

## Derecho penal y solidaridad

A la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro

### Wolfgang Frisch

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

### **Abstract\***

*La solidaridad es un concepto relevante no solamente en los ámbitos de la ética, la política y la filosofía. Este cumple funciones importantes también en el Derecho y en la ciencia del Derecho. En el Derecho penal, el concepto sirve a partes de la teoría para la explicación, fundamentación y delimitación de preceptos que, de otra manera, son difíciles de explicar. El presente trabajo investiga el sustento de estos planteamientos explicativos y de fundamentación. Pone en evidencia que las propuestas hasta ahora formuladas, de transformar también en un principio jurídico lo éticamente mandado en la relación con el otro, no son convincentes. Lo éticamente correcto en la relación con el otro puede tornarse en un deber jurídico en una comunidad solidaria solamente cuando y en la medida en que pueda partirse de la premisa que tal deber se corresponde con la autonomía de los miembros de esa comunidad.*

*Solidarität ist nicht nur ein wichtiger Begriff der Ethik, der Politik und der Philosophie. Der Begriff hat auch im Recht und in der Rechtswissenschaft seinen Stellenwert. Im Strafrecht dient er Teilen der Wissenschaft zur Erklärung, Fundierung und Begrenzung einiger anders offenbar nur schwer erklärbarer Vorschriften. Der Beitrag untersucht die Tragfähigkeit dieser Erklärungs- und Fundierungsansätze. Zur Rechtspflicht wird das im Verhältnis zum Anderen ethisch Richtige in einer Solidargemeinschaft autonomer Personen nur, wenn und soweit man davon ausgehen kann, dass eine solche Pflicht der Autonomie der Mitglieder dieser Gemeinschaft entspricht.*

*Solidarity is not just an important concept within Ethics, Politics and Philosophy. It also plays a key role in Law, and in the science which studies the law. In criminal law, the concept is used in some areas to explain, found and limit some provisions which would otherwise be difficult to explain. This paper examines the bearing capacity of such explanatory and funding approaches. What is ethically right in the relationship to others, in the context of a community of solidarity among autonomous people, becomes a legal duty only if and insofar as one can assume that such a duty corresponds to the autonomy of the members of this community.*

*Titel:* Strafrecht und Solidarität. Zugleich zu Notstand und unterlassener Hilfeleistung.  
*Title:* Criminal Law and Solidarity. Also Necessity and Omission of the Duty to Rescue.

*Palabras clave:* Solidaridad, autonomía, estado de necesidad justificante, omisión del socorro debido.  
*Stichworte:* Solidarität, Autonomie, rechtfertigende Notstand, unterlassene Hilfeleistung,  
*Keywords:* solidarity, autonomy, necessity as justification, omission of the duty to rescue.

---

\* Ponencia presentada originalmente en noviembre de 2013 tanto en la Universidad de Buenos Aires (Argentina) como en la Universidad Alberto Hurtado (Chile). Traducción a cargo de la Dra. Patricia Ziffer (Universidad de Buenos Aires) y el Dr. Luis Emilio Rojas (Universidad Alberto Hurtado). Título original: «Strafrecht und Solidarität. Zugleich zu Notstand und unterlassener Hilfeleistung», GA, (3), 2016, pp. 121 ss.

## *Sumario*

1. Solidaridad en general, en el Derecho y, en particular, en el Derecho penal
  - 1.1. La solidaridad en general, en el Derecho y en el Derecho penal
  - 1.2. Intentos de explicación de ciertos deberes jurídicos (penales) por medio de la idea de solidaridad
  - 1.3. Delimitación del tema y objeto de las consideraciones siguientes
2. El estado insatisfactorio de las propuestas de explicación y fundamentación orientadas a la idea de solidaridad
  - 2.1. Conceptualización y argumentación imprecisas
  - 2.2. Aclaraciones: solidaridad y conducta externa acaso jurídicamente realizable – Actuar cuasi-solidario
  - 2.3. Déficits en la legitimación de la imposición de deberes jurídicos para la conducta externa jurídicamente realizable
3. La tarea básica del Estado de garantizar la seguridad y la constitución de los deberes de solidaridad en sentido amplio
4. El aporte (solidario) esperable de un miembro de la comunidad solidaria – Límites
  - 4.1. ¿La idea misma de solidaridad como parámetro?
  - 4.2. El parámetro legal y sus falencias
  - 4.3. Hacia una solución adecuada del problema: la importancia de la autonomía también para la medida del aporte esperable (exigible)
5. Concreción
  - 5.1. Sacrificios de libertades y bienes que no son aceptados en forma general: alteraciones en la configuración de la existencia
  - 5.2. Sacrificios aceptados en principio y otros presupuestos para su aceptación
  - 5.3. Otros puntos de vista que se oponen a una aceptación general de ciertos sacrificios
6. Resumen y comparación con el Derecho vigente
  - 6.1. Resumen
  - 6.2. Comparación con el Derecho alemán vigente y crítica
7. Bibliografía

### *1. Solidaridad en general, en el Derecho y, en particular, en el Derecho penal*

Hoy en día se habla de solidaridad en los contextos más diversos. El concepto surge en el curso del siglo XIX; tiene, empero, raíces más antiguas, por ejemplo, en la *fraternité* de la revolución francesa<sup>1</sup>. Actualmente, el concepto se encuentra en boca de todos y se utiliza para la

---

<sup>1</sup> Sobre la historia y versiones del concepto, cfr. p. ej. BAYERTZ, «Begriff und Probleme der Solidarität», en EL MISMO (ed.), *Solidarität*, 1998, pp. 11 ss.; METZ, «Solidarität und Geschichte», en BAYERTZ (ed.), *Solidarität*, 1998, pp. 172 ss.; especialmente sobre fraternidad, MUNOZ-DARDÉ, «Brüderlichkeit und Gerechtigkeit», en BAYERTZ (ed.), *Solidarität*, 1998, pp. 146 ss.; y RÖTTIGERS, «Fraternité und Solidarität in politischer Theorie und Praxis - Begriffsgeschichtliche Beobachtungen», en BUSCHE (ed.), *Solidarität. Ein Prinzip des Rechts in der Ethik*, 2011, pp. 19 ss.

denominación y explicación de diversos fenómenos en el ámbito social y político<sup>2</sup>: se ofrece solidaridad en forma de donaciones u otras ayudas a las víctimas de catástrofes producidas por terremotos o inundaciones; los estados y los gobiernos manifiestan su solidaridad con las minorías oprimidas de otros estados y les brindan su apoyo; los trabajadores hacen huelga en solidaridad con otros trabajadores que están por ser despedidos; esto, solo por mencionar algunos ejemplos<sup>3</sup>.

### 1.1. La solidaridad en general, en el Derecho y en el Derecho penal

Los fenómenos del tipo mencionado así como el motivo de la solidaridad que les subyace son, evidentemente, también relevantes para el Derecho: las acciones que se apoyan en la solidaridad pueden afectar los derechos de otros y plantear la pregunta acerca de los límites de su admisibilidad; la solidaridad puede requerir su canalización y estructuración mediante institutos. También se puede plantear la pregunta acerca de si la solidaridad puede ser exigida jurídicamente y en qué medida puede serlo. En este sentido, el concepto de solidaridad, antes utilizado para describir ciertos fenómenos sociales, paulatinamente se va introduciendo también en el vocabulario jurídico. El comienzo lo marcaron el Derecho civil y el Derecho laboral<sup>4</sup>; luego, el concepto adquirió importancia central en el Derecho de la seguridad social<sup>5</sup>; a través del principio del Estado social y la concepción del Estado como comunidad solidaria, el concepto alcanza el Derecho constitucional<sup>6</sup>; y hoy lo encontramos incluso en el Derecho transnacional y en el Derecho internacional<sup>7</sup>.

Desde hace algunas décadas, la idea de solidaridad también ha llegado al Derecho penal. Por cierto, su núcleo, referido a las prohibiciones de dañar y de puesta en peligro, no tiene nada que ver con la exigencia de solidaridad; aquí de lo que se trata es de la imposición de la distribución de libertad y bienes. La mayoría de los mandatos de acción asegurados penalmente tampoco invocan la solidaridad, sino que se derivan de fundamentos jurídicos especiales que pueden ser descriptos en forma precisa<sup>8</sup>, tal como la circunstancia de que una persona se obliga a realizar la

<sup>2</sup> Vid. BAYERTZ, en EL MISMO (ed.), *Solidarität*, 1998, pp. 11 ss. (con reparos frente a ciertas formas usuales de aplicación del concepto, cfr. p. ej. p. 49).

<sup>3</sup> Para profundizar, junto a los textos citados en nota 1, cfr. p. ej. los libros colectivos JUST *et al.* (eds.), *Solidarität: dem Einzelnen oder der Gesellschaft verpflichtet? Kolloquium der Ethik-Kommission der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg am 19. November 2010, 2011*; SEDMAK (ed.), *Solidarität. Vom Wert der Gemeinschaft*, 2010; y HRUSCHKA/JOERDEN (eds.), *Grund und Grenzen der Solidarität in Recht und Ethik*, 2014 (= JRE, [22]), así como la tesis doctoral en filosofía de DERPMANN, *Gründe der Solidarität*, 2013.

<sup>4</sup> Sobre la solidaridad en el Derecho laboral, cfr. p. ej. GAMILLSCHIEG, «Die Solidarität als Rechtsbegriff», *FS-Fechner*, 1973, pp. 135 ss.; VOLKER, *Solidarität als Rechtspflicht im Arbeitsrecht*, 1977; sobre trabajadores, solidaridad y movimiento obrero, vid. TENFELDE, «Arbeiterschaft, Solidarität und Arbeiterbewegung. Kommentar zum Beitrag von Karl H. Metz», en BAYERTZ (ed.), *Solidarität*, 1998, pp. 195 ss., con mayores referencias.

<sup>5</sup> Al respecto, vid. en detalle DEPENHEUER, *Solidarität im Verfassungsrecht. Grundlegung einer normativen Theorie der Verteilung*, 1991/2009, pp. 21 ss., 121 ss., con mayores referencias.

