

## *Deberes de solidaridad*

---

Abiertamente sugestionado por la lectura del imponente libro de MICHAEL PAWLIK, «Der rechtfertigende Notstand»<sup>1</sup>, mi discípulo Ivó Coca Vila me plantea si acaso no es correcta la tesis del autor alemán según la cual, la solidaridad es un fenómeno psicológico individual y no es fuente de deberes jurídico-penales. No es que PAWLIK niegue toda relevancia jurídica a la solidaridad, sino que cambia radicalmente su fundamentación: ésta no sería intersubjetiva, sino eminentemente institucional. De este modo, el destinatario originario de tales deberes de solidaridad sería el Estado colocado en su función de redistribución de bienes. Sucede que cuando el Estado, pese a contemplar la situación en la que debería actuar auxiliando al necesitado, no puede hacerlo por razones fácticas, situacionales, delega en otros ciudadanos tal deber de auxilio, operando entonces éstos como representantes del Estado (delegación de la posición de garante del Estado) y estando obligados entonces a auxiliar al necesitado de aquella prestación. Llevada a su extremo, esta fundamentación conduce a negar la existencia de deberes de solidaridad de unos ciudadanos para con otros en aquellos supuestos en los que el Estado renuncia o simplemente no desea operar solidariamente para con los ciudadanos. En tal caso el necesitado tampoco puede acudir a los bienes de los demás para superar la situación de necesidad, aunque ello implique asumir su propia muerte. Dicho brevemente: si el Estado no ha dispuesto canales institucionalizados para llevar a cabo la prestación solidaria en cuestión, entonces ningún ciudadano tiene la obligación de prestarla, aunque de ello se deriven las consecuencias más nefastas para quien se halla ante la situación de necesidad. Un ejemplo: si la sanidad pública no cubre la prestación de un medicamento –pongamos un determinado antídoto contra un veneno- entonces el padre que lo necesita para salvar la vida de su hijo –a quien le ha mordido una serpiente venenosa- tampoco podría acudir a una empresa farmacéutica y exigir que se lo proporcionen.

Debe reconocerse la solidez de esta reformulación de los deberes de solidaridad. No obstante, plantea serios inconvenientes teóricos. En primer lugar, negar toda relevancia a la fundamentación intersubjetiva de los deberes de solidaridad, implica romper con una tradición que, por lo menos, se remonta a HUGO GROCIO. Ciertamente, no es sencillo hallar en un planteamiento liberal tradicional del Derecho la razón de por qué un ciudadano tiene que asumir la fatalidad que se cierne sobre otro cuando el primero es totalmente ajeno a la situación de peligro<sup>2</sup>. Pero el Derecho penal positivo de nuestro entorno cultural hace tiempo que reconoce excepciones a la lógica general del “casum sentit dominus” mediante la instauración de los denominados deberes de solidaridad activa (p. ej. el delito de

---

<sup>1</sup> PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, Walter de Gruyter, Berlin, New York.

<sup>2</sup> Al respecto, ALCÁCER GUIRAO, “Autonomía, solidaridad y deber de socorro (Un apunte histórico)”, *ADPCP*, 2000, pp. 361 y ss.

omisión del deber de socorro del art. 195 CP) como la de los deberes de solidaridad pasiva (deberes de tolerancia en situaciones de estado de necesidad agresivo incluidas en el art. 20.5 CP). Y ello lo hace sin exigir más que la presencia de una situación de peligro existencial para una persona y la posibilidad personal de prestación de amparo activo sin riesgo propio ni de tercero o bien la escasa relevancia del sacrificio en comparación con la importancia del bien salvado en el amparo pasivo. A ello cabe añadir la obligación civil que incumbe al necesitado de reparar el daño causado al afectado, que estaría presente en todo caso.

Desde el punto de vista estrictamente intersubjetivo puede afirmarse que en tales situaciones surge un deber jurídico-penal de auxiliar basado en la existencia de elementos de "comunidad" en los ciudadanos. Así, como pone de manifiesto KÖHLER<sup>3</sup>, en los supuestos de peligro existencial cobraría fuerza el contenido distributivo del Derecho: en la situación original existiría un derecho de participación común en los bienes por parte de todas las personas, un elemental reconocimiento del otro como ser igual -añado yo- que necesariamente ha de estar presente en la más primigenia fundamentación de todo Derecho: sin el reconocimiento del otro carece de sentido mi propia existencia jurídica. Sólo después de un desarrollo racional del Derecho de libertad se llega a excluir mediante normas prohibitivas que unos lesionen las esferas de los demás. Pero cuando se trata de situaciones de necesidad vital, se suspende provisional y reversiblemente el ámbito de "lo mío" y de "lo tuyo" y vuelve a aparecer el elemento de vinculación intersubjetiva que está en la base de la relación jurídica elemental - en términos kantianos: como imperativo categórico-. Si no me equivoco, Rawls aplaudiría este punto de vista.

