, teológica) que su doctrina desconoce³¹. Por otro, parece adecuarse a un contexto histórico pasado, el vigente durante el siglo XIX y principios del XX, en el cual algunos pensadores liberales abogaban por *conservar* los pilares de su doctrina frente a impulsos o reclamos intervencionistas³². Sin embargo, dado que hoy en día los Estados modernos de Occidente –tanto los europeos como los Estados Unidos de América– son mucho más intervencionistas de lo que Nozick desearía, ¿cuál es el objeto o las condiciones que el liberalismo así denominado anhela *conservar*? ¿Dirige Nozick su esfuerzo hacia conservar las instituciones estatales

³¹ Justamente la neutralidad frente a las distintas concepciones del bien resulta muchas veces reclamada por el pensamiento liberal. En esta línea se expresa Ackerman: «[El liberalismo no necesita] tomar una posición sobre una serie de grandes temas de carácter altamente controvertido» (Ackerman, B. A.; *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1980, p. 361). Sandel recoge y cuestiona esta afirmación y, en el mismo sentido, refiriéndose a Rawls, Dworkin o Fried (autores más expansivos –al menos los dos primeros– en su noción de Estado que Nozick) dice lo siguiente: «Este liberalismo [...] se presenta como inmune a la mayoría de las controversias [...], especialmente con respecto a cuestiones de la naturaleza humana y del significado de la vida y del bien» (Sandel, M.; *El liberalismo y los límites de la justicia* [Luz Melón, M., trad.], Barcelona, Gedisa, 2000 [Obra original publicada en 1982], p. 24). Tras ello, Sandel (*Op. cit.*, p. 25 ss.) acusará a estos liberalismos de defender una particular e interesada –no neutral– concepción de la persona.

³² Cfr. RODRÍGUEZ GUERRA, R.; *El liberalismo conservador contemporáneo*, La Laguna, Universidad de La Laguna, 1998, pp. 56-64. El adjetivo *conservador*, a nuestro juicio, debe conjugarse con el objeto o condiciones que se pretendan conservar; de lo contrario, se pierde el referente. Una comunidad cristiana fundamentalista ubicada en la Europa actual será conservadora en tanto abogue por conservar ciertos valores o cierta cosmovisión antes dominante en su contexto geográfico. Ahora bien, la misma comunidad dentro de la URSS en la década de los sesenta, ¿en qué sentido sería conservadora?, ¿qué aspectos morales pretendería conservar?, ¿frente a qué amenazas?

mínimas frente a otras concepciones –anarcoindividualistas– que las amenazan? ¿O proyecta su ímpetu, más bien, hacia una abscisión de los tentáculos –según él– ilegítimos del Estado? No está acreditado que la primera contienda prevalezca sobre la segunda.

3.1 Concepción de la libertad

La noción de libertad defendida por Nozick es heredera del estado de naturaleza de Locke³³. De tal constructo, el filósofo estadounidense obtiene un *corpus* inicial que consta de las siguientes premisas secuenciales: (i) el derecho natural exige que nadie dañe a otro agrediendo su vida, salud, libertad o posesión; (ii) quienes agreden están invadiendo un derecho de otros; (iii) en respuesta, los sujetos pueden defenderse con la firmeza necesaria para evitar la agresión; (iv) los agredidos tienen también el derecho a retribuir (castigar) a los agresores de forma proporcional a la agresión recibida.

Se deriva entonces una concreta noción de libertad que obedece, fundamentalmente, al concepto que la doctrina filosófica suele denominar *libertad negativa*³⁴. La libertad, pues, para Nozick, consiste en el completo disfrute de derechos de no interferencia: derecho a *no ser agredido*, a *no ser robado*, a *no ser coaccionado* o a *no ser defraudado*. A tenor del párrafo anterior, en cambio, quedarían relegados los derechos asistenciales, «esto es, derechos a que otros me asistan en algunas necesidades básicas –derecho a que me provean lo que necesito para vivir–»³⁵. De tal manera, si A no proporcionara a B lo que este precisara, A no estaría violando ningún derecho de B. La violación se produciría si A agrediera activamente a B, si invadiera ilegítimamente su «espacio moral»³⁶.

De esta toma de posición en favor de la libertad negativa surgen las fricciones con el concepto de omisión. Una de las claves del asunto radica en que los derechos de no interferencia y los derechos asisten-

³³ NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía*, cit., pp. 23-38.

³⁴ Seguimos en este punto el análisis sobre Nozick efectuado por Gargarella (*Op. cit.*, pp. 45-67).

³⁵ GARGARELLA, R.; *Op. cit.*, p. 47. Los «derechos de no interferencia» y «derechos asistenciales» son denominados por la dogmática filosófica, a menudo y respectivamente, «derechos negativos» y «derechos positivos». No obstante, esta designación incorpora al concepto de derecho un atributo (negativo, positivo) que es predicable, propiamente, del contenido del deber. Así se concibe en Derecho penal: «Mientras los deberes negativos se basan en el *deber intersubjetivo de respeto* «*nemi-men laedere*», los deberes positivos hallan su fundamento en un *deber para con la colectividad: el deber de contribuir al bienestar de los demás*. Estos últimos, son, si se quiere, deberes de solidaridad» (Robles Planas, R.; «Deberes negativos y positivos en Derecho Penal», *Indret*, 2013, p. 3). De tal forma, para evitar confusiones, mantendremos la denominación «derechos de no interferencia» y «derechos asistenciales» para referirnos a los derechos a los que, en sentido genérico, alude la filosofía.