<sup>6</sup> Cfr. DEPENHEUER, *Solidarität im Verfassungsrecht*, 1991/2009, pp. 161 ss.; DENNINGER, «Verfassungsrecht und Solidarität», en BAYERTZ (ed.), *Solidarität*, 1998, pp. 319 ss.; ISENSEE, «§ 15», en EL MISMO/KIRCHHOFF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 2, 3ª ed., 2004, nm. 124 ss.; VOLKMANN, *Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung*, 1998, *passim*; sobre la “solidaridad” como legitimación del Estado social en perspectiva filosófica, BAYERTZ, en EL MISMO (ed.), *Solidarität*, 1998, pp. 34 ss.

<sup>7</sup> Al respecto, cfr. p. ej. SAUER, *Souveränität und Solidarität*, 1954; STEIGER, «Solidarität und Souveränität», *FS-Doehring*, 1989, pp. 97 ss.; TOMUSCHAT, «Solidarität in Europa», *FS-Pescatore*, 1987, pp. 729 ss.

<sup>8</sup> Al respecto y en lo que sigue, vid. SEELMANN, «Ideengeschichte des Solidaritätsbegriffs im Strafrecht», en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 36; PAWLIK, «Solidarität als strafrechtliche

acción que de ella se espera o que ha asumido un determinado rol del que se derivan ciertos deberes. En estos casos, se espera una acción solamente de personas determinadas, esto es, de aquellas que por fundamentos jurídicos son especialmente responsables de que no ocurran determinados acontecimientos.

Pero no todos los deberes contenidos en el Derecho penal, o que pueden ser derivados de él, pueden ser apoyados en tales fundamentos especiales de responsabilidad. Respecto de ciertos deberes, aparentemente, solo queda como explicación la idea de la solidaridad.

## 1.2. Intentos de explicación de ciertos deberes jurídicos (penales) por medio de la idea de solidaridad

Uno de los ejemplos principales de tales deberes lo constituye el deber de prestar la ayuda necesaria y exigible a personas en situación de necesidad o amenazadas por peligros a fin de evitar el peligro en el que se encuentran. La lesión de este deber, en una serie de países<sup>9</sup>, incluidos también Alemania y España, es reprimida con pena como omisión de auxilio<sup>10</sup>. Respecto de este deber, que alcanza a todos, no existen fundamentos especiales de responsabilidad. De ahí que se ha vuelto usual reconducir este deber a la idea de la solidaridad con el prójimo<sup>11</sup>.

Un segundo ejemplo importante lo constituye el deber de tolerancia del afectado por acciones realizadas en estado de necesidad. En tanto se vea al estado de necesidad como causa de justificación, tal deber se corresponde con los principios del actuar justificado, pues esta acción debe ser soportada por aquél frente al cual está justificada. Sin embargo, este deber de tolerancia solo es sencillo de explicar materialmente en los casos del estado de necesidad defensivo: aquí, el autor en estado de necesidad, para evitar el peligro que le amenaza, interfiere sobre los bienes de aquél de quien deriva ese peligro; el fundamento más profundo del deber de tolerancia, de este modo, radica en la organización defectuosa del propio ámbito por parte del afectado por la acción en estado de necesidad<sup>12</sup>. Distinto es lo que sucede cuando para la evitación de un peligro se interviene en los bienes de personas totalmente ajenas a él y se les exige tolerar la interferencia, como por ejemplo, cuando un peligro para la vida debe ser evitado mediante la utilización de

---

Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes», en HRUSCHKA/JOERDEN (eds.), *Grund und Grenzen der Solidarität in Recht und Ethik*, 2014, p. 140.

<sup>9</sup> No p. ej. en Inglaterra, al respecto cfr. la exposición profundizada de ASHWORTH, «Die Rettungspflicht im englischen Recht: Sinnvolle Einschränkungen oder „ISLAND MENTALITY“?», en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 115 ss.; vid. también MAIHOLD, «Jenseits weltanschaulicher Ideologien? - Zur Einführung und Begründung der allgemeinen Nothilfepflicht im Schweizerischen Strafrecht», en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 138.

<sup>10</sup> Por Alemania cfr. § 323c StGB; España art. 195 Código Penal de 1995; mayores referencias en SEELMANN, en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 43 s.

<sup>11</sup> Cfr. p. ej. KÜHL, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie im Strafrecht*, 2001, pp. 45 ss.; EL MISMO, «Zur Anwendung des Solidaritätsbegriffs auf die unterlassene Hilfeleistung nach § 323c StGB», en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 93 ss.; KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, pp. 94 ss., 223 ss.; SEELMANN, en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 43; EL MISMO, «Solidaritätspflichten im Strafrecht?», en JUNG *et al.* (eds.), *Recht und Moral*, 1991, pp. 298 ss.; WOHLERS, «Einschränkungen des Notwehrrechts innerhalb sozialer Näheverhältnisse», *JZ*, (9), 1999, pp. 440 s.

<sup>12</sup> Con más detalle, FRISCH, «Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien», *FS-Puppe*, 2011, pp. 428 s.; recientemente, en profundidad, WILENEMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, pp. 237 ss., 279, 290 ss. (“responsabilidad débil” del destinatario de la injerencia basada en “responsabilidad de conducta” y “responsabilidad de dominio objetual”).

medicamentos ajenos o la utilización de un automóvil ajeno para transportar rápidamente a un herido grave, o cuando cualquier otro peligro de elevados daños patrimoniales es evitado mediante la utilización provisoria del dinero de terceros. En muchos ordenamientos jurídicos, en el Derecho alemán en los § 34 StGB y § 904 BGB, tales acciones de salvamento – al menos bajo ciertas circunstancias – también son consideradas justificadas y parten de la base de un deber de tolerar la acción por parte del tercero afectado. Sin embargo, aquí falta claramente una responsabilidad especial de parte del afectado por la acción respecto del conflicto. En consecuencia, también aquí muchos recurren, para fundamentar el deber de tolerancia, a la idea de solidaridad como fundamento de ese deber de tolerar<sup>13</sup>.

### 1.3. Delimitación del tema y objeto de las consideraciones siguientes

Existen todavía otros ámbitos en los cuales en el Derecho penal se intenta dar fundamento a ciertos contenidos jurídicos, y especialmente a límites jurídicos, por medio de referencias a la solidaridad. Así, algunos explican de ese modo ciertos límites ético-sociales de la severa legítima defensa<sup>14</sup>, o los límites del estado de necesidad defensivo<sup>15</sup>; otros, la exigibilidad de la renuncia a una conducta en sí normal, cuando esta puede ser aprovechada por otros para la comisión de delitos graves<sup>16</sup>. En el marco de esta contribución deliberadamente dejaré de lado el tratamiento de estos ejemplos. Pues aquí no se trata de esclarecer la extensión de la idea de solidaridad en el Derecho penal. Antes bien, lo que interesa es una cuestión de fondo. Se trata de la pregunta por si la idea de solidaridad realmente se sostiene en el contexto de los deberes de socorro y de tolerancia mencionados, así como si aporta lo que muchos prometen con su uso, esto es, la legitimación de estos deberes e incluso, quizás, su delimitación. La razón para plantear esta pregunta se debe no tanto a que la fundamentación de los deberes mencionados en la idea de solidaridad no refleje el origen histórico de estos deberes; pues la fundamentación histórica misma de estos preceptos y de los deberes que resultan de ellos se ha vuelto problemática y este problema constituye una de las razones para el recurso extendido al tópico de la solidaridad<sup>17</sup>. La

<sup>13</sup> Al respecto, cfr. p. ej. HEINITZ, *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, 1926, p. 37 s.; KÜHL, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie im Strafrecht*, 2001, pp. 45 ss.; EL MISMO, «Freiheit und Solidarität bei den Notrechten», *FS-Hirsch*, 1999, pp. 263 ss., 274 ss.; NEUMANN, «Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Notstands“ auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip», en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 164 ss.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 57 ss., p. 112; RENZIKOWSKI, *Notwehr und Notstand*, 1994, p. 196; en detalle y con mayores referencias, KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, pp. 52 ss.; y PAWLIK, en HRUSCHKA/JOERDEN (eds.), *Grund und Grenzen der Solidarität in Recht und Ethik*, 2014, p. 141.

<sup>14</sup> Cfr. p. ej. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 12/46 ss., en los casos de manifiesta y extrema desproporcionalidad entre agresión y defensa necesaria frente a ésta; en este punto, de otra opinión, SEELMANN, en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 37.

<sup>15</sup> Cfr. p. ej. KÖHLER, *AT*, 1997, p. 279; KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, pp. 89 ss., p. 92; PAWLIK, «Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte», *GA*, 2003, pp. 12 s.; RENZIKOWSKI, *Notwehr und Notstand*, 1994, p. 195; WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, pp. 449 ss.

<sup>16</sup> Cfr. p. ej. FRISCH, «Beihilfe durch neutrale Handlungen», *FS-Lüderssen*, 2002, pp. 549 ss.

<sup>17</sup> En síntesis: en el origen del estado de necesidad justificante se encuentran históricamente en Alemania sobre todo reflexiones acerca de una solución justa y racional de colisiones de intereses; el *Leitmotiv* lo constituían aquí, no la solidaridad, sino la idea de la mayor utilidad para la comunidad y la primacía del valor o interés preponderante (cfr. p. ej. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, pp. 760 s.; Adolf MERKEL, *Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen*, 1895, pp. 23 ss.; exposición profundizada de la discusión y su desarrollo en KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, pp. 38 ss.; y PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 34 s.). Y como trasfondo del deber de socorro en casos de necesidad (§ 323c StGB), al introducirse el precepto en el año 1935, se recurrió al “pensamiento popular”; se trataba de deberes que tenía el individuo como miembro de la comunidad según “el pensamiento popular” (al respecto, cfr.

razón para plantear la pregunta por la plausibilidad de la fundamentación en la idea de solidaridad surge ante todo del estado mismo de las teorías y planteamientos que recurren a esta idea.

## ***2. El estado insatisfactorio de las propuestas de explicación y fundamentación orientadas a la idea de solidaridad***

El estado de las propuestas que recurren a la solidaridad, por decirlo en pocas palabras, es insatisfactorio. El concepto de solidaridad, cargado positivamente, pareciera volver prescindibles los conceptos claros y las argumentaciones precisas. Así, los intentos de fundamentación y de explicación frecuentemente dan la impresión de estar algo incompletos y no pocas veces terminan allí donde en rigor deberían estar comenzando.

