

# LA POSICIÓN ORIGINAL DE RAWLS: CRÍTICA AL DESINTERÉS MUTUO DE LAS PARTES\*

## Rawls's Original Position: Criticism of the Mutual Disinterest of the Parties

JAVIER MARTÍN-LANAS\*\*

Fecha de recepción: 27/04/2020

Fecha de aceptación: 23/07/2020

*Anales de la Cátedra Francisco Suárez*

ISSN: 0008-7750, núm. 55 (2021), 209-232

<http://dx.doi.org/10.30827/ACFS.v55i0.15273>

**RESUMEN** El artículo analiza críticamente la premisa del desinterés mutuo de las partes, una de las condiciones de la posición original que Rawls expone en su Teoría de la Justicia. Para ello, debido a su similitud con las condiciones de la posición original, se utiliza el delito de omisión pura. En línea con la crítica comunitarista a la concepción del yo rawlsiana, se argumenta que la premisa del desinterés mutuo no es la concepción de persona más apropiada para alcanzar la imparcialidad de los principios de justicia elegidos por las partes.

**Palabras clave:** Teoría de la Justicia, Posición original, Velo de la ignorancia, Imparcialidad, Desinterés mutuo, Teoría débil del bien, Contingencia, Omisión.

**ABSTRACT** The article critically analyzes the premise of the mutual disinterest of the parties, one of the conditions that Rawls includes in the original position of his Theory of Justice. For this, due to its similarity to the conditions of the original position, the crime of failure to render aid is used. In line with the communitarian criticism of the rawlsian conception of the self, it is argued that the premise of mutual disinterest is not the conception of the person most appropriate to achieve the impartiality of the principles of Justice chosen by the parties.

**Keywords:** Theory of Justice, Original Position, Veil of ignorance, Fairness, Mutual disinterest, Thin theory of good, Contingency, Omission.

---

\* Para citar/citation: Martín-Lanas, J. (2021). La posición original de Rawls: crítica al desinterés mutuo de las partes. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 55, pp. 209-232.

\*\* Universidad Pública de Navarra. Área de Filosofía del Derecho. Campus de Arrosadía, Edificio de las Encinas, Departamento de Derecho, CP: 31006 Pamplona (Navarra, España). Correo electrónico: [javier.martin@unavarra.es](mailto:javier.martin@unavarra.es) Número ORCID 0000-0002-5497-544X.

## 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Este artículo parte de un elemento central de la Teoría de la Justicia (Rawls, 1971): las condiciones necesarias para que, en la posición original, los principios de justicia elegidos por las partes alcancen la imparcialidad. Tales condiciones, a juicio de Rawls, habrán de ser débiles en el sentido de mínimamente restrictivas.

El adjetivo *débil*, según indica la RAE, denota aquello que es “de poco vigor o de poca fuerza o resistencia”. Sin embargo, en el sentido empleado por Rawls, una premisa o teoría *débil* no es aquella poco consistente —crítica o que presente *debilidades*— sino aquella ampliamente compartida debido a que su aceptación no implica restricciones *fuertes*. Por ejemplo, la premisa “la vida merece respeto” es más débil que la premisa “la vida merece respeto porque así lo establece el Corán”, ya que quien comparta la segunda compartirá inevitablemente la primera, mientras que no resultará así en sentido contrario. Refiriéndose a la premisa del desinterés mutuo, Rawls utiliza en inglés el término *weak* —“the original position is meant to incorporate widely shared and yet *weak* conditions” (Rawls, 1971, p. 111) —, que la versión en español traduce por *débil* (Rawls, 1995, p. 129). De tal forma, Rawls persigue que las premisas de la posición original comprometan lo menos posible las distintas concepciones del bien. Solo aquellas de carácter débil resultarán ampliamente compartidas y, en consecuencia, serán las que más visos ofrezcan a la hora de alcanzar la imparcialidad.

De este modo, la Teoría de la Justicia somete a los individuos de la posición original al cumplimiento de tres premisas conceptuales que, según Rawls, son débiles —en el sentido expresado del término—<sup>1</sup>. En primer lugar, las partes se encuentran vacías de contingencias. En segundo, sus motivaciones se guían exclusivamente por la valoración de bienes primarios (teoría débil del bien<sup>2</sup>). En tercer lugar, carecen de interés mutuo. Rawls expone

- 
1. Nótese que no nos referimos a las condiciones que han de cumplir los principios de justicia elegidos sino, estrictamente, a las condiciones de la posición original. Las condiciones de los principios de justicia, denominadas “restricciones formales al concepto de lo justo”, son cinco: generalidad, universales en su aplicación, carácter público, ordenadores de demandas conflictivas y carácter definitivo. (Rawls, 1995, pp. 129 y ss.)
  2. Aunque aquí el término *débil* no hace referencia a una premisa sino a una teoría, el significado pretendido por Rawls es casi equivalente al anterior. La teoría débil del bien, como se expondrá en el tercer apartado, indica que las personas valoramos positivamente ciertos bienes primarios (salud, inteligencia, vigor, imaginación, riqueza, derechos, libertades y oportunidades). En este sentido, la teoría es *débil* porque el hecho de valorar positivamente tales bienes primarios es común a todas las personas, su aceptación no implica restricciones fuertes. Para referirse a esta teoría débil del bien, Rawls no utiliza ahora el término *weak*

de la siguiente forma esta última premisa, en la que nos centraremos en el presente texto:

[...] El postulado del desinterés mutuo en la posición original se formula con objeto de asegurar que los principios de justicia no dependan de imposiciones más fuertes. No hay que olvidar que la posición original pretende incorporar condiciones ampliamente aceptadas que sean no obstante débiles. Una concepción de la justicia no debería, por tanto, suponer extensos vínculos de sentimientos naturales. Se trata de hacer la menor cantidad posible de suposiciones en la base de la teoría. (Rawls, 1995, pp. 128-129).

Se observa, entonces, que la hipótesis en virtud de la cual los individuos de la posición original “no están interesados en los intereses ajenos” (Rawls, 1979, p. 31) sería —según el autor— la más ampliamente aceptada. Tanto en la elección de los principios de justicia como en la guía de sus motivaciones, esta premisa impide que los individuos posean alguna suerte de vínculo con el otro, algún sentimiento de benevolencia o alguna aprehensión de sí mismos en una comunidad dada. El artículo examinará si la premisa del desinterés mutuo es, como afirma el autor, una premisa débil o más ampliamente compartida que otras alternativas posibles o, por el contrario, se trata de una condición innecesaria que no favorece el carácter imparcial de los principios de justicia elegidos por las partes. Para alumbrar este debate se observará una eventualidad real y concreta que recrea la posición original: la omisión pura<sup>3</sup>. Sus características ofrecen la posibilidad de

---

—que emplea para indicar el carácter *débil* de la premisa del desinterés mutuo— sino que utiliza el término *thin*, es decir, “*thin theory of good*” (Rawls, 1971, p. 160). Este vocablo ha dado lugar a distintas traducciones en español. Así, por ejemplo, se ha traducido por *tenué* (Rawls, 1995, p. 360), por *específica* (Rawls, 1979, p. 438), o también, tal y como hemos optado nosotros en el cuerpo del texto, por *débil*, como lo hace la traducción de la obra de Sandel —quien obviamente también escribe *thin*— (Sandel, 1982). El matiz radica en que las premisas son *débiles* (*weak*) siempre en el único sentido de resultar ampliamente compartidas, de no implicar restricciones fuertes; en cambio, la teoría *débil* (*thin*) del bien implica, además de que la valoración positiva de bienes primarios no supone restricciones fuertes, que la teoría solo se refiere a un sentido *acotado* del bien, en contraposición a otras teorías amplias que estudiarían al bien en una acepción moral o más expansiva. Parece más acertado, entonces, traducir *thin* por *específica*, ya que así se evita el problema de tener que identificar, por el contexto, a qué acepción concreta se refiere el término *débil*. Otra opción adecuada habría sido traducir *thin* por *acotada*, recogiendo así el doble sentido, físico (*ceñido, delgado*) y conceptual (*tenué, específico, restringido*), de la palabra inglesa.