³⁶ NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía*, cit., p. 65.

ciales se protegen con normas de orientación opuesta. Los primeros, los únicos legítimos para Nozick, se protegen mediante normas de prohibición. Por ejemplo, el derecho –llamémosle– a *no ser asesinado* se protege mediante la norma «prohibido matar»³⁷. Y, consecuentemente, un derecho de no interferencia se protegerá prohibiendo una *acción* concreta (matar, lesionar, robar, defraudar, etcétera). Y, en efecto, la forma general de incumplir la norma será, justamente, la realización de la conducta prohibida³⁸. Sin embargo, los derechos asistenciales se protegen mediante normas de mandato. Así, el derecho a –llamémosle– *ser socorrido* se garantizará mediante el mandato o norma imperativa siguiente: «obligatorio socorrer». Deductivamente, si para proteger un derecho asistencial debe exigirse una acción concreta (¡socorre!), el modo de incumplir la norma será *no* realizando la acción ordenada (y ejecutando otra cualquiera). O, lo que es lo mismo, *omitiendo* la acción exigida. De este entramado parece extraerse que, en ausencia de derechos asistenciales, no proceden normas de mandato.

Al hilo de esta inferencia, Nozick parece arrogarse dos victorias. La primera se ha advertido ya: su tesis, es decir, la legitimidad para prohibir acciones, pero no tanto para imponerlas, se le antoja fiel a la segunda formulación del imperativo categórico kantiano³⁹. La segunda ventaja es que, al menos teóricamente, el esquema parece maximizar el perímetro de la libertad individual. Piénsese, en este sentido, que la libertad de una persona estuviera compuesta por el catálogo de acciones que materialmente pudiera realizar. Estas acciones, en principio, serían ilimitadas, y podrían numerarse desde la primera, dígase «a», hasta la última, dígase «n». La máxima libertad, pues, constaría de la sucesión íntegra: {a, b, c, [...], n}. De tal forma, cuando la persona se encontrara constreñida por una norma de prohibición, una de sus acciones se deshabilitaría y su catálogo quedaría así: {a, b, c, [...], n}. Ahora bien, cuando la persona se hallara compelida por una norma de mandato, sus acciones disponibles se reducirían a una sola: {a, b, c, [...], n}. Quien tiene prohibida una acción puede realizar todas las demás; quien tiene obligada una acción, no puede realizar ninguna otra.

Encájese en lo dicho el principio liberal del pacto: los individuos, mediante la libre manifestación de sus voluntades, disponen de la

³⁷ La expresión «prohibido matar» surge de extraer sintéticamente el fin de la norma, cuya redacción técnica será evidentemente otra: «El que matare a otro será castigado [...]» (art. 138 CP).

³⁸ La norma prohibitiva se vulnerará, generalmente, mediante una acción concreta, aunque también, como ya se ha expuesto en lo referente a la comisión por omisión, puede vulnerarse mediante una omisión.

³⁹ «Las restricciones indirectas a la acción reflejan el principio kantiano subyacente de que los individuos son fines, no simplemente medios; no pueden ser sacrificados o usados, sin su consentimiento, para alcanzar otros fines. Los individuos son inviolables» (Nozick, R.; *Op. cit.*, p. 43).

opción de acordar entre sí cuanto deseen⁴⁰. Un primer resultado de ello se vincula con lo establecido hasta el momento sobre los derechos de no interferencia: son estos los únicos legítimos *en ausencia de pacto*. Es decir, no emanan de la libre disposición de las partes (A tiene prohibido agredir a B, aunque entre ambos no existiera un pacto de no agresión)⁴¹. La segunda consecuencia alude a que los derechos asistenciales son legítimos siempre que surjan del libre acuerdo entre las partes⁴². De ahí que dos (o más) personas puedan, en el ejercicio de su libertad, someterse a ciertas obligaciones. Véase un ejemplo tan sencillo como este: P (pintor) y Z (hostelero) alcanzan un acuerdo según el cual P se obliga a pintar el establecimiento de Z antes de una determinada fecha y Z se obliga a pagarle el precio estipulado. Mediante el pacto se han generado dos legítimas normas de mandato («¡pinta el establecimiento!», para P; «¡abona el precio!», para Z), las cuales se vulnerarían mediante dos omisiones concretas: «no pintar» y «no pagar». Se infiere entonces que el liberalismo expuesto sí tiene fundamentos para sancionar las vulneraciones de obligaciones surgidas de un pacto voluntario.

Percíbase que, todavía, las conclusiones obtenidas de la obra de Nozick no determinan que competa al Estado la tarea de proteger los derechos legítimos, ni que su intervención resulte más beneficiosa que la situación *natural* bajo la cual los individuos se imparten justicia los unos a los otros. De esta cuestión se ocupa el siguiente subapartado.

3.2 Alcance y justificación del «Estado mínimo»

A juicio de Nozick, la única configuración estatal que protegería eficaz y legítimamente a los individuos sería la de un «Estado mínimo» formado por, exclusivamente, las instituciones imprescindibles para asegurar los derechos de no interferencia y los derechos emanados de los contratos (ya sean estos derechos de no interferencia o asis-

⁴⁰ NOZICK (*ib.*, pp. 153-169) considera legítimo el pacto cuando ninguna de las partes ha ejercido coacción sobre la(s) otra(s). Por ejemplo: las condiciones pactadas entre dos personas, una rica y otra pobre, serán legítimas si la rica no ha coaccionado en algún sentido a la pobre, aunque aquella haya podido tomar ventaja de la situación de esta. Para Nozick, el pacto es justo porque recoge voluntades libres, no por lo equitativo de su contenido. Una réplica a este posicionamiento puede leerse en Sandel (*Op. cit.*, pp. 135-141).