### **2.1. Conceptualización y argumentación imprecisas**

Frecuentemente, ya el concepto mismo de solidaridad, que debe constituir el trasfondo de los deberes e institutos correspondientes, resulta impreciso. Esto rige no solamente para el Derecho penal; incluso en ámbitos jurídicos, en los cuales la solidaridad tiene una posición claramente más importante que en el Derecho penal, se echa de menos una elaboración del concepto de solidaridad<sup>18</sup>.

Además, por regla general, tampoco queda clara la relación exacta que existe entre el concepto o principio de solidaridad y las manifestaciones jurídicas vinculadas a él: ¿se trata de *fundamentar* deberes jurídicos con ayuda del concepto de la solidaridad o de un principio de solidaridad prejurídico, específicamente ético? ¿O lo que se quiere decir, solamente, es que con ayuda del Derecho se debe *alcanzar* un *estado* o una conducta que al menos en sus consecuencias externas se corresponda con la solidaridad vivida?<sup>19</sup> En otras palabras, ¿qué lugar ocupa exactamente, entonces, el concepto, la idea o un principio de solidaridad en relación con las manifestaciones jurídicas (deberes) que nos interesan?

### **2.2. Aclaraciones: solidaridad y conducta externa acaso jurídicamente realizable – Actuar cuasi-solidario**

Una respuesta a estas cuestiones presupone, en primer lugar, claridad acerca del concepto de solidaridad. La solidaridad significa diferentes cosas<sup>20</sup>: se define o explica como acuerdo,

---

KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, pp. 100 s. [allí también sobre los precedentes del precepto, pp. 96 ss.]; la versión original del texto legal no se refería a la “necesidad” y “exigibilidad” del auxilio, sino a un deber existente “según el sano sentimiento popular”). Ciertamente, resulta claro que hoy en día uno no puede pretender atenerse a estas fundamentaciones. Sin embargo, esto solo no erige la solidaridad en un fundamento correcto y sostenible del precepto.

<sup>18</sup> Cfr. p. ej. – en el ámbito del Derecho de la seguridad social – el diagnóstico de DEPENHEUER, *Solidarität im Verfassungsrecht*, 1991/2009, pp. 22 ss.; para el Derecho penal, además, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 58.

<sup>19</sup> Aun cuando se realice no por solidaridad, sino que solo en atención a los deberes jurídicos.

<sup>20</sup> Cfr. primero solo los vocablos “solidarisch” y “Solidarität” en DROSDOWSKI (dir.), *Duden: Das große Wörterbuch der deutschen Sprache*, t. 5, 1980, p. 2419; para una explicación del concepto más profunda, cfr. BAYERTZ, en EL MISMO

unidad<sup>21</sup>, también como sentimiento de pertenencia<sup>22</sup>; pero también, en especial, como un sentimiento de unión con el otro en tanto hombre<sup>23</sup>.

Puede bien suponerse que la mayoría de los que utilizan el concepto de solidaridad en el contexto de los deberes jurídicos de socorro y solidaridad piensan sobre todo en esto último: en un vínculo como consecuencia del cual se brinda auxilio o, en caso de necesidad de otro, por el cual se toleran ciertas acciones de este otro<sup>24</sup>. En este sentido, solidaridad significa una cierta actitud o posición<sup>25</sup>, que constituye el trasfondo de una conducta en beneficio de otras personas.

La noción que se encuentra contenida en este concepto “normal” de solidaridad llama empero a tener cuidado frente a su uso en el contexto del Derecho y hace necesaria aquí una importante precisión. La razón de esto es fácil de ver: generar ciertas actitudes o sentimientos – tales como la unión con otro en ciertas situaciones – queda fuera del poder del Derecho, como así también fuera de aquello a lo que el Estado está autorizado. El Estado está limitado a exigir conductas externas y, de ese modo, a definir, delimitar y asegurar ámbitos de libertad<sup>26</sup>. Consecuentemente, tampoco en el presente contexto pueden ser exigidas solidaridad ni acciones solidarias propiamente tales, sino solo un cierto comportamiento externo. La solidaridad, en esa medida, solo juega un papel (al menos en principio) en tanto define ese comportamiento externo: lo que se exige – con independencia de la actitud y los motivos del que actúa – es una acción que favorece a otro, la que muchos realizarían por auténtica unión, por solidaridad. En el contexto del Derecho, o con mayor precisión, del exigir jurídicamente, por lo tanto, en relación con una solidaridad entendida como actitud o posición, solo se puede tratar de conductas “cuasi-solidarias”.

### 2.3. Déficits en la legitimación de la imposición de deberes jurídicos para la conducta externa jurídicamente realizable

Por cierto, con estas aclaraciones todavía no queda comprobado que el Estado también pueda legítimamente exigir realmente tal actuar externo cuasi-solidario e imponerlo mediante coerción

---

(ed.), *Solidarität*, 1998, pp. 11 ss.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 59 ss.; EL MISMO, en HRUSCHKA/JOERDEN (eds.), *Grund und Grenzen der Solidarität in Recht und Ethik*, 2014, p. 143.

<sup>21</sup> Cfr. nuevamente DROSDOWSKI (dir.), *Duden: Das große Wörterbuch der deutschen Sprache*, t. 5, 1980, p. 2419.

<sup>22</sup> Así, p. ej., la explicación en KWIATKOWSKI/OHLIG (eds.), *Meyers kleines Lexikon: Philosophie*, 1987, p. 386; vid. también DROSDOWSKI (dir.), *Duden: Das große Wörterbuch der deutschen Sprache*, t. 5, 1980, p. 2419; sobre esta forma de comprender la solidaridad, en detalle, BAYERTZ, en EL MISMO (ed.), *Solidarität*, 1998, pp. 11, 23 ss.

<sup>23</sup> Cfr. solamente HABERMAS, «Gerechtigkeit und Solidarität», en EDELSTEIN/NUNNER-WINKLER (eds.), *Zur Bestimmung der Moral*, 1986, pp. 309 ss., 313: “Solidaridad con todo aquel que tiene rostro humano”; vid. también BAYERTZ, en EL MISMO (ed.), *Solidarität*, 1998, pp. 11, 12, 49 s.; KERSTING, *Theorien der sozialen Gerechtigkeit*, 2000, p. 23; KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, p. 59; NEUMANN, en VON HIRSCH et al. (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 159, nota 12; SALIGER, «Kontraktualistische Solidarität: Argumente des gegenseitigen Vorteils», en VON HIRSCH et al. (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 61; VOLKMANN, *Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung*, 1998, p. 6. Sobre la delimitación aquí necesaria con la caridad (el amor cristiano al prójimo), PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 61 s.; sobre el altruismo, VON HIRSCH/SCHORSCHER, «Die Kriminalisierung der unterlassenen Hilfeleistung. Eine Frage von Solidarität oder Altruismus?», en VON HIRSCH et al. (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 84 ss.

<sup>24</sup> En este sentido, KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, p. 59; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 60.

<sup>25</sup> Así también la clasificación de VON DER PFORDTEN, «Zur Rechtfertigung von Hilfeleistungspflichten», en VON HIRSCH et al. (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 104.

<sup>26</sup> En este contexto, acertado, KÜHL, en VON HIRSCH et al. (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 98.



jurídica. Para esto es necesario, antes bien, una fundamentación especial; esto, porque la imposición de tales deberes contiene una injerencia en los derechos del obligado. Bien es posible suponer que la difundida correlación de la prestación de auxilio y del deber de tolerancia, que aquí interesan, con la idea o el principio de solidaridad se formula – también, si no incluso ante todo – como una fundamentación, esto es, que como tal justifica convertir esa conducta, que se corresponde externamente con la solidaridad, en objeto del Derecho estatal. A algunos, este fundamento les parece tan sólido que interrumpen sus esfuerzos en este punto. Sin embargo, esta fundamentación en modo alguno rinde lo que promete. Evidencia serios déficits y omite siquiera tematizar en forma suficiente el punto decisivo. Dicho esquemáticamente:

A partir del *hecho* de que ciertas personas se sientan unidas con otras y estén dispuestas a realizar determinados auxilios o a tolerar ciertas cosas no se deriva sin más que ellas también puedan ser obligadas jurídicamente a ello, es decir, un deber jurídico<sup>27</sup>; menos aún se puede fundamentar de ese modo un deber frente a aquellas personas que carecen ya del sentimiento mismo de unión. Pero tampoco se avanza en la fundamentación de los deberes jurídicos que aquí interesan, cuando en lugar de en un mero sentimiento de unión se apoya en un *principio* moral de solidaridad. Si bien es cierto que a muchos, por ejemplo, el auxilio en caso de necesidad les parece un mandato de una acción éticamente correcta<sup>28</sup>, el Estado no está autorizado a imponer por los medios del Derecho, esto es, mediante el establecimiento de deberes jurídicos y coacción jurídica (pena), todo aquello que es éticamente correcto o que aparece como mandado por la ética. Esto lo puede hacer solo cuando la imposición de aquello que ciertas personas consideran como éticamente mandado resulta necesaria para el cumplimiento de las *tareas* que le han sido *delegadas* (por los ciudadanos). Lo mismo se puede decir, por lo demás, respecto de las concepciones que consideran razonable el actuar solidario al garantizarse el auxilio recíproco, es decir, como una especie de seguro razonable<sup>29</sup>: no todo aquello que puede ser calificado de razonable, ya por eso solo puede ser impuesto mediante coacción jurídica.

De este modo, se advierte el verdadero punto débil de la actual discusión en materia de deberes jurídicos de solidaridad: lo que falta es una fundamentación sostenible para que aquello que para muchos aparece como éticamente mandado o como razonable, también pueda ser *jurídicamente exigido* e impuesto mediante coacción jurídica<sup>30</sup>. En este punto, tampoco se avanza mediante la afirmación de que el principio de solidaridad, entre tanto, se ha “consolidado” como un principio

<sup>27</sup> Así también VON DER PFORDTEN, en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 108.