3. Esta figura jurídico-penal puede definirse, inicialmente, como la no realización de una conducta exigida por la ley. Por ejemplo, la ley exige que se preste auxilio a quien se halla en un peligro manifiesto y grave (Código penal, artículo 195). De tal forma, comete omi-

que nosotros, individuos *reales*, debatamos su grado de injusticia en unas condiciones de imparcialidad sustancialmente análogas a las de los individuos de la posición original.

En cuanto a la estructura del artículo, el segundo apartado sintetiza los aspectos del debate liberal-comunitarista que atañen a la cuestión; el tercer apartado define la omisión pura, justifica su similitud con la posición original y la pertinencia de acudir a ella para observar la influencia del desinterés—o interés— mutuo; el cuarto apartado critica la propuesta rawlsiana según la cual el desinterés mutuo es la premisa sobre la conciencia humana que más favorece la consecución de la imparcialidad.

## 2. LA TEORÍA DE LA JUSTICIA EN EL CONTEXTO LIBERAL

La configuración de la posición original como constructo generador de los principios de justicia sitúa a la obra de Rawls en el marco del pensamiento liberal<sup>4</sup>. Tanto la concepción de persona heredada del pensamiento kantiano como el desinterés mutuo de las partes de la posición original asumen una noción del *yo* basada en el individuo como un sujeto entidad despojada en buena medida de la comunidad. Ahora bien, la doctrina liberal acoge en su seno un vasto abanico de pensamiento y ello implica que los postulados rawlsianos hayan sido criticados desde distintas vertientes igualmente adscritas al propio liberalismo.

Desde un ala radical o libertaria, Nozick critica la noción rawlsiana de mérito y declara injustificado el principio de diferencia<sup>5</sup>: “Rawls no ha mostrado que el más favorecido *A* no tenga fundamento para quejarse al requerírsele tener menos para que otro *B* pueda tener más de lo que de otra manera tendría. Y Rawls no puede mostrar esto, puesto que *A* sí tiene fun-

---

sión pura quien no socorre a una persona en tales circunstancias, cuando podría hacerlo sin riesgo propio ni de terceros.

4. Algunos autores —véase, Gargarella (1999, p. 15)— la afilian al liberalismo igualitario, en tanto en cuanto su propuesta, a través del principio de diferencia, trata de revertir las desigualdades naturales y sociales que afectan a los ciudadanos y que son arbitrarias desde el punto de vista moral.
5. Este principio considera justo un aumento de la desigualdad si —y solo si—, al producirse este, se mejora la situación de los peor situados. Rawls subsume a todos los posibles individuos en dos *sujetos ficticios*, el mejor y el peor situado, para así representar gráficamente la idea mediante un eje de dos coordenadas (en lugar de “*n*” coordenadas, donde “*n*” sería igual al número total de individuos de la sociedad). En sus palabras: “Por mucho que se mejore la situación de una de las personas, desde el punto de vista del principio de diferencia, no habrá ganancia a menos que la otra también se beneficie” (Rawls, 1995, p. 81). El principio de diferencia sería elegido en la posición original.

damentos para quejarse. ¿O no?” (Nozick, 2014, pp. 195-196). El rechazo al principio de diferencia<sup>6</sup> se sustenta en una previa adhesión a la noción kantiana del *yo* que desemboca en este contundente pasaje:

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; hacemos algún trabajo desagradable por sus resultados; algunos se someten a dieta para mejorar su salud o su aspecto; algunos ahorran dinero para mantenerse en la vejez. En cada caso, algún costo es impuesto en razón de un bien mayor superior. ¿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, diferentes 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 (Nozick, 2014, p. 44).

Ha sido sin embargo la réplica comunitarista, desde la orilla opuesta a los postulados de Nozick, la que ha protagonizado el debate más profuso en torno a la obra de Rawls. Adviértase que la etiqueta *comunitaristas* no implica que estos críticos de la Teoría de la Justicia se ubiquen necesariamente fuera del liberalismo político<sup>7</sup>. El eje fundamental de este debate parte de la concepción de persona (Medina, pp. 285 y ss.): mientras Rawls y el liberalismo clásico inciden en la protección de los intereses del individuo frente a la sociedad, los comunitaristas subrayan las carencias de concebir a un *yo* aislado y despojado de una conciencia intersubjetiva. Así, Taylor, tras discutir la concepción de persona de Kant (Taylor, 1979) criticó el excesivo atomismo del planteamiento liberal en cuanto concibe al individuo completamente separado de su comunidad. El liberalismo rawlsiano, en este sentido, partiría de un origen atomista toda vez que los sujetos de la

---

6. El hilo argumentativo que aborda explícitamente la cuestión del principio de diferencia se halla en el apartado “Los términos de cooperación y el principio de diferencia” (Nozick, 2014, pp. 189 y ss.).

7. Como se ha dicho, en referencia a liberales y comunitarios, “es difícil trazar una línea tajante que separe a los representantes de ambos lados de la contienda 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, 2010, p. 205). Desde otras perspectivas, algunos autores —véase Dworkin (1981, 1990) y Cohen (1989 y 1995)— han criticado igualmente a la Teoría de la Justicia por no resultar suficientemente igualitaria.

posición original se rigen por el desinterés mutuo y eligen los principios de justicia mediante la maximización del cálculo individual<sup>8</sup>.

Desde esta vertiente comunitarista tal vez sea Sandel, en *Liberalism and the Limits of Justice* (Sandel, 1982), quien ha diseccionado con mayor vehemencia la concepción de persona rawlsiana<sup>9</sup>. El autor comienza remarcando la diferencia entre dos contrarias concepciones del sujeto moral. Por un lado, el *yo* radicalmente desvinculado sería equivalente al sujeto trascendental kantiano, en el cual la noción de persona queda protegida y distanciada de sus atributos, sus fines y sus contingencias. Por otro, el *yo* radicalmente situado se correspondería con aquel en el que los atributos, fines y contingencias son parte intrínseca de la persona —el *yo* está, se sitúa en sus fines—<sup>10</sup>. Rawls aspira a un complejo equilibrio entre ambas concepciones. De una parte, los individuos que eligen los principios de justicia deben encontrarse suficientemente despojados de sus atributos, fines y contingencias. Solo así se garantiza que sus elecciones sobre *lo justo* sean válidas para una pluralidad de personas que tendrán distintas contingencias una vez se haya elevado el velo de la ignorancia. De otra parte, no obstante, el sujeto moral de la posición original no puede hallarse tan radicalmente desvinculado como para originar una teoría de la justicia que alcance la imparcialidad solo al precio de renegar de su condición humana. Sandel indica que, mediante la posición original, Rawls pretende alcanzar este ansiado *punto arquimédico*.