⁴¹ Sería más riguroso decir que los derechos de no interferencia no emanan *necesariamente* de un pacto, puesto que de este podrían, también, surgir derechos de no interferencia añadidos, esto es, prohibiciones que los miembros del acuerdo se comprometen a respetar. De esta tipología, por ejemplo, sería el pacto al que llegarían dos comerciantes que se reparten un territorio para su actividad, obteniendo cada uno el derecho, antes inexistente, a que el otro no interfiera en su zona asignada.

⁴² Gargarella, analizando igualmente la cuestión en el pensamiento de Nozick, indica: «Los únicos derechos positivos concebibles son aquellos que resultan de las transacciones voluntarias entre las personas» (Gargarella, R.; *Op. cit.*, p. 47).

tenciales). Estas instituciones protegerían a los ciudadanos contra las agresiones, contra el robo, contra el fraude y asegurarían el cumplimiento de los contratos. De esta forma, el Estado únicamente debería nutrirse de un cuerpo de policía ocupado de perseguir las infracciones dentro del territorio, de un ejército encargado de repeler los ataques del exterior y de un sistema de justicia capacitado para imponer sanciones y velar por el cumplimiento de los contratos.

Con tal apuesta, Nozick dirige su primera ofensiva hacia las concepciones anarquistas⁴³. Estas consideran que incluso el Estado más exiguo violaría algunos derechos naturales. En concreto, y según las cuatro premisas rescatadas del pensamiento de Locke (subapartado anterior), cualquier organización supraindividual coercitiva cercenaría tanto el derecho de los individuos a defenderse por sí mismos como su derecho a retribuir un castigo a los agresores. Ambos serían delegados injustificadamente en el Estado. Deben solventarse, pues, dos interrogantes⁴⁴. Primero: ¿Por qué un sujeto fuerte e individualista, cuya preferencia es defenderse y castigar por sí mismo, iba a aceptar las prohibiciones estatales de autodefenderse y de sancionar por su cuenta a su agresor? La respuesta de Nozick discurre por fases escalonadas. Si los individuos vivieran en un régimen de absoluta anarquía, previsiblemente se asociarían unos con otros para protegerse de forma más eficaz. Existirían, entonces, múltiples asociaciones de protección. Lo óptimo en pro de la resolución de conflictos sería que estas asociaciones, en lugar de competir entre sí, acabaran convergiendo en una única agencia de protección dominante. En esta situación (denominada «proto-Estado» o «Estado ultramínimo»), los sujetos más individualistas todavía podrían optar por recurrir a tal agencia dominante o por defenderse autónomamente contra el magno poder de la agencia rehusada. La evolución hacia el Estado mínimo requeriría de un último paso: obligar a estos sujetos disidentes a pertenecer a la agencia dominante. La cuestión es que, tras la obligación, estos individuos estarían mucho mejor y más eficazmente protegidos de lo que lo estarían por sí mismos. Su nueva situación sería preferible y, bajo su seno, su derecho a no ser agredidos se encontraría sensiblemente mejor asegurado. Con base en esta compensación –alega Nozick–, el acto queda justificado. Atajado el primer escollo, el segundo se formularía así: ¿cómo justificar el hecho, censurablemente redistributivo a los ojos del anarquismo, de que los más pobres se estarían aprovechando de una protección pagada mayoritariamente con las aportaciones (impuestos) de los más ricos? A ello se replica lo siguiente: la protección de todos los individuos –bajo un cuerpo que concentre todo el uso legítimo de la fuerza– no adolece, como pudiera parecer, de ningún carácter redistributivo; la redistribución opera cuando un individuo se sacrifica injus-

⁴³ Como se ha señalado con anterioridad, Nozick discute contra el anarquismo de corte *individualista*.

⁴⁴ Puede acudirse de nuevo el análisis de Gargarella (*Op. cit.*, pp. 51-53).

tamente para proporcionar a otro algo que excede de sus derechos de no interferencia. Así, por ejemplo, sería redistributivo, desde luego, un impuesto extraído a los ricos para financiar la sanidad de los más pobres, puesto que estos recibirían un derecho asistencial. Sin embargo, «devolver dinero robado o compensar por la violación de derechos no son razones redistributivas»⁴⁵.

Precisamente este elemento, el de la redistribución, es el que a Nozick le resulta más reprochable de entre los ofrecidos desde la otra orilla de su contienda: el liberalismo igualitario de John Rawls. La impronta redistributiva de su *Teoría de la Justicia* se concreta en el principio de diferencia⁴⁶. Según este axioma, las desigualdades sociales y económicas son permisibles únicamente si mejoran las condiciones de todos los implicados⁴⁷. El principio colisiona del todo con los postulados de Nozick, puesto que, para su efectiva aplicación, el Estado debería incrementar sus márgenes e incluir en su tejido instituciones o ámbitos eminentemente redistributivos o asistenciales, tales como, sin ir más lejos, sanidad, educación, o un sistema de coberturas asimilable al de una seguridad social.

Se ha mencionado ya que, para Nozick, las obligaciones pactadas son legítimas; por lo tanto, también lo serán las sanciones dirigidas hacia quien las infrinja. Esto se tendrá muy presente en el siguiente apartado. Pero, antes de ello, fijado el alcance y la dimensión del Estado, conviene rematar una cuestión que se ha esbozado en el primer apartado. La pregunta se formularía así: un habitante del Estado mínimo *que no se halle involucrado en ningún pacto*, ¿debe acatar, además de las normas de prohibición, alguna norma de mandato? Parece inevitable que así sea. El ciudadano, independientemente de su voluntad, deberá al menos contribuir mediante el pago de impuestos al sostenimiento del Estado mínimo. Las instituciones estatales o, dígase con precisión, la viabilidad de las mismas, dependerá de que los ciudadanos cumplan con la obligación de sufragarlas. Así pues, la obligación «pagar impuestos», satisfecha como fiscalmente proceda, resulta insorteable y no se deriva de pacto alguno. En consecuencia, y para que la exhortación surta efectos, deberá asignarse una sanción a quien la incumpla, es decir, a quien infrinja (mediante acción u omisión) la obligación.