<sup>28</sup> Propuestas de fundamentación de este deber como acción moralmente correcta en HABERMAS, en EDELSTEIN/NUNNER-WINKLER (eds.), *Zur Bestimmung der Moral*, 1986, pp. 295 ss., 308 ss.; HÖFFE, *Sittlich-politische Diskurse*, 1981, p. 91 s.; KÜHL, *FS-Hirsch*, 1999, pp. 269 ss.; PATZIG, *Ökologische Ethik*, 1983, pp. 6 ss.; con mayores referencias en KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, pp. 63 ss.

<sup>29</sup> Al respecto, cfr. p. ej. Reinhard MERKEL, «Zaungäste? Über die Vernachlässigung philosophischer Argumente in der Strafrechtswissenschaft (und einige verbreitete Mißverständnisse zu § 34 S. 1 StGB)» en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1996, p. 185; CONINX, *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand*, 2012, pp. 14 s., 21 ss., 111 ss. (crítico al respecto, PAWLIK, en HRUSCHKA/JOERDEN (eds.), *Grund und Grenzen der Solidarität in Recht und Ethik*, 2014, pp. 149 s.); ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, pp. 92 ss.; EL MISMO, «Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen», *GA*, 2010, p. 20.

<sup>30</sup> También la propuesta de VON DER PFORDTEN, en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 108 ss., es en mi opinión muy poco diferenciada, pues, luego de ofrecer una fundamentación ética de los deberes de socorro, de inmediato aborda la cuestión sobre su aseguramiento penal y tematiza muy poco la cuestión de la licitud de su exigencia *jurídica* como tal.

jurídico<sup>31</sup> o que el Derecho ha erigido en deber jurídico aquello que aparece como éticamente correcto<sup>32</sup> —estas no son más que descripciones—; con ello no queda demostrada la legitimidad de tal reconocimiento jurídico. La legitimidad del reconocimiento jurídico y de su imposición mediante coacción jurídica solo queda demostrada, antes bien, cuando se logra constatar que la exigencia mediante coacción jurídica de al menos determinadas conductas externamente cuasi-solidarias es necesaria a fin de que el Estado pueda cumplir aquellas tareas —muy limitadas— que le han sido delegadas por sus ciudadanos (de la comunidad solidaria estatal).

Con otras palabras: la legitimación de los así llamados deberes jurídicos de solidaridad no se puede limitar a constatar que estos deberes coinciden con el pensamiento ético y racional en la relación *horizontal* entre un obligado y un beneficiario de éstos, y luego sostener el reconocimiento jurídico de dicha solidaridad con otros argumentos racionales (fundamentos de racionalidad) genéricos<sup>33</sup>. Antes bien, se debe demostrar la justificación de tales deberes como Derecho *estatal* (esto es, en la relación obligado – Estado), es decir, mostrar que, y por qué, lo correcto éticamente y lo razonable en la relación horizontal, también puede ser exigido e impuesto como conducta externa mediante el Derecho estatal (vertical), el cual, en tanto instrumento para la realización de las tareas del Estado, se encuentra vinculado por los límites de este ámbito de tareas<sup>34</sup>. Para la fundamentación de los así llamados deberes de solidaridad resulta imprescindible, por lo tanto, la perspectiva de las tareas del Estado y la valoración de los deberes de solidaridad desde este trasfondo —es decir, la “incorporación” de los deberes de solidaridad o su integración en este trasfondo—.

### ***3. La tarea básica del Estado de garantizar la seguridad y la constitución de los deberes de solidaridad en sentido amplio***

Una de las tareas básicas esenciales del Estado, sino ya su finalidad misma, consiste en garantizar la seguridad de los ciudadanos reunidos en él. En HOBBS, esto consistía, ante todo, en la seguridad física, es decir, la seguridad frente a menoscabos internos y externos del cuerpo y la

<sup>31</sup> Al respecto, cfr. KÜHL, «Zur rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstandes», *FS-Lenckner*, 1998, p. 158; también VON DER PFORDTEN, en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 112, invoca las reglas del Derecho vigente como “argumento”; por último, vid. NEUMANN, en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 169.

<sup>32</sup> Vid. solamente NEUMANN, «§ 34», *NK*, t. 1., 4ª ed., 2013, nm. 8 s.: reconocimiento jurídico de deberes de solidaridad.

<sup>33</sup> Ejemplo de esto en el sentido de la aceptación de este paso sobre la base de la teoría del discurso, p. ej. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 1992, pp. 137, 142, 143 ss.; vid. también KÜHL, *FS-Hirsch*, 1999, pp. 274 ss.; EL MISMO, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie im Strafrecht*, 2001, pp. 53 s.; EL MISMO, en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 97 ss., cada uno con la formulación de presupuestos restrictivos; exposición completa de los distintos planteamientos en KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, pp. 63 ss., 82 ss.

<sup>34</sup> El aspecto de la pertenencia a las tareas del Estado de la exigencia para la imposición de determinadas conductas apenas es mencionado sobre todo en una serie de propuestas de fundamentación de los deberes jurídicos de solidaridad que giran en torno a conceptos tales como fundamentación “contractualista” y “comunitarista” de los deberes jurídicos de solidaridad (cfr. p. ej. las contribuciones de SALIGER y de VON HIRSCH/SCHORSCHER, en VON HIRSCH *et al.* [eds.], *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 61 ss. y 77 ss., respectivamente). En contra de estos planteamientos, con razón, DEPENHEUER, *Solidarität im Verfassungsrecht*, 1991/2009, p. 177 (en particular, nota al pie 51). Distinto y como aquí empero p. ej. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 108 ss., 179 ss.; específicamente para la fundamentación de la seguridad social, DEPENHEUER, *Solidarität im Verfassungsrecht*, 1991/2009, pp. 161 ss.

vida. LOCKE introdujo también la consideración de la seguridad de la propiedad, KANT el aseguramiento de la libertad. En el siglo XIX, se agregó la garantía de un mínimo de seguridad social<sup>35</sup>. Especialmente las teorías del contrato social han intentado explicar que tal concepción del Estado y de sus tareas fundamentales es compatible con la autonomía del individuo, e incluso, que es producto de su autonomía<sup>36</sup>.

Naturalmente, esa seguridad tiene su precio. Aquellos en cuyo interés los demás están vinculados solidariamente y quieren seguridad, también deben como contrapartida realizar y aceptar solidariamente sacrificios a fin de que el Estado, en tanto comunidad solidaria, pueda ofrecer la seguridad esperada. Antiguamente, se exigía a los miembros de la comunidad solidaria las más diversas prestaciones (reales) de servicio en una medida bien importante<sup>37</sup>. En el moderno Estado fiscal<sup>38</sup>, el aporte que se exige a la realización de la comunidad solidaria estatal y su fin, consiste fundamentalmente en determinados tributos que deben ser recaudados para garantizar las diversas seguridades mediante las instituciones necesarias para ello y también para el sostenimiento de éstas<sup>39</sup>.

La problemática de los así llamados deberes de solidaridad en Derecho penal también debe ser examinada, desde una perspectiva de teoría del Estado, en el trasfondo de los aportes que debe realizar el individuo para la realización de la comunidad solidaria y su fin –lo cual es frecuentemente olvidado en la reciente discusión jurídico-penal y filosófico-jurídica—. Esta problemática concierne a casos en los cuales el aporte usual a la comunidad solidaria, esto es, especialmente los tributos, no es suficiente para garantizar la seguridad frente a afectaciones, porque se trata de situaciones de necesidad o amenazas que surgen repentinamente y cuya evitación no le es posible a las instituciones de la comunidad solidaria realizar a tiempo o sin contar con cierta información, etc.<sup>40</sup> Por cierto, es propio de esta situación todavía el siguiente elemento: en muchos de estos casos, el peligro o la amenaza pueden ser evitados mediante el actuar o el tolerar por parte de miembros individuales de la comunidad solidaria. En la medida

<sup>35</sup> Sobre lo anterior, fundamental p. ej. ISENSEE, «§ 15», en EL MISMO/KIRCHHOFF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 2, 3ª ed., 2004, nm. 79 ss.; DEPENHEUER, *Solidarität im Verfassungsrecht*, 1991/2009, pp. 166 ss.; HOFMANN, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, 2000, pp. 123 ss. (nm. 22 ss.).

<sup>36</sup> Al respecto, vid. p. ej. HOFMANN, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, 2000, pp. 123 ss., 153 ss., 160 ss., 165 ss.; DEPENHEUER, *Solidarität im Verfassungsrecht*, 1991/2009, p. 242 (con reparos a la doctrina contractualista [p. 257 s.], la que, empero, igualmente considera imprescindible [p. 258 s.]), p. 272 (cierre contractual implícito).

<sup>37</sup> Al respecto, DEPENHEUER, *Solidarität im Verfassungsrecht*, 1991/2009, pp. 177 ss., con mayores referencias; ISENSEE, «§ 15», en EL MISMO/KIRCHHOFF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 2, 3ª ed., 2004, nm. 124.

<sup>38</sup> Al respecto, ISENSEE, «Steuerstaat als Staatsform», *FS-Ipsen*, 1977, pp. 414 ss.

<sup>39</sup> DEPENHEUER, *Solidarität im Verfassungsrecht*, 1991/2009, pp. 195 ss.; ISENSEE, *FS-Ipsen*, 1977, pp. 414 ss.; Klaus VOGEL, «Der Sozialstaat als Steuerstaat», en RANDELZHOFFER/SÜß (eds.), *Konsens und Konflikt*, 1986, pp. 133 ss.; EL MISMO, «§ 30», en ISENSEE/KIRCHHOFF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 2, 3ª ed., 2004, nm. 51 ss.; también PAWLIK, en HRUSCHKA/JOERDEN (eds.), *Grund und Grenzen der Solidarität in Recht und Ethik*, 2014, p. 155.