Posteriormente, el autor comunitarista analiza la noción de mérito que subyace tras el principio de diferencia, reformulando este principio —que

8. Un resumen de los planteamientos de Taylor al respecto puede observarse en Thiebaut (2001), especialmente en el apartado 2. *La crítica al atomismo de las sociedades liberales*.
9. Rawls, en *Political Liberalism* (Rawls, 1993) trata de responder a las observaciones de Sandel esgrimiendo que la concepción de persona que poseen las partes de la posición original no implica defender tal noción ontológica del ser humano; la Teoría de la Justicia expone una noción de persona tan solo en lo que respecta a su vertiente política. Ahora bien, ello no resulta suficiente para desvincular los aspectos que definen a los individuos de la posición original (como lo son sus fundamentos de elección) de una concreta noción de persona. Asimismo, la regla *maxi-min*, establecida por Rawls, constriñe las elecciones de los individuos bajo el velo de la ignorancia de modo que estos elijan opciones más conservadoras. Esta característica también puede relacionarse con una determinada noción de persona al margen de su condición de ciudadano.
10. La cuestión fue también abordada por Taylor (1979), quien retoma el pensamiento de Hegel para criticar la concepción atomista del individuo que el liberalismo hereda de la noción kantiana. En la misma línea, Gaiada (2008) incide en la dicotomía entre las dos distintas concepciones. En un cotejo con la noción de sujeto kantiano, esta última autora plantea la dificultad de que individuos de naturaleza inteligible (sujeto nouménico) tengan que decidir sobre cuestiones que afectan al mundo sensible.

sería elegido, según Rawls, por los individuos de la posición original— como aquel que “permite solo aquellas desigualdades que funcionan en beneficio de los miembros menos privilegiados de la sociedad” (Sandel, 2000, p. 91). El principio de diferencia, advierte Sandel, colisiona frontalmente con la noción meritocrática defendida por Nozick, en virtud de la cual cada individuo merece los frutos que ha generado autónomamente. Obsérvese un ejemplo simple: en una sociedad meritocrática, el inteligente merece todo aquello que produce su inteligencia; en cambio, en una sociedad regida por el principio de diferencia rawlsiano, el inteligente merecerá los frutos de su inteligencia si —y solo si— de tal forma mejora las condiciones de los menos favorecidos. Esta recepción por parte de la comunidad de las ventajas producidas por un individuo solo se justificaría mediante la existencia de un acervo común, una suerte de derecho antecedente de la comunidad a merecer lo que un sujeto produce. Y Sandel considera que tal derecho de la comunidad —derecho de la sociedad a merecer— tiene que partir necesariamente de una concepción del *yo* totalmente separado de sus atributos, fines y contingencias. Efectivamente, solo al asumir que los atributos no forman parte del *yo* y que, por ende, el sujeto moral no es más que el guardián de los atributos —el *yo* solamente *custodia* su inteligencia; la inteligencia pertenece a la sociedad— resulta defendible que el individuo no sea su propietario, que no posea tales atributos en un sentido constitutivo. El hecho de ser guardián de los atributos —o un poseedor laxo— no otorga derecho a ser el propietario de las ventajas o resultados que estos atributos producen. Pero esta concepción del *yo*, que justificaría el principio de diferencia, no es admitida por Rawls. En definitiva, Sandel ilustra dos incongruencias de la teoría rawlsiana: en primer término, el principio de diferencia necesita emanar, para su consistencia, de la noción de un *yo* radicalmente desvinculado, que es precisamente una noción de sujeto moral que Rawls pretende evitar; en segundo, el principio de diferencia exige la existencia de un acervo común que justifique el derecho de la sociedad a recibir los frutos de atributos individuales, y tal acervo común resulta difícilmente compatible con la premisa del desinterés mutuo de los individuos de la posición original. Si los sujetos morales de la posición original muestran total indiferencia por el otro, ¿cómo elegirán un principio que necesita la previa existencia de un acervo común?

Resumiendo lo establecido sobre la réplica comunitarista a la Teoría de la Justicia, el lado clásico del liberalismo le espetaría lo siguiente a Rawls: “no te desmarques de la noción de persona kantiana, reniega de una justicia distributiva basada en el principio de diferencia”; el lado comunitarista le aconsejaría en estos términos: “aléjate del liberalismo deontológico

kantiano y acepta la conciencia intersubjetiva como elemento intrínseco y constitutivo del *yo*”.

En el marco de este intenso debate sobre la noción de persona surge la cuestión concreta del artículo: *¿Es la premisa del desinterés mutuo efectivamente más débil que alguna otra que contemple una conciencia intersubjetiva de los individuos?* De no ser así, su inclusión en la posición original sería ineficaz, toda vez que no contribuiría a dotar de imparcialidad a los principios de justicia elegidos. La cuestión se encuentra ya formulada en la obra de Sandel (2000, pp. 61-68). No obstante, las críticas vertidas a la propuesta rawlsiana se centran fundamentalmente en subrayar las inconsistencias de la Teoría de la Justicia como un todo; de tal forma, queda pendiente el cometido de discutir en profundidad la supuesta debilidad de la premisa del desinterés mutuo en sí misma, como pieza separada del resto de la teoría. Por ende, en este artículo no se ahondará en la eventual incompatibilidad entre la premisa del desinterés mutuo y el principio de diferencia; se analizará directamente si, como afirma Rawls, el desinterés mutuo resulta una premisa más ampliamente compartida que otra que implicara alguna suerte de conciencia intersubjetiva del *yo*. Para ello se acudirá a la omisión pura, concebida esta como un simulacro de la posición original en la que observar la incidencia del (*des*)interés mutuo sin necesidad de abstracción y en condiciones de imparcialidad.

### 3. LA OMISIÓN PURA COMO SIMULACRO DE LA POSICIÓN ORIGINAL

La omisión pura se corresponde con el ejemplo del caminante que observa a un desconocido desangrándose en mitad del sendero y, en lugar de socorrerlo, continúa su trayecto. La pertinencia de acudir a esta eventualidad para deliberar sobre la premisa del desinterés mutuo se debe a que cumple con —al menos— las dos restantes premisas de la posición original: ausencia de contingencias y valoración de bienes primarios. Basta, por el momento, con dibujar la idea intuitiva: ninguna contingencia —sexo, raza, nivel de inteligencia, riqueza, etc.— influye a la hora de deliberar sobre lo justo o injusto de esta conducta concreta; la imparcialidad no se ve amenazada por la presencia de ninguna contingencia particular. Además, todas las personas apreciamos la vida —valoramos positivamente el bien primario implicado—, por lo que todas desearíamos ser socorridas.

### 3.1. *Delimitación de la conducta*

Para justificar convincentemente la hipótesis anterior procede, primeramente, describir las peculiaridades de la omisión pura y distinguirla de otras conductas de naturaleza omisiva con las que podría confundirse. En primer lugar, existen conductas en las cuales el sujeto omite una acción necesaria para revertir un riesgo que él mismo ha generado. En palabras de Jakobs, “el que lanza por los aires a un niño en broma, está también obligado a cogerlo de nuevo” (1996, p. 485). En tales casos, la persona que ha generado el riesgo debe cumplir con el mandato implícito de realizar la acción que revierte el riesgo generado. Evidentemente, sobre el conductor que atropella deliberadamente a un peatón no se dirá que ha incurrido en una *omisión de frenado*. En definitiva, todos los resultados dañinos pueden ser evitados en algún momento mediante alguna acción —el que envenena un brebaje para que otro lo beba también podría advertir a la víctima—, pero la omisión de esta acción providencial debe considerarse dentro de una insoluble sucesión de hechos de naturaleza activa. Jakobs expresa de este modo la obligación intrínseca a las acciones prohibidas: “Elimina peligros que surjan de tu ámbito de organización” (Jakobs, 1996, p. 850). Toda la casuística anterior no encaja en la categoría de omisión pura porque el sujeto que comete el delito es el mismo que ha originado el riesgo.

En segundo lugar, como conductas propiamente omisivas, la dogmática jurídico-penal distingue la omisión pura de la impura<sup>11</sup>. En ambas, quien delinque por omisión no ha generado el riesgo. La omisión impura<sup>12</sup>, por su parte, opera cuando el sujeto que omite el auxilio guarda un deber especial hacia la persona necesitada —teoría que se conoce como “posición de garante”<sup>13</sup>—. La razón de este deber puede ser personal o profesional. En cuanto al deber personal, en términos ejemplificativos, si uno de los miembros del matrimonio sufre un infarto, su cónyuge tiene el deber de socorrerlo —o de pedir socorro— y, si omitiera el auxilio, incurriría en un delito de homicidio cometido en *comisión por omisión*, con idéntica pena que si lo cometiera mediante la acción material de matar. El deber especial

---

11. Denominadas en ocasiones omisión *propia* (en lugar de pura) e *impropia* (en lugar de impura).

12. Puede leerse ampliamente esta cuestión en Figueroa (2008), en el capítulo 2.º: *Omisión impropia y delito de infracción del deber*.