Ahora bien, si dicho Estado fijara un nivel de impuestos superior al estrictamente necesario para la consecución de sus fines, el excedente recaudado se habría alcanzado a través de un sacrificio injusto

⁴⁵ NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía*, cit., p. 40.

⁴⁶ Véase Nozick (2014, pp. 183 ss.).

⁴⁷ «El principio de diferencia resulta una concepción fuertemente igualitaria en el sentido de que, a menos que exista una distribución que mejore a las personas [...], se preferirá una distribución igual» (Rawls, J.; *Teoría de la Justicia* [Dolores González, M., trad.], Ciudad de México, Fondo de cultura económica, 1979 [Obra original publicada en 1971], p. 81).

de los ciudadanos. El Estado mínimo no tiene soporte teórico para proteger otros derechos más allá de los legítimos. Esta idea, si se acoge en términos absolutos, acarrea una consecuencia llamativa que quizá se aprecie a través de esta situación: ante una catástrofe natural que pusiera en peligro la vida de un conjunto de ciudadanos (un terremoto, una erupción volcánica, un tsunami, etcétera), ninguna institución estatal estaría habilitada para intervenir en el rescate. La razón es que el daño y peligro ocasionados no proceden de ninguna agresión. Ningún sujeto ha vulnerado la norma que prohíbe agredir y, en consecuencia y a pesar del daño sufrido, nadie ha sido *agredido*. Los ciudadanos previsores que lo desearan, desde luego, podrían asociarse y financiar por su cuenta los correspondientes cuerpos de rescate, pero, en cambio, si tales servicios figuraran en la nómina del Estado mínimo, los impuestos destinados a su financiación procederían de una obligación –según los parámetros analizados– injustificada a los contribuyentes. Esta deducción advierte que, para el liberalismo de Nozick, lo relevante no es lograr una disminución general del daño, sino disminuir las agresiones que lo producen. No importa tanto el daño en sí mismo como su procedencia.

4. CONFRONTACIÓN DEL LIBERALISMO NOZICKIANO CON LA REPROCHABILIDAD DE LA OMISIÓN PURA Y DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

4.1 Cuestiones preliminares

Llegados a este punto, lo que compete es confrontar los pilares del liberalismo de Nozick (apartado 3) con las exigencias necesarias para sancionar los casos de omisión expuestos (apartado 2). La confrontación puede transitarse por dos caminos. Uno pasaría por insertar a un individuo de convicción nozickiana dentro de un Estado (de mayor dimensión que el Estado mínimo) que sí incluyera específicos derechos asistenciales. En ese contexto, si un sujeto no socorriera a un extraño y conociera de antemano la sanción, ¿la estaría aceptando (transigiendo) al omitir el auxilio? Nosotros dejaremos de lado esta vía y tomaremos la segunda ruta, que puede sintetizarse así: ¿cómo legislaría la cuestión un parlamento formado por clones de Robert Nozick? Este camino cohesiona mejor con el propósito de la teoría del autor, quien configura un determinado tipo de Estado desde su generación, es decir, sin proponer modificaciones a los realmente existentes.

4.2 El liberalismo nozickiano frente a los supuestos de comisión por omisión

En la comisión por omisión, el sujeto omitente ostenta una posición de *garante*. Procede, entonces, analizar la problemática en función de los dos modos observados mediante los que adquirir tal posición. Asumimos siempre que el resultado producido ocasiona lesión en la vida o en la integridad física de las personas y que, en tanto que agresiones a terceros, el delito en cuestión (homicidio o lesiones, entre otros), queda previsto en el ordenamiento jurídico del Estado mínimo.

a) *Garante* en virtud de la específica función de protección de un bien jurídico.

Observábamos que esta modalidad, a su vez, incluye una triple casuística: *i*) estrecha relación familiar; *ii*) asunción voluntaria (contractual o no) de la función de protección; y *iii*) pertenencia a una comunidad de peligro. Nótese que en cualquiera de estos casos el sujeto omitente no (necesariamente) ha *agredido* al otro, al menos en el sentido que Nozick imprime al verbo; por lo tanto, a nuestro juicio, el único salvoconducto que su liberalismo dispondría para reprochar estas conductas consiste en la aceptación expresa por parte del sujeto del deber de proteger al otro. Veamos por separado los tres escenarios.

Sobre las relaciones familiares, dígase, inicialmente, que pueden sustentarse en lazos sanguíneos o en actos jurídicos. La mayoría de las primeras no son libremente elegidas; esto resulta tan obvio como notar que un individuo no elige tener un padre o una madre, ni elige tener abuelos, hermanos, primos, etcétera. La única posibilidad de elección, pues, en cuanto a las relaciones familiares sanguíneas surge de la libre voluntad que tienen los adultos para procrear. De esta forma, los progenitores adquieren el deber de cuidar a sus hijos y, en virtud de ello, serán responsables si eluden las obligaciones que tal deber comprende. Al surgir esta relación de una elección, Nozick dispone de fundamentos para sancionar a los padres que permiten que sus hijos mueran, por ejemplo, omitiendo el deber de alimentarlos u omitiendo el deber de velar por su salud. Locke conviene en este punto: «...los cuales [los hijos] tienen el derecho de ser alimentados y mantenidos por los padres hasta que sean capaces de valerse por sí mismos»⁴⁸. Una arista del debate consistiría en ubicar el momento concreto en que los hijos alcanzan una edad suficiente como para *valerse por sí mismos*. En este sentido –proponemos– la desvinculación se produciría no ya cuando los hijos alcanzaran la mayoría de edad, sino cuando pudieran ofrecerse como fuerza de trabajo. Si los padres renegaran de sus obligaciones en algún momento anterior, los hijos tendrían que sobrevivir, o bien delinquiendo (hurtando bienes), o bien a merced de

