



Revista

ISSN 2007-4700

Perla

MÉXICO

Número 16-17

Marzo 2019 • febrero 2020

Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad)

Mercedes Alonso Álamo

Universidad de Valladolid

RESUMEN: El principio de solidaridad es relevante en ámbitos diversos del derecho penal. Aquí nos ocupamos de su incidencia restringida en el estado de necesidad y en la omisión del deber de socorro. Por otra parte, nos ocupamos también de la fundamentación de determinados bienes jurídicos colectivos a partir de derechos de solidaridad.

PALABRAS CLAVE: solidaridad, estado de necesidad, omisión del deber de socorro, bienes jurídicos colectivos de solidaridad.

ABSTRACT: The principle of solidarity is relevant in several areas of Criminal Law. Here we hold the view of a restricted impact of the principle of solidarity on necessity and the omission of the duty to rescue. We are also concerned with solidarity rights as a foundation for some collective protected interests.

KEY WORDS: solidarity, necessity, omission of the duty to rescue, collective protected interests of solidarity.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Cuestión previa: precisiones conceptuales. 3. Fundamento de la juridificación de la solidaridad. 4. De cómo el deber de virtud de solidaridad deviene en deber jurídico en situaciones de peligro para bienes jurídicos individuales; 4.1. Estado de necesidad agresivo y defensivo: diversificación; 4.2. Omisión del deber general de socorro y omisión de garante: diversificación. 5. Del principio ético-político y jurídico de solidaridad a los bienes jurídicos colectivos de solidaridad: derechos constitucionales y derechos humanos de solidaridad. 6. Bienes jurídicos colectivos de solidaridad. 7. Re-capitulación.

Rec: 12-01-2017 | Fav: 10-05-2017

1. Introducción

El principio ético-jurídico de solidaridad se proyecta en el derecho penal en diferentes ámbitos. En primer lugar, despliega su eficacia en el delito de omisión del deber de socorro y en la justificación de la conducta típica en situaciones de estado de necesidad agresivo. En estos casos, la juridificación de un deber de virtud, el de solidaridad, posibilita la protección plena de bienes jurídicos individuales. La solidaridad se eleva a deber jurídico de cada uno para con los demás dada una situación de desamparo o de necesidad y la incapacidad del Estado de dispensar protección al bien jurídico en peligro.

En segundo lugar, el principio ético-jurídico de solidaridad se halla detrás de determinados bienes jurídicos colectivos. Dicho principio se corresponde con postulados ético-políticos que no son privativos de posiciones colectivistas, sino que están presentes en corrientes filosóficas distantes entre sí. De él emergen derechos humanos y constitucionales de solidaridad que constituyen el referente de específicos bienes jurídico-penales colectivos.

En los dos ámbitos mencionados, la relación entre solidaridad y derecho penal plantea problemas diferentes. De ambos nos ocupamos aquí separadamente, si bien partiendo de su entronque común.

Cuando se trata, ante todo, de la protección de intereses individuales en peligro, se debate la cuestión —que restringimos al deber de actuar en el delito de omisión del deber general de socorro y al deber de soportar un daño en el estado de necesidad agresivo justificante— de si la solidaridad constituye un especial título de imputación, si es la *ratio legis* o si es el bien jurídico protegido en el delito de omisión del deber de socorro. En otras palabras, pretendemos examinar si la solidaridad, al ser elevada a deber jurídico desde su originaria condición de deber de virtud, deviene en título extraordinario de imputación, pero también indagar si la solidaridad es el objeto jurídico de protección. Pues el examen de la literatura penal muestra que la solidaridad se invoca a veces para fundamentar el delito de omisión pura (al igual que se invoca para fundamentar el deber de soportar el daño en el estado de necesidad) y, otras veces, se eleva a bien jurídico protegido en dicho delito, cuando no se pretende hacer de la solidaridad un nuevo título de atribución de responsabilidad penal.

Por su parte, cuando se trata de la protección de bienes jurídicos colectivos que tienen como referente los derechos de solidaridad, el centro de la discusión se traslada a otro terreno: a la existencia y fundamentación de derechos humanos y constitucionales de solidaridad que implican la elevación del principio ético-político de solidaridad a principio ético-jurídico, y, reconocidos y delimitados los derechos colectivos de solidaridad, a la delimitación de específicos bienes jurídico-penales colectivos que emergen a partir de dichos derechos.

Vamos a ocuparnos de estas cuestiones separando los dos ámbitos mencionados: el que afecta a la protección de intereses individuales y el que afecta a la emergencia de bienes jurídicos colectivos de solidaridad.

2. Cuestión previa: precisiones conceptuales

El concepto de solidaridad que importa al derecho no se refiere al comportamiento altruista, desinteresado, realizado por compasión, caridad, benevolencia o por motivos morales o religiosos, sino al comportamiento externo, objetivo, consistente en hacer o soportar un daño, en un contexto de peligro para un bien jurídico. Esto significa entender la solidaridad referida al aspecto externo del comportamiento solidario, el único en el que el ordenamiento jurídico puede entrar estableciendo deberes. Tal concepto es el que se halla también detrás de determinados bienes jurídicos colectivos, como se verá.

En relación con la preservación de bienes jurídicos de terceros, el derecho puede exigir y esperar que socorramos a quien está desamparado y en peligro manifiesto y grave cuando podamos hacerlo sin correr riesgo propio ni ajeno, o que soportemos un daño para que se salvaguarde un bien jurídico de titularidad ajena de rango mejor; pero no puede, en ningún caso, exigir que lo hagamos por motivos elevados o altruistas, por amor o por compasión, o que nos sintamos en unión espiritual con el afectado. La solidaridad que al derecho importa es la solidaridad secularizada, desprovista del aspecto subjetivo o espiritual que acompaña al concepto de solidaridad en tanto deber de virtud o moral. Esto ha sido visto con claridad por FRISCH, quien señala que “generar ciertas actitudes o sentimientos [...] queda fuera del poder del Derecho, como así también de aquello a lo que el Estado

está autorizado”, lo que le lleva a hablar, a efectos jurídicos, solo de conductas “cuasi-solidarias”.¹

El concepto de solidaridad referido a la conducta objetiva de auxilio a otro debe entenderse, por otra parte, en sentido restringido. Esto implica dejar fuera del concepto de solidaridad que al derecho penal importa aquellas situaciones de riesgo o peligro para un bien jurídico originadas por el propio sujeto obligado a actuar o a soportar un daño (injerencia) o aquellos supuestos en los que el sujeto ha asumido autónomamente una posición especial. En tales casos, el deber de actuar o de soportar el daño se legitima al margen de razones de solidaridad o, dicho de otra forma, no es preciso acudir a la solidaridad para fundamentar el deber.

En relación con los derechos de solidaridad, el concepto experimenta una evolución semejante a la señalada.² La idea de benevolencia o de altruismo, incluso de caridad, que acompaña al concepto en su dimensión ética o moral, da paso a una objetiva ayuda mutua entre personas, próxima al significado etimológico del término como unión con otro o unión con la causa común. Al propio tiempo, el concepto se colectiviza y erige en principio ético-político y jurídico, otorgándose a los poderes públicos la función de velar por la preservación de los derechos que responden a dicho principio. Los derechos de solidaridad devienen así en rasgo distintivo del Estado social, configurándose el constitucionalismo del Estado social como un constitucionalismo estructuralmente solidario.³ Los derechos sociales y, en general, los derechos de solidaridad constituyen la base o el soporte, el referente, de específicos bienes jurídico-penales colectivos.

3. Fundamento de la juridificación de la solidaridad

1. Tratándose de la preservación de bienes jurídicos individuales que se hallan en peligro, la juridificación del deber de solidaridad plantea problemas específicos. No es suficiente para la elevación de deber ético a deber jurídico el que la solidaridad se objetive y se haga recaer en la ayuda a otro con independencia del ánimo, sentimiento o actitud subjetiva. El Estado no puede imponer, sin más, el deber de ayudar a otro ni siquiera si circunscribe el deber al comportamiento externo. Si lo hace, ha de ser por una razón especial, excepcional, en atención a la concurrencia de situaciones extraordinarias de peligro para un bien jurídico y a que el propio Estado no pueda controlar directamente dicho peligro con los recursos que tiene a su disposición. Según FRISCH, solo estará justificada la juridificación cuando resulte necesaria para el cumplimiento de las *tareas* que le han sido *delegadas* al Estado por los ciudadanos y siempre que se observen las reglas que “los miembros autónomos de la comunidad solidaria” se impondrían razonablemente a sí mismos “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”.⁴ La fundamentación remite, pues, a la incapacidad del Estado para controlar el peligro en la situación concreta.⁵ Es la previsión de esa eventual incapacidad lo que justifica la juridificación de un deber de virtud que se legitima discursivamente en la cesión de parte de la libertad de los sujetos autónomos en el marco del contrato social “de la comunidad solidaria”.⁶ Individualismo y colectivismo convergen en el reconocimiento de cierto colectivismo que fundamenta deberes jurídicos de solidaridad a fin de preservar los intereses de cada uno de los miembros de la colectividad. Una solidaridad (acaso egoísta) surgi-

¹ Frisch, “Derecho penal y solidaridad. A la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro”, traduc. por Ziffer/Rojas, *InDret* 4/2016, p. 7.