<sup>40</sup> Así también la caracterización de las situaciones que aquí interesan en BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 733; y PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 104. La falta de capacidad de las instancias estatales para garantizar la conservación de bienes en determinadas situaciones de necesidad y de peligro, que a continuación se describe y que es presupuesto de legitimación de eventuales deberes de solidaridad, se refleja en el estado de necesidad, p. ej., en la prioridad de los procesos estatales antes que las intervenciones privadas en estado de necesidad; sobre esto último, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 108 s., 112, 179 s., 183 s., 218 ss., 226 ss.

que esto es efectivo, parece evidente pragmáticamente también requerir tal comportamiento de estas personas en el marco de lo exigible<sup>41</sup>. Naturalmente, esta solución no solo parece clara desde una perspectiva pragmática. Ella también aparece como normativamente adecuada y legitimada cuando se corresponde con la voluntad de los miembros de la comunidad solidaria<sup>42</sup>, es decir, cuando se puede partir de la base<sup>43</sup> de que éstos están interesados en la seguridad que solo puede ser lograda por medio del actuar y el tolerar de los miembros particulares, como asimismo que lo desean bajo el costo de los deberes de actuar y de tolerar impuestos a ellos mismos en los casos correspondientes. Los deberes solidarios son, por lo tanto, solo la consecuencia de la decisión adoptada en el marco de la propia autonomía a los fines de un mejoramiento de la seguridad también en esos casos.<sup>44</sup>

Ciertamente, tal voluntad de los miembros de una comunidad solidaria no puede ser presumida simplemente a nivel mundial. Es posible pensar que la decisión a adoptar aquí entre (más o menos) seguridad o libertad sea diferente en las diversas culturas jurídicas y también en épocas diferentes. En efecto, de una perspectiva comparativa surgen diferencias. Pero en aquellas comunidades solidarias en las cuales los deberes de solidaridad existen desde antaño y que, en general, son valorados al menos en principio como expresión de una adecuada concordancia entre libertad y seguridad, se puede partir de la base de que tales deberes también reflejan la autonomía de los miembros de esa comunidad solidaria. Lo mismo es válido cuando una comunidad solidaria, luego de una discusión madura, se ha decidido en favor de la introducción de tales deberes en conformidad con las reglas pertinentes en ella para la formación de una voluntad general<sup>45</sup>. De lo que se trata aquí, en todo caso, es de la medida de tales deberes solidarios. Naturalmente, éstos no pueden sobreexigir a los miembros individuales de la comunidad solidaria; pues aquello que es visto como una sobreexigencia ya no puede ser reconducido a la autonomía de miembros racionales de la comunidad solidaria.

<sup>41</sup> Con lo cual, entonces, la solidaridad hace posible la seguridad; al respecto, cfr., fundamental, DEPENHEUER, *Solidarität im Verfassungsrecht*, 1991/2009, p. 174.

<sup>42</sup> Miembros de la comunidad solidaria son en primer lugar (y con seguridad) todos los ciudadanos de un Estado. Ciertamente rigen los deberes de solidaridad, que aquellos se proponen, no solamente para ellos mismos, sino que p. ej. también para los ciudadanos de otro Estado que residen en un Estado —y esto tanto en el sentido de que también se espera de ellos que cumplan estos deberes, como de que éstos también se benefician de su cumplimiento—. Si esto se explica porque éstos se incluyen ficticiamente en la comunidad solidaria creadora de normas (la que entonces, p. ej., sería la comunidad solidaria de todos los que residen en el territorio de un Estado) o porque las normas deseadas por una determinada comunidad solidaria más restringida también rigen para todos aquellos que residen en el territorio de un Estado y, de este modo, implícitamente se someten al ordenamiento normativo allí vigente, no puede ser desarrollado aquí. Sobre los problemas que surgen, discutidos en parte bajo el concepto clave de la homogeneidad en el sentido de la característica común determinante, cfr. p. ej. DEPENHEUER, *Solidarität im Verfassungsrecht*, 1991/2009, pp. 274 ss., 306 ss.

<sup>43</sup> Con respecto a que no se trata de la voluntad fácticamente declarada, sino de que los miembros racionales de la comunidad solidaria (“razonablemente”) deberían haber aprobado, cfr. KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1994, pp. 32 ss.; KELKER, *Der Nötigungsnotstand*, 1993, pp. 117, 162; KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 8, nm. 9; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 60 s.

<sup>44</sup> Al respecto, fundamental, DEPENHEUER, *Solidarität im Verfassungsrecht*, 1991/2009, pp. 178 s.: “Sin deberes fundamentales, no se puede tener el Estado que garantiza seguridad a sus ciudadanos”.

<sup>45</sup> En esa medida, el individuo debe asumir la imputación de esta decisión, cuyo establecimiento se corresponde con su decisión, como autónoma. Esto no puede ser desarrollado aquí. Sobre esta problemática, también PAWLIK, en HRUSCHKA/JOERDEN (eds.), *Grund und Grenzen der Solidarität in Recht und Ethik*, 2014, pp. 150 s.

Pero, ¿cuándo sucede esto? ¿Qué acciones y sacrificios de bienes pueden ser esperados de un miembro de la comunidad solidaria sin que éste sea sobreexigido o que pueda con razón invocar el verse sobreexigido?

#### 4. El aporte (solidario) esperable de un miembro de la comunidad solidaria – Límites

##### 4.1. ¿La idea misma de solidaridad como parámetro?

La idea misma de solidaridad no da respuesta a la pregunta de la medida<sup>46</sup>. De la pertenencia a la comunidad solidaria orientada a la seguridad se deriva por cierto el deber de realizar aportes para posibilitar el logro del fin común. También se sigue de ella que estos aportes *pueden* ir más allá de los tributos y similares – esto, especialmente si se tiene presente que antaño tales aportes también eran exigidos en diversas formas (y debían ser exigidos) –. Ahora bien, si elementos de la seguridad pretendida por los miembros mismos no pueden garantizarse solamente mediante el pago de los tributos, sino que solo pueden alcanzarse por medio de los deberes de auxilio y de tolerancia de los miembros particulares, entonces, estos aportes *deben* ir más allá. Pero, dónde se trazan los límites de lo así exigible, no puede definirse de esta manera.

##### 4.2. El parámetro legal y sus falencias

Para la delimitación del aporte debido por los miembros de la comunidad solidaria el legislador alemán ha recurrido a fórmulas que, si bien a primera vista parecen aceptables, cuando se las examina más en detalle resultan problemáticas, pues no expresan en forma suficiente aquello que es decisivo respecto de los fundamentos.

En la norma relativa a la omisión de socorro, lo debido en casos de infortunio o de necesidad común se describe como aquello que es “necesario” y “exigible” para la evitación del peligro o para el salvamento. Pero, ¿qué es lo que quiere decir esto exactamente? ¿Qué es lo determinante para la exigibilidad? ¿A partir de cuándo un aporte ya no puede ser exigido (sin más a cualquier miembro de la comunidad solidaria)?

En el estado de necesidad (§ 34 StGB, antes ya también § 904 BGB) la ley exige, a fin de evitar un peligro actual para bienes ajenos, aceptar la pérdida o afectación de los propios bienes, cuando esto es necesario para evitar el peligro y el interés en la realización de la acción de salvamento resulta significativamente mayor que el interés contrapuesto<sup>47</sup>. Esta descripción del sacrificio a ofrecer, como algo que debe ser aceptado cuando es requerido para evitar la necesidad ajena y sirve a la conservación de un interés preponderante, resulta problemática ya en su punto de partida. El interés preponderante en la conservación de un bien es seguramente aquello que guía al propietario de una cosa amenazada en su decisión, si el mismo tuviera que evitar la amenaza de un determinado bien *propio* mediante la ayuda de otros bienes *propios*. Tal criterio también

<sup>46</sup> De acuerdo, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 126 s.

<sup>47</sup> Sobre el trasfondo de la introducción del § 904 BGB y del § 34 StGB, en profundidad, KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, pp. 38 ss.; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 47 ss.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 32 ss.

resulta comprensible (y en general aceptado) cuando los bienes son de diferentes titulares en el caso de la colisión de bienes propiamente tal, en tanto de dos bienes igualmente solo uno o el otro puede subsistir (aquí debe evitarse mediante el levantamiento de la prohibición de injerencia que el más valioso o incluso que ambos se pierdan)<sup>48</sup>. Pero la cuestión es diferente cuando el bien que debe ser afectado para el salvamento es un bien *ajeno*, de un tercero, que sin la injerencia, en sí, continuaría subsistiendo. Aquí no resulta en modo alguno evidente que frente al valor claramente mayor del bien a ser salvado o de un interés preponderante orientado de este modo, deba ceder el interés de conservación significativamente menor de otro<sup>49</sup>. El propietario del bien mayor bien podría tener que aceptar aquello que lo afecta en forma casual. Con un ejemplo: ¿realmente por imposición del Derecho se debe sacrificar un órgano doble, como por ejemplo, un riñón, cuando ese es el único modo de salvar la vida de otro que se encuentra en una situación de necesidad aguda? Evidentemente, esto no nos resultaría aceptable<sup>50</sup>. Pero, ¿por qué es que no lo aceptamos?

No lo aceptaríamos, porque pensamos, simplemente, que semejante sacrificio no le puede ser impuesto al individuo, sino que la decisión, *en esa medida*, debe quedar sujeta a la *autonomía* de la persona cuyo órgano se requiere. Lo que aquí se exige como sacrificio puede acarrear alteraciones considerables en la configuración de la existencia e interponerse a múltiples disposiciones personales. En una comunidad liberal, el individuo no puede ser obligado a esto sin más. Realizar un sacrificio semejante, antes bien, debe quedar sujeto a la autonomía individual. Así lo ha entendido, en definitiva, también el legislador alemán, en tanto ha agregado al § 34 del StGB una segunda oración en la que se exige que la injerencia en los bienes ajenos sea, además, una solución adecuada<sup>51</sup>. Por cierto, con esto el legislador solo revela su *consciencia* del problema; pero la norma no constituye una *solución* convincente del problema (tampoco en la secuencia de las oraciones<sup>52</sup>).

Este argumento de la autonomía no tendría relevancia solamente si y en la medida en que los bienes no estuvieran sujetos a la disposición autónoma del individuo, sino que ellos pertenecieran a la comunidad solidaria misma, lo cual es al menos pensable respecto de los objetos de la propiedad. Sobre esta base sería comprensible que la comunidad solidaria abriera el acceso a bienes de poco valor para la evitación del peligro frente a la amenaza a bienes de mayor valor. Así se habría encontrado una solución razonable desde la perspectiva decisiva de la sociedad en su conjunto. Sin embargo, tal solución colectivista contradice la realidad jurídica basada en la autonomía y los derechos individuales, incluso en el ámbito de los objetos de la propiedad<sup>53</sup>. En

<sup>48</sup> Sobre lo correcto de esta solución, FRISCH, *FS-Puppe*, 2011, pp. 445 ss.