⁴⁸ LOCKE, J.; *Op. cit.*, p. 80.

terceros que los asistan. Pero ninguna de las alternativas son soluciones válidas: la primera, porque la delincuencia está castigada; la segunda, porque el Estado mínimo no incluye instituciones asistenciales, lo que implicaría que la vida de los niños pendiera del hilo de hipotéticos actos filantrópicos. Aclarado esto, puede exponerse que ninguna otra vinculación familiar sanguínea –distinta de la de padres e hijos en sentido descendiente– genera por sí misma ninguna responsabilidad en los individuos. Ningún sujeto podrá ser sancionado por omitir las acciones que habrían salvado la vida o integridad física de un familiar, salvo que se hubiera obligado a ello voluntariamente. Esta conclusión conduce a casos crudos y reprobables para la intuición humana, pero que no pueden ser sancionados bajo los parámetros del liberalismo de Nozick. Por ejemplo, aquellos en los que –siempre en ausencia de una asunción expresa de la función de protección– un hermano deje morir a otro, o aquellos en que los hijos omitan el cuidado necesario para que sus padres ancianos continúen con vida.

Las otras relaciones familiares, las no sanguíneas, se generan mediante la libre voluntad. Es el caso del matrimonio⁴⁹; mediante su contracción, los cónyuges eligen adherirse una serie de derechos y obligaciones recíprocas, entre las cuales consta, en los Estados modernos, el deber de socorrerse mutuamente⁵⁰. De tal libertad de elección se desprende que en el Estado mínimo cabe la sanción para el sujeto que omita el auxilio a su cónyuge cuando este se halle desamparado. El otro vínculo familiar no sanguíneo es el que surge tras la adopción de hijos por parte de personas adultas. La conclusión al respecto es idéntica a la obtenida para una relación biológica, es decir: los padres adoptivos deben asegurar las condiciones vitales de sus hijos adoptivos hasta que estos puedan valerse por sí mismos; los hijos, por su parte, no acarrearán con ningún deber específico recíproco. No hallamos fundamento en el liberalismo de Nozick para sancionar a los hijos (biológicos o no) que omitan las acciones precisas para revertir resultados graves en la vida y salud de sus progenitores.

En segundo término, un sujeto puede asumir de forma voluntaria un deber de protección hacia otro(s). La asunción tal vez revista forma de contrato (como el ejemplo mencionado del profesor de natación), pero también puede surgir de una aceptación voluntaria, libremente elegida, y no plasmada en la letra de un contrato o un acto jurídico. En ambos casos, al haberse asumido voluntariamente la función de protección, las posteriores infracciones del deber son sancionables por

⁴⁹ Aunque, ciertamente, en otras épocas –y aún hoy en algunos lugares– el matrimonio era pactado por las familias de los contrayentes y las voluntades de estos solían desoírse.

⁵⁰ Locke lo recoge así: «La sociedad conyugal se establece mediante un contrato voluntario», y añade: «...lleva consigo una ayuda y asistencia mutuas» (*Op. cit.*, p. 80). El artículo 68 del Código civil español, en su primer inciso, expone: «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente».

los postulados de Nozick⁵¹. El reproche es compatible con los parámetros del autor: las obligaciones han surgido de la libre voluntad de las partes. Entrarían en esta casuística, ahora sí, las relaciones –familiares o no– en las que una persona se comprometa a salvaguardar la salud de otra.

A raíz de lo analizado, supóngase un caso concreto. Una mujer mayor, tras sufrir un grave accidente, necesita de asistencia y cuidados para vivir. La mujer tiene dos hijas adultas, de las cuales una dice a la otra: «Yo la cuido». Pues bien, si, al tiempo, la hija descuidara su deber y la madre muriera, el comportamiento sería punible. Pero si, tras el accidente, las dos hijas eludieran el cuidado y la madre muriera, no habría lugar a sanción puesto que no ha existido ninguna asunción voluntaria de la función de protección.

En relación con la pertenencia a una comunidad de peligro, es cierto que las personas que se incursionan en una actividad de riesgo pueden pactar el mutuo socorro en caso de necesidad. «La razón es que si en estos casos se asume el peligro que representa la actividad de que se trate, es con la confianza en la posible ayuda de los demás intervinientes (nadie se atrevería a realizar en solitario determinadas excursiones)»⁵². No obstante, cuando no medie una declaración expresa, parece dudoso que el liberalismo de Nozick defienda la responsabilidad de un sujeto por la mera confianza, expectativas o esperanzas que otro haya depositado en su comportamiento. Asimismo, es también frecuente en expediciones de alpinismo, especialmente en la élite de este deporte, que la costumbre pase precisamente por priorizar la cima en lugar de asistir. En cualquier caso, la confrontación de este plano alberga más dificultades probatorias que teóricas: solo si existió una asunción voluntaria de la función de protección –en la forma en que esta se diera–, la conducta será delictiva en comisión por omisión.

b) Garante en virtud del deber de control de fuentes de peligro.

Indicábamos que esta vertiente de la justificación de la posición de garante se desdoblaba en *i)* una actuación precedente y *ii)* un deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio. Respecto de la previa actuación, su consideración como un modo de adquirir la posición de garante concuerda, *a priori*, con la protección de los derechos de no interferencia. Proteger la no interferencia requiere, en pulcritud, que el sujeto que actuó generando un riesgo antes inexistente vele por las consecuencias ocasionadas y, dado el caso, trate de revertirlas. Algo similar se plantea en los casos donde se abandona el control de la fuente de peligro. Si los individuos descui-

⁵¹ Lo que, en este punto, condiría con el consenso en la doctrina penal, según el cual, en caso de mediar contrato, será indiferente su validez civil. Por ejemplo: «Aun-que resulte nulo el contrato entre los padres y el profesor de natación, este es garante de la vida del niño que de hecho se le ha confiado» (Mir Puig, S.; *Op. cit.*, p. 332).