² Una importante síntesis del tránsito de la solidaridad de los antiguos a la solidaridad de los modernos, en Vidal Gil, *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 30 y ss.

³ De Cabo Martín, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2006, p. 45; González Sánchez, *El principio de solidaridad en la Constitución española (Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano)*, Ratio legis, Salamanca, 2012, pp. 16 y 21 y s.

⁴ Frisch, “Derecho penal y solidaridad. A la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro”, traduc. por Ziffer/Rojas”, *InDret* 4/2016, pp. 8 y 14.

⁵ En sentido semejante, señala Robles Planas que “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”, Robles Planas, “Deberes de solidaridad”, *InDret* 1/2012, p. 2.

⁶ Así, Frisch, “Derecho penal y solidaridad”, *op. cit.*, p. 14.

ría, por tanto, del egoísmo altruista.⁷ De manera que la solidaridad intersubjetiva, que implica un sacrificio de libertad y de autonomía, se halla mediada por la solidaridad institucionalizada.⁸ Tal cesión de libertad ha de ser necesariamente restringida, limitada a supuestos excepcionales. Esto significa que las previsiones legislativas que incorporen un deber de actuar o de tolerar un daño por razones de solidaridad han de ser extraordinarias y estar delimitadas legislativamente mediante la descripción precisa del contexto del que surge el deber.

No todas las situaciones de necesidad de las que emerge un deber de actuar o de soportar un daño responden a razones de solidaridad, esto es, a la juridificación de un deber moral. Cuando el peligro para un bien jurídico procede del comportamiento previo del obligado (supuestos de injerencia), o cuando el omitente se halla en otra especial posición de garantía, no hay que acudir al criterio de la solidaridad para legitimar la existencia de un deber de actuar o de soportar un daño. En tales casos, el deber de actuar o de soportar un daño no responde a consideraciones de auxilio o ayuda mutua. En otras palabras, no todo deber de actuar ni todo deber de tolerancia es un deber de solidaridad.

2. Tratándose de la preservación de bienes jurídicos colectivos que tienen como referente los derechos colectivos de solidaridad, el problema se plantea en términos esencialmente distintos. Los derechos colectivos de solidaridad se conforman históricamente. Tanto si se parte de un liberalismo solidario como si se parte de un socialismo liberal,⁹ cabe hallar un punto de confluencia entre posiciones colectivistas y po-

siciones respetuosas con la autonomía individual.¹⁰ El principio ético-político de solidaridad no es privativo de posiciones colectivistas, sino que está presente en posiciones filosóficas muy diversas.¹¹ Pero, con independencia de la tensión entre individualismo y colectivismo, lo peculiar de los nuevos derechos de solidaridad es su afirmación en el marco de los cambios sociales y de la lucha por su reconocimiento.

En el seno del derecho público, los derechos sociales colectivos de solidaridad están llamados a limitar el poder político,¹² lo que permite hablar de la solidaridad altruista del Estado social y democrático de derecho. De tales derechos derivan deberes de los poderes públicos de acuerdo con los principios rectores de la política social y económica y, a la vez, deberes individuales. Lo mismo cabe decir de otros derechos de solidaridad que, como el derecho al medio ambiente, comportan a la vez el deber de los poderes públicos de velar por su preservación y el deber de los particulares de no lesionarlo o ponerlo en peligro.

La juridificación del deber de solidaridad discurre en estos casos por un camino distinto del que sigue la

⁷ Sobre esta terminología, Vidal Gil, *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 133 y s.

⁸ En este sentido señala Alcácer Guirao que es inherente a la noción de solidaridad cierto grado de comunitarización del individuo y de sacrificio de la libertad y de la autonomía individual, Alcácer Guirao, "Autonomía, solidaridad y deber de socorro (Un apunte histórico)", *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 2000, pp. 367 y ss. Distinguiendo la perspectiva contractualista, de un lado, y la institucionalista, de otro, Silva Sánchez, "Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia", en *Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Bajo Fernández/Jorge Barreiro/Suárez González (coord.), Thomson/Civitas, Navarra, 2005, pp. 1011 y ss.

⁹ Vidal Gil, *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 133 y s. Sobre el reconocimiento de la solidaridad en la tradición liberal y en el comunitarismo, Varona Gómez, *Derecho Penal y solidaridad. Teoría y práctica del mandato penal de socorro*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 105 y ss.

¹⁰ Cortina, "Más allá del colectivismo y el individualismo: autonomía y solidaridad", *Sistema*, nº 96, 1990, pp. 6 y ss. Sobre la evolución histórica del solidarismo y el solidarismo como tercera vía, Losano, "La cuestión social y el solidarismo francés: actualidad de una antigua doctrina", en *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis, Cuadernos Bartolomé de las Casas*, 50, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 17 y ss. y 20 y ss.; y el mismo, "Las teorías del solidarismo y su influencia en la formulación de derechos fundamentales económicos", en *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis, Cuadernos Bartolomé de las Casas*, 50, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 37 y ss. Críticamente, Alcácer Guirao, "Autonomía, solidaridad y deber de socorro (Un apunte histórico)", *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 2000, p. 365, quien afirma que en la tensión dialéctica entre la autonomía personal y la solidaridad "difícilmente puede llegarse a una síntesis", si bien luego matiza esta afirmación señalando la existencia de posibilidades argumentativas de incorporar el pensamiento de la solidaridad en la doctrina liberal de los derechos personales, p. 369.

¹¹ Al respecto, Figueroa/Michelini (comps.), *Filosofía y solidaridad. Estudios sobre Apel, Rawls, Ricoeur, Lévinas, Dussel, Derrida, Rorty y Van Parijs*, ed. Universidad A. Hurtado, Chile, 2007. También, Rorty, *El pragmatismo, una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética*, traduc. por Vergés Gifra, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 2008, pp. 212 y s.; Guisán, *Una ética de libertad y solidaridad: John Stuart Mill*, Anthropos, Barcelona, 2008, pp. 40 y ss.; Cortina, "Más allá del colectivismo y el individualismo: autonomía y solidaridad", *Sistema*, nº 96, 1990, p. 10. A propósito de la fundamentación de deberes jurídicos de solidaridad desde una perspectiva kantiana, SILVA Sánchez, "Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195. 3 y 196 del Código penal", en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, CGPJ, 4, 1999, p. 159.

¹² Vidal Gil, *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 133 y s.

juridificación *ad hoc* de un deber de virtud en situaciones de necesidad de un tercero, pues ya no se trata tanto de una intromisión en la esfera de libertad de otro obligándole a hacer algo o a soportar un daño, cuanto de prohibir o, en su caso, preceptuar acciones¹³ en orden a proteger bienes jurídicos colectivos que hunden sus raíces en razones de solidaridad.

En los apartados siguientes (4, 5 y 6) nos ocupamos separadamente de ambas cuestiones.

4. De cómo el deber de virtud de solidaridad deviene en deber jurídico en situaciones de peligro para bienes jurídicos individuales

Tratándose de la necesaria protección de bienes jurídicos individuales que se hallan en peligro, procede hacer referencia, de un lado, al estado de necesidad y, de otro, al delito de omisión del deber de socorro, a fin de precisar en qué términos y en qué medida están vinculados al deber (positivo, general) de solidaridad juridificado.

4.1. Estado de necesidad agresivo y defensivo: diversificación

En relación con el estado de necesidad,¹⁴ la solidaridad es el fundamento del deber positivo de soportar o tolerar un daño para la salvaguardia de bienes de un tercero.¹⁵ Esto es así, a nuestro juicio, solo en el estado de necesidad agresivo justificante (por ejemplo, delito contra la propiedad para salvar una vida).

Una primera limitación pudiera proceder de restringir la base solidaria del estado de necesidad a los

supuestos en que este concurre en delitos contra bienes jurídicos individuales. Sin embargo, el Código Penal español, al referirse en el artículo 20.5 al que “para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber”, abre las puertas, en relación con la infracción de un deber, a la posible apreciación del estado de necesidad en delitos contra bienes jurídicos supraindividuales (por ejemplo, un delito contra la seguridad vial para salvar una vida).¹⁶ En estos casos, la solidaridad adquiere perfiles propios. Se trataría de una solidaridad difusa o difundida en la colectividad, por lo que habría que ir a una fundamentación paralela del deber de soportar el daño.¹⁷ Pero aquí nos vamos a limitar a aquellas situaciones de necesidad que concurren en la comisión de delitos que afectan a bienes jurídicos individuales.

En segundo lugar, es preciso distinguir dos supuestos a la hora de examinar la incidencia de la solidaridad en la fundamentación del deber de soportar el daño. Tales supuestos permiten tratar diferenciadamente el estado de necesidad desde la perspectiva de su base solidaria. Por una parte, los casos en que el obligado no ha originado la situación de necesidad; en estos casos puede hablarse de una genuina solidaridad pasiva en relación con su deber de soportar el daño. Por otra parte, los casos en que media una intervención del obligado que genera la situación de necesidad, casos de injerencia en los que, a nuestro juicio, no es la solidaridad el fundamento del deber de soportar el daño. A esta conclusión llegamos a partir del concepto de solidaridad y del fundamento de la juridificación del deber de solidaridad en los términos antes expuestos. Vamos a tratar de mostrar que, de acuerdo con ellos, no hay inconveniente en principio en establecer un nexo entre la solidaridad y el deber de un tercero de soportar un daño en un contexto de estado de necesidad agresivo; y que, en cambio, es muy problemático que se pueda fundamentar en la solidaridad el estado de necesidad defensivo y, por ende, que se pueda aceptar un deber de solidaridad más intenso en el estado de necesidad defensivo: pue-

¹³ Como bien recuerda Robles Planas, tanto los deberes negativos como los positivos pueden infringirse por acción y por omisión, Robles Planas, “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, *InDret* 4/2013, p. 4.