Con todo, personalmente, simpatizo con una fundamentación más rica y capaz de acoger con mayor facilidad el elemento de la institucionalización de la solidaridad, pues no puede negarse que este elemento siempre ha estado presente en las modernas sociedades occidentales. Considero, no obstante, que no es necesario abandonar la visión intersubjetiva de la solidaridad para dar cabida al Estado como actor fundamental. En efecto, puede sostenerse la primacía de los canales institucionalizados de solidaridad para resolver las diversas situaciones de necesidad que de modo planificado u organizado el Estado va regulando progresivamente para evitar que sean precisamente otros ciudadanos los que estén obligados a prestarla. Ello se manifestaría en la "cláusula de desamparo" del delito de omisión del deber de socorro o en la exigencia de subsidiariedad en el estado de necesidad. Allí donde el Estado no alcanza a prestar el auxilio, esto es, no puede aunque quiere, tiene pleno sentido obligar a los ciudadanos a ser solidarios entendiendo que son ellos mismos quienes habrían consentido en la "estatalización" de la solidaridad<sup>4</sup>. Los problemas comienzan, como se apuntó al principio, si se entiende que hay ámbitos donde el propio Estado parece renunciar a la solidaridad. Pero esta visión presupone que existen espacios donde el Estado abandona a su suerte a los ciudadanos precisamente cuando éstos más necesitan de aquél. Implica una concepción según la cual todos los ciudadanos habríamos

---

<sup>3</sup>KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1998, Springer, Berlin, p. 285.

<sup>4</sup>No se olvide que el parágrafo 360 del StGB de 1871 castigaba sólo a quien habiéndosele requerido la prestación de ayuda *por parte de la autoridad*, no la prestara aunque pudiera hacerlo sin peligro para sí mismo (lo pone de manifiesto como expresión de un carácter liberal del Estado, ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, 2000, pp. 399 y ss.).

consentido en esa forma de actuar del Estado para determinadas situaciones, renunciando, por tanto, a nuestra propia salvación. Probablemente sea ir demasiado lejos identificar las fronteras del modelo del Estado social acogido en la cultura occidental con los límites de los deberes de solidaridad para las situaciones de peligro existencial con origen en el mero azar. Más bien parece que en la “posición original” la cesión de libertad al Estado iría acompañada de la exigencia de protección en caso de necesidad existencial puramente accidental. Cuando el “individuo” se convierte en “ciudadano” ingresa en una condición normativa basada en las reglas de la autonomía y la autorresponsabilidad, pero no olvida el carácter contingente de su existencia y, especialmente, la siempre presente accidentalidad o carácter fortuito de lo que pueda suceder con su interés vital más elemental, de modo que carece de sentido que renuncie a protegerse de los acontecimientos puramente casuales, no reconducibles a la esfera de responsabilidad de otro. Es en este sentido en el que puede afirmarse que tiene derecho a que el Estado le proteja también frente a la adversidad y que si no puede hacerlo obligue a quien esté en mejor situación para hacerlo, pues en realidad ese otro también habría cedido -y disfrutado- de su libertad bajo esa misma condición. Todo ello, naturalmente, con el límite de la escasa importancia y sustituibilidad de la injerencia en la esfera del afectado (patrimonio, libertad ambulatoria). Apenas pueden imaginarse supuestos en los que los ciudadanos renunciaran por completo a la protección frente a la adversidad casual para intereses vitales, autorizando al Estado a institucionalizar la lógica de la no solidaridad.

A las mismas conclusiones conduce una fundamentación que prescinda de la idea de consentimiento y, en su lugar, sitúe la noción de la persecución del bien común como elemento central de la idea de justicia. Pues la pregunta en última instancia sigue siendo ¿por qué razón he de consentir en ser *siempre* solidario para con la vida de los demás? Si se entiende al otro como un ser que co-define mi propia identidad -narrativa, si se quiere-, ambos como miembros de una comunidad en la que se persigue la realización del ideal de justicia, entonces la distribución de los bienes en caso de necesidad es justa si su *telos* simplemente concuerda con la virtud de la solidaridad, cuya imposición coactiva por parte del Estado sería expresión de la importancia del compromiso colectivo por alcanzar la “buena vida” en el más puro sentido aristotélico del término.

Ricardo Robles Planas