<sup>49</sup> Acertadamente, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 60 s. (en discusión con KELKER), p. 139; NEUMANN, en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 158 s., 161 s.

<sup>50</sup> Por muchos, cfr. NEUMANN, en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 162 s.; PAWLIK, en HRUSCHKA/JOERDEN, (eds.), *Grund und Grenzen der Solidarität in Recht und Ethik*, 2014, p. 145.

<sup>51</sup> La pregunta por la compatibilidad del salvamento del interés preponderante con el principio de autonomía se discute usualmente en el marco de la adecuación; por muchos, cfr. ERB, «§ 34», *MK*, t. 1., 2ª ed., 2011, nm. 177 s.; NEUMANN, «§ 34», *NK*, t. 1, 4ª ed., 2013, nm. 21, 117 s.

<sup>52</sup> De acuerdo, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 249 s.; EL MISMO, en HRUSCHKA/JOERDEN, (eds.), *Grund und Grenzen der Solidarität in Recht und Ethik*, 2014, pp. 137, 146 s.; al respecto, vid. *infra* 6.2, ii).

<sup>53</sup> Correcto, NEUMANN, en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 162: sería un "menospresio de los derechos subjetivos"; también PAWLIK, en HRUSCHKA/JOERDEN, (eds.), *Grund und Grenzen der Solidarität in Recht und Ethik*, 2014, pp. 146 s.

tanto se trate de la permisión de injerencias en otros bienes (por ejemplo, la libertad o la integridad corporal), tal solución es además difícilmente concebible.

#### **4.3. Hacia una solución adecuada del problema: la importancia de la autonomía también para la medida del aporte esperable (exigible)**

Antes bien, una solución convincente de la cuestión relativa a la medida también debe tener su punto de partida en la autonomía de los miembros de la comunidad solidaria. Así como los deberes de auxilio y de tolerar que aquí interesan solo son convincentemente sostenibles según su fundamento, y esto significa, sin lesión de la autonomía de los miembros de la comunidad solidaria, cuando ellos reflejan la autonomía de los miembros de la comunidad solidaria o resultan atribuibles a ella, lo mismo ocurre respecto de la cuestión de su medida: solo resultan exigibles aquellos sacrificios que se corresponden con la decisión autónoma de miembros racionales de la comunidad solidaria. Aquello que resulta exigible no depende en primer lugar del resultado de una ponderación de intereses contrapuestos<sup>54</sup> en el caso particular<sup>55</sup>. Antes bien, lo que resulta decisivo es qué reglas se impondrían razonablemente a sí mismos los miembros autónomos de la comunidad solidaria para la superación de tales casos de necesidad frente a la tensión entre la libertad (propia de cada uno) y la seguridad como reglas generales (esto es, para todos) válidas dentro de un discurso reflexivo<sup>56</sup>. Es decir: si ellos prefieren, en tal sentido, una mayor medida de seguridad, con la consecuencia de que, entonces, en un caso serio, en el que para la realización de esta seguridad respecto de otros fueran necesarios los propios bienes, estarían dispuestos a ponerlos a disposición para la solución del problema. O bien, si solo están dispuestos a poner a disposición los bienes hasta un cierto límite, de tal modo que esto también tendría consecuencias para las propias posibilidades de injerencia en caso de necesidad, en tanto también limitaría sus posibilidades de afectar los bienes ajenos para la evitación de los peligros. El sacrificio exigible, en otras palabras, es el resultado de aquella concordancia entre seguridad y libertad<sup>57</sup> que pretenden para sí los miembros autónomos de la comunidad o que puede serles atribuida, pues ella se limita a los sacrificios, cuya aceptación por parte de los miembros razonables de la comunidad solidaria es posible suponer en principio<sup>58</sup>.

La ventaja de tal punto de vista, que se inserta sin problemas en el modelo básico del contrato social de la comunidad solidaria, es clara: con él pierde sustento la crítica según la cual el recurso a las libertades y bienes del obligado para la evitación del peligro o de la necesidad lesiona su autonomía o que requiere de explicación en relación con la autonomía del afectado. El planteamiento aquí desarrollado ofrece la explicación: no existe lesión de la autonomía del

---

<sup>54</sup> Al respecto, a modo ejemplar, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 51 y 22., 120 ss., quien considera incluso superflua la segunda oración del § 34 StGB y pretende incluir también los aspectos decisivos para esto en una ponderación de intereses conjunta (pp. 123 ss., 146 ss.); mayores referencias sobre esta opinión en PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 245 s., nota 23.

<sup>55</sup> Correcto, NEUMANN, en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 162: “menosprecio de los derechos subjetivos”.

<sup>56</sup> En lo fundamental de acuerdo, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 11 s., 60 s., 127 s.

<sup>57</sup> Al respecto, vid. también DEPENHEUER, *Solidarität im Verfassungsrecht*, 1991/2009, pp. 151 ss., 158 ss., 178 ss. (en el contexto general del Estado como comunidad solidaria).

<sup>58</sup> O dicho de otro modo: aquella concordancia que los miembros *razonablemente* deberían haber aprobado; cfr. KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1994, pp. 32 ss.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 60 s., con mayores referencias.

afectado, en tanto los deberes establecidos se mantienen dentro del consenso, en el cual él mismo participa, sobre la medida correcta de la libertad a sacrificar y de la seguridad correspondiente. Esto rige con total independencia de si la decisión se concibe más desde las libertades y bienes disponibles para el caso de necesidad o más intensamente desde la medida pretendida de seguridad.

## 5. Concreción

### 5.1. Sacrificios de libertades y bienes que no son aceptados en forma general: alteraciones en la configuración de la existencia

Si se parte de la base de que de lo que se trata es de determinar aquello que razonablemente es aceptado por todos como aporte mínimo a la comunidad solidaria, en principio, se puede decir lo siguiente: existe una serie de sacrificios de libertades y bienes, cuya realización para la evitación de peligros para bienes ajenos no sería aceptada por muchos miembros racionales o no lo sería sin más (incluso, si tuviesen en cuenta que ellos mismos, en una situación comparable, no podrían invocar el auxilio garantizado)<sup>59</sup>. Incluso personas con una actitud muy solidaria frecuentemente no están dispuestas a sacrificar libertades y bienes a favor de la seguridad ajena (y, a la inversa, para esto renuncian también a la garantía de seguridad correspondiente respecto de ellos mismos), cuando el sacrificio en cuestión implica el peligro de alteraciones importantes de la propia configuración de la existencia, restricciones para el futuro o riesgos importantes inexistentes hasta ese momento. Consecuentemente, en una organización estatal fundada en la autonomía, tales sacrificios no pueden ser impuestos en forma general por medio de deberes de tolerancia (en el estado de necesidad) o deberes de acción (en el deber de auxilio en casos de necesidad). En esto reside el fundamento por el cual nadie debe tolerar que para salvar la vida de otro le sea extraído un órgano doble (por ejemplo, un riñón). Por la misma razón, una persona no puede ser obligada (sin otro fundamento jurídico) a poner él mismo en riesgo su propia vida o su integridad física en forma grave a fin de salvar a otro que se encuentra en situación de necesidad<sup>60</sup>.

Pero no se trata solamente de sacrificios importantes en el ámbito de la integridad corporal. Tampoco se puede exigir sin más y de forma general<sup>61</sup> que una persona, para evitar peligros importantes para otros, sacrifique, por ejemplo, sus ahorros para la vejez, pues también esto seguramente estaría más allá del consenso fundamental acerca de la relación entre libertad y seguridad, que se puede considerar aceptado por toda persona razonable.

### 5.2. Sacrificios aceptados en principio y otros presupuestos para su aceptación

Por otro lado, naturalmente también existen sacrificios respecto de los cuales se puede suponer que, dados ciertos presupuestos, cualquiera estaría dispuesto a realizar para la evitación de

<sup>59</sup> Los límites existentes en este sentido absolutos son destacados con razón por GALLAS, «Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs», *ZStW*, (80), 1968, pp. 26 s.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 245 ss., 251 ss., 255 ss.

<sup>60</sup> De acuerdo, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 13/21; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 290; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 256 s.

<sup>61</sup> Así también PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 257, en relación con las pp. 164 s.



peligros frente a una situación de necesidad de las que aquí interesan. Ejemplos de esto lo constituyen las afectaciones temporarias de la libertad de acción o de movimiento mediante la imposición de deberes de salvamento; la puesta a disposición temporaria de bienes resarcibles o fungibles, necesarios para el salvamento; el consumo de tales cosas o la aplicación limitada de dinero para la evitación de necesidad y peligros, etc.<sup>62</sup>

Por cierto, esta disposición no se da siempre ya cuando la afectación de libertades y bienes por otro o por el Estado sirve a la evitación de peligros. Para que ella se presente es necesario que el peligro no pueda ser evitado sin los mencionados objetos o injerencias en la libertad. Asimismo, se debe garantizar que esta forma de evitación de peligros mantenga su carácter excepcional y que uno no deba temer que, de este modo, otros que se vean amenazados por un daño mayor que el que lo amenaza a uno mismo (en caso de autorización de tales medidas de salvamento), una y otra vez recurran a los bienes y libertades propios. Un derecho de tal amplitud dificultaría de forma decisiva la propia disposición; por ello, razonablemente uno no lo aceptaría, incluso si de este modo pierde, a la inversa, la posibilidad de recurrir en un caso comparable a las libertades y bienes ajenos para la solución de los propios problemas. Materialmente, esto significa que también el sacrificio de aquellos bienes y libertades que uno en principio está dispuesto a realizar para evitar peligros de bienes ajenos, está vinculado razonablemente a que el daño que amenaza al otro resulte desproporcionadamente grande (y, de este modo, represente un caso más bien infrecuente)<sup>63</sup>. Recién aquí, en el marco de los bienes puestos en principio a disposición, entra en juego aquella ponderación de intereses que con frecuencia es puesta en el primer plano.

### 5.3. Otros puntos de vista que se oponen a una aceptación general de ciertos sacrificios

En las reflexiones realizadas hasta aquí se han mencionado dos líneas fundamentales para la delimitación de aquello que los miembros de la comunidad solidaria están dispuestos a entregar para la evitación de peligros importantes para otros mediante una previa decisión autónoma, y qué no (o bien, cuándo no). Naturalmente, así el tema no ha quedado agotado. Existen otros puntos de vista que tienen importancia en este contexto. Así, puede haber también otras razones que las relacionadas con la coacción unida al sacrificio de una cosa para la modificación de la conducción de la vida que lleven a personas razonables a excluir ciertas prestaciones o contribuciones del aporte exigible de solidaridad y que queden reservadas para una libre decisión en el caso concreto. Cuando existen motivos religiosos que le impiden a un miembro de la comunidad solidaria realizar ciertos aportes (por ejemplo, una donación de sangre), esto (es decir, esta decisión parcial inserta en la decisión fundamental), en una comunidad que reconoce la libertad

<sup>62</sup> En la conclusión también KÖHLER, *AT*, 1997, p. 290; PERRON, «§ 34», *Sch/Schr*, 29ª ed., 2014, nm. 26; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 256 s.; vid. también EL MISMO, en HRUSCHKA/JOERDEN, (eds.), *Grund und Grenzen der Solidarität in Recht und Ethik*, 2014, p. 156, donde la calidad de sustituible se funda en el carácter provisorio del sacrificio exigido. Más lejos llegan, al menos textualmente, aquellos que en el estado de necesidad se basan fundamentalmente en la preponderancia de los intereses y aceptan excluir de esta ponderación relativa solamente aquellas injerencias que lesionan la "dignidad humana" (así ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 16, nm. 8, 95 ss.) o que afectan el "núcleo esencial de los derechos fundamentales del hombre" (WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 45ª ed., 2015, nm. 473).

<sup>63</sup> Esta exigencia se encuentra mucho mejor formulada en el § 904 BGB que en el § 34 StGB; cfr. FRISCH, *FS-Puppe*, 2011, pp. 440 s.; en el sentido de una relevancia del daño amenazante, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 162 ss., con mayores referencias. Propuestas restrictivas similares p. ej. en KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 208, 285, 288, 290.

de conciencia, también debe ser considerado al configurar los deberes de solidaridad para la evitación de peligros. Lo mismo rige respecto aquellos aportes que una persona debe realizar a partir de su propia esfera física restringida, que también personas razonables, en parte ilimitadamente, reservan para sí, o en todo caso, solo desean ponerlas a disposición de determinadas personas elegidas por sí mismas y bajo ciertas condiciones. En este trasfondo deben ser examinados los tan discutidos casos de donación de sangre, con la consecuencia de que aquí se trata de aportes que quedan fuera del catálogo de aquello que es aceptado en forma general e incondicionalmente como sacrificio solidario y de lo que puede ser impuesto, en caso necesario, mediante coacción<sup>64</sup>. Un criterio similar puede regir para los objetos con alto valor personal<sup>65</sup>, quizás también para el catálogo de bienes inembargables, pero esto no puede ser desarrollado aquí en detalle.

En cambio, parece razonable, finalmente, resumir una vez más la perspectiva aquí desarrollada sobre “Solidaridad y Derecho penal” y compararla con las decisiones del Derecho alemán vigente.

## 6. Resumen y comparación con el Derecho vigente

### 6.1. Resumen

i) Las reflexiones precedentes han mostrado que el concepto y el principio de solidaridad son relevantes también en el Derecho penal (*supra* 1). Aquí existen deberes, cuyo trasfondo radica en el principio de solidaridad, este comprendido en un sentido bien determinado (al respecto *infra* iii). El principio de solidaridad puede ordenar un actuar determinado como en la forma de un deber de auxilio en casos de necesidad. Pero también puede imponer deberes de tolerancia y en esta medida restringir libertades y derechos, como en los casos del estado de necesidad agresivo. También la limitación de los derechos de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad defensivo) probablemente puede reconducirse a la idea de la solidaridad debida; lo mismo vale para la prohibición de ciertas acciones en sí normales, cuando estas favorecen posibles hechos punibles.

ii) Solidaridad en el Derecho (en particular, en el Derecho penal), no debe ser entendida en el sentido de exigir del individuo una unión o una señal determinada de unión o un sentimiento de co-pertenencia con el otro que ha caído en necesidad o peligro, y la conducta respectiva. La coerción a tales actitudes o a una acción o tolerancia basada en una determinada actitud se ubica fuera del Derecho. Este debe restringirse a exigir un actuar u omitir externo y a limitar derechos (*supra* 2.2).

---

<sup>64</sup> El punto de vista decisivo, de que aquí se trata de sacrificios cuya prestación debe quedar entregada a la autonomía del individuo, aparece en el marco de la solución de estos casos (cfr. p. ej. WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 45ª ed., 2015, nm. 473 s.), mientras que esta idea extrañamente apenas se desarrolla en el marco de los principios generales del estado de necesidad justificante.

<sup>65</sup> Cfr. p. ej. —aunque en el contexto del daño relevante amenazante— el ejemplo de la pérdida inminente del trabajo escrito para el examen en NEUMANN, «§ 34», NK, t. 1, 4ª ed., 2013, nm. 82; ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 16, nm. 62; y PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 165 (allí nota 61).

iii) Cuando ciertos deberes en el Derecho penal y en el Derecho son denominados deberes de solidaridad como tales, se alude con ello a un contenido de sentido de la solidaridad distinto a aquel de la unión interna o del sentimiento de co-pertenencia. La así llamada solidaridad se refiere más bien a que el individuo pertenece junto con otros a una comunidad que tiene fines comunes, para cuyo logro los miembros de esa comunidad (solidaria) deben realizar aportes entonces también solidarios. Quien pretende junto con otros seguridad frente a determinadas afectaciones, debe aportar solidariamente con los otros aquellas prestaciones que son necesarias para alcanzar el nivel de seguridad buscado. En el Estado moderno, estas consisten en primera línea en aquellos tributos que son necesarios para mantener un aparato estatal que garantiza seguridad. Si debe aún garantizarse cierto nivel de seguridad también allí dónde mediante los órganos estatales esta ya no puede garantizarse, pero que bien parece posible mediante los aportes de miembros de la comunidad solidaria determinados abstractamente, entonces esto resulta alcanzable solamente al costo de mayores aportes solidarios necesarios para ello (*supra* 3). Si se pretende garantizar su prestación, estos aportes deben (poder) también ser objeto de obligaciones jurídicas, cuyo cumplimiento pueda ser forzado (en caso necesario, mediante pena).

iv) Si una colectividad puede imponerle a los miembros de la comunidad solidaria orientada a la seguridad tales deberes de solidaridad adicionales (junto a los tributos) para garantizar mayor seguridad, es un problema material en sí mismo. Existen, sin embargo, buenas razones para hacer esto en una medida adecuada. Donde se puede suponer que la decisión de una comunidad estatal por tal modelo de seguridad adicional y, por otro lado, con este también por las restricciones a la libertad y las pérdidas de bienes correlativas refleja la autonomía de sus miembros, decae también la crítica de una lesión a la autonomía – al menos en principio –.

v) No obstante, queda la pregunta por la medida del deber de actuar y tolerar. El planteamiento correcto para responderla no radica en una ponderación de intereses concurrentes bajo el aspecto del interés preponderante o en vagas consideraciones de exigibilidad (*supra* 4.2). Así como la imposición de deberes de actuar y de tolerancia fundamentados solidariamente es aceptable en principio solo cuando esto refleja la autonomía y el consenso de los miembros de la comunidad solidaria, así también decide sobre el alcance de estas obligaciones aquello que en esta medida se sustenta en el consenso de los miembros autónomos de la comunidad solidaria (*supra* 4.3). Respecto de prestaciones y aportes que podrían conducir a una re-configuración del plan de vida, a alteraciones graves de la configuración de la existencia, etc., tal consenso seguramente no se puede encontrar, como tampoco respecto de aportes y sacrificios cuya prestación uno procura frecuentemente reservarse por fundamentos razonables (*supra* 5.1). Se sustentan en dicho consenso más bien solamente aquellas prestaciones y aportes que conducen a afectaciones temporales de la libertad o que se agotan en la entrega de bienes fácilmente sustituibles, etc. – incluso esto solamente en la medida en que de este modo pueden evitarse peligros considerables, o bien, afectaciones desproporcionalmente grandes para bienes amenazados (más detallado *supra* 4.2) –.

vi) De realizarse la acción u omisión jurídicamente obligada en cumplimiento de tales deberes de solidaridad, esta puede ser, por cierto, también un acto de auténtica solidaridad (en el sentido de la unión y del sentimiento de co-pertenencia) del actuante u omitente para con el que se encuentra

en necesidad o peligro. Esto, sin embargo, no es necesariamente así: el actuante u omitente puede también simplemente haber observado la imposición jurídica y haber ajustado su conducta externa a aquello para lo cual estaba obligado en una comunidad solidaria también sustentada en él mismo.

## 6.2. Comparación con el Derecho alemán vigente y crítica

El Derecho alemán vigente responde solo de manera limitada a estas ideas.

i) En los preceptos sobre estado de necesidad, se parte, en la determinación de los bienes y libertades a sacrificar en favor de un tercero en caso de necesidad, equivocadamente de un problema de colisión y ponderación de intereses en el caso concreto y se estipula incorrectamente como criterio de solución decisivo en primera línea la exigencia de un interés esencialmente preponderante. La pregunta decisiva sobre la medida en que los miembros de la comunidad solidaria en el marco de la autonomía se encuentran dispuestos a poner a disposición libertades y bienes para la evitación de peligros y situaciones de necesidad, puede ciertamente leerse entre líneas en la cláusula de adecuación del § 34 segunda frase. Pero, dicha pregunta allí no se formula intencionadamente, a lo más aparece marginalmente en ciertos casos problemáticos (como por ejemplo en el caso de la donación de sangre).

Debido a la incorrecta estructuración del problema se desconoce también que la exigencia de la clara preponderancia del interés a conservar recién (en segunda línea) juega un rol, cuando se trata de recurrir a libertades y bienes que los miembros racionales de la comunidad solidaria en el marco de su autonomía siquiera aceptan ponerlos a disposición. También aquello que uno en principio se encuentra dispuesto a sacrificar, se asume deber entregarlo solamente de satisfacerse esta exigencia adicional.

ii) En el ámbito de los deberes de acción de cualquiera para la evitación de la necesidad y de peligros (§ 323 c StGB), no se constata una formulación incorrecta comparable de la problemática como en el estado de necesidad. No obstante, el requisito legal de la exigibilidad de la acción de rescate necesaria explícita de manera insuficiente que aquí se trata de la cuestión fundamental acerca de cuáles libertades y bienes los miembros de la comunidad solidaria estatal en el marco de su autonomía se encuentran dispuestos propiamente a sacrificar para la evitación de peligros y de la necesidad de otros, y de cuáles presupuestos adicionales deben satisfacerse para que ellos así lo hagan.

## 7. Bibliografía

ASHWORTH (2013), «Die Rettungspflicht im englischen Recht: Sinnvolle Einschränkungen oder „ISLAND MENTALITY“?», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, Nomos, Baden Baden, pp. 115 ss.

BAYERTZ (1998), «Begriff und Probleme der Solidarität», en EL MISMO (ed.), *Solidarität*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, pp. 11 ss.

BINDING (1885), *Handbuch des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Lipsia.

CONINX (2012), *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand*, Nomos, Baden Baden.

DENNINGER (1998), «Verfassungsrecht und Solidarität», en BAYERTZ (ed.), *Solidarität*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, pp. 319 ss.

DEPENHEUER (1991/2009), *Solidarität im Verfassungsrecht. Grundlegung einer normativen Theorie der Verteilung*, Books on Demand, Norderstedt.

DERPMANN (2013), *Gründe der Solidarität*, Mentis, Münster.

DROSDOWSKI (dir.) (1980), *Duden: Das große Wörterbuch der deutschen Sprache*, t. 5, Bibliogr. Inst., Mannheim.

ENGLÄNDER (2008), *Grund und Grenzen der Nothilfe*, Mohr Siebeck, Tubinga.

————— (2010), «Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 15 ss.

ERB (2011), «§ 34», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 2<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich.

FRISCH (2011), «Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien», en PAEFFGEN (ed.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 425 ss.

————— (2002), «Beihilfe durch neutrale Handlungen», en PRITTWITZ (ed.), *Festschrift für Klaus Lüderssen: zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden Baden, pp. 549 ss.

GALLAS (1968), «Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (80), pp. 26 s.

GAMILLSCHEG (1973), «Die Solidarität als Rechtsbegriff», en WANNAGAT (ed.), *Festschrift für Erich Fechner: zum 70. Geburtstag*, Mohr, Tubinga, pp. 135 ss.

HABERMAS (1986), «Gerechtigkeit und Solidarität», en EDELSTEIN/NUNNER-WINKLER (eds.), *Zur Bestimmung der Moral: philosophische und sozialwissenschaftliche Beiträge zur Moralforschung*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, pp. 291 ss.

————— (1992), *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

HEINITZ (1926), *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, Schletter, Breslavia.

VON HIRSCH/SCHORSCHER (2013), «Die Kriminalisierung der unterlassenen Hilfeleistung. Eine Frage von Solidarität oder Altruismus?», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, Nomos, Baden Baden, pp. 77 ss.

HÖFFE (1981), *Sittlich-politische Diskurse: philosophische Grundlagen, politische Ethik, biomedizinische Ethik*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

HOFMANN (2000), *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, Wiss. Buchgesellschaft, Darmstadt.

HRUSCHKA/JOERDEN (eds.) (2014), *Grund und Grenzen der Solidarität in Recht und Ethik*, (= *Jahrbuch für Recht und Ethik*, [22]), Duncker & Humblot, Berlín.

ISENSEE (2004), «§ 15», en EL MISMO/KIRCHHOFF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 2, 3ª ed., C. F. Müller, Heidelberg.

————— (1977), «Steuerstaat als Staatsform», en STÖDTER (ed.), *Hamburg, Deutschland, Europa: Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht; Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag*, Mohr, Tübinga, pp. 409 ss.

JAKOBS (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., de Gruyter, Berlín.

JUST/KIND/KOCH (eds.) (2011), *Solidarität: dem Einzelnen oder der Gesellschaft verpflichtet? Kolloquium der Ethik-Kommission der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg am 19. November 2010*, Albert-Ludwigs-Univ., Ethik-Kommission, Friburgo de Brisgovia.

KELKER (1993), *Der Nötigungsnotstand*, Duncker & Humblot, Berlín.

KERSTING (2000), *Theorien der sozialen Gerechtigkeit*, Metzler, Weimar/Estucardia.

————— (1994), *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Wiss. Buchgesellschaft, Darmstadt.

KÖHLER (1997), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín.

KÜHL (2013), «Zur Anwendung des Solidaritätsbegriffs auf die unterlassene Hilfeleistung nach § 323c StGB», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, Nomos, Baden Baden, pp. 93 ss.

————— (2012), *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Vahlen, Múnich.

————— (2001), *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie im Strafrecht*, Nomos, Baden Baden.

————— (1999), «Freiheit und Solidarität bei den Notrechten», en WEIGEND (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, de Gruyter, Berlín, pp. 259 ss.

————— (1998), «Zur rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstandes», en ESER (ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, pp. 143 ss.

KÜHNBACH (2007), *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, Nomos, Baden Baden.

KWIATKOWSKI/OHLIG (eds.) (1987), *Meyers kleines Lexikon: Philosophie*, Bibliograph. Inst., Mannheim.

LENCKNER (1965), *Der rechtfertigende Notstand: zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962)*, Mohr, Tubinga.

MAIHOLD (2013), «Jenseits weltanschaulicher Ideologien? - Zur Einführung und Begründung der allgemeinen Nothilfepflicht im Schweizerischen Strafrecht», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, Nomos, Baden Baden, pp. 131 ss.

Adolf MERKEL (1895), *Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen*, Trübner, Estrasburgo.

Reinhard MERKEL (1996), «Zaungäste? Über die Vernachlässigung philosophischer Argumente in der Strafrechtswissenschaft (und einige verbreitete Mißverständnisse zu § 34 S. 1 StGB)», en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, pp. 171 ss.

METZ (1998), «Solidarität und Geschichte», en BAYERTZ (ed.), *Solidarität*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, pp. 172 ss.

MUNOZ-DARDÉ (1998), «Brüderlichkeit und Gerechtigkeit», en BAYERTZ (ed.), *Solidarität*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, pp. 146 ss.

NEUMANN (2013), «Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Notstands“ auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, Nomos, Baden Baden, pp. 155 ss.

————— (2013), «§ 34», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4<sup>a</sup> ed., Nomos, Baden Baden.

PATZIG (1983), *Ökologische Ethik, innerhalb der Grenzen blosser Vernunft*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga.

PAWLIK (2014), «Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes», en HRUSCHKA/JOERDEN (eds.), *Grund und Grenzen der Solidarität in Recht und Ethik*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 137 ss.

————— (2003), «Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 12 ss.

- (2002), *Der rechtfertigende Notstand*, de Gruyter, Berlín.
- PERRON (2014), «§ 34», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 29<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich.
- VON DER PFORDTEN (2013), «Zur Rechtfertigung von Hilfeleistungspflichten», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, Nomos, Baden Baden, pp. 103 ss.
- SEDMAK (ed.) (2010), *Solidarität. Vom Wert der Gemeinschaft*, Wiss. Buchgesellschaft, Darmstadt.
- RENZIKOWSKI (1994), *Notwehr und Notstand*, Duncker & Humblot, Berlín.
- RÖTTGERS (2011), «Fraternité und Solidarität in politischer Theorie und Praxis - Begriffsgeschichtliche Beobachtungen», en BUSCHE (ed.), *Solidarität. Ein Prinzip des Rechts in der Ethik*, Königshausen & Neumann, Würzburg, pp. 19 ss.
- ROXIN (2006), *Strafrecht. Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, t. I, 4<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich.
- SALIGER (2013), «Kontraktualistische Solidarität: Argumente des gegenseitigen Vorteils», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, Nomos, Baden Baden, pp. 61 ss.
- SAUER (1954), *Souveränität und Solidarität*, Musterschmidt, Gotinga.
- SEELMANN (2013), «Ideengeschichte des Solidaritätsbegriffs im Strafrecht», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, Nomos, Baden Baden, pp. 35 ss.
- (1991), «Solidaritätspflichten im Strafrecht?», en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Recht und Moral*, Nomos, Baden Baden, pp. 298 ss.
- STEIGER (1989), «Solidarität und Souveränität», en HAILBRONNER (ed.), *Staat und Völkerrechtsordnung: Festschrift für Karl Doehring*, Springer, Berlín, pp. 97 ss.
- TENFELDE (1998), «Arbeiterschaft, Solidarität und Arbeiterbewegung. Kommentar zum Beitrag von Karl H. Metz», en BAYERTZ (ed.), *Solidarität*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, pp. 195 ss.
- TOMUSCHAT (1987), «Solidarität in Europa», *Du droit international au droit de l'intégration: liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos, Baden Baden, pp. 729 ss.
- Klaus VOGEL (2004), «§ 30», en ISENSEE/KIRCHHOFF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 2, 3<sup>a</sup> ed., C. F. Müller, Heidelberg.
- (1986), «Der Sozialstaat als Steuerstaat», en RANDELZHOFFER/SÜß (eds.), *Konsens und Konflikt*, 1986, de Gruyter, Berlín, pp. 133 ss.
- VOLKER (1977), *Solidarität als Rechtspflicht im Arbeitsrecht*, Circa, Würzburg.
- VOLKMANN (1998), *Solidarität - Programm und Prinzip der Verfassung*, Mohr Siebeck, Tübinga.



WESSELS/BEULKE/SATZGER (2015), *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*, 45<sup>a</sup> ed., C. F. Müller, Heidelberg.

WILENMANN (2014), *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, Mohr Siebeck, Tübingen.

WOHLERS (1999), «Einschränkungen des Notwehrrechts innerhalb sozialer Näheverhältnisse», *JuristenZeitung*, (9), pp. 434 ss.