¹⁴ Sobre la incidencia de la solidaridad intersubjetiva en la resolución de conflictos de intereses en situaciones de necesidad es fundamental la monografía de Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 43 y ss.

¹⁵ No entramos aquí en la debatida cuestión de si cabe el estado de necesidad para salvaguardar intereses supraindividuales, ni en el correspondiente deber de soportar un daño para la salvaguardia de tales intereses. Sobre los obstáculos a que se enfrenta, fuera de la colisión de deberes, el estado de necesidad para salvar “intereses comunitarios, o del Estado”, Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 409. Partidario de que en casos graves se permita actuar en estado de necesidad para salvar intereses colectivos, Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. actualizada y revisada con la colaboración de Gómez Martín/Valiente Iváñez, Reppertor, Barcelona, 2016, p. 476.

¹⁶ Al respecto, Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 410, Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. actualizada y revisada con la colaboración de Gómez Martín/Valiente Iváñez, Reppertor, Barcelona, 2016, p. 477.

¹⁷ Sobre la necesidad de reformular los principios cuando intervienen bienes jurídicos supraindividuales, Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 100 y ss.

de haber un mayor deber de tolerancia pero este no será un deber de solidaridad.

Por último, procede hacer otra restricción en el estado de necesidad desde la perspectiva de su base solidaria: la relación entre solidaridad y estado de necesidad no puede ser aceptada en el estado de necesidad agresivo en todos los casos, sino que siempre que se parta de la teoría de la diferenciación o doble naturaleza del estado de necesidad —lo que no es cuestión pacífica en la doctrina— será preciso diferenciar entre estado de necesidad justificante y estado de necesidad excluyente de la culpabilidad.¹⁸

Por tanto, en el estado de necesidad, el rol de la solidaridad debe ser examinado distinguiendo entre estado de necesidad agresivo y estado de necesidad defensivo¹⁹ y, también, de aceptarse la diferenciación, entre estado de necesidad justificante y estado de necesidad excluyente de la culpabilidad.

Veamos, en primer lugar, el estado de necesidad agresivo y, en particular, la cuestión de si la solidaridad despliega su eficacia en todos los supuestos de estado de necesidad agresivo o solo en los casos en que se lesione un bien de inferior rango que aquel que se trata de salvaguardar. Nos referiremos después al estado de necesidad defensivo y en particular a la cuestión de si el deber de soportar el daño en supuestos de estado de necesidad defensivo es un deber jurídico intensificado de solidaridad o si el deber de tolerancia se fundamenta en tales casos por otro camino.

4.1.1. El estado de necesidad *agresivo* comprende aquellas situaciones en que el sujeto, para evitar un peligro propio o ajeno, menoscaba los intereses de un tercero que, sin haber contribuido a la aparición de dicho peligro, es obligado, sin embargo, a soportar el daño. Se suele aceptar que el fundamento del deber de soportar el ataque a sus intereses hay que buscarlo en un deber de solidaridad juridificado.²⁰ Este deber, que

necesariamente ha de ser (de)limitado, fundamenta la causa de justificación desde la *perspectiva del tercero* ajeno al acontecimiento y afectado por la acción,²¹ fundamento que se adhiere al fundamento del estado de necesidad desde la *perspectiva del sujeto agente*, a saber, la salvaguardia de bienes jurídicos o el principio de protección de bienes jurídicos buscando el menor perjuicio.²²

La juridificación del deber moral de solidaridad se justifica en el seno del Estado social de derecho —que parte de la autonomía personal, pero adopta también posiciones colectivistas— en aquellos casos en que el propio Estado no puede cumplir por sí mismo con el deber de proteger los bienes jurídicos. En la confluencia de autonomía personal y colectivismo surge y se justifica el deber de solidaridad intersubjetiva de soportar un daño ante una situación de necesidad. Así pues: deber de tolerancia y, más precisamente, deber de solidaridad, de un lado, y derecho de necesidad, de otro. Como dice Baldó Lavilla, esferas organizativas autónomas quedan vinculadas unas con otras por criterios de solidaridad.²³ La infracción de aquel deber puede incluso dar lugar a responsabilidad penal.²⁴

El deber de terceros de soportar el daño en una situación de estado de necesidad agresivo no es ilimitado. Su justificación tiene sentido en los casos en que se lesiona un bien de inferior valor que el que se trata de salvaguardar. Si son equivalentes “el espíritu de solidaridad desaparece, de manera que el afectado

Sánchez, “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, en *Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Bajo Fernández/Jorge Barreiro/Suárez González (coord.), Thomson/Civitas, Navarra, 2005, pp. 1011 y ss.

²¹ Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 267, Roperero Carrasco, *La provocación del estado de necesidad en derecho penal. Provocación de situaciones de riesgo en el tráfico automovilístico y otros estados de conflicto*, Comares, Granada, 2002, p. 57.

²² Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 267, Roperero Carrasco, *La provocación del estado de necesidad en derecho penal. Provocación de situaciones de riesgo en el tráfico automovilístico y otros estados de conflicto*, Comares, Granada, 2002, p. 98.

²³ Baldo Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 91.

²⁴ Acerca de si el deber de tolerar es un deber positivo de solidaridad pasiva, si es un deber positivo de intensidad equiparable a la de los deberes negativos, o si constituye un deber negativo, discutiendo la cuestión de si su infracción puede dar lugar a un delito de resultado, Silva Sánchez, “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, en *Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Bajo Fernández/Jorge Barreiro/Suárez González (coord.), Thomson/Civitas, Navarra, 2005, pp. 1016 y ss.

¹⁸ Crítico con la interpretación que la doctrina española hace de la teoría de la diferenciación o doble naturaleza del estado de necesidad, Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. actualizada y revisada con la colaboración de Gómez Martín/Valiente Iváñez, Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 467 y ss. También, Roperero Carrasco, *La provocación del estado de necesidad en Derecho penal. Provocación de situaciones de riesgo en el tráfico automovilístico y otros estados de conflicto*, Comares, Granada, 2002, pp. 8 y ss.

¹⁹ Sobre la distinción, Baldo Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 121 y ss. Sobre la referencia del estado de necesidad agresivo a la solidaridad general intersubjetiva, el mismo, *loc. cit.*, pp. 90 y ss.

²⁰ Sobre las diferentes explicaciones de la juridificación del deber moral de solidaridad en el estado de necesidad agresivo, Silva

se ve desligado de su deber de tolerancia”.²⁵ La justificación del deber moral de solidaridad se restringe y circunscribe así a un deber mínimo y general de soportar el daño en situaciones de estado de necesidad *justificante*, lo que se aviene bien con la teoría de la diferenciación o doble naturaleza jurídica del estado de necesidad —teoría que, como ya hemos dicho, no es unánimemente aceptada—. Partiendo de dicha teoría, solo cuando el estado de necesidad es causa de justificación es dable acudir a la solidaridad para fundamentar el deber de soportar la lesión del interés inferior. Cuando los bienes son del mismo valor, el estado de necesidad exime de responsabilidad al autor por razones de culpabilidad y, en tal caso, no surge para el tercero ajeno al conflicto (recordemos que nos estamos refiriendo al estado de necesidad agresivo) ningún deber jurídico de solidaridad por el que tenga que soportar el daño. Habrá estado de necesidad excluyente de la culpabilidad pero no un deber jurídico de solidaridad erigido frente a todos de soportar el daño.

4.1.2. En el estado de necesidad *defensivo*, lo peculiar es que la situación de necesidad ha sido creada precisamente por el sujeto cuyos intereses son lesionados por la acción que salvaguarda el bien puesto en peligro.²⁶

Se discute si, siendo graduables los deberes de tolerancia, cuando se injerta el peligro surge un deber de tolerancia más intenso, y si este puede ser caracterizado como deber intensificado de solidaridad.²⁷ Coca Vila, partiendo de la proximidad estructural y material entre estado de necesidad defensivo y delito de omisión de socorro agravado u omisión pura de

garante, suscita la cuestión de si, al igual que Silva Sánchez habla de infracción de deberes intensificados de solidaridad en relación con las omisiones puras de garante (en las que es el propio omitente, el que con su comportamiento fortuito o imprudente, hace surgir el peligro para un bien jurídico y luego omite el socorro, a diferencia de la omisión pura, general, que estaría basada en la infracción del deber de solidaridad mínimo o intersubjetivo),²⁸ en el estado de necesidad defensivo habría supuestos en los que el deber de tolerancia impuesto se fundamentaría en la infracción de deberes de solidaridad superiores al mínimo o general intersubjetivo. Se trataría entonces de deberes de tolerancia intensificados fundados en la solidaridad.²⁹

Es muy dudoso, sin embargo, que, cuando se ha generado el peligro, el fundamento del deber (de actuar o de soportar un daño) responda a genuinas razones de solidaridad. En situaciones de injerencia, no hay que acudir a la solidaridad intersubjetiva para fundamentar el deber de soportar el daño.³⁰ La decisión sobre el alcance o el peso que pueda tener la solidaridad intersubjetiva en supuestos en que se ha intervenido en la causación de la situación de necesidad, obliga a examinar la relación entre solidaridad e injerencia, toda vez que una intervención causal en la fuente de peligro se precisa siempre para que se pueda hablar de estado de necesidad defensivo,³¹ al igual

²⁵ Así, Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 268.