⁵² MIR PUIG, S.; *Op. cit.*, p. 331.

darán su custodia (por ejemplo, detonando explosiones sin las debidas medidas de seguridad), otros soportarían interferencias injustificadas. Los derechos de no interferencia, sustentados en prohibiciones del tipo «¡no agredas!» o «¡no dañes!», incluyen implícitamente el mandato de paliar los riesgos y daños generados por uno mismo. Jakobs lo recoge así: «Elimina peligros que surjan de tu ámbito de organización»⁵³.

No obstante, un factor importante (fundamentalmente en la actuación precedente) transita por determinar si la causación del peligro fue consciente, imprudente o fortuita⁵⁴. Mir Puig señala: «Es indudable que quien crea voluntariamente (conscientemente) el peligro, queda en posición de garante. Pero parece ilógico que quien produce el peligro sin quererlo y sin imprudencia [...] deba cargar con la lesión dolosa si no impide su producción»⁵⁵. El dilema radica, entonces, en aquellos supuestos donde el peligro haya sido causado por imprudencia. Al hilo de este punto, Nozick, razonando sobre la pertinencia de prohibir los traspasos de límites⁵⁶, aporta un indicador significativo: «Penalizar todos los traspasos no consentidos, incluyendo los *accidentales* y los realizados *sin intención*, incorporaría una gran cantidad de riesgo e inseguridad en la vida de las personas»⁵⁷. Se deduce que los traspasos realizados *sin intención* deben igualarse a traspasos *imprudentes* y no a traspasos *fortuitos* (que, claro está, también carecen de intención), porque de lo contrario, al haberse referido inmediatamente antes a los *accidentales* (estos sí, *fortuitos*), la frase caería en redundancia. Esta valoración, observada desde las exigencias para la imputación en comisión por omisión, menguaría el número de supuestos en los que un sujeto adquiere la posición de garante.

4.3 El liberalismo nozickiano frente a los supuestos de omisión pura

El supuesto idiosincrásico de omisión pura, como veíamos, se describe en el delito de omisión del deber de socorro. Se impone así, mediante expresa previsión legal, el deber de socorrer a quien se halle en un peligro manifiesto y grave. El deber recaería en cualquier sujeto ubicado ante el escenario, sin que hubiera asumido una especial pro-

⁵³ JAKOBS, G.; *Op. cit.*, p. 851.

⁵⁴ MIR PUIG, S.; *Op. cit.*, pp. 333-336.

⁵⁵ *Ib.*, p. 334.

⁵⁶ En el contexto del discurso (NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía, cit.*, pp. 39-79), un individuo traspasaría los límites del otro cuando interfiriera en él negativamente. Ante esa posibilidad, Nozick se pregunta si conviene prohibir (siempre o bajo determinadas circunstancias) el traspaso de límites (es decir, sancionarlos) o si resulta preferible permitir algunos de ellos y agregar una compensación suficiente para el damnificado.

⁵⁷ NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía, cit.*, p. 78 [cursivas añadidas].

tección del bien jurídico ni una función de control sobre algún elemento que hubiera originado el peligro. Por tanto, en ausencia de una asunción expresa del deber de socorrer, su imposición no tiene respaldo en el constructo de Nozick⁵⁸. Atendiendo a sus axiomas, la violación de derechos surge de una agresión; luego, si el sujeto no ha agredido, no hay fundamento para sancionarlo. Exagerando lo macabro: no hay razón para reprochar (jurídicamente) nada a quien se detiene a contemplar cómo otra persona se desangra⁵⁹. Esta deducción encaja con la observación acerca de las catástrofes naturales y la imposibilidad de que el Estado mínimo actúe para revertir sus consecuencias. Las situaciones son análogas en tanto que, en ambas, el daño no procede de una agresión. De modo que, así como los sueldos de los funcionarios de rescate suponen un sacrificio ilegítimo para los contribuyentes, también resulta un sacrificio imponer el mandato de socorrer al necesitado⁶⁰.

Otros supuestos de omisión pura, como se ha visto, fijan obligaciones en función del cargo profesional de los sujetos. De tal forma, sí tendría cabida en el liberalismo nozickiano la sanción prevista para el funcionario que desatienda la persecución de delitos, toda vez que, por un lado, la efectividad del Estado mínimo depende en buena medida de la labor policial, y que, por otro, resulta lógico requerir una voluntad de compromiso al profesional que acepta el cargo. En cambio, respecto del reproche hacia el profesional que deniegue asistencia sanitaria, la sutileza radica en que el sujeto ofrecería sus servicios siempre dentro del ámbito privado (dado que no existiría una sanidad pública), por lo que no encontramos fundamentos para negarle una suerte de derecho de admisión y obligarle, por el contrario, a desempeñar su labor con todo aquel ciudadano que lo precise.

⁵⁸ «El Estado no puede usar su aparato coercitivo con el propósito de hacer que algunos ciudadanos ayuden a otros [...]» (NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía*, cit., p. 7).