13. En este punto “[la posición de garante] se da cuando corresponde al sujeto una específica *función de protección del bien jurídico* afectado o una *función personal de control de una fuente de peligro*” (Mir Puig, 1984, p. 327). Véase, igualmente a este respecto, Blanco (2009, pp. 66 y ss.).

hacia la persona que precisa el socorro puede ser también de naturaleza profesional, como, por ejemplo, el monitor de escalada respecto de sus alumnos o el bombero respecto de todos los ciudadanos. En la omisión impura, por lo tanto, la persona que omite la acción de auxilio cumple dos requisitos, a saber: (i) no ha provocado el riesgo y (ii) guarda un deber especial con respecto de la persona necesitada.

En la omisión pura, en cambio, quien omite el socorro, además de no haber provocado el riesgo, no guarda ninguna relación especial con —no es *garante de*— quien precisa el auxilio. El delito que recoge la omisión pura se incluye en el título IX del CP español, denominado “De la omisión del deber de socorro”, y el tipo base se recoge en su artículo 195.1:

El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses<sup>14</sup>.

Este artículo se completa con dos apartados añadidos: (195.2 CP) “En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande

---

14. Los términos “peligro manifiesto y grave” exigen que se encuentren en peligro la vida o, en su defecto, la integridad física. De esta forma, quien decide no socorrer a un herido leve —por ejemplo, que presente rasguños o heridas que no pongan en peligro ni la vida ni la integridad física— no incurrirá en la omisión del deber de socorro. Puede acudir a la descripción de la situación típica en Ulloa (2006, pp. 255 y ss.), y especialmente al apartado 4.1.1: *El grado de desamparo requerido en el tipo* (Ulloa, 2006, pp. 259-266). Por otro lado, aunque cada país recoge la omisión pura en distintos términos, la conducta resulta esencialmente idéntica. Véase, por ejemplo: “quien [...] 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” (Artículo 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, incurrirá en prisión de dos a cuatro años” (Artículo 131, Código penal colombiano). Una amplia muestra del consenso puede observarse acudiendo a los códigos o normas penales de los siguientes países —se añade entre paréntesis el número de artículo o sección de cada norma penal—: España (195), 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), Moldavia (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).

con urgencia auxilio ajeno”; y (195.3 CP) “Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años”. Adviértase que la omisión pura se encuentra menos castigada que la impura; el CP considera, acertadamente, que reviste menos gravedad omitir el socorro a una persona desconocida que a otra con la que se mantiene una concreta vinculación.

De esta forma, el delito de omisión pura no exige que se guarde una especial relación con la persona necesitada ni que se cometa ninguna acción concreta, ya sea intencionada o imprudente. Al legislador penal le es indiferente la acción que el sujeto realice en lugar de socorrer; de hecho, la casuística es infinita: el sujeto puede seguir caminando, o detenerse y cantar, o realizar estiramientos. Lo que el delito exige a quien comete el delito es, precisamente, la ausencia de una acción concreta: socorrer. Ningún otro delito tiene estructura de mandato<sup>15</sup> —¡Socorre! —; todos los demás tienen estructura de prohibición —¡No mates!, ¡no agredas sexualmente!, ¡no robes!, ¡no prevariques!, ¡no amenaces!—<sup>16</sup>.

Pero, ¿por qué la omisión pura opera como un simulacro de la posición original?, ¿de qué forma contribuye a dilucidar la validez de la premisa del desinterés mutuo? Para abordar estas cuestiones conviene advertir algunos aspectos de las tres premisas de la posición original.

### 3.2. *La relación entre las premisas de la posición original y la omisión pura*

La ausencia de contingencias y la valoración de bienes primarios son premisas que operan de forma complementaria. Rawls declara, de una parte,

- 
15. Aunque, como señala Gimbernat, “todas las omisiones, tanto las propias [puras] como las impropias [impuras] infringen normas de mandato y no de prohibición” (Gimbernat, 2002, p. 687). Y, efectivamente, la madre que no alimenta a su hijo comete el delito infringiendo la norma que le ordena (manda) alimentarlo. Es decir, a pesar de que el delito de homicidio tiene estructura prohibitiva —¡no matarás!— es posible cometerlo mediante omisión —necesariamente impura—, porque bajo la prohibición de matar se encuentra implícita la norma de mantener la vida de personas dependientes. La omisión pura, sin embargo, únicamente se comete por omisión de la conducta ordenada, nunca mediante una acción, y, en virtud de ello, ninguno de los demás delitos —atendiendo a la redacción del tipo penal— tiene estructura de mandato, aunque puedan cometerse mediante omisión impura.
  16. “La antijuridicidad implica la infracción de una norma de determinación (una prohibición o un mandato, en los delitos de omisión)” (Mir, 2006, p. 9). Puede observarse el consenso actual de la doctrina en Ulloa (2006, pp. 184-185). En esta línea, Jakobs, refiriéndose a la *obligación originaria* propuesta por Feuerbach, dice: “La obligación originaria posee pues esencialmente un contenido negativo: ¡no lesiones!; lo positivo —¡ayuda al otro!— puede solamente sobrevenir por la concurrencia de un fundamento especial” (Jakobs, 1985, p. 840).

que la presencia de contingencias en los individuos de la posición original trastocaría la imparcialidad de los principios de justicia elegidos<sup>17</sup>. Ahora bien, debido a que el cumplimiento de esta premisa despoja de naturaleza humana a los individuos —aproximándola a la de un *yo* radicalmente desvinculado e incurriendo en el riesgo de elección de principios de justicia arbitrarios<sup>18</sup>—, el autor, como contrapartida, indica que los individuos (aunque sumidos bajo el velo de la ignorancia y, por consiguiente, vacíos de contingencias) efectúan sus elecciones valorando ciertos bienes primarios, “cosas que se presume que todo hombre racional desea” (Rawls, 1995, p. 69), ya sean bienes sociales (derechos, libertades, oportunidades, ingresos, riqueza) o naturales (salud, vigor, inteligencia, imaginación). A esta segunda condición nos referimos como “valoración de bienes primarios” o, indistintamente, como “teoría débil del bien”, y es la que explica, por ejemplo, que un individuo de la posición original —que desconoce su grado de libertad o de salud— siempre prefiera una mayor libertad (y no menor) o estar sano (y no enfermo). El carácter complementario de esta segunda premisa a la premisa principal —la ausencia de contingencias— es reconocida por Rawls en los siguientes términos:

¿Cómo pueden [los individuos de la posición original], entonces, decidir cuál de las concepciones de la justicia les será más favorable? ¿O es que tenemos que suponer que se verán obligados nuevamente a adivinar? Para hacer frente a esta dificultad postulo que aceptan la explicación del bien esbozada en el capítulo anterior: suponen que, normalmente, preferirán tener más bienes sociales primarios a tener menos<sup>19</sup> (Rawls, 1995, p. 140).

- 
17. El objetivo de Rawls estriba en extirpar la parcialidad, concebida esta como un trastorno que los individuos padecemos en la toma de decisiones sobre lo *justo* y lo *injusto*. Nuestra parcialidad (o ausencia de imparcialidad) es el producto de nuestras contingencias personales, tales como nuestro lugar en la sociedad, capacidades naturales, inteligencia o fortaleza. La injerencia de la parcialidad sobre lo *justo* y lo *injusto* podría solventarse si los individuos tuvieran que elegir los principios de justicia en las condiciones de la posición original, es decir, sin conocerse a sí mismos (Rawls, 1995, pp. 24 y ss.).
  18. “Para Rawls [...] resulta confusa la manera en que un sujeto abstracto, no corporeizado, podría sin arbitrariedad producir determinados principios de justicia, o cómo en cualquier caso la legislación de un sujeto como este se aplicaría a los seres humanos efectivos del mundo fenoménico” (Sandel, 2000, p. 28).
  19. Rawls se refiere aquí a preferencias por bienes *sociales* primarios porque son estos los únicos que variarán en función de los principios elegidos. Los bienes naturales primarios, que vendrán dados cuando se eleve el velo de la ignorancia, no son susceptibles de elección. En otras palabras: podrá discutirse si, mediante un principio de justicia, en una oposición a un puesto de trabajo debe premiarse a los discapacitados intelectuales; no obstante, la inteligencia como atributo será inalienable a cada individuo. Por ello, en el contexto del

Existe una diferencia sustancial entre las anteriores dos premisas. Nosotros, miembros reales de una sociedad, poseemos distintas contingencias que inexorablemente nos influyen en los juicios y elecciones, y dicha posesión nos distingue de los individuos de la posición original<sup>20</sup>. Sin embargo, en lo que respecta a la valoración de bienes primarios, nada nos diferencia de los individuos cubiertos por el velo de la ignorancia; las personas reales cumplimos la segunda premisa. Así, en base al propósito de alcanzar principios de justicia imparciales en la posición original, Rawls extirpa las contingencias de sus individuos —ya que estas trastocan la imparcialidad— pero no renuncia a que valoren bienes primarios —ya que su valoración es común a todos los seres humanos—. Las distintas contingencias nos alejan de la imparcialidad, la valoración de los bienes primarios nos acerca a ella.