²⁶ Si se rechaza la teoría de la diferenciación, se tratará de un estado de necesidad justificante, incluso, si se lesiona un bien del mismo valor que el salvaguardado. Así dice Mir Puig que puede admitirse estado de necesidad justificante “aunque el bien salvado *no sea mayor* que el lesionado cuando el peligro que da lugar a la situación de necesidad proceda de la persona o cosa a la que se lesiona defensivamente (el llamado “estado de necesidad defensivo”)", Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. actualizada y revisada con la colaboración de Gómez Martín/Valiente Iváñez, Reppertor, Barcelona, 2016, p. 481.

Cuando los bienes afectados pertenezcan al agresor ilegítimo se tratará, dice Luzón Peña, de legítima defensa y no de estado de necesidad, Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 410.

²⁷ Robles Planas, “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, en *Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Luzón Peña (dir.), La Ley, Madrid, 2010, pp. 461 y ss.

²⁸ Silva Sánchez, *El delito de omisión, concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 345 y ss., el mismo, “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195. 3 y 196 del Código penal”, en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, cgpj, 4, 1999, pp. 160 y s., Coca Vila, “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, *InDret*, 1/2011, p. 34.

²⁹ Coca Vila, “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, *InDret*, 1/2011, pp. 34 y s., donde destaca asimismo las dificultades para fundamentar el plus de solidaridad. También, Robles Planas, “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, en *Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Luzón Peña (dir.), La Ley, Madrid, 2010, p. 462.

³⁰ Más matizadamente, sostiene Baldó Lavilla que en situaciones de estado de necesidad defensivo hay que partir del principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador, si bien ulteriormente modulado, con una función limitadora, por el principio de solidaridad general intersubjetiva, Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 74 y ss.

³¹ Robles Planas, “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, en *Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Luzón Peña (dir.), La Ley, Madrid, 2010, p. 459, señalando que no es suficiente estar “al lado” de la fuente de peligro para que se pueda

que se precisa para que se pueda hablar de omisión pura de garante.

Quien injerta un peligro en un bien jurídico ajeno *limita simultáneamente la propia esfera de libertad* al inmiscuirse en el ámbito de libertad del otro. En atención a tal autolimitación de la propia libertad, cabe exigirle jurídicamente que soporte un daño (o, en su caso, que realice una acción) para evitar la lesión del bien jurídico. Desde luego, que desde un punto de vista formal, tal exigencia jurídica evoca la unión a otro, a quien se ayuda o auxilia, pero esta no es la solidaridad objetiva a la que el Estado se ve abocado a acudir excepcionalmente ni la solidaridad altruista del Estado social de derecho. El deber de soportar o de tolerar un daño (deber de tolerancia) remite, en tales casos, no a la solidaridad, sino al comportamiento propio que ha generado el peligro.³²

Como dice Lascurián Sánchez, “somos garantes de la inocuidad de nuestros propios comportamientos peligrosos”. Esta afirmación no solo es válida cuando se trata de fundamentar los deberes de garantía en los delitos de comisión por omisión.³³ Es válida también en las omisiones puras de garante y en el deber de soportar el daño en situaciones de necesidad causadas (imprudente o fortuitamente) por el obligado. En todos estos casos, el fundamento del deber reside en la intromisión previa en la esfera de libertad de otro —con la consiguiente autolimitación de la propia libertad— sin que quepa entender que si la causación del peligro fue fortuita cesa la posición “de garantía” y que el deber ha de ser fundamentado por otra vía, no la de la responsabilidad por la intromisión en la esfera de otro, sino la de un deber de solidaridad intensificado.

En un contexto de estado de necesidad no existe un deber jurídico *de solidaridad* más intenso para quien injerta el peligro. La solidaridad, en tanto juridificación de un deber moral bajo determinados presupuestos, no está en función de lo que el sujeto del que se espera el comportamiento solidario haya realizado anteriormente, sino que es objetiva y se establece frente a todos. Esto no significa que el deber de so-

lidad no pueda graduarse. Significa tan solo que en situaciones de injerencia como las mencionadas no concurre propiamente la graduación de un genuino deber de solidaridad, sino un deber de tolerancia más intenso que no responde, a nuestro juicio, a razones de solidaridad.³⁴

La juridificación del deber de solidaridad se justifica por la existencia objetiva de la situación de necesidad siempre que el interés salvaguardado sea superior al lesionado y que el peligro no haya sido generado por quien soporta la lesión. En estos casos extraordinarios, cuando el Estado es incapaz de proteger con sus medios el bien jurídico en peligro, está justificada la juridificación de un deber moral. Pero cuando el obligado ha causado el peligro no es preciso recurrir a la solidaridad intersubjetiva porque entonces el deber surge de la intromisión en la esfera de libertad de otro, la cual acarrea la autolimitación de la propia esfera de libertad.

Por otra parte, la fundamentación del deber de soportar el daño a partir de la responsabilidad por el propio comportamiento —y no por razones de solidaridad— permite fundamentar de forma unitaria el estado de necesidad defensivo *desde la perspectiva del tercero* afectado por la acción, con independencia de que se acepte o no la teoría de la diferenciación. Tratándose de estado de necesidad defensivo, tanto si el bien salvaguardado es de mayor valor como si es de igual valor al lesionado, en todo caso, el que ha injertado el peligro en el bien jurídico tiene por ello, en atención a que ha autolimitado su libertad, el deber jurídico de soportar, *tolerar*, el daño.

El deber positivo general de solidaridad, entendido en los términos expuestos, cumple con la conceptualización que hace Garzón Valdés de los deberes positivos generales: “aquellos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatarios y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa”.³⁵ El deber positivo general de so-

hablar de estado de necesidad defensivo.

³² Importante estudio sobre autonomía y solidaridad en los derechos de necesidad y defensa, en Wilenmann Von Bernath, “El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal”, *InDret* 3/2014, pp. 8 y ss.

³³ Lascurián Sánchez, *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002, p. 80.

³⁴ Matizadamente, sobre la graduación de deberes de *tolerancia*, Robles Planas, “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, en *Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Luzón Peña (dir.), La Ley, Madrid, 2010, pp. 461 y ss.

³⁵ Garzón Valdés, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía y Derecho*, n° 3, 1986, pp. 17 y 28 y ss., considerando que la fundamentación de los deberes positivos generales es la misma que la de los deberes negativos

lidaridad requiere un sacrificio trivial que se traduce en el estado de necesidad en el deber de soportar un daño (deber pasivo) para evitar otro mayor. Un sacrificio que se requiere de cualquiera.

Quien ha originado el peligro no tiene un deber de solidaridad positivo general más intenso, ni siquiera un deber de solidaridad, sino un deber jurídico que se fundamenta por otro camino, en atención a la injerencia y a la consiguiente autolimitación de la propia esfera de libertad.

4.2 Omisión del deber general de socorro y omisión de garante: diversificación

Como se deriva de lo ya expuesto, el deber positivo general de solidaridad fundamenta el delito de omisión del deber general de socorro, pero no las omisiones de garante. Silva Sánchez destaca con acierto la existencia de una categoría intermedia entre la omisión de socorro y la comisión por omisión a la que denomina “omisión de garante”. Él mismo señala que pertenecen a esta categoría intermedia el delito de omisión de socorro agravado, del artículo 195.3 del Código Penal, que sería una omisión *pura* de garante, y el delito de omisión cualificada por la infracción de deberes específicos del ámbito sanitario, del artículo 196 del Código Penal, cuya sanción “se condiciona a la producción de un resultado de peligro”, que sería una omisión de garante *referida a resultado*. En tales omisiones lo peculiar es que el omitente, o bien ha injertado el peligro, o bien se halla en una posición de garantía en torno a la que se conforma un espacio diferente al de los genuinos delitos de comisión por omisión contra la vida o contra la salud o la integridad física o corporal.³⁶ Se trata, en definitiva, de omisiones no equivalentes a la acción pero que merecen una

pena mayor que las omisiones puras generales.³⁷ Silva Sánchez entiende que dicha categoría intermedia se fundamenta en consideraciones de solidaridad cualificada entre ciudadanos “que surgen cuando estos ocupan una determinada posición de deber especial”, y que la solidaridad se erige así en un *título de imputación* o de atribución de responsabilidad, que se situaría al lado de la atribución de responsabilidad penal por la organización de la propia esfera jurídica de libertad en la comisión activa y en la comisión por omisión, cuando los sujetos se hallan vinculados no solo por su pertenencia a la comunidad, sino también “por lazos especiales, especialmente institucionales”.³⁸ También Jakobs invoca la responsabilidad por solidaridad o como garantía de la solidaridad en la infracción de deberes de sacrificarse vinculados a relaciones de confianza especiales, etc., señalando que “la garantía de los bienes o de que no se produzcan peligros se ve flanqueada en estos deberes por la garantía de las instituciones”.³⁹

Cuando se fundamentan las omisiones de garante en la juridificación de la solidaridad se abren peligrosamente las puertas del derecho penal a la extensión de las posiciones de garantía en los delitos de comisión por omisión. Dicho en otros términos, la vía de la solidaridad puede llevar, pensamos, a una extensión desmesurada de tales delitos.