⁵⁹ En una línea próxima, Quinche Ramírez plantea este ejemplo con el objetivo de reproducir las implicaciones trágicas de un derecho *de propiedad* absoluto e incondicionado: «Un sujeto A [...] pasea por sus propiedades en su caballo. Cae violentamente del animal y sufre un trauma severo que le impide hacer otra cosa diferente a gritar. Su vecino B, quien pasea cerca del terreno escucha las quejas del doliente pero, para no alterar el principio de propiedad y el derecho que le asiste a A de no violación del terreno, decide no acudir en ayuda de su vecino» (QUINCHE RAMÍREZ, M. F., Y QUINCHE RAMÍREZ, V. A.; «El trasfondo moral de las filosofías políticas. El caso Nozick», *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 10, n.º 2, pp. 299-300).

⁶⁰ Cabría preguntarse qué institución, en el marco del Estado mínimo, proveería de asistencia sanitaria a quienes hubieran sufrido lesiones por alguna agresión y no tuvieran recursos para acudir a centros privados. Así como se razona en favor de un cuerpo de policía para combatir las agresiones, ¿debería el Estado mínimo incorporar también un sistema de salud, pero limitado a sanar solo este tipo de daños? Si lo hiciera, los funcionarios deberían curar un leve hematoma originado en una riña y desatender un infarto al corazón.

4.4 La alusión a los «horrores morales catastróficos»

En uno de los pasajes más analíticos y, probablemente, arduos de la obra, Nozick inserta una idea –al final de una larga nota al pie de página– que podría, en apariencia, orientar el juicio sobre situaciones de extrema gravedad, como la descrita en el delito de omisión del deber de socorro. Dice así: «La cuestión de si estas restricciones indirectas son absolutas o si pueden ser violadas para evitar horrores morales catastróficos y, si este es el caso, cómo sería la estructura resultante, es la que espero evitar por completo»⁶¹. Quizá por la aspe-reza de la expresión «*horrores morales catastróficos*», algunos auto-res vislumbran en ella una consideración excepcional de Nozick hacia ciertos casos trágicos, una ligera y apreciable laxitud en la rigidez de sus principios⁶². Sin embargo, procede, por al menos dos razones, des-estimar esa posibilidad en términos generales y, por una tercera adi-cional, rechazarla específicamente respecto de las situaciones en las que la sanción derivaría de la vulneración de una norma distinta a la prohibición de una agresión.

En primer lugar, el subapartado que da origen a la nota esboza una reprobación, precisamente, a la posición «utilitarista de derechos», y se indica que dicho sistema podría evitarse incluyendo restricciones a la acción, es decir, restringiendo o constriñendo las acciones para que estas no violen nunca el derecho de otros, ni aun cuando fuera espera-ble que solo mediante esa acción violenta se obtuviera una minimiza-ción de violaciones de derechos en cómputo global⁶³. En segundo

⁶¹ NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía, cit.*, p. 42.

⁶² Sen, razonando sobre la cuestión de la prioridad absoluta de los derechos, dice así: «Nozick hace una exención muy excepcional a lo que denomina «*horrores mora-les catastróficos*»», aunque, seguidamente, a fin de dejar patente la inconsistencia de esa supuesta excepcionalidad, añade: «pero esta exención no está bien integrada en el resto de su enfoque ni se justifica debidamente (es bastante *ad hoc*). La prioridad absoluta de los derechos libertarios puede plantear especiales problemas, ya que entre las consecuencias reales del funcionamiento de estos derechos puede haber resultados bastante terribles» (SEN, A.; *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000 [obra original publicada en 1999], p. 89). Otra alusión de Sen a la misma expresión reza: «Hasta Robert Nozick mantiene abierta la posibilidad de una justa violación de los derechos para evitar «horrores moralmente catastróficos»» (SEN, A.; «Propiedad y hambre», *Precedente*, 2001 [obra original publicada en 1988], p. 109). Estas mencio-nes del economista indio han reavivado la discusión sobre la expresión que en su día escribió el filósofo estadounidense (Vid. FÉRRIZ, J. L. S.; «El enfoque ético de las capacidades de Amartya Kumar Sen y su aplicación al desarrollo y al bienestar», *Principios: Revista de Filosofía [UFRN]*, Vol. 26, n.º 59, 2019, p. 206; Vid. PALLÉS REYNO, C.; *El consecuencialismo pluralista de derechos humanos de Amartya Sen* [Tesis de doctorado no publicada], Universidad de la República del Uruguay, 2018, pp. 79-81).

⁶³ En un sistema «utilitarista de derechos» el fin perseguido es la minimización *total* de violaciones de derechos, a pesar de que, para ello, sea necesario que alguna acción viole algún derecho concreto. Nozick dibuja este ejemplo: «Una chusma que arrasa parte de la ciudad, matando y quemando, violará el derecho de aquellos que viven ahí. Por tanto, alguien podría tratar de justificar el castigo de un individuo que sabe que

lugar, en el subapartado inmediatamente posterior se defienden las restricciones a la acción (es decir, las restricciones dirigidas a respetar siempre el derecho del otro) sin cortapisas: «Las restricciones indirectas a la acción reflejan el principio kantiano subyacente de que los individuos son fines, no simplemente medios; no pueden ser sacrificados o usados, sin su consentimiento, para alcanzar otros fines. Los individuos son inviolables»⁶⁴. Luego parece claro que, ni antes ni ahora, se concede opción a violentar –las restricciones indirectas que reflejan– el principio kantiano.

En tercera y última instancia, cabría cuestionarse si el apartado siguiente⁶⁵, en el que Nozick discute la idoneidad de permitir acciones dañinas o riesgosas (siempre que estas vengan acompañadas de una compensación superior al riesgo o daño provocado), contiene algún punto que induzca a sancionar a quien no prestara el auxilio que otro necesita. En uno de los planteamientos sugeridos, un individuo fractura el brazo de otro, de donde emana la pregunta: ¿qué resulta más apropiado, castigar siempre este tipo de agresiones o permitir las y obligar al agresor a indemnizar a la víctima (de modo que esta se encuentre, tras la compensación, mejor de lo que se hallaba anteriormente)? Y, como cabe esperar, Nozick rechaza la vía de la compensación para las acciones intencionadas que provocan un daño concreto⁶⁶, admitiéndola, como ya se ha mencionado, exclusivamente para algunas acciones que generan un riesgo genérico o que provocan un daño accidental e intencionado⁶⁷. Por tanto, solo si el autor permitiera alguna acción dañina deliberada a cambio de la debida compensación, podrían contemplarse casos de extrema necesidad, como el del denominado «hurto famélico», y se toleraría, dado este supuesto, que un individuo al borde de la inanición hurtara un plátano de una frutería con la cláusula de que, en cuanto le fuera posible, compensara suficientemente al frutero⁶⁸. Pero –y aquí lo decisivo– incluso en tal hipó-

es inocente del crimen que enfureció a la chusma, sobre la base de que al castigar a esta persona inocente ayudaría a evitar una violación de derechos aún más grande por parte de otros y conduciría, así, a un mínimo resultado sopesado en lo que a la violación de derechos en la sociedad se refiere» (*Anarquía, Estado y utopía, cit.*, p. 41).

⁶⁴ NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía, cit.*, p. 43. Si bien, el autor se pregunta sobre singulares coyunturas en las que una persona puede ser usada para fines ajenos cuando dicho uso no se presenta de una forma *específica*, y concluye que tales situaciones son ajenas a la filosofía política. Aquí una de sus preguntas: «¿Al sentir placer viendo pasar a una persona atractiva, la usamos solamente como medio?» (*Anarquía, Estado y utopía, cit.*, p. 44).

⁶⁵ Apartado IV de la primera parte: Prohibición, compensación y riesgo.

⁶⁶ «Nuestro argumento presente, en favor de la prohibición de traspasos indemnizables de límites, se basa en ese carácter no global del miedo, de la angustia, de la aprensión» (*Anarquía, Estado y utopía, cit.*, p. 77).

⁶⁷ NOZICK, R.; *Anarquía, Estado y utopía, cit.*, pp. 78-90.

⁶⁸ El estado de necesidad queda recogido en el artículo 20.5.º del Código penal español: «Están exentos de responsabilidad criminal [...] el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos. Primero: que el mal

tesis, lo que se estaría permitiendo (tolerando) serían tan solo acciones que, de no verse amparadas por la eximente, vulnerarían una norma de prohibición. Ahora bien, este remedio es distinto, y conceptualmente opuesto, a exigir en determinadas circunstancias la realización de una acción de socorro. Mitigar el alcance de una prohibición no equivale a establecer un mandato. Esto es, al consentir que el hambriento vulnere el derecho de propiedad del frutero se adjunta una apostilla a una prohibición genérica («prohibido hurtar, *salvo caso de extrema necesidad*») y, mediante ella, se exime al sujeto de la responsabilidad de su acción, pero no se obliga al frutero a que, autónomamente, le entregue al otro parte del género. En todo caso, y confeccionando una situación inaudita, procedería eximir al sujeto que se hallara en riesgo grave y que, ante la impasividad de otro que merodea el lugar sin intención de prestarle auxilio, lograra, agonizando, estirar el brazo y hurtarle el teléfono móvil para marcar el número de emergencias. Pero, como ya se ha advertido, Nozick no tolera acciones dañinas deliberadas, por lo que, en el insólito supuesto anterior, además de que el sujeto moribundo no sería víctima del delito de omisión del deber de socorro –puesto que el delito no existiría–, sería el otro sujeto la víctima de un hurto efímero.

4.5. Conclusiones

Los resultados de lo expuesto se sintetizan en los siguientes puntos: (i) El liberalismo propuesto por Nozick, en virtud de su marcada concepción negativa de la libertad, se halla más capacitado para imponer prohibiciones que mandatos. (ii) Por tanto, alberga dificultades teóricas para sancionar ciertas conductas omisivas que originan o permiten peligros y resultados especialmente graves para la vida y la salud de los otros. (iii) De tal forma, respecto a los supuestos de comisión por omisión, los modos de adquirir la posición de garante se restringirían a la asunción voluntaria del deber de protección de un bien jurídico, a un actuar precedente deliberado (o gravemente imprudente) y a un abandono del deber de control de fuentes propias de peligro. (iv) Por último, respecto de los supuestos de omisión pura, este liberalismo no sancionaría la conducta descrita en el delito de omisión del deber de socorro ni obligaría a realizar acciones concretas a profesionales ajenos al funcionariado del Estado mínimo.

Conviene rescatar un aspecto final: el pensador liberal probablemente arguya que las conductas englobadas en los derechos asistenciales (socorrer, ayudar o asistir voluntariamente al otro) son éticamente loables. Ahora bien, lo que se ha pretendido exponer son sus

causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo: que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero: que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse».

limitaciones para imponerlas *jurídicamente*. El seguidor de Nozick podrá alabar los comportamientos asistenciales, pero estos no dejarán de tener carácter voluntario y se hallarán al margen del ordenamiento jurídico.

En definitiva, el defensor del liberalismo nozickiano podrá escoger entre dos vías. La primera pasaría por replantearse los esquemas e introducir en ellos excepciones a la exclusiva legitimidad de los derechos de no interferencia. Aunque, al alejarse de postulados absolutos y abrirse a cuestiones de ponderación o de jerarquía entre distintos derechos, sus pilares teóricos podrían tambalearse. La segunda opción, a nuestro juicio más acertada, pasaría por reconocer, probablemente sin excesivos tapujos, que sus postulados no están capacitados para sancionar algunos comportamientos intuitivamente reprobables, pero que tal vez sea ese un peaje desdeñable en el seno de una teoría formal e internamente coherente.