A tales efectos, la omisión pura satisface los objetivos de las dos premisas. Respecto de la segunda, como ya se ha afirmado, toda eventualidad que se someta a juicio por personas reales se efectuará valorando positivamente bienes primarios. Ahora bien, respecto de la primera, las personas no podemos despojarnos de nuestras contingencias —¿podría alguien, repentina y mágicamente, desconocer su nivel de riqueza, su sexo, su adscripción a una confesión?—; en este sentido, la premisa se satisface indirectamente porque las distintas contingencias no influyen en la consideración del objeto que se juzga. En otras palabras: en la omisión pura no se alcanza la imparcialidad mediante el despojo de las contingencias —las personas reales no somos susceptibles de esta intervención—; la imparcialidad se manifiesta porque le son inocuas todas las posibles contingencias humanas. Ante una deliberación sobre el reproche que merece la omisión pura ya somos, de facto, imparciales.

### *3.3. Cuatro causas por las que la deliberación sobre la omisión pura no depende de las contingencias*

Corresponde advertir inicialmente que en este apartado no se considera el interés mutuo —la benevolencia— como una contingencia en sí misma. Ello se debe a que Rawls le asigna una premisa específica a esta cualidad

---

pasaje citado, Rawls no contempla como posible que las partes de la posición original elijan principios que modifiquen la distribución de bienes naturales. En sus palabras: “[los bienes primarios naturales] no están directamente bajo su control” (Rawls, 1995, p. 69).

20. A modo de ejemplo: “si un hombre sabe que él es rico, puede encontrar racional proponer que diversos impuestos a medidas de beneficencia sean declarados injustos; si supiera que era pobre, es muy probable que propusiera el principio contrario” (Rawls, 1995, p. 31).

—la premisa del desinterés mutuo—, distinguiendo así su consideración. La influencia de la benevolencia se abordará específicamente en el siguiente apartado, aquí se presupone que no afecta a los individuos. Corresponde entonces profundizar en la naturaleza de la omisión pura e identificar las causas por las que esta eventualidad no se ve condicionada por ninguna (otra) contingencia humana.

La primera causa refiere a que el bien involucrado, la vida, resulta similarmente valorado por todos los seres humanos, independientemente de sus contingencias<sup>21</sup>. No hay nada que indique, a priori, que las personas valoremos la vida de forma desigual<sup>22</sup>. Es intrínseco a la naturaleza de los seres vivos —no solo a la de los seres humanos— desplegar las estrategias necesarias para proteger nuestro estado vital. De hecho, todos los bienes primarios indicados por Rawls guardan una acentuada relación con la vida: quienes los atesoran en mayor intensidad (más salud, más vigor, más imaginación, más inteligencia, más riqueza, más derechos, más libertades, más oportunidades) tienen, en última instancia, más opciones de permanecer vivos. Ahora bien, esta es una primera causa de mínimos; de igual modo que la vida, existen múltiples elementos que todos los seres humanos valoramos igualmente, como los propios bienes primarios.

La segunda razón radica en que la vida es una contingencia de carácter dicotómico. Por el contrario, los bienes primarios —salud, inteligencia, vigor, imaginación, riqueza, derechos, libertades, estatus—, pese a valorarse similarmente por todas las personas, son graduales, es decir, se presentan con distinta intensidad en los individuos. Fruto de ello, las personas no somos imparciales en su consideración. Por ejemplo, respecto de la inteligencia, quienes la detenten en mayor grado serán presumiblemente más

- 
21. Podría decirse, en lenguaje jurídico-penal, que la vida es el bien jurídico protegido de la omisión pura. Pero no se ha indicado así porque la vida no es el único bien jurídico protegido en la omisión pura; la doctrina añade “la integridad física y la libertad ambulatoria de las personas” (Ulloa, 2005, p. 180) también como bienes jurídicos protegidos por el delito de omisión del deber de socorro, dado que podría no consumarse la muerte de la víctima pero sí producirse un menoscabo severo de la integridad física o, también, una retención prolongada —piénsese en quien no presta ayuda a una persona encerrada en un ascensor—.
  22. Si bien, acudiendo al extremo, los suicidas no otorgan a la vida el mismo valor que el resto de personas. En este sentido, si una persona se halla frente a un precipicio con la intención de arrojar al vacío pero, antes de lanzarse, sufre una parada cardíaca y se desploma en el suelo, no sería coherente que deseara el auxilio. Este apunte, sin embargo, no invalida el hecho de que la vida, en términos generales, resulte valorada de forma similar. Además, los suicidas se hallan en un estado transicional: en cuanto culminen exitosamente su plan no estarán vivos; no tienen, por tanto, ninguna pretensión de alcanzar principios de justicia. En definitiva, se pretende que los casos excepcionales no turben la norma; si así fuera fracasarían todas las teorías antropológicas que persigan obtener postulados generales.

proclives a la defensa de un sistema meritocrático puro que no compense a los menos inteligentes mediante la discriminación positiva<sup>23</sup>. Igualmente, el grado de riqueza —bien social primario similarmente valorado— influirá en cualquier deliberación sobre políticas redistributivas. Ningún hecho que dependa de contingencias *graduales* podrá ser juzgado de forma imparcial. Sin embargo, la vida es una contingencia que responde a un parámetro binario: se posee o no se posee, no pueden existir grados de manifestación<sup>24</sup>. Todas las personas cumplimos con los requisitos clínicos que nos catalogan como ser vivo; aunque algunas hayan vivido más años que otras ello no indica que tengan más vida, ni tampoco la persona más sana tiene más vida que la persona que padece un cáncer grave. Aquella tendrá, en todo caso, una salud que a priori le adjudique más posibilidades de permanecer en estado vital. En resumen, no puede afirmarse, salvo en términos metafóricos o estéticos, que una persona esté más viva que otra.

La tercera causa —evidente pero que no debe pasar desapercibida— señala que la omisión pura, además de involucrar a la vida, es una eventualidad susceptible de ser regulada normativamente. Supóngase que los astrónomos alertan de que un gran meteorito impactará inevitablemente con la Tierra y acabará con la vida humana. Esta eventualidad nos afectaría a todas las personas de igual modo, puesto que —además de que valoramos la vida similarmente y de que la poseemos en idéntica intensidad— el resto de contingencias son irrelevantes. Todos los individuos tendríamos el mismo grado de interés en el asunto y, por ende, todos seríamos imparciales en el debate sobre cómo afrontar tal eventualidad. Parece una apropiada simulación de la posición original. Pero, ¿qué juzgamos?, ¿cuál es el objeto de la justicia? Si el impacto del meteorito con la Tierra es inevitable, toda deliberación resulta estéril. Sería absurdo aprobar jurídicamente una prohibición de colisión; las leyes físicas no entienden de Justicia, la trayectoria del meteorito es *a*-legal. La eventualidad que concierna a la vida debe estar dentro de la órbita de influencia humana. No hay nada de justo ni de injusto en las muertes provocadas por catástrofes naturales. Tampoco lo hay cuando un ser humano muere por el ataque de otra especie animal. Quien ponga en peligro la vida humana tiene que ser, necesariamente, otro ser humano.

---

23. Puede observarse al respecto el razonamiento de Nozick (2014, pp. 232 y ss.).

24. Otras contingencias que podrían ser dicotómicas se manifiestan en unas personas y no en otras. Por ejemplo, la vista, siempre que se catalogue como videntes a quienes la posean —aunque vean con dificultad— e invidentes a quienes no la posean. Sin embargo, la vida es la única contingencia que, además de tener carácter dicotómico, se distribuye igualmente por todas las personas interesadas en lo justo y lo injusto (precisamente: las personas vivas).

La cuarta causa resulta determinante en tanto que explica por qué únicamente la omisión pura, y no otras conductas (delitos) que atentan contra la vida del otro —sin ir más lejos: el homicidio—, puede deliberarse en condiciones de imparcialidad a pesar de que el juzgador mantenga todas sus contingencias. La razón es que ninguna contingencia aumenta o disminuye la probabilidad de concebirse como la víctima —quien reclama el auxilio— o como el delincuente —quien lo omite—. En este sentido, en la estructura de todos los delitos contra la vida intervendrán dos sujetos: aquel que mata —o que intenta hacerlo, o que actúa sin consideración hacia la vida del otro— y aquel que muere —o que teme por su vida—. En lo sucesivo, al primer sujeto lo llamaremos “A”; al segundo, “B”. La deliberación sobre el reproche jurídico se concreta mediante las siguientes preguntas: *¿cuán injusta es la conducta que realiza A?, ¿qué pena le corresponde?* Para que esta deliberación sea efectivamente imparcial, no interesada, resulta necesario que las distintas contingencias no introduzcan un interés parcial en el asunto o, en otras palabras, que ninguna contingencia aumente la probabilidad de ubicarse en la situación de A o de B<sup>25</sup>. Y en los delitos de acción existen ciertas contingencias que alejan a las personas de la imparcialidad<sup>26</sup>. De tal forma, respecto del homicidio, todas las personas, a priori, podemos ser A y B: cometer y padecer el delito. Pero algunas contingencias personales influyen sensiblemente en la deliberación. Por ejemplo, quienes ostenten altos cargos de poder pueden ver su vida altamente amenazada o expuesta. O, de igual forma, el reo que finaliza su condena por un crimen

---

25. Es palmario el delito de regicidio. Dice el artículo 485.1 del Código penal español: “El que matare al Rey o a la Reina o al Príncipe o a la Princesa de Asturias será castigado con la pena de prisión permanente revisable”. Cualquiera persona podría ser A pero ninguna, salvo el Rey, puede ser B. De esta forma, ante la pregunta *¿cuántos años de prisión es justo que cumpla quien mate al Rey?*, la respuesta que ofreceríamos si fuéramos el Rey sería distinta de la que ofreceríamos si perteneciéramos a un grupo terrorista que desea su muerte. En el primer caso nos interesaría que la pena fuera muy elevada, desde luego suficiente para provocar la disuasión. En el segundo, que fuera lo más leve posible. La imparcialidad no se esfuma por diferencias en la valoración de la vida sino por la presencia de otras contingencias —ser o no ser Rey— determinantes en la conducta que el delito castiga.

26. Se emplea el término acción en su concepción causal o en su “enfoque naturalista” (Luzón, 1996, p. 250), es decir, como aquella conducta que genera o causa materialmente un resultado. En cambio, la concepción *personal* de acción (Luzón, 1996, pp. 271 y ss.) incluye también en ella toda conducta, activa o pasiva (anti)jurídicamente relevante. En términos ejemplificativos, quien observa a una persona desangrarse puede omitir su socorro mediante una conducta activa —huir— o mediante otra pasiva —quedarse quieto—, pero ninguna de ellas produce materialmente el resultado —muerte o menoscabo de la integridad física de la víctima—. Por delitos de *acción* nos referimos, entonces, a aquellos en los que el delincuente realiza una conducta activa que produce el resultado en sentido causal o naturalista.

atroz puede temer por su vida al salir de la prisión, ya que quizá algunas personas tengan un ánimo de venganza contra él. Estas y otras contingencias aumentan la probabilidad de ser B. Resulta razonable que estas personas tengan un interés en que la pena por homicidio sea elevada; su imparcialidad se tambalea. Paralelamente, otras contingencias pueden implicar que el individuo vea aumentadas las posibilidades de ser A, como quienes han matado con anterioridad, quienes pertenecen a grupos terroristas o bandas que ejercen usualmente la violencia para conseguir sus fines o quienes, sin ir más lejos, son conscientes de su agresividad o incapacidad para contener sus impulsos violentos. Incluso cuando la muerte del otro se produce por una acción imprudente, también algunas contingencias personales obstaculizan una deliberación imparcial. Estas podrán ser, entre otras: tendencia personal al riesgo, conducción de vehículos, manejo de herramientas potencialmente peligrosas, o el desempeño de un cargo profesional como profesional sanitario u otro con vidas a cargo.

La sutileza conceptual de esta cuarta causa es que la omisión, al contrario de la acción, no existe materialmente:

Y en cuanto a la omisión —que es un concepto normativo que supone la no realización de una acción debida—, 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 activa o pasiva realizada. [...] en la mayoría de las omisiones la acción base es precisamente una actividad positiva (movimiento: andar, conducir, charlar, trabajar, realizar un juego, etc.), solo que distinta de la actividad debida. Excepcionalmente la conducta [...] puede consistir en total pasividad, es decir, en total inmovilidad o quietud de la persona, permaneciendo en total reposo muscular (Luzón, 1996, p. 269).

Es decir: los delitos de acción se cometen mediante una única acción —aquella que coincide con la conducta prohibida—; la omisión, en cambio, se puede cometer mediante *infinitas* acciones. Así, por un lado, los delitos de acción serán mayoritariamente cometidos por quienes posean las contingencias que les inciten a realizar la única acción prohibida. Por ejemplo, la persona de naturaleza violenta tiene mayor probabilidad de matar; la persona extremadamente pobre tiene mayor probabilidad de robar. Y sin embargo, por otro lado, en cuanto a la omisión, cualquier contingencia que se posea propiciará la realización de alguna acción distinta al socorro de la víctima. Desconsiderada la influencia del interés mutuo, nada nos empujaría a socorrer al necesitado —salvo el temor a una sanción—. La situación del desamparado no nos conmovría sino que nos resultaría indiferente; en

consecuencia, realizaríamos cualquiera de las infinitas acciones —distintas a socorrer— motivadas por nuestras contingencias. Resulta indiferente, en definitiva, las concretas contingencias que se posean; todas propiciarían acciones distintas a la prestación de auxilio<sup>27</sup>. Ahora bien, cuando la omisión no es pura sino impura —es decir, cuando se omite una acción exigida por un deber personal o profesional— sí influyen concretas contingencias, como el hecho de guardar un deber especial hacia una persona o, al contrario, depender de la diligencia de otro. Es presumible, por ejemplo, que el cuidador de ancianos se muestre partidario de penar más levemente la omisión impura que el anciano necesitado de cuidados.

Por todo ello, en definitiva, solo la omisión pura puede ser discutida en condiciones de imparcialidad sin la necesidad de que las personas reales nos despojemos de nuestras contingencias. Una sinopsis nuclear de las cuatro causas podría ser la siguiente: (primera) La vida —bien involucrado en la omisión pura— es valorada por todas las personas de forma similar; (segunda) la vida es la única contingencia dicotómica poseída similarmente por todas las personas; (tercera) la omisión pura es susceptible de ser regulada normativamente; (cuarta) las infinitas acciones distintas a socorrer pueden ser incentivadas por infinitas e indiferentes contingencias. En este sentido se observa que la omisión pura, como eventualidad, satisface el objetivo de la premisa principal de la posición original, no porque las personas reales nos despojemos de nuestras contingencias —tarea inalcanzable— sino porque ellas son inocuas a la imparcialidad. El despojo de contingencias,

---

27. En términos matemáticos, dado un conjunto de elementos *finitos*, tal conjunto será idéntico a otro conjunto de elementos también *finitos* porque ambos coincidirán en no poseer *infinitos* elementos (Ugarte *et al.*, 2003, p. 82). Imagínese, si “P” es un prototipo de persona, “P” estará definida por una serie de contingencias a las que llamaremos “ $p_1$ ”, “ $p_2$ ”, “ $p_3$ ”, y así hasta llegar a la última contingencia que la define, que será “ $p_n$ ”. Por ejemplo: “ $p_1$ =mujer”, “ $p_2$ =docente”, “ $p_3$ =jugadora de ajedrez”, etcétera. Resulta indiferente cuántas contingencias sean necesarias para definir con total precisión a una persona; “P” tendrá un número total de contingencias ( $n$ ) que siempre será finito. En cambio, todas las contingencias que podría poseer y no poseer son infinitas. De esta forma, dos personas podrán, casualmente, compartir una misma contingencia: quizá ambas ejerzan la docencia o jueguen al ajedrez. Pero, inevitablemente, coincidirán en un sinfín de contingencias que no posean: no hablarán persa, o no domesticarán camellos. Es decir, podrán tener en común alguna contingencia incluida en la sucesión “ $p_1$  à  $p_n$ ”, pero con total seguridad compartirán la ausencia de la inmensa mayoría de contingencias que se distribuyen a lo largo de la sucesión “ $p_{n+1}$  à  $p$ ”. Un árbol y una roca quizá compartan algún rasgo positivo —presente, manifiesto—, como poseer una determinada dureza, pero desde luego coinciden en no emitir luz propia, no haber sido fabricados por los humanos o no poder volar. Análogamente, la exigencia de no realizar de una acción concreta—en nuestro caso: socorrer—, será siempre más compartida, más imparcial, más factible de propiciar la coincidencia entre las personas que la exigencia de que se realice una acción concreta.

como requisito procedimental para lograr la imparcialidad, no resulta necesario si lo que se trata de deliberar es el reproche jurídico que le corresponde a quien comete la omisión pura.

#### 4. CRÍTICA A LA PREMISA DEL DESINTERÉS MUTUO DE LAS PARTES DE LA POSICIÓN ORIGINAL A LA LUZ DE LA OMISIÓN PURA

Una vez definida la omisión pura como aquella eventualidad que satisface las dos primeras premisas de la posición original, procede argüir ahora si la ausencia de interés mutuo —tercera premisa de la posición original rawlsiana— de las partes de la posición original es, como asegura Rawls, la opción más débil, la más comúnmente compartida o la concepción sobre la conciencia humana que tiene más visos de alcanzar la imparcialidad. El núcleo de la réplica comunitarista a la Teoría de la Justicia gira en torno a la concepción de persona y, en tal sentido, resulta decisiva una especial atención a la consideración de la benevolencia<sup>28</sup>.

En primer lugar, si los individuos poseyéramos una benevolencia infinita, la justicia no sería necesaria. Es decir, si demostráramos un interés desmesurado por el otro, nunca realizaríamos conductas que le perjudicasen y, además, en cualquier reparto, siempre le concederíamos al otro más de lo que la justicia le habría asignado<sup>29</sup>. Sandel (2000, pp. 47 y ss.) contrapone la idea anterior a fin de cuestionar la concepción liberal rawlsiana de la primacía de la justicia<sup>30</sup>.

---

28. Al igual que Sandel (2000), se emplea el término “benevolencia” en un sentido equivalente al interés mutuo, siendo entonces la ausencia de benevolencia equivalente al desinterés mutuo.

29. La idea proviene de Hume: “Así, las reglas de la equidad o Justicia dependen enteramente del estado y condición particulares en que los hombres están situados, y deben su origen y existencia a la utilidad que la sociedad obtiene de su estricta y regular observancia. Invertid, en alguna circunstancia de consideración, la condición de los hombres; producid una situación de extrema abundancia o de extrema necesidad; *implantad en el corazón una perfecta moderación y humanitarismo*, o una completa rapacidad y malicia: *al hacer entonces de la Justicia algo totalmente inútil*, estaréis destruyendo su esencia y poniendo un freno a su fuerza de obligación sobre la humanidad” (Hume, 1993, p. 62).

30. “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento” (Rawls, 1995, p. 17). Resulta relevante, en este sentido, observar la distinción que hace Sandel (2000, pp. 136 y ss.) al indicar que cuando dos personas llegan a un acuerdo, tal acuerdo puede ser evaluado desde dos prismas: a) el acuerdo es justo porque los individuos eligieron en condiciones de libertad; b) el acuerdo es justo porque ambas partes reciben una porción justa. La primacía de la justicia defendida por el planteamiento liberal indica que el resultado de un acuerdo elegido en condiciones de libertad siempre será justo, sin que resulte necesario acudir al contenido del acuerdo en sí. En la

En segundo lugar, la benevolencia solo puede existir tras una previa consideración de lo humanamente deseable. Cuando se actúa alentado por impulsos benevolentes ha sido necesario comprender previamente la situación del otro e identificar la ausencia de algún bien. La benevolencia sería, entonces, la contingencia que interviene para revertir la ausencia de un bien ajeno. Quien destina una donación a la pobreza revierte la ausencia de recursos económicos. Se advierte, entonces, que la benevolencia no tiene un contenido ético autónomo —tal vez ello justifique que Rawls la distinga del resto de contingencias—, se trata de una contingencia que depende enteramente de una previa reflexión y valoración de los anhelos humanos. Un individuo embriagado de benevolencia que no valorase positivamente bienes primarios nunca conseguiría mejorar las condiciones del otro, ¿por qué motivo, entonces, revertiría la pobreza del otro quien no comprende las ventajas de la riqueza?, ¿por qué socorrerá al necesitado quien no valora positivamente la vida o la salud física?

La omisión pura ilumina la cuestión relativa a si la ausencia de benevolencia es la hipótesis menos restrictiva, más débil, aquella que es susceptible de alcanzar la más amplia imparcialidad entre las personas reales. Presúmase que cumpliéramos la premisa del desinterés mutuo de igual modo que la cumplen los individuos de la posición original. “Las partes [de la posición original] no pretenden conferirse mutuamente beneficios, ni dañarse; no están motivadas por la afección o por el rencor [...] Poniéndolo en términos de un juego, podríamos decir que aspiran a una puntuación lo más elevada posible en términos absolutos. No desean para sus oponentes una puntuación elevada ni baja” (Rawls, 1995, p. 142). Así configurados, ¿qué haríamos cuando se nos presente el dilema entre socorrer o no al necesitado? Forzosamente, siempre optaríamos por la omisión. Desprovistos de benevolencia, siempre valoraríamos más nuestra libertad de acción que la vida del otro. Únicamente una consecuencia que afectara al interés propio —como el temor a una sanción o el deseo de una recompensa que hipotéticamente ofreciera el Estado a quien socorre— nos empujaría a prestar el auxilio. Pero una mirada empírica indica que las personas sí actuamos, por lo general, considerando y valorando la situación del otro; no necesitamos de un motivo individual, que repercuta directamente en nuestra situación, para socorrer. Dicho directamente: los seres humanos no cumplimos la premisa del desinterés mutuo. Podría objetarse, no obstante, que la realidad

---

posición original los principios acordados son justos porque se han elegido —además de en condiciones de imparcialidad— libremente, es decir, de acuerdo a la facultad de agencia que se presume —decimos *presume* porque Sandel cuestiona esta facultad de agencia (2000, pp. 202 y ss.)— que disponen las partes.

revela numerosos casos de omisión pura; que hay personas que optan por no socorrer. Esa observación es indiscutible. Ahora bien —y aquí se halla la sutileza—, quienes omiten el socorro, aunque fueran una mayoría abrumadora, ¿realmente no incluyen la vida del otro en su decisión?, ¿realmente no poseen benevolencia? Quien omite el socorro lo hace porque, habiendo valorado instintivamente tanto su propia libertad de acción como la vida del otro, observa que su balanza volitiva se vence por el lado del interés propio. Pero ambos, el que socorre y el que omite, coinciden en albergar un interés por el otro; difieren en cuanto a su intensidad. La benevolencia no es una cualidad dicotómica sino gradual. Es su diferente graduación en cada persona —y no su ausencia— lo que propicia la disparidad de conductas, que unos socorran y otros omitan. Suponer lo contrario equivale a afirmar que es indistinto, dentro de los entramados psicológicos de una persona, dejar morir a un ser humano y a un pájaro.

No obstante, la presencia de benevolencia en las personas reales no implica, *per se*, que resulte erróneo incluir la premisa del desinterés mutuo en las partes de la posición original. Obsérvese: la premisa de la ausencia de contingencias no es compartida por las personas reales —quienes sí las poseemos— y, sin embargo, resulta adecuada en tanto en cuanto es menos restrictiva —más débil— y, por tanto, favorece la consecución de la imparcialidad. Las personas, una vez despojadas de nuestras contingencias, somos más imparciales que manteniéndolas. Pero, ¿somos las personas realmente más imparciales si nos despojamos de la benevolencia?, ¿contribuye la premisa del desinterés mutuo a alcanzar la imparcialidad? La premisa resultará adecuada únicamente si queda justificado que proporciona alguna ventaja procedimental para dotar de imparcialidad a los principios de justicia elegidos.

El pensamiento liberal, en términos generales, concibe al interés propio y al interés mutuo como conceptos contrarios y excluyentes, del mismo modo que sitúa al *yo* frente a la comunidad o de igual forma en que concibe la pluralidad como elemento epistemológicamente anterior a la unidad<sup>31</sup>. En este sentido, resulta esperable que desde el liberalismo no merezcan un reproche —jurídico o moral— las conductas que priman el interés propio frente al interés mutuo cuando ambos se encuentran en fricción. Sin embargo, ello implica, inexorablemente y de facto, el reconocimiento de

---

31. “En una ética deontológica, en la que lo justo es anterior a lo bueno, esto significa que lo que nos separa es, en un sentido importante, anterior a lo que nos une: anterior tanto epistemológicamente como moralmente. Somos primero individuos distintos y *luego* formamos relaciones y nos involucramos en acuerdos cooperativos con los otros; de ahí la prioridad de la pluralidad sobre la unidad” (Sandel, 2000, p. 170).

dos componentes intrínsecos a la conciencia humana: el interés propio y el interés mutuo. Es decir, además del interés propio, existe igualmente una conciencia intersubjetiva del yo, empatía, benevolencia o mera concepción de uno mismo dentro de una comunidad. Y la existencia de este segundo componente de la conciencia humana resulta compatible con la primacía liberal del interés propio frente al mutuo y, también, con la presunción según la cual las personas se ven seducidas con mayor intensidad y frecuencia por el interés propio que por la benevolencia<sup>32</sup>.

En definitiva, si la posición original rawlsiana ha de incluir alguna premisa que ataña a la relación entre el yo y la comunidad, será más compartida —más débil, más acorde a la norma general— aquella que albergue un interés propio y un interés mutuo de forma simultánea. No resulta menos restrictivo asumir únicamente la existencia de interés propio y negar la presencia del interés mutuo. Ambos elementos operan como motores de las decisiones humanas. Afirmar esta doble presencia resulta independiente de la discusión sobre cómo equilibrar con un sentido de justicia nuestra balanza entre los intereses propios y los intereses de la comunidad. La conservación de la benevolencia en la posición original no implicaría ninguna consideración ulterior sobre el equilibrio justo entre ella y el interés propio.

La omisión pura ofrece la posibilidad de observar la influencia del interés mutuo de forma, por un lado, directa, ya que al ser una eventualidad real no requiere de abstracción, y, por otro, aislada, toda vez que en su deliberación no intervienen otras contingencias. Del examen de esa posibilidad parece desprenderse que la premisa del desinterés mutuo no es más débil o menos restrictiva que su contraria. No queda justificado, por tanto, que esta concreta premisa rawlsiana contribuya a alcanzar la imparcialidad. Extirpar el interés mutuo de los individuos que eligen los principios de justicia no implica incorporar una condición ampliamente aceptada.

---

32. Especialmente, cuando existe igualdad entre los bienes disputados —el mío y el del otro—, la presunción según la cual optamos por el interés propio sí podría ser de carácter débil, es decir, la más ampliamente compartida. Por ejemplo: dos marineros naufragan en alta mar y se enfrentan violentamente para colocarse el único chaleco salvavidas; finalmente uno ahoga al otro y consigue colocarse el chaleco. Este y otros casos muestran que la exculpación por estado de necesidad —puede acudir, en esta materia, a Baldó Lavilla, F. (1994)— admite como razonable (permisible) que se opte por el interés propio y no por el ajeno cuando lo que se disputa es el mismo bien —en el ejemplo, la vida.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Baldó, F. (1994). *Estado de necesidad y legítima defensa*. Barcelona: Bosch.
- Cohen, G. (1989). On the Currency of Egalitarian Justice. *Ethics*, 906-994.
- Cohen, G. (1995). The Pareto Argument for Inequality. *Social Philosophy and Policy*, 12(1), 160-185.
- Dworkin, R. (1981). What is equality? Part 2: Equality of resources. *Philosophy and Public Affairs*, 10/3-4, 185-246.
- Dworkin, R. (1990). Foundations of Liberal Equality. *The Tanner Lecture on Human Values*, vol. 11, 1-119.
- Figuerola, Y. (2008). *Delitos de infracción de deber*. Madrid: Dynkinson.
- Gaiada, M. G. (2008). La posición original de Rawls bajo la luz kantiana. Artículo presentado en las *VII Jornadas de Investigación en Filosofía para docentes, graduados y alumnos*, Universidad Nacional de la Plata.
- Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós.
- Hume, D. (1993) *Investigación sobre los principios de la moral* (3.ª Edición, 2014) (Trad. Carlos Mellizo). Madrid: Alianza. (Original publicado en 1751).
- Jakobs, G. (1996). La imputación penal de la acción y de la omisión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49(3), 835-874.
- Blanco, C. (2009). *La omisión del deber de socorro en el Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.
- Medina, C. (2019). Recuperación del debate liberal-comunitario. Sus aspectos nucleares y la conformación teórica de un concepto de la “identidad política”. *Ideas y Valores*, 68(171), 279-303.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor.
- Nozick, R. (2014). *Anarquía, Estado y utopía*. Londres: Innisfree. (Original publicado en 1974).
- Gimbernat, E. (2000). La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 53(1), 29-132.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice* (Ed. revisada, 1999). Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, J. (1979). *Teoría de la Justicia* (Trad. María Dolores González). Ciudad de México: Fondo de cultura económica. (Original publicado en 1971).
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia* (Trad. María Dolores González). Ciudad de México: Fondo de cultura económica. (Original publicado en 1971).
- Rodríguez, R. B. (2010). Liberalismo y comunitarismo: Un debate inacabado. *Studium: Revista de humanidades*, (16), 201-229.
- Sandel, M. (1982). *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sandel, M. (2000). *El liberalismo y los límites de la justicia* (Trad. María Luz Melón). Barcelona: Gedisa. (Original publicado en 1982).

- Taylor, C. (1979). *Hegel and Modern Society*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Thiebaut, C. (2001). Charles Taylor: democracia y reconocimiento. R. de Maíz (comp.). *Teorías políticas contemporáneas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ugarte, M., Militino, A., Arnholt, A. (2008). *Probability and Statistics with R*. Florida: CRC press.
- Ulloa, I. M. A. (2006). *El delito de omisión del deber de socorro: aspectos fundamentales* [tesis doctoral]. Valencia: Tirant lo blanch.