En las llamadas omisiones de garante el deber positivo de actuar es más intenso que el deber general. Pero, a nuestro juicio, no es un deber de solidaridad más intenso, ni siquiera un deber de solidaridad, pues en tales casos es el propio individuo el que con su comportamiento anterior, que causa el peligro culpable o incluso fortuitamente (artículo 195.3), o con su posición especial autónomamente asumida (artículo 196), hace surgir el deber de actuar, un deber que descansa en la autolimitación de la propia esfera de libertad y no en razones de solidaridad: no es preciso acudir, en estos casos, a la juridificación de un deber de virtud.

generales: la protección de bienes. Sobre ello también, Coca Vila, “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, *InDret*, 1/2011, pp. 34 y s., nota 109.

³⁶ Silva Sánchez, “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195. 3 y 196 del Código penal”, en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, CGPJ, 4, 1999, pp. 153 y ss. En relación con el artículo 196, un examen crítico de las diferentes posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del delito en Gómez Tomillo, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios. Artículo 196 del Código Penal*, Universidad de Valladolid, 1999, pp. 18 y ss., y en Esquinas Valverde, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal*, Comares, Granada, 2006, pp. 15 y ss.

³⁷ Robles Planas, “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, *InDret* 4/2013, p. 17.

³⁸ Silva Sánchez, “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195. 3 y 196 del Código Penal”, en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, CGPJ, 4, 1999, pp. 156 y 158.

³⁹ Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traduc. por Cuello Contreras/ Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 949 y 993 y ss.

Crítico también con la postura de Silva Sánchez, Dopico Gómez-Aller señala que en los casos de injerencia imprudente difícilmente puede negarse la imputación objetiva y que se trata entonces de daños surgidos de una defectuosa organización de la propia esfera.⁴⁰ Aunque la fundamentación puede ser más difícil, también en los casos de causación fortuita del peligro el sujeto se sitúa en una posición especial y limita su propia esfera de libertad, con lo que surge para él un deber de actuar no por solidaridad, sino por haber injertado un peligro, siquiera fortuitamente, para el bien jurídico. No se puede hablar propiamente de una defectuosa organización de la esfera propia pero sí de autolimitación de la propia libertad. Hay aquí una línea delicada entre la responsabilidad por tal autolimitación de la libertad y la responsabilidad objetiva, pero la línea existe toda vez que no se trata de hacer responder por la generación fortuita del peligro, sino por la no realización de la acción que el ordenamiento jurídico espera del sujeto tras la generación del peligro.

En cambio, en el genuino delito de omisión pura del deber general de socorrer, cuando no se ha causado el peligro, es la solidaridad intersubjetiva el fundamento de la incriminación y de la imputación de responsabilidad penal. En dicho delito, nos hallamos ante un deber positivo de socorrer, de solidaridad activa, dado el contexto de peligro que el tipo describe (desamparo y peligro manifiesto y grave y posibilidad de socorrer sin riesgo propio ni de tercero): si el Estado no puede prestar directamente con sus medios el auxilio, se eleva a deber jurídico un deber de virtud.

La solidaridad no deviene por ello en un nuevo título de imputación o de atribución de responsabilidad penal. La responsabilidad *penal* es responsabilidad por el hecho realizado (omitido) y no por lo que se deba hacer.⁴¹ En el delito de omisión del deber de socorrer se responde por la no realización de la acción esperada, la acción preceptuada por el ordenamiento jurídico, cuando el sujeto *puede* actuar sin riesgo propio ni de tercero. En ese *poder*, que se mueve dentro

de la propia esfera de libertad, se halla la base de la imputación, y no en que el comportamiento sea in-solidario o no responda al deber de solidaridad. La solidaridad cumple por ello una *función fundamental* del deber pero *meramente complementaria* en el marco del tipo penal —y lo mismo cabe decir, y con mayor razón, respecto de su función en el marco del estado de necesidad agresivo justificante donde está referida al sujeto que debe soportar el daño y no a quien realiza la acción—.

En el delito de omisión de socorro, la solidaridad no es tampoco el bien jurídico protegido. El delito se asienta sobre la juridificación de un deber de virtud, la solidaridad, que es parte de la *ratio legis*. Pero de ello no se deriva en absoluto que sea el bien jurídico protegido. De acuerdo con una concepción material, no metodológica del bien jurídico, cabe decir que el delito se orienta a la protección de los bienes jurídicos individuales en peligro (y que la realización de la acción esperada podría salvaguardar). No es esta una cuestión pacífica en la doctrina, en la que se han sostenido posturas muy diferentes entre sí: desde la consideración de la solidaridad como bien jurídico directamente protegido, o como bien jurídico intermedio para la protección de un bien jurídico individual, pasando por la consideración de que es la seguridad de la vida, la salud o la integridad el objeto de la protección penal, hasta la consideración de que el delito se orienta directamente a la protección de la vida, la salud o la integridad,⁴² sin que falte quien entienda que los bienes individuales son la *ratio* del precepto y la solidaridad del bien jurídico protegido.⁴³

⁴⁰ Dopico Gómez-Aller, *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 640.

⁴¹ Seelmann, “¿Existen deberes de solidaridad en el Derecho Penal?”, traduc. por Montiel, en Seelmann, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 82. Acerca de la “responsabilidad por lo que se ha de hacer: el deber del poder”, Jonas, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, traduc. por Fernández Retenaga, Herder, Barcelona, 1995, pp. 163 y s.

⁴² Ampliamente sobre las diferentes posiciones doctrinales, Molina Fernández, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, V. II, Bajo Fernández (dir.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pp. 142 y ss.; Gómez Tomillo, *El deber de socorro (Artículo 195.1 del Código Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 30 y ss.; Aráuz Ulloa, *El delito de omisión del deber de socorro. Aspectos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 135 y ss.; Blanco Lozano, *La omisión del deber de socorro en el Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 84 y ss.

Acerca de si el delito se extiende al peligro para otros bienes jurídicos individuales como la libertad, o la autodeterminación sexual, Molina Fernández, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, V. II, Bajo Fernández (dir.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pp. 144 y s.; Gómez Tomillo, *El deber de socorro (Artículo 195.1 del Código penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 57 y ss.

⁴³ García Alberó, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.), 10ª ed., Aranzadi, Navarra, 2016, p. 413 y s.

La solidaridad en tanto deber jurídico, juridificación de un deber de virtud, no está en condiciones de ser un bien jurídico-penal. Su elevación a bien jurídico-penal conduciría a entender el delito como lesión de un deber y a sostener una concepción metodológica, no material, del bien jurídico.⁴⁴ A veces se intenta superar la abstracción, evanescencia y connotaciones morales de la solidaridad, objetivándola en torno a la ayuda o asistencia.⁴⁵ Pero ello lleva a entender que se protegen también los bienes jurídicos individuales en peligro y, en definitiva, a hacer del delito un delito pluriofensivo.

Por el contrario, hacer de los bienes jurídicos individuales el exclusivo objeto de la protección penal, y no de la solidaridad, es acorde con la materialización del bien jurídico. Responde además a la exigencia de que la juridificación del deber de solidaridad —que, a nuestro juicio forma parte de la *ratio legis* del delito— sea limitada: el marco del tipo se restringe al poder dejar fuera del mismo tanto aquellos casos en que el omitente es absolutamente incapaz de controlar o disminuir el peligro por carecer de preparación o de medios como aquellas omisiones insolidarias momentáneas que tienen lugar al comienzo de la aparición del peligro en supuestos en que este se transforma inmediatamente en lesión.⁴⁶

5. Del principio ético-político y jurídico de solidaridad a los bienes jurídicos colectivos de solidaridad: derechos constitucionales y derechos humanos de solidaridad

La aparición de deberes sociales que inciden en la organización política trajo consigo la consagración de la solidaridad como criterio rector de carácter político y jurídico⁴⁷ y el reconocimiento progresivo de

derechos sociales de solidaridad. También las últimas generaciones de derechos humanos son derechos de solidaridad (derecho al medio ambiente, derecho de los pueblos, derecho a la paz...). En los derechos de solidaridad se halla el fundamento de los bienes jurídico-penales colectivos de solidaridad. El reconocimiento de derechos de solidaridad —y de bienes jurídico-penales colectivos delimitados a partir de ellos— no implica otorgar la supremacía a las concepciones comunitaristas ni la subordinación del individuo a la colectividad. Lejos de ser manifestación de un colectivismo rígido, se trata del reconocimiento de intereses colectivos al servicio de la persona en el marco de un individualismo solidario o de un colectivismo abierto a la autonomía personal.⁴⁸

El constitucionalismo del Estado social, se ha dicho, es un constitucionalismo estructuralmente solidario.⁴⁹ En relación con la Constitución española, podemos distinguir con la doctrina constitucionalista preceptos que responden al principio de solidaridad, aunque en ellos no se mencione expresamente la solidaridad y preceptos en los que la solidaridad sí se menciona expresamente.

En atención a su especial significación a los efectos de fundamentar y delimitar específicos bienes jurídico-penales colectivos, cabe recordar, en primer lugar, que la Constitución española establece en su artículo 33 que la función social de la propiedad delimitará el contenido del derecho a la propiedad privada. La relativización de los derechos privados en atención a su función social es una característica de la solidaridad del Estado social.⁵⁰ El delito de sustracción de cosa propia a su utilidad social halla en ello su fundamento.

Cabe mencionar también el artículo 31 de la Constitución, que se refiere a la contribución al sostenimiento de los gastos públicos y a la asignación equitativa de los recursos públicos a través del gasto. Dice el Tribunal Constitucional, como recuerda González Sánchez, que “el principio de solidaridad sirve

⁴⁴ En relación con la vinculación histórica del delito al derecho penal nazi construido en torno a la violación de deberes, Portilla Contreras, “La omisión del deber de socorro”, en *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Quintero Olivares/Morales Prats (coord.), Aranzadi, Navarra, 2001, p.1666.

⁴⁵ Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 296 y s., Portilla Contreras, “La omisión del deber de socorro”, en *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Quintero Olivares/Morales Prats (coord.), Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1669.

⁴⁶ Ampliamente, Gómez Tomillo, *El deber de socorro (Artículo 195.1 del Código Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 69 y s.

⁴⁷ Así, González Sánchez, *El principio de solidaridad en la*

Constitución española (Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano), Ratio legis, Salamanca, 2012, p. 28.

⁴⁸ Cortina, “Más allá del colectivismo y el individualismo: autonomía y solidaridad”, *Sistema*, nº 96, 1990, pp. 6 y ss.

⁴⁹ De Cabo Martín, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2006, p. 45.

⁵⁰ Sobre la evolución del derecho de propiedad desde su carácter absoluto hasta la concepción actual, Vidal Gil, *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 326 y ss.

de orientación al sistema tributario y de fundamento al deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas”, lo que “es algo como decir que constitucionalmente el principio de solidaridad justifica la exigencia de tributos”.⁵¹ En él hallamos la base constitucional del bien jurídico protegido a través de los delitos contra la Hacienda Pública.

Igualmente, cabe recordar lo previsto en el artículo 35.1. de la Constitución sobre el derecho al trabajo, así como principios y derechos sociales de solidaridad entre los que se encuentran, siguiendo la clasificación propuesta por González Sánchez, el principio de política económica, radicado ante todo en los artículos 40 y 131, y una amplia gama de derechos sociales que corresponde garantizar y/o promover a los poderes públicos y que acarrearán deberes positivos para los ciudadanos, como el derecho a la Seguridad Social para todos los ciudadanos (artículo 41), el derecho a la protección de la salud, (artículo 43), y los derechos de los consumidores y usuarios (artículo 51), entre otros.

Mención aparte merecen el derecho al medio ambiente (artículo 45, que hace referencia a que los poderes públicos se apoyarán a fin de protegerlo en la indispensable solidaridad colectiva),⁵² y el derecho al patrimonio histórico, cultural y artístico (artículo 46). En relación con ellos, la Constitución establece mandatos expresos de criminalización.

En estos y otros derechos de solidaridad hallamos las bases constitucionales de específicos bienes jurídicos colectivos.

Pero el marco constitucional mencionado, siendo importante, no es el definitivo marco referencial de los bienes jurídico-penales. En el ámbito de los derechos humanos hallamos también una base imprescindible para la fundamentación de los bienes jurídico-penales, con la ventaja de que dichos derechos no están sujetos al encorsetamiento constitucional y no se verían afectados por una eventual involución constitucional. Esto es aplicable también a la fundamentación de los bienes jurídico-penales colectivos. Los derechos humanos de reciente generación son de-

rechos de solidaridad. Entre ellos se halla el derecho a la paz, los derechos de los pueblos al patrimonio común de la humanidad, al derecho al medio ambiente, etcétera.⁵³

De manera que, a grandes rasgos, cabe distinguir, de un lado, derechos colectivos sociales y otros derechos de solidaridad de base constitucional y, de otro lado, derechos humanos colectivos de solidaridad llamados a encontrar acomodo en el marco constitucional. En todos ellos cabe hallar el referente de específicos bienes jurídico-penales colectivos.

6. Bienes jurídicos colectivos de solidaridad

Sin pretensión de exhaustividad, señalamos a continuación algunos de los bienes jurídicos colectivos que, a nuestro juicio, pueden ser caracterizados como bienes jurídico-penales colectivos de solidaridad.

1. Empecemos recordando que la Constitución española requiere que el derecho a la propiedad privada se delimite atendiendo a su función social (artículo 33). En el ámbito del derecho civil, la solidaridad del Estado social trajo consigo la relativización de los derechos privados mediante su función social.⁵⁴ En el derecho penal, ello da lugar a la incriminación de la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural (artículo 289 del Código penal). El daño en cosa propia es un delito realizado por el propietario contra la función social de la propiedad, concreción de un interés colectivo de solidaridad.⁵⁵

2. Los delitos contra los consumidores se orientan a la protección de un bien jurídico supraindividual, colectivo, difuso o difundido entre los miembros de la colectividad, distinto de la protección del interés general a la salud y del interés individual del adquirente de bienes económicos. Tal interés se concreta en el interés del colectivo de los consumidores a la veracidad, autenticidad, calidad, cantidad y valor de los productos ofertados en el mercado, y exención de riesgos adicionales.⁵⁶ Como recuerda Torio López,

⁵³ Pérez Luño, *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 27 y ss., 34 y 232.

⁵⁴ Häberle, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, traduc. por Gutiérrez Gutiérrez, Trotta, Madrid, 1998, pp. 90 y ss.

⁵⁵ Sobre el bien jurídico protegido con la incriminación de este delito, por todos, Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 412 y ss.

⁵⁶ Así, Torio López, “Reflexión sobre la protección penal

⁵¹ González Sánchez, *El principio de solidaridad en la Constitución española (Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano)*, Ratio legis, Salamanca, 2012, p. 45.

⁵² González Sánchez, *El principio de solidaridad en la Constitución española (Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano)*, Ratio legis, Salamanca, 2012, p. 46 y ss. y 55 y ss., especialmente pp. 60 y ss.

el derecho general de los consumidores se ha desmenuado como un derecho de lucha o como un derecho de clase dirigido a atribuir al colectivo de los consumidores la posibilidad de controlar la producción, distribución y venta de productos en la sociedad de masas.⁵⁷ La elevación de los consumidores a sujeto central de la sociedad se hallaba en el centro de las teorías económicas y jurídicas del solidarismo,⁵⁸ y aunque el solidarismo no alcanzara su objetivo último de transformar la sociedad capitalista y fuera criticado por la izquierda revolucionaria por demasiado contractualista,⁵⁹ no parece cuestionable que el progresivo reconocimiento de los derechos de los consumidores sea un importante paso adelante referible a los derechos de solidaridad.⁶⁰ Como tampoco parece cuestionable que tales derechos de solidaridad constituyen el referente de los bienes jurídico-penales colectivos, difusos, protegibles a través de la incriminación de los delitos contra los consumidores.

3. Entre los bienes jurídicos colectivos de solidaridad cabe mencionar también aquellos que representan prestaciones básicas del sistema social. Se trata de bienes jurídico-penales que consisten en funciones útiles para el conjunto de la sociedad,⁶¹ como por ejemplo la función recaudatoria o la función de gasto de la Hacienda Pública. La protección penal de funciones plantea problemas.⁶² Por ello requiere una técnica jurídica rigurosa y una precisa descripción típica que contemple las acciones más intolerables que

atenten contra el bien jurídico. Solo los ataques más graves deben tener cabida en los tipos penales.

Los delitos contra la Hacienda Pública permiten observar lo que queremos decir. La funcionalidad de la Hacienda Pública puede ser atacada tanto por comportamientos activos como por comportamientos omisivos que atenten contra la función recaudatoria (fraude fiscal, obstruccionismo fiscal) o contra la función de gasto (fraude de subvenciones). La protección penal de la función recaudatoria y de gasto remite al deber de contribuir al mantenimiento de las cargas públicas y de no atentar contra la justa redistribución de los recursos (y al correlativo derecho social, colectivo, de solidaridad), con independencia de que dichas funciones puedan ser referidas también al interés general a mantener el orden público económico.⁶³ Ahora bien, el recurso al derecho penal se debe limitar a los ataques más graves atendiendo al alcance del comportamiento y, en su caso, a la cuantía de la defraudación.

Lo dicho es válido también para los delitos contra la Seguridad Social. La protección del orden económico y de los derechos de los trabajadores se realiza en este particular sector mediante la incriminación de conductas que atentan contra la función recaudatoria y la función de gasto de la Seguridad Social,⁶⁴ lo que igualmente remite a los derechos de solidaridad.

de los consumidores”, en *Estudios sobre el derecho de consumo*, 2ª ed., Iberdrola, Bilbao, 1994, p. 143.

⁵⁷ Torío López, “Reflexión sobre la protección penal de los consumidores”, en *Estudios sobre el derecho de consumo*, 2ª ed., Iberdrola, Bilbao, 1994, p. 140 y s.

⁵⁸ Losano, “La cuestión social y el solidarismo francés: actualidad de una antigua doctrina”, en *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis. Cuadernos Bartolomé de las Casas*, 50, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 25 y s.

⁵⁹ Losano, “La cuestión social y el solidarismo francés: actualidad de una antigua doctrina”, en *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis. Cuadernos Bartolomé de las Casas*, 50, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 28 y s.

⁶⁰ Ordóñez Solís, *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad. Derechos sociales, medio ambiente y consumidores*, Comares, Granada, 2006, pp. 190 y ss.

⁶¹ Sobre la función social de los bienes jurídicos colectivos, es fundamental la obra de Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, pp. 231 y ss. y 244 y ss.

⁶² Moccia, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales”, en *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin* (Silva Sánchez, ed.), Bosch, Barcelona, 1997, pp. 116 y 120 y ss.

⁶³ Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 901 y ss. Diferenciando entre un bien jurídico mediato y un bien jurídico inmediato, Ferré Olivé, “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, en *Derecho penal para un Estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Maqueda Abreu/Martín Lorenzo/Ventura Püschel (coord.), Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 2016, pp. 578 y ss. Sobre el debate acerca de la incriminación del fraude de subvenciones y la problemática del bien o bienes jurídicos protegidos con la incriminación de este delito, Asúa Batarrita, “Estafa común y fraude de subvenciones: de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional”, en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boe, Madrid, 1995, pp. 125 y ss., Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 697 y ss., Gómez Rivero, “Estafa, falsedad, administración desleal y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales”, *Revista Penal*, nº 38, 2016, pp. 109 y ss.

⁶⁴ De Vicente Martínez, “El nuevo mapa de los delitos contra la Seguridad Social”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Bacigalupo Saggese, Feijoo Sánchez, Echano Basaldua (coord.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 1428 y ss., con especial referencia a los tipos penales orientados a la protección de la función recaudatoria de la Seguridad Social.

4. La protección penal de los derechos de los trabajadores nos lleva asimismo a los principios y derechos de solidaridad. Como señalan Baylos/Terradillos, la Constitución española no solo establece cuáles han de ser los criterios directores de la actuación del Estado en materia laboral, de seguridad social y sindical, sino que también fija “una serie de derechos (arts. 28, 35.1, 37.2), cuya protección compete de modo obligatorio, dado su carácter fundamental, al legislador ordinario”.⁶⁵ Recordemos también que, entre los principios de política social y económica, el artículo 40 de la Constitución establece que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo. Pues bien, la protección penal del trabajo —al igual que la constitucionalización del mismo— remite a los derechos de solidaridad y, por tanto, a la solidaridad del Estado social de derecho que, como se ha dicho, no es ya la solidaridad basada en la benevolencia. Los tipos penales no se dirigen a proteger “a los trabajadores en cuanto individuos necesitados de ayuda, sino a la ‘fuerza de trabajo’” de carácter supraindividual o colectivo.⁶⁶

5. La protección penal del medio ambiente remite asimismo a los derechos colectivos de solidaridad. A efectos de los delitos medioambientales, la solidaridad que al derecho penal le importa es la solidaridad *intrageneracional*. No se trata de proteger penalmente el disfrute del ambiente por las generaciones futuras, sino ya por las generaciones actuales: en el contexto de la trama de la vida,⁶⁷ el interés a no mediatizar la interacción en que esta consiste es un interés de todos en cada momento presente. Ahora bien, la protección debe restringirse mediante la adecuada selección de conductas penalmente significativas. Hay que evitar que la ley dé entrada a delitos de peligro incierto o delitos de riesgo (con la posible excepción de hipó-

tesis extremas de incierto riesgo catastrófico en las que, por lo demás, habría que contar con los posibles sesgos cognitivos vinculados al miedo). Tampoco deben incriminarse acciones insignificantes acudiendo a la técnica de los delitos por acumulación (salvo que se exija que cada acción comporte un peligro posible o hipotético para el medio ambiente, que los efectos acumulativos sean esperables de forma realista y que sea alta la probabilidad de que se realicen nuevas acciones).⁶⁸

6. Cabe plantear también si en específicos delitos contra la seguridad colectiva del Título XVII del Libro II del Código Penal (delitos de riesgo catastrófico, incendios, delitos contra la salud pública y delitos contra la seguridad vial) se dispensa protección directa a intereses supraindividuales que tienen como referente derechos de solidaridad, independientes de los intereses individuales o colectivos que puedan hallarse en su base (vida, salud, integridad física, patrimonio, o medio ambiente). Así, la protección penal de la salud pública, interés o bien jurídico distinto de la salud individual, remitiría a lo establecido en el artículo 43 de la Constitución a tenor del cual compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública. La doctrina constitucionalista ve en ello el reconocimiento de un derecho social relacionado con el principio de solidaridad.⁶⁹

7. Asimismo, cabe examinar la posible relación entre los derechos de solidaridad y determinados delitos contra la función pública y contra la función jurisdiccional. Superadas las viejas concepciones sobre la protección del deber del cargo o del prestigio de las instituciones, los nuevos delitos contra la Administración Pública y contra la administración de justicia parten de que ambas se hallan al servicio de los ciudadanos e impregnadas del contenido de los derechos.⁷⁰ Que estos sean derechos de solidaridad es

⁶⁵ Baylos/Terradillos, *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Trotta, Valladolid, 1997, p. 27.

⁶⁶ Destacan la dimensión colectiva de los bienes jurídicos protegidos a través de los delitos contra los derechos de los trabajadores, Baylos/Terradillos, *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Trotta, Valladolid, 1997, p. 50; Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 792 y s. En sentido diverso, a favor de su carácter individual, Ortubay Fuentes, *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, Universidad del País Vasco, 2000, pp. 78 y ss.

⁶⁷ Alonso Álamo, “Trama de la vida y protección penal del ambiente”, en *El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Serrano Piedecasas/Demetrio Crepo (dir.), Colex, Madrid, 2010, pp. 161 y ss. y 164 y ss.

⁶⁸ Von Hirsch/Wohlers, “Teoría el bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa”, traduc. por Spínola Tártalo, en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Hefendehl (ed.), Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, pp. 300 y s.

⁶⁹ González Sánchez, *El principio de solidaridad en la Constitución española (Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano)*, Ratio legis, Salamanca, 2012, p. 49.

⁷⁰ Más ampliamente, Alonso Álamo, “Protección penal de la función pública y de la función jurisdiccional dentro del marco referencial de los derechos humanos”, en *Derecho penal para un Estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*. Maqueda Abreu/ Martín Lorenzo/ Ventura Püschel (coord.), Servicio de Pu-

una cuestión distinta y problemática, que no puede resolverse en abstracto sino partiendo del examen de los diferentes delitos en particular.

Con carácter general, importa recordar que en los artículos 103 y 117 de la Constitución española se encuentra una base para la protección penal de la función pública y de la función jurisdiccional.⁷¹ De aquí se derivan las exigencias de objetividad, transparencia, imparcialidad, eficiencia, agilidad, etc., que permitirían hablar de un buen o correcto funcionamiento de la administración. También podrían hallarse bases de la protección penal de la función pública y de la función jurisdiccional en los derechos humanos de solidaridad. Los derechos humanos de última generación poseen una dimensión colectiva y otra individual. Son derechos colectivos que hacen posible la satisfacción de intereses individuales.⁷² Desde luego que el buen funcionamiento de la Administración Pública y de la Administración de Justicia está llamado a posibilitar la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos. De ahí que, como señala Soto Navarro, el titular del bien jurídico no sea el Estado, sino la sociedad, y que, en determinados casos, pueda ser sujeto activo no solo el funcionario sino cualquier particular.⁷³ Pero que la protección penal de las funciones pública y jurisdiccional remita a derechos de solidaridad es algo que solo puede resolverse a partir del examen de los concretos tipos penales. La respuesta a esta cuestión en relación con cada delito particular pasa por el reconocimiento, o no, de que la solidaridad forme parte internamente del “correcto funcio-

namiento” de la Administración, como, por ejemplo, podría suceder en aquellos delitos en los que se espera de los ciudadanos que contribuyan a la eficiencia de la misma.

Ante la imposibilidad de hacer aquí un estudio exhaustivo de la regulación legal, vamos a tomar como base para la ejemplificación de lo que tratamos de decir los delitos de omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución. Tipificados entre los delitos contra la Administración de Justicia, en el artículo 450 del Código Penal, la regulación se distancia de lo previsto en el artículo 195, de la omisión del deber de socorro, y, aunque la sistemática legal no sea vinculante para el intérprete, sí puede tomarse como punto de partida en el examen del bien jurídico protegido a través de aquellos delitos. Esta es una cuestión discutida. Las posiciones doctrinales van desde entender que se protege el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia hasta entender que se protegen los bienes jurídicos individuales mencionados en el artículo 450 (los afectados por el delito que no se impide o cuya persecución no se promueve), pasando por quienes entienden que se protege la solidaridad humana en situaciones de peligro para bienes personales.⁷⁴

La regulación gira en torno al deber de colaborar con la justicia. Quintero Olivares ve en dicho deber un deber cívico comparable al deber de contribuir a la Hacienda Pública o al de participar en mesas electorales,⁷⁵ lo que, a la vez permite hablar de un deber de solidaridad, distancia sustancialmente estos delitos del de omisión del deber de socorro, pues el reconocimiento de un deber de solidaridad no lleva a que la solidaridad sea el bien jurídico protegido, pero sí abre las puertas a la posible intelección de la función jurisdiccional desde la perspectiva de los derechos de solidaridad.

A nuestro juicio, la solidaridad vendría en consideración en los delitos ahora examinados desde dos puntos de vista que terminan condicionándose mutuamente. Por un lado, el deber de actuar impidiendo

blicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 2016, pp. 421 y ss.

⁷¹ A propósito de los delitos contra la Administración Pública, Asua Batarríta, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en *Delitos contra la Administración Pública*, Asua Batarríta (ed.), Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 20 y ss. En relación con el amplio concepto de Administración Pública en el Código penal italiano, y con las modernas posiciones doctrinales que hacen esfuerzos interpretativos atendiendo a los principios constitucionales, Javato Martín, *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico dogmático y de Derecho comparado*, Comares, Granada, 2005, pp. 233 y ss., especialmente p. 237.

⁷² Rodríguez Palop, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, pp. 480 y s.

⁷³ Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, pp. 265 y ss., donde examina los delitos contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia desde la perspectiva del ataque a funciones sociales básicas, útiles para la sociedad en su conjunto.

⁷⁴ Amplia información sobre el debate doctrinal con consideraciones de *lege ferenda*, en Sola Reche, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Comares, Granada, 1999, pp. 17 y ss., Rubio Lara, *Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2003, pp. 58 y ss.

⁷⁵ Establece este paralelismo Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.), 10ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 1827.

un delito o promoviendo su persecución es un deber de solidaridad. Por otro lado, la solidaridad informaría internamente el bien jurídico protegido, el buen funcionamiento de la Administración de Justicia. La eficiencia de la Administración de Justicia puede requerir en ocasiones de la colaboración de los ciudadanos; y así como de estos se espera que cumplan con el deber de colaborar, la función jurisdiccional, por su parte, entendida al servicio de los ciudadanos, se hallaría impregnada por el contenido de los derechos de solidaridad. La cuestión no es, por tanto, si se protege la solidaridad o, alternativamente, el buen funcionamiento de la Administración de Justicia. La protección de la Administración de Justicia y de la solidaridad no son intereses que se excluyan entre sí, sino intereses interconectados en el ámbito de estos particulares delitos. Aunque la vinculación no sea tan evidente como en la protección de la función recaudatoria y de gasto de la Hacienda Pública, también en la protección de la función jurisdiccional el bien jurídico remitiría, así, a derechos de solidaridad.

Entendida la solidaridad formando parte, internamente, del bien jurídico colectivo protegido penalmente, es claro que no estaríamos ante la juridificación *ad hoc* de deberes de solidaridad preceptuando la realización de una acción (impedir un delito o promover su persecución) en orden a la preservación de bienes jurídicos individuales; tampoco ante un delito pluriofensivo; sino, lo que es distinto, ante la elevación a bien jurídico colectivo de la función jurisdiccional atendiendo a la imprescindible solidaridad colectiva que no solo se dirige a los ciudadanos, sino que tiñe o colorea la propia función jurisdiccional al servicio de los ciudadanos.

Con todo, es preciso reconocer que el debate viene en alta medida mediatizado por la posición sistemática de estos delitos. Dado que la sistemática legal no es vinculante para el intérprete, se comprende la disparidad de criterios doctrinales sobre el bien jurídico protegido, antes referida, y la discusión sobre la conveniencia de que estos delitos permanezcan entre los delitos contra la Administración de Justicia.

8. Los delitos de genocidio y de lesa humanidad pueden ser referidos también a los derechos de solidaridad, además de a la igual dignidad. La protección del interés a la existencia de grupos o colectivos que se hallan en situación de desventaja es un interés supraindividual, independiente de los bienes jurídicos

individuales que simultáneamente pudieran verse afectados por la acción. Lo mismo cabe decir de los delitos de odio, hoy regulados dentro de los delitos contra la Constitución. Los llamados delitos de odio se orientan, a nuestro juicio, a la protección del interés a la existencia en la diversidad de diferentes grupos o colectivos,⁷⁶ un interés colectivo que parte de la igual dignidad pero que es referible a derechos que miran a la colectividad, caracterizables como derechos de solidaridad.

7. Recapitulación

En síntesis, estas son las posiciones fundamentales mantenidas en este trabajo:

1. El fundamento de la juridificación del deber de solidaridad a efectos penales se diversifica según se trate (a) de la protección de bienes jurídicos individuales (omisión de socorro) o prioritariamente individuales (estado de necesidad), o (b) de la protección de bienes jurídicos colectivos de solidaridad.

En el primer supuesto (a), la juridificación del deber de virtud se fundamenta en la incapacidad del Estado para salvaguardar un bien jurídico en peligro en el marco del contrato social de la comunidad solidaria.

En el segundo supuesto (b), el deber ético-político de solidaridad se transforma en principio jurídico y en el reconocimiento de deberes y derechos sociales y otros derechos colectivos de solidaridad, en los que descansan los bienes jurídico-penales colectivos de solidaridad. El reconocimiento tiene lugar en la historia en el marco de los cambios sociales que limitan el poder político afirmando paralelamente los derechos sociales de solidaridad y los derechos fundamentales y humanos de solidaridad.

En ambos supuestos se produce, con singularidades, un encuentro o convergencia de individualismo y colectivismo (individualismo solidario o colectivismo al servicio de la persona).

⁷⁶ Sobre la intelección del bien jurídico protegido en los delitos de odio desde la perspectiva de la dignidad, el honor, la igualdad y el derecho a no ser discriminado, De Pablo Serrano/Tapia Ballesteros, "Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal", *La Ley*, nº 8911, 2017, pp. 2 y ss. Ni la indeterminada paz pública ni los sentimientos colectivos son apropiados para constituir un bien jurídico-penal. Sobre ello, Alonso Álamo, "Sentimientos y Derecho penal", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 106, 2012, pp. 81 y s. y 86 y ss.

2. En relación con el estado de necesidad y con la omisión de socorro, hay que estar en una concepción limitada o restringida de la solidaridad en el establecimiento y delimitación de deberes de hacer y de soportar:

- La solidaridad fundamenta el deber de tolerar el daño en situaciones de estado de necesidad agresivo justificante, pero no en supuestos de estado de necesidad agresivo excluyente de la culpabilidad ni en el estado de necesidad defensivo.
- La solidaridad fundamenta el estado de necesidad agresivo justificante, aunque solo en parte: desde la perspectiva del tercero que debe soportar el daño.
- La solidaridad fundamenta el deber de actuar en el delito de omisión del deber general de socorro, pero no en la omisión de deberes positivos especiales u omisiones de garante.

En los casos de estado de necesidad y de omisión de socorro excluidos, por no basarse en la solidaridad, el fundamento del deber (de actuar o de tolerar o soportar un daño) reside en la autolimitación de la propia esfera de libertad por la injerencia o, en su caso, por la posición especial autónomamente asumida.

En las omisiones de garante, tanto en los casos en que el omitente origina culposamente el peligro, como en los que lo origina fortuitamente, se produce una autolimitación de la propia esfera de libertad. En los casos de causación fortuita del peligro, la fundamentación del deber plantea problemas especiales. Pero no pueden considerarse manifestación de responsabilidad objetiva toda vez que no se hace responder al sujeto por la generación fortuita del peligro, sino por la no realización de la acción que el ordenamiento jurídico espera de él tras la generación del peligro.

- La solidaridad no es un nuevo título de imputación o de atribución de responsabilidad penal. La responsabilidad penal es siempre responsabilidad por el actuar dentro de la propia esfera de libertad. En la omisión pura de socorro, la solidaridad es la *ratio* o fundamento *del deber de actuar*, pero la atribución de responsabilidad al

omitente se basa en la voluntaria no realización de la acción esperada.

- El delito de omisión de socorro se orienta a la protección de bienes jurídicos individuales. La solidaridad es fundamento del deber de actuar, pero no bien jurídico protegido. En consecuencia, desempeña una función fundamentadora del deber, meramente complementaria en el marco del tipo penal.

3. Los bienes jurídicos colectivos de solidaridad se conforman a partir del marco referencial de los derechos constitucionales y de los derechos humanos de solidaridad que se reconocen de forma progresiva en la historia.

En los delitos orientados a proteger un bien jurídico colectivo de solidaridad, no se trata tanto de la juridificación de un deber de solidaridad para que se haga o no se haga algo, cuanto de la protección de un bien jurídico-penal que hunde sus raíces en derechos de solidaridad.

Entre los delitos que atentan contra bienes jurídicos colectivos que remiten a derechos de solidaridad se hallan: la sustracción de cosa propia a la utilidad social, delitos contra los consumidores, delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos contra el medio ambiente, delitos contra la salud pública, delitos contra las funciones pública y jurisdiccional, delitos de odio, delitos de genocidio y de lesa humanidad...

4. En ningún caso, ni en el delito de omisión pura, ni en los delitos que atentan contra bienes jurídicos colectivos referidos a derechos de solidaridad, la solidaridad, en cuanto tal, es objeto de protección jurídica (bien jurídico-penal). En el primero, la solidaridad fundamenta el deber de actuar y en este sentido forma parte de la *ratio legis*, cumpliendo una función complementaria en el seno de un delito orientado a la protección de bienes jurídicos individuales. En los segundos, la solidaridad o, más precisamente, los derechos de solidaridad, son el referente de específicos bienes jurídicos colectivos que se basan en ellos pero que no se identifican con ellos.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES