

Autonomía, solidaridad y deber de socorro (Un apunte histórico) (*)

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Introducción. ¿Deberes de solidaridad en un Derecho penal liberal?—II. La omisión en el Derecho penal nacionalsocialista. Razones de un estudio histórico.—III. «Gemeinnutz geht vor eigennutz». Individuo y comunidad en el Derecho penal nacionalsocialista. 1. Omisión de socorro y nacionalsocialismo. Aproximación introductoria. 2. La imagen del liberalismo en el nacionalsocialismo. 3. El sometimiento del individuo a la comunidad. 4. Derecho y moral. 5. Concepto del delito. 6. Finalidad del Estado y del Derecho penal.—IV. La omisión de socorro en el Derecho penal nacionalsocialista. 1. La omisión a la luz del pensamiento de la comunidad. 2. La nueva regulación de la omisión al deber de socorro. a) Fundamento. b) Interés protegido. c) Contenido del deber. El «sano sentimiento del pueblo» como elemento típico.

(*) La realización de este trabajo se enmarca en un Proyecto de investigación becado por la Comunidad de Madrid.

Abreviaturas utilizadas: ARSP: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*; AT: *Allgemeiner Teil*; DStR: *Deutsches Strafrecht*; FS: *Festschrift*; GA: *Goldtdammer's Archiv für Strafrecht*; Jura: *Juristische Ausbildung*; JuS: *Juristische Schulung*; JW: *Juristische Wochenschrift*; JZ: *Juristen Zeitung*; KritV: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*; NJW: *Neue juristische Wochenschrift*; PG: *Parte General*; StGB: *Strafgesetzbuch*. ZStW: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

I. INTRODUCCIÓN. ¿DEBERES DE SOLIDARIDAD EN UN DERECHO PENAL LIBERAL?

En un Derecho penal conformado en torno al postulado liberal de la prioridad de la libertad personal, tal como es el paradigma de legitimación (1) actualmente vigente en la discusión político-criminal (2), la reducción de la libertad de actuar del ciudadano se conforma a partir de *deberes negativos*, esto es, de obligaciones de no generar daño en esferas ajenas de libertad (3). Los deberes jurídicos del ciudadano quedan circunscritos esencialmente a la no actuación contra intereses ajenos, y no a la mejora y protección de los mismos. La prioridad de la *autonomía personal*, piedra angular del liberalismo político, implica que el ámbito interno de organización del ciudadano es de su exclusiva competencia, por lo que, si bien no está legitimado para inmiscuirse en la autonomía personal de otro ciudadano para dañar sus intereses y menoscabar su esfera de libertad, tampoco está, inversamente, obligado a extender su actuación a un ámbito externo de organización para mejorar la situación de los intereses ajenos y, con ello, aumentar su esfera de libertad (4).

Esta conclusión, por lo demás, trasciende el marco de discusión jurídico-penal, afectando a todo el espectro de deberes éticos o políticos de naturaleza *pública*. Desde los presupuestos de organización social que conforman la imagen de una sociedad liberal, en virtud del criterio contrafáctico del contrato social, los ciudadanos sacrifican un margen de su libertad en aras de aumentar la libertad de to-

(1) Esto es, no el Derecho penal que es, sino la imagen legitimatoria del Derecho penal conformada en torno a determinados principios axiológicos.

(2) Así como, en general, en la filosofía moral y política, tal y como resalta BAYERTZ, *Four Uses of «Solidarity»*, en el mismo (editor), *Solidarity*, Dordrecht *et al.*, 1999, pp. 3 ss., p. 4.

(3) *Vid.*, por ejemplo, ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, p. 30; PAPA-GEORGIU, *Schaden und Strafe*, 1989, p. 209; BAYERTZ, *Die Solidarität und die Schwierigkeiten ihrer Begründung*, en Orsi *et al.* (editor), *Solidarität. Rechtsphilosophische Hefte*, núm. 4, Frankfurt am Main, 1995, p. 9; SILVA SÁNCHEZ, *Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión*, en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Madrid 1999, p. 156.

(4) *Cfr.*, en igual sentido, DENNINGER, *Verfassungsrecht und Solidarität*, KritV 77 (1994), p. 19; JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, en Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 347 ss., p. 349, citando a Feuerbach; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.ª edición, 2001, 6/18.

dos, estableciendo esquemas de organización a partir de la separación de esferas personales de autonomía, separación que habrá de ser protegida por el Estado, garante de la seguridad de los intereses del ciudadano (5). En tanto seres racionales autointeresados en su propia libertad (6), no estarían dispuestos, en principio, a acordar la institucionalización de un deber general de actuar a favor de la maximización de la libertad ajena, el cual exigiría un plus de sacrificio de libertad mayor que la obligación originaria del *neminem laedere*, sacrificio de su autonomía que no repercutiría en un aumento de ese saldo de libertad (7), por lo que no lo encontrarían racional (8).

Poniendo el acento en la libertad negativa (9), destaca además Bayertz que desde los parámetros liberales «la existencia de otros sujetos y de una sociedad con sus instituciones aparece como una (potencial) amenaza de la autonomía y autodeterminación del indi-

(5) Vid. PAWLIK, *Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeit, Begründung und systematische Struktur*, GA 1995, pp. 360 ss., p. 360.

(6) Tal es la imagen normativa del ciudadano en una sociedad liberal: cfr. por ejemplo BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, en Baumann/Kliemt (editores), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, München, 1996, pp. 109 ss.

(7) La mayor limitación de libertad que conlleva el mandato de actuar frente a la prohibición —y que a mi entender no alcanza a los supuestos en los que el deber de actuar surge como restablecimiento del control del riesgo surgido de la propia esfera de autonomía: comisión por omisión— (y por ello, la menor gravedad ética y jurídica de una omisión frente a una acción lesiva) es habitualmente destacada: cfr., por ejemplo, DENNINGER, *KritV 77* (1994), p. 10; NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 316; ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, p. 48; BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, Stuttgart, 1995, pp. 9 ss. (obra dedicada a analizar el «elemento universal y asentado de nuestros juicios morales» consistente en asumir que acción y omisión deben recibir un distinto juicio de desvalor); ALEXANDER, *Affirmative Duties and the Limits of Self-Sacrifice*, *Law & Philosophy* 1996, pp. 65 ss., pp. 65-66.

(8) Por lo demás, la realización de lo exigido por un deber positivo implica siempre una intromisión en un ámbito de libertad ajeno, lo cual conlleva un sacrificio añadido para el obligado: ciertamente, dado que persigue un fin beneficioso para el afectado, puede presuponerse el consentimiento por parte de éste, pero el obligado, además del sacrificio inherente a actuar, contraerá el *riesgo del error*, tanto respecto de una maniobra de ayuda mal realizada, como del consentimiento del afectado; riesgo de error que se materializa en el riesgo de vulnerar el deber negativo de no dañar la libertad ajena, y ser por ello castigado. Ello es mencionado en términos similares por NUNNER-WINKLER, *Kollektive, individuelle und solidarische (fürsorgliche) Verantwortung*, en Lampe (editor), *Verantwortlichkeit und Recht*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, tomo 14, 1989, pp. 169 ss., p. 184.

(9) Sobre los conceptos de libertad negativa y positiva, cfr. BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, 1996, pp. 191 ss.

viduo» (10). Sabido es que, de hecho, las primeras formulaciones de la noción de autonomía privada o libertad negativa, engendradas en el seno y como reacción al Estado absolutista, fueron concebidas precisamente como esferas de libertad *frente* al poder estatal, como límites a la intervención del Estado sobre la actuación de los súbditos (11). Y que, en la actualidad, el fundamento de los derechos fundamentales puede reconducirse a esa idea (12). Por ello, «exigencias de actuar poseerán siempre, de cara al individuo, la sospecha de heteronomía, cuando no de despotismo» (13).

En consecuencia, desde una comprensión liberal de las relaciones entre el individuo y la sociedad o el Estado, los únicos deberes de actuar que obtendrían, *prima facie*, legitimación serían los deberes positivos *especiales*, por cuanto, aunque pudieran entenderse como basados en consideraciones de «solidaridad intensificada» (14), el vínculo del agente con la persona objeto de la solidaridad podría reconducirse —y sólo en esa medida podría justificarse— a la decisión libre de aquél, ya sea en virtud de una relación contractual, ya por una vinculación intersubjetiva específica, adquirida por medio de la adopción de determinado rol social —normalmente institucionalizado (15)—. Los deberes positivos *generales*, derivados de la vinculación del ciudadano a la sociedad en cuanto mero miembro de ésta, estarían, en cambio, fuera de la agenda política del liberalismo (16).

(10) BAYERTZ, *Solidarität*, p. 9.

(11) La obra fundamental en este aspecto, como es sabido, es la de MILL, *Sobre la libertad*, Madrid, 1997, cuyo objeto es «La naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo» (p. 57).

(12) Vid. por ejemplo DENNINGER, *Freiheitsordnung - Wertordnung - Pflichtordnung*, JZ 1975, p. 545.

(13) BAYERTZ, *Solidarität*, p. 9.

(14) SILVA SÁNCHEZ, *Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión*, p. 156.

(15) En sentido similar, BAYERTZ, *Solidarität*, p. 10; BENDITT, *Liability for failing to rescue*, *Law & Philosophy* 1982, pp. 391 ss., p. 394; ALEXANDER, *Law & Philosophy* 1996, pp. 65 ss., p. 67. Vid. también JAKOBS, *La competencia por organización*, pp. 348, 362 ss.: *status especial* en el que se basa la competencia *institucional*.

(16) Como es sabido, la relevancia de deberes de solidaridad en Derecho penal no se agota en los deberes activos (omisión), sino que se extiende también a los deberes *pasivos* de soportar el riesgo proveniente de acciones de terceros justificadas por el Derecho (estado de necesidad agresivo). En este trabajo limitaré mi atención a los primeros, sin que ello obste a que lo que se afirme sobre la solidaridad pueda, *mutatis mutandis*, aplicarse a los segundos.

Expresado sintéticamente, puede hablarse de una tensión dialéctica entre la autonomía personal, axioma indubitado de nuestro ideario político y jurídico, y la solidaridad (17); tensión de la que difícilmente puede llegarse a una síntesis: «La idea de la solidaridad no fundamenta derechos del individuo, sino que interpone deberes; no se dirige a la evitación de ataques externos en la autonomía del individuo, sino que exige la renuncia a la consideración de derechos propios en favor de la comunidad u otros individuos» (18). Por todo ello, «no es susceptible de ser interpretada como una conceptualización teórico-política y social de la autonomía individual» (19). Desde el paradigma liberal de legitimación de instituciones públicas —como el Derecho—, los *deberes positivos generales* sólo podrían aspirar, entonces, a una legitimación precaria, marginal y, en cualquier caso, *excepcional* en el ámbito público del Derecho, quedando relegados, por lo general, al ámbito *privado* de las virtudes morales (20) —merecedoras de alabanza por su realización, pero no de reproche por su defraudación (21)—, las cuales, no fundamentables en la «ley general de la libertad» kantiana, no pueden promocionarse por el Estado sin vulnerar la exigencia de neutralidad y de estricta *separación entre Derecho y moral* que caracteriza al Derecho en el Estado liberal.

El presupuesto implícito presente en las consideraciones anteriores es el de que el grado de legitimación de los deberes positivos y, más en general, la forma que adopten esas relaciones entre la autonomía y la solidaridad, va a depender de cómo se planteen las relaciones entre el individuo y la sociedad (22). Parece, entonces, que

(17) De modo similar, CAPALDI, *What's wrong with solidarity?*, en Orsi *et al.* (editor), *Solidarität. Rechtstphilosophische Hefte*, núm. 4, Frankfurt am Main, 1995, p. 65.

(18) BAYERTZ, *Solidarität*, p. 10.

(19) BAYERTZ, *Solidarität*, p. 9.

(20) Cfr., por ejemplo, SEELMANN, *Solidaritätspflichten im Strafrecht?*, en Jung *et al.* (editores), *Recht und moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden Baden 1991, pp. 295, p. 295, pp. 296 ss.

(21) NUNNER-WINKLER, *Kollektive, individuelle und solidarische (fürsorgliche) Verantwortung*, p. 171.

(22) Cfr., por ejemplo, SAMSON, *Begehung und Unterlassen*, Festschrift für Welzel, Berlin, 1974, p. 595: «Las prohibiciones surgen del pensamiento individualista, mientras que los mandatos determinan el ámbito del deber de solidaridad mutua. No cabe duda de que la amplitud de esos deberes va a depender de las variaciones acerca de la concepción dominante acerca de las relaciones entre el individuo y la sociedad». No es momento para desarrollarlo, pero es importante des-

la alternativa para obtener una mayor base de legitimación de esos deberes pasa por acoger una concepción filosófico-política que postule un distinto orden axiológico entre ambos factores, otorgando mayor relevancia a la colectividad en inevitable detrimento, por tanto, del grado de autonomía personal. Tal modelo alternativo puede ser el del *comunitarismo*, que de unos años a esta parte se ha erigido, de hecho, en la teoría política y social alternativa al liberalismo, siendo precisamente uno de los aspectos más destacados del debate el del grado de compromiso del individuo con la comunidad en la que vive (23). A este respecto, merece destacarse el hecho de que la noción misma de *solidaridad* remite directamente a los lazos comunitarios entre los individuos. Por ello precisamente puede, incluso semánticamente, considerarse casi como un antónimo de la idea de *autonomía*. El término «solidaridad» remite a una «comunidad de perfecta coincidencia de intereses» (24); a la

tacar que no todos los deberes de actuar se fundan en deberes de solidaridad, sino que los mandatos que subyacen al delito de comisión por omisión (ello cuando no se sostenga, como hace algún sector doctrinal, que lo que hay son prohibiciones) han de reconducirse al principio de responsabilidad por la propia organización y, por tanto, pueden fundarse perfectamente en la autonomía privada. Quien acoja la distinción de Jakobs entre deberes por competencia por organización y deberes por competencia institucional, habría de llegar a la conclusión de que sólo *algunos* de los delitos realizados en comisión por omisión se basan en una responsabilidad derivada del *neminen laedere* y de la autonomía personal y que, en cambio, otros obtienen el fundamento de su responsabilidad en virtud de *deberes especiales* derivados de instituciones sociales que determinan roles (cfr. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª edición, 1991, 29/29 ss.; el mismo, *La competencia por organización, passim*). La cuestión es que –si bien la formulación de la distinción me parece muy acertada– a mi entender sólo la estructura de imputación basada en la responsabilidad por la propia organización fundamenta una *identidad* con el delito comisivo que permita hablar de verdaderos delitos de *comisión* por omisión. En suma, la solidaridad, si bien puede fundar deberes positivos legítimos (singularmente los deberes especiales) nunca puede fundar una imputación idéntica a la del delito comisivo, por el hecho de que su fundamento de imputación es distinto y, de hecho, opuesto. Idéntica conclusión, por ejemplo, en SILVA SÁNCHEZ, *Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión*, pp. 156 s.

(23) Sobre el debate entre comunitaristas y liberales, destacando algunas de sus implicaciones para la discusión acerca de los fines del Derecho penal, remito a ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, ADPCP 1998, *passim*.

(24) Vid. ENGELHARDT, *Solidarity: Post-modern perspectives*, en Orsi et al. (editor), *Solidarität. Rechtstphilosophische Hefte*, núm. 4, Frankfurt am Main, 1995, pp. 49 ss., p. 51, expresándose, evidentemente, sobre su equivalente inglés, de idéntica etimología en todo caso.

creación de un mundo en común. Dicho significado aparece de forma más elocuente desde la palabra alemana *Verbundenheit*, que denota inmediatamente la referencia al vínculo.

Al hilo de estas consideraciones, quizá sea un buen momento para introducir una definición, siquiera estipulativa, de «solidaridad»; me serviré para ello de la ofrecida por Engelhardt (25): La noción de «solidaridad es empleada para destacar un compromiso hacia una asociación, grupo, comunidad o *polis*, o hacia la humanidad como un todo, cuyo carácter hace que los individuos unidos en solidaridad: 1) se identifiquen tanto con el grupo como un todo, como 2) con los miembros del grupo de modo tal que con ese compromiso se represente a sí mismo como parte de ese todo. La solidaridad denota un vínculo de unión que evoca la noción de sacrificio. Debido a ese vínculo, que constituye la base para la solidaridad, aquellos involucrados se consideran en la obligación de sacrificar sus ventajas 3) por el bien del grupo y 4) por el bien de los miembros del grupo». No es preciso que se den todos estos elementos, aclara el autor citado, para estar ante un vínculo de solidaridad, sino que el mayor o menor número de ellos operará como factor de un mayor o menor grado de solidaridad.

Como puede apreciarse, a la noción de solidaridad le es inherente la relevancia del grupo, de la comunidad —ya sea la familia nuclear, ya sea una nación entera, etc.—, y el grado de «comunitarización» del individuo en la misma, así como, en consecuencia, un compromiso hacia el bien de la comunidad de pertenencia, que, de cara a los intereses individuales, significará inevitablemente un grado de sacrificio de la libertad y autonomía personal. Siendo ello así, parece que la conclusión será la que ya anticipábamos: que para fundar deberes de solidaridad, máxime en Derecho penal, tendremos que asumir un cierto grado de «comunitarismo» entre los criterios de legitimación de las instituciones públicas reguladoras de la vida social, dado que en ese modelo social las relaciones entre autonomía y solidaridad parten del inverso presupuesto axiológico, por lo que la disposición de los ciudadanos a sacrificar su libertad en aras del bien común aparece como condición misma de la pervivencia de la comunidad. Como afirma Habermas, «la pertenencia a una comunidad política funda deberes especiales, tras los que se encierra una identificación patriótica. Este tipo de lealtad va mucho

(25) ENGELHARDT, *Solidarity*, p. 52.

más allá del sentido que cabe a la validez de deberes jurídicos mediados institucionalmente : “cada miembro reconoce una lealtad a su comunidad, expresada en la disponibilidad a sacrificar ventajas personales para promover los intereses de la comunidad”» (26).

En otras palabras, y como gráficamente se ha afirmado, para la fundamentación de deberes positivos generales será preciso incorporar «en la “sociedad” un cierto grado de “comunidad”» (27). Ello implicaría, en principio, que uno de los fines de la organización social por parte del Estado habrá de ser, en mayor o menor medida y junto a la protección de la esfera de libertad individual, el de fomentar los vínculos que conforman la sensación de pertenencia a la comunidad. Desde esa aseveración, podríamos llegar a otra conclusión más ceñida al cometido de este trabajo: que el fundamento del delito de la omisión al deber de socorro –en cuanto prototipo de los deberes generales de solidaridad en Derecho penal– habría de ser el de la protección de la «conciencia de comunidad»; esto es, el de mantener o fomentar los vínculos de pertenencia a la misma. Ello no sería distinto, en realidad, de lo que viene formulando un sector doctrinal cuando entiende que lo protegido es la «solidaridad» en cuanto tal (28).

(26) HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, 1998, p. 641. El entrecomillado corresponde a una cita de Miller.

(27) PAWLIK, GA 1995, p. 361.

(28) Contra esta postura se manifiesta, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Entre la omisión pura y la comisión por omisión*, p. 158, afirmando que «la solidaridad no es un bien jurídico», sino que «el vínculo de solidaridad conforma, por el contrario, una estructura de imputación de responsabilidad». No es momento de entrar a discutir sobre cuál haya de ser el bien jurídico del delito de omisión al deber de socorro. Si menciono la concepción de Silva –la cual, de hecho, comparto– es porque no me queda claro si cuando afirma que la solidaridad no es un bien jurídico está formulando una constatación de hecho o una proposición valorativa; esto es, si considera que la solidaridad no puede ser un bien jurídico por motivos estructurales u ontológicos, o si, en cambio, no *debe* serlo desde una determinada concepción ética o político-criminal. A mi modo de ver, no creo que haya obstáculos a asumir la «solidaridad» como objeto de protección –poseyendo entonces similar estructura que los llamados *Klimadelikte* o, en general, que aquellos bajo los que se protegen estados cognitivos o afectivos macrosociales (ejemplo: la falta de maltrato a los animales)– si se entiende, como se plantea en el texto, como la conciencia social de pertenencia a la comunidad. Otra cosa es que, desde un plano axiológico –que remite a la discusión ideológica que se está presentando en el texto– se considere legítimo erigir a la solidaridad como interés inmediato, o único, de protección.

No obstante, al menos esta última conclusión podría ser precipitada. Hasta el momento hemos presentado el pensamiento de la autonomía y el pensamiento de la solidaridad –los cuales, y creo que sin riesgo de tergiversación, pueden sencillamente denominarse liberalismo y comunitarismo– como dos alternativas irreconciliables. Ello ha sido realizado de manera consciente, al presentar únicamente un esquema, incompleto como todos los esquemas, del liberalismo, con el único fin de destacar la dificultad de la compatibilización política y jurídica entre autonomía y solidaridad, y, por ello, la ausencia de base sólida en la fundamentación de los deberes positivos de socorro. Sin negar la realidad de esa tensión, no puede dejarse de destacar, de una parte, que existen, y se han ensayado, posibilidades argumentativas de incorporar en la doctrina liberal de los derechos personales el pensamiento de la solidaridad (29), así como también se ha pretendido fundar en la base del Estado social que define –todavía en un plano normativo, cada vez menos en uno fáctico– las democracias europeas actuales (30). Pues bien, dado que, como hemos visto, la solidaridad admite grados de intensidad, y que ese grado depende de cómo se establezcan la vinculación entre el individuo y el grupo, las relaciones dialécticas entre autonomía y solidaridad –o entre liberalismo y comunitarismo– también habrían de poder ser graduales (31), admitiendo un espectro de posibilidades de legitimación entre la «comunitarización» y la «socialización» extrema de la organización social.

De cara a una más clara comprensión de los polos de la discusión, quizá sea conveniente introducir al margen dos pares de con-

(29) Sobre algunos intentos en esa dirección puede verse SEELMANN, *Solidaritätspflichten*, pp. 298 ss.

(30) *Vid.*, por ejemplo, PANKOKE, *Grenzen der Solidarität*, en Orsi *et al.* (editor), *Solidarität*. Rechtstphilosophische Hefte, núm. 4, Frankfurt am Main, 1995, pp. 87 ss.

(31) Prueba de ello es que, después de una época de enfrentamiento sin tregua entre liberales y comunitaristas, la tendencia actual se dirige, después de haber solventado algunos errores mutuos de método y después de mutuas concesiones de contenido, hacia la búsqueda de los aspectos que puedan ser objeto de reconciliación o, al menos, al modo de la figura del «consenso por superposición» rawlsiana, que pueden ser igualmente legitimadas desde ambas perspectivas. Un panorama reciente de la discusión aporta FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, 1994, *passim*, obra con el significativo subtítulo de *Politische Gerechtigkeit jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*.

ceptos esenciales en la sociología clásica, que suelen ser manejados en la discusión acerca de la solidaridad. De una parte, como modelos ideales pueden ser de utilidad el binomio introducido por Tönnies entre «sociedad» y «comunidad» (32). Ambas determinan dos modelos teóricos de asociación entre individuos cuyas diferencias, muy brevemente expresadas, son las siguientes. La «comunidad» se origina a partir de una «voluntad orgánica» basada en la identificación de los afectos, convicciones morales y tradiciones del grupo, integrándolos en un todo homogéneo. Ese horizonte valorativo compartido opera como un factor de cohesión que va reproduciéndose a medida que las convicciones y creencias que dan identidad a la comunidad se perpetúan en sus miembros, asumiéndolos como pautas vinculantes de actuación. La «sociedad», en cambio, surge a partir de lo que Tönnies denomina la «voluntad reflexiva» conformándose no por vínculos previos de valores y tradiciones, sino por criterios externos de racionalidad instrumental, basados en el interés de cada asociado en llegar a acuerdos vinculantes para asegurar la protección de sus bienes frente a otros individuos (33).

De otra parte, y a partir de similares presupuestos, es importante la diferenciación que efectúa Max Weber (34) entre la *Vergemeinschaftung* y la *Vergesellschaftung* (35). Bajo el primer término debe

(32) En su conocida obra *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887). DENNINGER, KritV 77 (1994), p. 10, sostiene que el empleo de ese par de conceptos, así como en general el análisis de la solidaridad en Derecho desde la discusión entre el liberalismo y el comunitarismo, conlleva el peligro de simplificar la discusión. Es indudable que la amplitud semántica de la noción «solidaridad», así como los muy diversos puntos de vista posibles desde donde enfocarla, hacen que centrar la discusión exclusivamente en esa dicotomía no alcance a abarcar toda la problemática inherente al concepto. Pero ello no obsta, a mi entender, a que la oposición filosófico-política entre el liberalismo y el comunitarismo sea adecuada para destacar *algunos* de los aspectos esenciales de esa problemática, precisamente los más vinculados al Derecho penal, dada la directa relevancia que tiene en el mismo todo lo relativo a los límites entre el individuo y el Estado, en comparación con otros aspectos también reconducibles a la discusión sobre la solidaridad como la «solidaridad entre los pueblos» o la solidaridad con los más desaventajados económicamente; aspectos en los que la oposición entre liberalismo y comunitarismo pueda tener menor –en absoluto ninguna– relevancia.

(33) Para indicaciones bibliográficas y un mayor desarrollo de los conceptos de Tönnies, remito a ALCÁCER GUIRAO, ADPCP 1998.

(34) MAX WEBER, *Economía y sociedad*, Méjico, 1993, pp. 45 ss., destacando expresamente la proximidad a las tesis de Tönnies.

(35) Vertidas al castellano por el traductor de la citada obra como «comunidad» y «sociedad».

entenderse «una relación social cuando y en la medida en que la actitud en la acción social [...] se inspira en el sentimiento subjetivo (afectivo o tradicional) de los partícipes de constituir un todo»; la «sociedad», por su parte, se dará «cuando y en la medida en que la orientación de la acción social se inspira en una compensación de intereses por motivos racionales (de fines o de valor) o también en una unión de intereses con igual motivación».

Esta oposición, por cierto, muestra otro aspecto esencial de la discusión acerca de la legitimación de deberes de solidaridad, que no ha sido destacado en el texto. De una parte, las dificultades de fundamentación desde posturas liberales vienen dadas también por un componente metodológico, consistente en el hecho de que la teoría ética del liberalismo ilustrado, así como las actuales concepciones neocontractualistas, ha partido siempre de un *cognitivismo* ético, y, por ello, de una fundamentación *racional* de los principios de justicia. En cambio, como vemos, la orientación a la acción en las relaciones sociales de comunidad —que es el caldo de cultivo de la solidaridad— parten de una base *irracional*, basada en el afecto o la tradición, que, en cuanto tal, se asume irreflexiva y acríticamente (36). Y es por esa razón que los deberes de solidaridad suelen relegarse al ámbito de las virtudes privadas: por cuanto presupuesto del contractualismo ético y político es que sólo pueden elevarse a principios *públicos* de justicia obligatorios para todos aquellas convicciones morales que puedan ser, en cuanto racionales para todos los contratantes, intersubjetivamente acordadas. Las convicciones privadas, basadas en afectos, tradiciones, etc., son inconmensurables y no sujetas a legitimación intersubjetiva, por tanto.

La cuestión esencial a responder, entonces —y aquí no se ha dado respuesta a nada, ni va a intentarse—, será si la inclusión de deberes generales de solidaridad en un Derecho penal esencialmente liberal precisa de la introducción de ese «cuerpo extraño» que es el comunitarismo, y en qué grado, o si, en cambio, dentro del mismo arsenal axiológico del liberalismo, puede extraerse una fundamentación de dichos deberes, sin que ello implique, a la vez, «comunitarizar» el liberalismo hasta el punto de hacerle perder sus perfiles y, lo que es más importante, admitir desde dentro del mismo una relativización del rango axiológico de la autonomía per-

(36) Por lo demás, el componente de irracionalización presente en la doctrina comunitarista no ha dejado de ser destacado por sus críticos. Cfr., por ejemplo, NINO, *Ética y derechos humanos*, Barcelona, 1989, p. 167.

sonal (37). A este respecto, recordemos la definición de solidaridad que hemos manejado. En ella, la vinculación del individuo y, por tanto, la obligación de actuar se podía formular de dos formas distintas: o bien con la comunidad en cuanto tal (números 1 y 3), o bien con los individuos de esa comunidad (números 2 y 4). Pues bien, a mi entender, según se ponga el acento en una u otra, distintos serán los criterios de legitimación. Así, si se parte de la vinculación del individuo con la comunidad por sí misma, estaremos asumiendo un mayor grado de «comunitarismo» y, por ello, más lejana aparecerá su compatibilidad con la autonomía privada (38); inversamente, si el vínculo de solidaridad lo ceñimos a las relaciones interpersonales, renunciando a concepciones holistas de lo social, más factible resultará la fundamentación de los deberes de socorro con el liberalismo, siquiera sea por cuanto el fin de la solidaridad será, no el «bien de la comunidad», sino el de maximizar la libertad de los demás individuos, lo que, a su vez, puede admitir en mayor medida una fundamentación racional basada en relaciones de reciprocidad en los intereses y expectativas mutuas de acción (39).

(37) Para todo ello, evidentemente, tendríamos que definir con anterioridad qué ha de entenderse por liberalismo –del que aquí no se ha presentado sino su «esqueleto», por expresarlo en esos términos– en la actualidad, en qué se separa del primer liberalismo y qué grado de «comunitarización» ha sufrido desde entonces o puede admitir sin perder los perfiles que lo definen. O bien, desde otra perspectiva, sería preciso un análisis más detallado de cuáles son los fundamentos axiológicos que definen ese paradigma de legitimación del Derecho penal. Por ejemplo, es indudable que la asunción de un Estado *social*, junto al democrático de Derecho, implica ya una cierta «comunitarización», si bien lo que no está tan claro es cómo responder a la cuestión de hasta qué punto –y por mucho que tales sean los presupuestos del ordenamiento jurídico *en su conjunto*– esa faceta de lo «social» debe erigirse en presupuesto valorativo de la política criminal, y en qué grado debe hacerse.

(38) Una acertada exposición de los aspectos que conforman esa «*gemeinschaftstypische Solidarität*» puede encontrarse en DENNINGER, *KritV* 77 (1994), p. 13. *Vid.* también BENDITT, *Law and Philosophy*, 1982, p. 408, quien destaca que uno de los argumentos manejados para legitimar la criminalización del deber de socorro es el que el cometido del Derecho es «fortalecer la moral compartida de la comunidad», argumento propio de ese comunitarismo «fuerte» que parte de la identificación del grupo en torno a determinadas convicciones morales y tradicionales.

(39) *Vid.*, por ejemplo, SEELMANN, *Solidaritätspflichten*, pp. 299 y 301 s.

II. LA OMISIÓN EN EL DERECHO PENAL NACIONALSO-CIALISTA. RAZONES DE UN ESTUDIO HISTÓRICO

Pero todo ello no será objeto de estudio en este trabajo. No se asumiré, en otras palabras, una línea constructiva, intentando aportar razones para la legitimación, sino que adoptará una perspectiva hasta cierto punto crítica, no tanto por ofrecer argumentos personales en contra de dicha legitimación desde los parámetros liberales, sino por la más modesta intención de acentuar el énfasis en las citadas dificultades de legitimación. Para ello, por un lado, partiré de los dos presupuestos que se han tomado como punto de partida, que pueden resumirse en los siguientes términos: 1) El paradigma de legitimación del Derecho penal en la actualidad es –y debe ser– el basado en la prioridad liberal de la libertad del ciudadano frente a la sociedad, y 2), la fundamentación de deberes jurídicos generales de solidaridad es antes expresión de una ideología de la comunidad que de una ideología liberal.

Por otro lado, el camino que seguiré para llevar a cabo ese objetivo básicamente expositivo, mediatamente crítico y, por todo ello, modesto, perseguido en estas páginas, será el de mostrar las relaciones entre solidaridad y autonomía en lo que puede considerarse la ideología política *radicalmente opuesta* al liberalismo: el Derecho del nacionalsocialismo, en el cual las relaciones de prioridad entre ambos valores se invierte completamente. Son básicamente dos razones las que pueden justificar esta orientación histórica.

La primera acaba de ser mencionada: lo que caracteriza al giro ideológico llevado a cabo por el Derecho penal del nacionalsocialismo radica precisamente en la adopción de la perspectiva radicalmente contraria a la mantenida por el liberalismo político entre las relaciones de los dos pares de elementos que, como se ha mencionado, se hallan en el centro de la polémica acerca de la justificación de los deberes positivos generales. Así, de una parte, con respecto a la tensión entre el *individuo* y la *comunidad*, asigna a ésta la prioridad axiológica, conformando los deberes del individuo en función del bien colectivo. De otra parte, si presupuesto del liberalismo es la estricta separación entre *Derecho* y *moral*, los juristas del nacionalsocialismo llegarán a una fusión de ambas esferas normativas, considerando a aquél como emanación y continuación de ésta. Por ello, dentro de dichos parámetros ideológicos los deberes de solidaridad podrán hallar una fundamentación más coherente con la

propia del resto de las normas jurídicas, pasando de ser excepción a ser regla.

La segunda razón por la que este apunte histórico puede aportar algo a la discusión de los deberes positivos en Derecho penal viene dada por cuanto la discusión acerca del delito del omisión al deber de socorro se ha visto significativamente determinada por el Derecho penal del nazismo. Ello se debe al hecho de que, después del término de la segunda guerra mundial, la regulación del delito de omisión al deber de socorro fue considerada por la doctrina alemana como una típica emanación del pensamiento nacionalsocialista, generándose un activo debate acerca de la legitimidad de mantener ese delito en la reforma del StGB (40), cuyo rastro, teñido de ese sombrío tono totalitario, ha perdurado hasta la actualidad. Ello, de una parte, se debió a que, si bien ya en el StGB de 1871 podía encontrarse –aunque con diferente formulación típica (41)– un delito de omisión al deber de socorro, fue en el proceso de la *Rechts-erneuerung* nacionalsocialista cuando, en 1935, se introduce el § 330c, precepto cuya regulación es la que, tras la eliminación de algunos elementos típicos con indudable «sabor» nacionalsocialista –como la apelación al «sano sentimiento del pueblo» para la concreción del deber de actuar–, es la que ha quedado plasmada en la actual redacción del § 323c (42), (43). Lo relevante, además, no

(40) Cfr. por ejemplo (argumentando todos en contra de esa filiación ideológica): KOHLRAUSCH/LANGE, *Strafgesetzbuch*, 39.^a y 40.^a edición, 1950, § 330c, II, p. 436; MEZGER, *Strafrecht. II. Besonderer Teil, Ein Studienbuch*, 2.^a edición, 1951, p. 213; GALLAS, *Zur Revision des § 330c StGB*, JZ 1952, pp. 396 ss. (aparecido posteriormente también en la recopilación de artículos del mismo autor *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, pp. 259 ss., de donde se citará a continuación); WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4.^a edición, 1954, p. 348; el mismo, *Zur Dogmatik der echten Unterlassensdelikte*, NJW 1953, pp. 327 ss. *Vid.* también MORGENSTEN, *Unterlassene Hilfeleistung, Solidarität und Recht*, Frankfurt am Main, 1997, pp. 47 ss.

(41) Diferencia que, como luego se verá, llevará a una muy diferente fundamentación ideológica del delito.

(42) Ello es destacado por prácticamente toda la doctrina que se ha aproximado a este parágrafo. Cfr., por ejemplo, GEILEN, *Probleme des § 323c*, Jura 1983, p. 78; SEELMANN, NK StGB § 323c/2; KARGL, *Unterlassene Hilfeleistung (§ 323c StGB)*, GA 1994, pp. 247, p. 250; HARZER, *Die tatbestandsmäßige Situation der unterlassenen Hilfeleistung gemäss § 323c*, 1999, pp. 4-5.

(43) Algunos datos cronológicos: El § 360, núm. 10 del StGB de 1871 (que ya poseía un antecedente en el StGB de 1851 –§ 340, núm. 7– y, antes, en el *Code pénal* francés de 1810 –art. 475, núm. 12– fue modificado por la ley de 28 de junio de 1935, creándose el § 330c. El contenido de esta parágrafo fue, a su vez, modifi-

ha sido el mero hecho de que hoy en día se mantenga una regulación con similares elementos típicos a la surgida en 1935, sino el factor, más importante a efectos de la discusión ético-política, de que esa modificación del período nazi supuso, con respecto a la de 1871, un giro ideológico esencial, por cuanto el deber de socorro pasó de un fundamento anclado en el liberalismo decimonónico a uno basado en la prioridad de la comunidad, con la consiguiente sospecha de si la actual regulación ha mantenido no sólo la letra sino el espíritu de la regulación de 1935.

Por todo ello, e independientemente de que esa paternidad nacionalsocialista no pueda asumirse tajantemente para el delito que nos ocupa –por cuanto similares regulaciones del deber de socorro aparecen tanto en la legislación penal alemana anterior, como en la legislación, anterior y posterior, de numerosos países (44)–, puede afirmarse que la razón esencial de la controversia que tuvo lugar en los años cincuenta se debió a ese déficit de legitimación; al hecho indudable de que la omisión al deber de socorro obtiene un mayor acomodo ideológico en un Derecho penal típicamente *comunitarista* –como, en un grado extremo y perverso, lo era el del nacionalsocialismo (45)– que el que posee, por las razones apuntadas, en

cado –permaneciendo la misma numeración– por ley de 4 de agosto de 1953. Por último, la actual regulación de la omisión al deber de socorro en el StGB aparece en el § 323c, introducido por ley de 28 de marzo de 1980. Por lo que respecta a la vigencia del precepto de 1935, que incluía elementos típicos como el *gesundes Volksempfinden*, la sentencia del BGH 1, 266 de 1951 lo consideró Derecho vigente.

Una exposición de la evolución tanto ideológica como legislativa de la regulación de dicho delito en Alemania aporta HARZER, *Hilfeleistung*, pp. 31 ss. (incluyendo el contenido de los respectivos preceptos en pp. 301 ss.). Sobre ello puede verse también VERMANDER, *Unfallsituation und Hilfspflicht im Rahmen des §330 StGB*, 1969, pp. 2 ss.; MORGENSTEN, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 39 ss.

(44) Ello es resaltado por SEELMANN, *Solidaritätspflichten*, pp. 295, p. 295; el mismo, NK StGB § 323c/2; ALEXANDER, *How much Punishment does a Bad Samaritanian deserves?*, *Law & Philosophy* 1996, pp. 93 ss., p. 94, quien menciona como primera regulación la de Rusia en 1845. Más relevante es el dato que también aporta con relación a las legislaciones de los países anglosajones: la primera regulación data de 1967 (Estado norteamericano de Vermont), existiendo actualmente (año 1996) sólo regulación sobre deberes positivos generales en cuatro Estados más, pero limitados al deber de informar sobre la realización de delitos.

(45) Siendo, por descontado, muchas otras cosas además de «comunitarista», tales como totalitario y racista. Con ello quiero destacar el hecho de que, por mucho que haya en común entre algunos de los postulados de base del actual comunitarismo y la prioridad de la comunidad defendida por los nazis, nada tienen que ver en sus objetivos políticos uno y otro.

un Derecho penal de base liberal. Y no creo que fuera el desconocimiento de esa legislación anterior lo que motivara a autores como Welzel (46) o Gallas (47) a plantear esas cuestiones de legitimación en los años cincuenta, sino que fue más bien el incómodo escollo que constituía la omisión al deber de socorro en el esfuerzo por desprenderse de la legislación penal y, más en general, de la ideologización totalitaria introducida en el Derecho penal en el período anterior lo que obligó a la reflexión sobre la legitimación de dicha figura delictiva, si bien no para proponer su desaparición, sí para justificar su presencia desde otros parámetros axiológicos.

Las consideraciones del Gallas de 1950 resumen claramente lo que ha querido destacarse en el texto. «La problemática jurídico-política del § 330c [...] radica en que con el establecimiento de un deber jurídico general de prestación de socorro el marco del Derecho es adelantado a un ámbito que desde una concepción liberal habría de relegarse a la moral». Junto a ello, la discusión sobre la legitimidad se ve agravada por el hecho de que «esa ampliación del compromiso del individuo en favor de intereses supraindividuales con la introducción generada con la introducción del § 330c por el legislador de entonces fue fundamentada con las bases del giro ideológico propiciado por el nacionalsocialismo» (48). Todo ello, en cualquier caso, no debe llevar a la desaparición de un deber positivo de socorro, a juicio de este autor. Ello se debe a que principios como el rechazo del individualismo extremo, la asunción de la dependencia mutua, y, por tanto, la necesaria solidaridad, entre todos los ciudadanos, o la noción de la responsabilidad social tanto de la comunidad hacia el individuo como del individuo hacia la comunidad, son estadios de un desarrollo que, a más tardar desde las postrimerías del siglo XIX, ha venido conformando, de forma creciente, las convicciones generales. La lucha contra la degeneración de estas tendencias, surgida con el colectivismo totalitario, no puede conducir a desconocer ese cambio producido en las actitudes de la conciencia general. Por ello, el pensamiento jurídico occidental no puede desatender el nuevo espíritu de la solidaridad y la responsabilidad social; el cometido consiste realmente en fusio-

(46) WELZEL, NJW 1953, pp. 327 ss.

(47) GALLAS, *Zur Revision des § 330c StGB*, pp. 259 ss. Al margen de las consideraciones del texto, no me resisto a resaltar que quizá no sea casual que fueran autores como Welzel o Gallas quienes más sensibles estuvieran al déficit de legitimación de lo que se consideraba un producto legislativo del pensamiento nazi.

(48) GALLAS, *Zur Revision*, p. 261.

narlo con el ideal tradicional de la libertad personal en una unidad de rango superior» (49).

En un sentido similar, si bien de forma menos reflexiva, se manifestaba Welzel, intentando llegar a una fundamentación acorde con los tiempos: «La exigencia de ese deber para el ciudadano *puede* pero no *tiene* que ser necesariamente entendida de modo “totalitario”. Por el contrario, emana de igual forma del compromiso social del ciudadano propio de una democracia social. Dado que no vivimos ni en el Estado policial del siglo XVIII, ni en el Estado liberal del XIX, no podemos ignorar la responsabilidad social del ciudadano que caracteriza a la democracia del siglo XX» (50).

Esos antecedentes históricos, y esa base discutiblemente nacionalsocialista, pero indudablemente «comunitarista» en que se apoya la juridificación penal de la solidaridad, han configurado la posterior discusión sobre el fundamento del delito hasta la actualidad, no habiéndose podido desprender del todo del tufo totalitario con que fue impregnado. Así, no pocos de los –escasos– artículos y libros recientes sobre el tema se ven obligados a dedicar una especial atención a la regulación de la época nacionalsocialista (51); por la misma razón, es significativo que algún comentario reciente sobre el § 323c StGB comience por ese aspecto (52). Y, lo que es todavía más significativo, también en la doctrina española encontramos ese rastro. Así, cuando oímos decir a Silva que los preceptos de la omisión propia «tienen un innegable origen totalitario y expresan claras tendencias de subordinación del individuo a intereses comunitarios» (53); o cuando Portilla Contreras, al hilo de los comentarios al delito de omisión al deber de socorro, pone de manifiesto que es en la época del fascismo donde se hallan los

(49) GALLAS, *Zur Revision*, p. 261.

(50) WELZEL, NJW 1953, p. 328. Afirmación que, acto seguido, le lleva a concluir que «por ello, el objeto inmediato de protección del § 330c es el bien público (*Öffentliches Wohl*) y sólo mediatamente el individuo involucrado» (p. 328, nota 2). En igual sentido, el mismo, AT (1954), p. 348: «responsabilidad social del ciudadano en una democracia social».

(51) Cfr., por ejemplo, GEILEN, Jura 1983, p. 78; KARGL, GA 1994, pp. 250 ss.; SEELMANN, *Solidaritätspflichten*, p. 205; el mismo, JuS 1995, pp. 282 ss.; HARZER, *Hilfeleistung*, pp. 5, 49 s.; MORGENSTEN, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 41 ss.

(52) SEELMANN, NK StGB §323c/1 ss.

(53) SILVA SÁNCHEZ, *La omisión en Derecho penal. Concepto y sistema*, Barcelona, 1984, p. 306. *Vid.* también p. 340.

orígenes del mismo, época en la que «se resaltan especialmente los valores de la solidaridad y del sentido del deber del ciudadano en relación al Estado», destacando no sólo la introducción del párrafo alemán, sino la regulación prevista en el Código Rocco italiano (54).

III. «GEMEINNUTZ GEHT VOR EIGENNUTZ». INDIVIDUO Y COMUNIDAD EN EL DERECHO PENAL NACIONAL-SOCIALISTA

1. Omisión de socorro y nacionalsocialismo. Aproximación introductoria

Comencemos por explicitar lo que se irá mostrando a lo largo de estas páginas: la introducción de un deber general de solidaridad activa en el Derecho penal alemán en 1935 fue consecuencia *directa* de una ominosa ideología, caracterizada especialmente por otorgar al ciudadano un papel subordinado a la pervivencia de la comunidad, y desde la que, por tanto, el máximo deber de aquél se cifraba en la fidelidad a la comunidad y el Estado. Ello habría de conllevar consecuencias determinantes para la concepción de los delitos de omisión, y del delito a secas, dado que convergía en una inversión radical de las obligaciones políticas del individuo con su entorno: si en el liberalismo el principio es el *neminem laedere*, la no intromisión en el ámbito de actuación social, en el comunitarismo nazi el principio será, por el contrario, el de intervenir en pro del bien de la comunidad. En consecuencia, los deberes positivos adquirirían, en contraste con el liberalismo, un papel predominante.

Es por esta razón por la que la trascendencia ideológica de la omisión al deber de socorro, que en la actualidad apenas es tenida en cuenta (55), fuera un aspecto que los juristas de la época tuvieron muy presente. Afirmaba, en este sentido, Georgakis: «Quien busque en el Derecho penal la expresión de una concepción políti-

(54) PORTILLA CONTRERAS, en Cobo del Rosal (director), *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial II*, Madrid 1996, p. 359.

(55) Ello es destacado por SEELMANN, *Solidaritätspflichten*, pp. 299 ss., quien objeta a la dogmática jurídico-penal el haber ignorado la discusión ética acerca de los deberes positivos.

ca y filosófica global, quien intente aprehender de la forma más clara en ese ámbito del Derecho el substrato de las convicciones de un pueblo y una época acerca de las relaciones entre la comunidad y el individuo, encontrará en el ámbito de la «omisión punible» la más valiosa fuente de información para sus fines» (56).

Así, rara era la obra o tesis doctoral, de las muchas que en esa época aparecieron sobre la omisión (57), que no comenzara por poner de manifiesto esa dicotomía radical en lo tocante a la relevancia política de la omisión. Las palabras con las que Huschens comienza su tesis doctoral no pueden ser más elocuentes: «En la conformación del deber de socorro se muestra, hoy especialmente, la irreconciliable oposición entre liberalismo y nacionalsocialismo. Mientras el Estado de Derecho liberal estaba orientado primordialmente a la protección del individuo y, por tanto, sólo en supuestos excepcionales y bajo muy concretos requisitos exigía la actividad del individuo, sitúa en primer plano el nacionalsocialismo las aspiraciones de la comunidad» (58). Es por esa razón, resalta este autor, por la que «modificar la regulación de la omisión al deber de socorro desde el presupuesto básico del compromiso del individuo con la comunidad era una de las más urgentes tareas a acometer por la renovación nacionalsocialista del Derecho penal» (59).

Ello hace necesario, antes de entrar a exponer los aspectos legales y dogmáticos de su regulación, realizar algunas consideraciones previas acerca de la discusión ideológica y teórico-jurídica imperante en la época. Así, en primer lugar entraré brevemente a exponer la imagen que del liberalismo tenían los juristas nazis, así como su visceral rechazo de la mano de la *ideología de la comunidad del pueblo*. Después, se presentarán las consecuencias que ese giro ideológico tuvo para la concepción y aplicación del Derecho penal, dedicando especial atención a la fusión entre Derecho y moral en que derivó dicha ideología. Dado su carácter meramente introductorio, así como las limitadas pretensiones de este trabajo, la

(56) GEORGAKIS, *Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht*, Leipzig, 1938, p. VII.

(57) Un amplio listado de las tesis doctorales que sobre la omisión al deber de socorro aparecieron entre 1931 y 1940 lo aporta HARZER, *Hilfeleistung*, p. 60, nota 178. No pocas de ellas han sido manejadas para realizar este trabajo.

(58) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung im nationalsozialistischer Strafrecht*, Tesis doctoral, Freiburg im Brisgau, 1938, p. 1.

(59) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 1.

exposición de estas cuestiones estará desde un principio orientada a sus implicaciones para la omisión de socorro (60).

2. La imagen del liberalismo en el nacionalsocialismo

La imagen del liberalismo político de los juristas de los años treinta en Alemania venía, naturalmente, distorsionada hasta cierto punto por los fines críticos de los que partían. Así, por ejemplo, el principio de cooperación democrática presente en la llamada «libertad de los antiguos», o libertad positiva, era prácticamente ignorado (61) en favor del otro pilar básico de la doctrina liberal, la autonomía privada, acentuando el individualismo y el egoísmo del ciudadano de una sociedad liberal, incapaz de adoptar un compromiso con sus semejantes. En la sociedad liberal el individuo aparece como un ser aislado y carente de vínculos, cuyo único cometido radica en procurarse su mayor beneficio personal. Dicha sociedad no está soldada en torno a vínculos de afecto, sino que se concibe únicamente como la mera suma de individuos aislados, y, por tanto, carente de identidad (62).

Como puede apreciarse, estos planteamientos reproducen, acentuando el perfil ideológico de los mismos, los dos modelos clásicos de relación social manejados por Tönnies, citados más arriba: la «sociedad» es consecuencia de una decisión libremente tomada por los asociados en virtud del interés personal de los mismos; en cambio, la «comunidad» se origina a partir de un sentimiento colectivo

(60) Para un desarrollo del pensamiento jurídico en esa etapa histórica, cfr. las amplias referencias bibliográficas que aporta MÜLLER-DIETZ, *Zur moralischen Rechtfertigung totalitärer Anschauungen am Beispiel des nationalsozialistischen Rechtsdenkens*, en Jung *et al.* (editores), *Recht und moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden Baden, 1991, pp. 177 s., nota 3. Además, son importantes otras dos obras no citadas por ese autor: MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreissiger Jahren*, Berlin, 1975; RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 2.^a edición, Frankfurt am Main, 1973.

(61) Ni que decir tiene que la democracia tampoco era un sistema muy apreciado por los pensadores nazis. Vid., por ejemplo, RÜTHERS, *Entartetes Recht*, p. 103, en relación con Carl Schmitt.

(62) Cfr. LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, Berlin, 1931, p. 104; SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, pp. 303 ss.; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 90; FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, p. 46.

y previo a la decisión individual que conforma las relaciones de los miembros en virtud de convicciones morales y tradiciones del grupo, integrándolos en un todo homogéneo. Como no podía ser de otra manera, el modelo de la «sociedad», que equivale, en esencia, al procedimiento de decisión racional e intersubjetivo del contrato social, fue rechazado frontalmente en una época inmersa en la devoción a la comunidad, hasta el punto de que el mismo término de «sociedad» fue estigmatizado y expulsado del lenguaje «políticamente correcto», por conllevar la connotación del liberalismo (63).

Uno de los aspectos en los que, dentro del Derecho penal, más hincapié se hacía, era precisamente en la proscripción liberal de la juridificación de los deberes positivos, y ello no sólo de cara a postular una ampliación del ámbito de responsabilidad omisiva, sino también, y de forma especialmente incisiva por los penalistas de la Escuela de Kiel, para rechazar la concepción del delito como lesión del bien jurídico –como emanación de un pensamiento típicamente liberal (64)– y fundamentar la visión alternativa del delito como lesión de deber (65), aspecto de la discusión que será también determinante para la antijuridicidad de la omisión (66). Esa crítica a la ausencia de deberes hacia la comunidad posee además relevancia, más allá de lo relativo a la fundamentación de la omisión, en cuanto remite, de forma tácita, a otro de los reproches habitualmente emitidos contra el liberalismo, que puede denominarse como la «tesis de la desintegración» (67). En las posturas comunitaristas actuales, dicha objeción se formula afirmando que la sociedad li-

(63) Así lo resalta SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, pp. 303-304.

(64) *Vid.*, por ejemplo, SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen eine Rechsgutsverletzung?*, DStR 1935, pp. 98-99.

(65) *Vid.* SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, en *Grundfragen der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, p. 112; el mismo, *Die unechte Unterlassungsdelikte im System des neues Strafrechts*, en *Gegenwärtsfragen der Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Gleispach, Berlin, 1936, p. 98; GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, pp. 3-4; FREIENSTEIN, *Lässt sich die Strabarkeit von Unterlassungsdelikten auch auf die Verletzung sittlicher Pflichten zurückführen?*, Tesis doctoral, Köln, 1936, p. 54; MAURACH, *Handlungspflicht und Pflichtverletzung*, DStR 1936, p. 118.

(66) En este sentido, por ejemplo, SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, pp. 139 s.; MAURACH, DStR 1936, pp. 113 ss.

(67) Me sirvo con ello de un término empleado por Hart en su polémica con Lord Devlin. Cfr. HART, *Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral*, en el mismo, *Recht und Moral* (ed. por Hoerster), Göttingen, 1971, pp. 87 ss.

beral, al exigir únicamente la omisión de lesionar intereses ajenos y renunciar al fomento de la actividad hacia el mantenimiento del bien colectivo, está condenada a la desintegración, por cuanto la exclusiva búsqueda de cada individuo del propio interés conllevará, a largo plazo, la desintegración de los vínculos afectivos y las convicciones valorativas compartidas, que son los que cohesionan la convivencia. Desde el nacionalsocialismo, además de esa formulación, se pone el acento en el Estado como núcleo de la comunidad del pueblo. Así, ante la alternativa entre un Derecho penal liberal y uno autoritario, Schaffstein y Dahm cierran filas en torno a éste, dado que el liberalismo, con el respeto reverencial a la libertad personal, llevará al debilitamiento de la autoridad de las normas y a la destrucción del pensamiento del Estado en el Derecho penal (68). Frutos del liberalismo en el Derecho penal son «una creciente disolución de los valores y principios supraindividuales en favor de la adopción de presupuestos racionales, relajación de la lucha contra la criminalidad [...] y el debilitamiento de la autoridad estatal». «La destrucción de la tradición espiritual, la relativización de los valores, la proscripción de la autoridad: todo ello ha dejado a su paso» (69).

3. El sometimiento del individuo a la comunidad

Con la ideología nacionalsocialista, es la comunidad la que se eleva a valor supremo conformador de la moral, la política y el De-

(68) SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, 1933, pp. 4, 37.

(69) SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, p. 37. Indudablemente, la acusación al liberalismo de factor de desintegración social y política estaba sensiblemente influenciada por el desastre económico de la etapa de Weimar, de igual modo que, por lo demás, la reivindicación de la raza y el orgullo alemán lo estaban por los acuerdos de Versalles al término de la primera guerra mundial. De lo primero dan muestra clara la crítica al liberalismo de WOLF, *Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates*, ARSP núm. 28 (1934/1935), p. 350: «Muy diferente a la nueva convicción jurídica alemana ha de ser toda idea del liberalismo político del siglo XIX, cuyo mayor ideal jurídico era la libertad y la seguridad del individuo. Nosotros hemos aprendido a descubrir el engañoso valor de esa abstracta libertad jurídica desde que la inflación y el empobrecimiento masivo han convertido frases como la “libertad” de cerrar contratos en sarcasmos de la dureza amarga de la vida social». *Vid.* también la obra citada de SCHAFFSTEIN/DAHM, p. 37-38.

recho. Si en el liberalismo la sociedad y el Estado surgen, en su imagen teórica, como una asociación fruto del consenso y de la racionalidad orientada al beneficio mutuo (70), la comunidad del pueblo, de la que emanará el Estado, se configura como una realidad previa al individuo, que le otorga su condición de persona en cuanto es miembro de la misma, así como define su horizonte moral y de actuación (71). El papel del ciudadano está subordinado al de ser un eslabón de su totalidad orgánica, «una parte indisolublemente unida por la sangre a la comunidad» (72).

Dicha comunidad, «para el sentir jurídico alemán, no es sólo una forma inevitable de convivencia, ni una realidad sociológica, sino que está moralmente fundada» (73): es una «comunidad ética» (74). En otras palabras, el horizonte de valores que conforma la identidad de la comunidad no es sólo entendido como un ser: como una realidad fáctica en la que se socializa el individuo, sino como un *deber ser*: los valores que definen la comunidad serán *per se* los valores correctos, en cuanto son los que otorgan su identidad al pueblo alemán (75); por descontado, serán entonces los valores que todo miembro de la comunidad estará obligado a respetar.

(70) Esa imagen sigue vigente en el actual liberalismo. Cfr. RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness. Politisch und nicht metaphysisch*, en Honeth (editor), *Kommunitarismus, Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*, Frankfurt, 1993, pp. 36 ss., p. 43, quien define la sociedad liberal como una «empresa cooperativa justa entre ciudadanos libres e iguales para el beneficio mutuo».

(71) Cfr. DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, Berlin, 1938, p. 11: «Puede verse al hombre, como en la ilustración y el primer liberalismo, como ser razonable y basado en su autosatisfacción... o como ser social, en su relación con el entorno... Nosotros contemplamos al hombre de otra forma, como miembro activo del pueblo (*Volksgenossen*), como miembro de una comunidad concreta».

(72) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 23. Vid. también DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, p. 83: «Todo ser, todo actuar, tiene sólo sentido desde la comunidad».

(73) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 23. En sentido similar, DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, p. 11: «La comunidad es una vinculación personificada y viva entre hombres de igual actitud».

(74) SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 296; HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 46: «Gesinnungsgemeinschaft».

(75) Cfr. SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, pp. 46, 293, 297; SCHMID, *Das strafbares Unterlassen in heutiger Rechtsgeltung*, DStR 1936, p. 424.

Las diferencias con el liberalismo son radicales (76): el respeto a las normas de convivencia no está basado en la protección de la autonomía personal, sino que sirve al único fin de mantener la comunidad. Dado que la misma sólo puede perpetuarse cuando sus miembros acomodan su actividad en torno a los ideales valorativos que le otorgan su identidad, bajo su manto la actuación social de todo individuo habrá de orientarse bajo una lineal *actitud de fidelidad* hacia esos valores. «No un desconsiderado egoísmo, sino un sentido de la comunidad y una conciencia de deber hacia la el pueblo en su totalidad es lo que determina hoy la convivencia en el Tercer Reich» (77). La pérdida absoluta de autonomía privada llevará a que la noción misma de «individuo» sea rechazada, contemplándose a la persona sólo en cuanto miembro de la comunidad (78), al que, entonces, le será inherente esa actitud –y ese deber– de fidelidad. Por ello, esa actitud hacia los valores comunitarios que, al mismo tiempo que se presupone en todo miembro honesto de la comunidad, debe ser permanentemente fomentada por el Poder, se trasladará entonces al Derecho –que será expresión de esos valores y de la identidad de la comunidad– como la exigencia de un *deber de fidelidad*, que, como después mencionaremos, definirá asimismo el injusto penal. Para mantener el ideal del mayor bien de la comunidad, afirmaba Erik Wolf, ha de exigirse un «compromiso sin fisuras de cada individuo hacia la comunidad del pueblo» y hacia las normas que conforman la convivencia dentro de la comunidad: «cada uno debe amar al Derecho y con ello estar dispuesto a sacrificarse por *su* Derecho» (79). No obstante, ello no implica, a juicio

(76) El liberalismo fue considerado el mayor enemigo ideológico del nacionalsocialismo. Cfr., por ejemplo, SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 108 ss., quien afirma que una de las labores esenciales de la ciencia del Derecho ha de consistir en despojar al Derecho penal el pensamiento individualista de la ilustración; LARENZ, *Deutsche Rechtsernuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1934, pp. 3-4: El fin del Estado nacionalsocialista es conformar un Derecho penal «que se corresponda con las convicciones morales de nuestro pueblo», y el fin de la filosofía del Derecho es hacer desaparecer todo resto de pensamiento ilustrado.

(77) FRANTA, *Die Unterlassungsdelikte nach alter und neuer Auffassung*, Tesis doctoral, München, 1938, p. 46.

(78) SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, pp. 109-110.

(79) WOLF, ARSP 28 (1934-1935), p. 349. La idea del individuo integrado en la comunidad como *portador* [Träger] del Derecho en cuanto encarnación de los valores es destacada también, por ejemplo, por LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, p. 103.

de este autor, un sometimiento del individuo. «El verdadero *Rechtsgenosse* no se erige en señor del Derecho, pero tampoco se siente como un esclavo; él se sabe su *portador*. Asume la autoridad del Derecho no como una arbitrariedad propia ni ajena, sino como el orden natural del pueblo» (80).

En la concepción de la *Volksgemeinschaft* se plasma de manera elocuente la paradoja que, en forma menos extrema, aqueja a no pocas concepciones comunitaristas actuales: la peligrosa confusión entre idilio y terror, la creencia (infundada) en una comunidad armónica, solidaria y unificada en torno a valores comunes junto a la esquizofrénica —o maquiavélica— asunción de la necesidad de imponer bajo sanción esos valores como único medio de mantener esa cohesión (81). Ello va a tener relevancia para la discusión sobre los deberes de socorro, por cuanto la solidaridad adquirirá su fundamento a partir de esos presupuestos de cohesión orgánica.

Resulta, por ejemplo, casi sarcástico leer en la *Filosofía del Derecho y el Estado* de Sauer que la comunidad del pueblo se define e identifica ante todo como una *Liebesgemeinschaft*. La esencia de una verdadera comunidad, sostiene este autor, es el ser una comunidad de valores, en la que no hay disenso en las convicciones de sus miembros. «Precisamente esto es lo que eleva la comunidad a un valor superior, que la hace más valiosa que las personas». «Cuanto más grande y profunda sea la identificación en torno a valores, mayor será la solidaridad» (82). Pero la solidaridad, que, desde la habitual mezcla de ser y deber ser que caracteriza al peor comunitarismo en este aspecto, se erige tanto en realidad plena como en aspiración y, por ello, fin del Poder Estatal, no tiene como objetivo la libertad de terceros, la protección de sus intereses, sino que su razón de ser viene dada por el servicio que presta a la comunidad como tal. Así, resalta Sauer que la relevancia de que la *Volksverbundenheit* sea vista como una finalidad del Estado es su significado como «íntima solidaridad en valores morales, compa-

(80) WOLF, ARSP 28 (1934-1935), p. 350. Las cursivas en ambas citas son del original.

(81) Críticos con ese aspecto del comunitarismo actual: DENNINGER, *Kritik* 77 (1994), pp. 14-15; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, Madrid, 1992, p. 161; GUTMANN, «Keepin' 'em down on the farm after they've seen Páree»: *Contradicciones de la concepción comunitarista del Derecho*, Doxa 1999, pp. 494 ss.; BAURMANN, *El mercado de la virtud*, Barcelona, 1998, p. 244.

(82) SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 296.

rable a una amistad ideal, y ello con el fin cultural del perfeccionamiento» de la comunidad (83); de «la elevación de la comunidad del pueblo a un nivel superior ético-cultural» (84).

Así, la solidaridad, entendida –al modo de la solidaridad mecánica de Durkheim– como fomento de la identificación en los valores, operará como un medio aglutinador de los lazos de «afecto» que conforman la comunidad, y sólo esa actitud de fidelidad permitirá su pervivencia. «Disposición al sacrificio y voluntad de servicio a la comunidad son los medios por los que se asienta esa conciencia ética de comunidad» (85). Dada la trascendencia de la comunidad como valor esencial, anterior y superior a los individuos, la solidaridad se convertirá no en una virtud moral, sino asimismo en un *deber público*. El deber de solidaridad se fusionará en la exigencia de fidelidad a la identidad de la comunidad, por lo que, en realidad, todo deber jurídico será entendido como expresión del deber de solidaridad activa del individuo, dado que el fin último de toda norma es la perpetuación de la comunidad ética. Inversamente, todo delito, todo quebrantamiento de normas jurídicas, lesionará la comunidad en cuanto tal, siendo calificado como infidelidad y, por ello, como defraudación del deber de solidaridad que atañe a todo individuo en cuanto miembro de la comunidad. «Dado que el bien y el mantenimiento del pueblo dependerá del cumplimiento del deber de fidelidad, es éste el primer deber que la comunidad del pueblo exige del individuo; de él derivan todos los demás deberes [...] De este modo, los conceptos de honor, fidelidad y deber pasan a ser los aspectos nucleares del pensamiento de la comunidad» (86).

(83) SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 297.

(84) SAUER, *Die Ethisierung des Strafrechts*, DStR 1934, pp. 177-178.

(85) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 23. Vid. igualmente BARTH, *Die Nothilfe im neuen deutschen Strafrecht*, JW 1935, p. 2320, citando los *Nationalsozialistische Leitsätze*, editados por Hans Frank, director del departamento de Derecho del NSDAP: «Mientras el pueblo viva, existirán deberes de fidelidad. Y sólo mientras los miembros acaten sus deberes de fidelidad, vivirá el pueblo»; el mismo, DR 1935, p. 523: «Si desaparece la fidelidad, se destruye la comunidad»; DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, p. 12: «La comunidad se basa en la fidelidad y en la disposición de sus miembros».

(86) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 23; en igual sentido, SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 110. Sobre la importancia de dichos conceptos en la ideología nazi cfr. especialmente BARTH, *Völkische Treupflicht und nationalsozialistisches Strafrecht*, DR 1935, pp. 523 ss. También GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 4; FRANTA, *Die Unterlassungsdelikte*, p. 28.

Ello queda también expresado en las *Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht*: «El deber de fidelidad de los miembros de la comunidad no es ninguna imposición o deber de obediencia frente a prohibiciones o mandatos de la dirección del pueblo y el Estado, sino que tiene mucha mayor trascendencia, en tanto significa el aportar todo el esfuerzo para la comunidad del pueblo dentro de sus vínculos de sangre y solidaridad, de colaborar denodadamente con los fines del pueblo en favor del mantenimiento, protección, libertad, y futuro de la comunidad» (87).

Por consiguiente, en virtud de la relación de tensión dialéctica de la que hemos partido como presupuesto, la ampliación del deber de solidaridad vendrá, entonces, a reducir de forma drástica el marco de autonomía personal del individuo (88). Ello puede concretarse en dos sentidos.

De una parte, la permanente actitud de fidelidad que debe mantener el miembro de la comunidad conlleva un generalizado incremento de la responsabilidad del individuo (89), que se concreta en una *obligación de sacrificio*, de supeditación de sus intereses personales en favor de la comunidad cuando ésta lo requiera (90). Así, entre las «virtudes eternas» del pueblo alemán destaca Sauer, entre otras, el sentimiento de comunidad y la capacidad de sacrificio por valores más elevados que su propia libertad, el más importante de los cuales es la comunidad misma; «*Nichts für sich, alles für das Ganze*» es la máxima que guía sus pasos (91). Por ello, los intereses personales se protegerán por la razón y en la medida en que sean necesarios para la comunidad (92), que, frente a la libertad

(87) Citado por BARTH, JW 1935, p. 2320.

(88) BAUTZ, *Die neuere Entwicklung der unechten Unterlassungsdelikte*, Tesis doctoral, Breslau, 1938, p. 59, lo expresa al revés: «La consecuencia de esa reducción de la libertad personal es la ampliación de los deberes jurídicos de actuar».

(89) FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, p. 61.

(90) *Vid.*, por ejemplo, GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 4; HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 23; BARTH, JW 1935, p. 2322; WOLF, ARSP núm. 28 (1934-1935), p. 349.

(91) SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, pp. 227 ss., pp. 231-232. La tergiversación a que Sauer, en su obsesión de convertir a Kant al nacionalsocialismo, somete al primer imperativo categórico kantiano raya en lo obscuro (otros ejemplos de lo mismo en pp. 46 s. y 269, nota 1).

(92) Así, HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 68. En igual sentido, BAUTZ, *Die neuere Entwicklung der unechten Unterlassungsdelikte*, p. 59.

del individuo, encarna el valor supremo. En la perversión comunitarista del nazismo, los derechos individuales quedan funcionalizados —esto es, negados— en favor del fin de perpetuar el espíritu del pueblo. «*Gemeinnutz geht vor Eigennutz*» (93). O bien:

«*Du bist nichts, dein Volk ist alles*» (94).

De otra parte, dado que desde la consciente falacia de la comunidad idílica los valores que la moral comunitaria y el Estado encarnan surgen, como decía Wolf, del «orden natural del pueblo», la clásica prioridad liberal de la instauración de un margen de libertad individual como límite el ejercicio del poder estatal será desechado por innecesario. Este extremo, que plasma la diferencia quizá más radical con el liberalismo político, viene dado, en realidad, por el diferente criterio de constitución y legitimación del Estado. Así, si en el liberalismo clásico es la libertad del individuo la que funda la sociedad y el Estado, por lo que uno de sus presupuestos es el derecho inalienable a una esfera de libertad *frente* al poder estatal, concibiéndose como una «envoltura de protección» (95) inaccesible a la actividad del Estado o los demás individuos, en el pensamiento nazi es la comunidad del pueblo —encarnada en el Estado totalitario— la que conforma y decide la libertad del ciudadano, por lo que, como hemos visto, su grado de autonomía dependerá de los intereses de la comunidad. La autonomía personal deja de convertirse en un valor relevante: «Los derechos a la libertad del individuo [...] son incompatibles con el Derecho del pueblo. No existe una libertad personal del individuo, previa o externa al Estado, que deba ser respetada por éste» (96). En el Estado nacionalsocialista, asevera Schaffstein, «desaparece la idea de una esfera individual»

(93) FREISLER, en Gürtner/Freisler, *Das neue Strafrecht*, Berlin, 1936, p. 89. Ello aparece también, por ejemplo, en SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 46; HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 30; JAEGER, *Die Bedeutung der sittlichen Pflicht für die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte*, Tesis doctoral, Baden Baden, 1937, p. 31.

(94) Cfr. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, p. 73, citando a H. Lange

(95) FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, 1996, p. 51.

(96) HUBER, *Verfassung*, 1937, p. 213 (citado por RÜTHERS, *Entartetes Recht*, p. 43). Destaca Rüthers que esa teoría de la inexistencia de libertades y derechos individuales *frente* al Estado por su incompatibilidad con la concepción *völkisch* del Estado era un tema habitual en la literatura de la Escuela de Kiel —formada no sólo por los penalistas Dahm o Schaffstein, sino por autores como Larenz (filosofía del Derecho), Wieacker, Michaelis o Siebert (civilistas), etc.—.

de libertad (97); «no hay ya esferas ajenas al Derecho» (98). Todo ello, la prioridad de los lazos de solidaridad moral que cohesionan a la comunidad y el consiguiente detrimento del marco de libertad personal, hará que los deberes generales positivos pasen de ser excepción a ser regla.

4. Derecho y moral

El sometimiento absoluto a la comunidad como prioridad ética de sus miembros hará desaparecer también la idea de la autonomía moral. Lo privado y lo público se fusionarán en una sola unidad determinada por los valores que definen la unidad del pueblo. Ello, en consecuencia, dará lugar a la total identificación entre Derecho y moral: los deberes jurídicos surgirán del «sano sentimiento del pueblo», que se erigirá en la fuente del Derecho por excelencia (99), hasta el punto de que sólo las leyes que estén en sintonía con esos valores serán consideradas verdadero Derecho (100). El

(97) SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 113.

(98) BAUTZ, *Die neuere Entwicklung der unechten Unterlassungsdelikte*, p. 59.

(99) Sobre la nueva teoría de las fuentes del Derecho, cfr. LARENZ, *Rechtslehre*, pp. 10 ss.; SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, pp. 227 ss. También DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, p. 64; el mismo, *Die Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, ZStW 57 (1938), p. 251; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 28, 44 ss., 49; MEZGER, *Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, ZStW 55 (1936), p. 8, destacando todos que «la sana comprensión del pueblo sobre lo justo y lo injusto es la fuente originaria de todo el Derecho en el Estado nacionalsocialista» (MEZGER, *ibid.*).

(100) En ello incide especialmente RÜTHERS, *Entartetes Recht*, pp. 23 ss. Un amplio análisis de ello puede encontrarse también en ANDERBRÜGGE, *Völkisches Rechtsdenken. Zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, Berlin, 1978, p. 136 ss. Vid. también, por ejemplo, SAUER, DSStR 1934, pp. 177 ss., artículo con el significativo título de *La etización del Derecho penal*; el mismo, *Rechts- und Staatsphilosophie*, pp. 398-399 y nota 2: «El Derecho no puede contrariar a la moral del pueblo», citando a Hitler («A partir de ahora no habrá ya ninguna diferencia entre Derecho y moral»), y a las *Nationalsozialistischen Leitsätze*: «El sentimiento jurídico alemán coincide enteramente con el sentimiento moral». Por otra parte, no puede dejar de mencionarse que otra de las modificaciones al StGB que se llevaron a cabo en 1935 fue la de la admisión de la analogía a favor del reo (§ 2 StGB: «Será castigado quien realice un hecho que la ley declara punible o que merezca castigo según los fundamentos de la ley penal y el sano sentimiento del pueblo»). Sobre ello, cfr. NAUCKE, *Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935*, en el mismo, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts*, Baden Baden, 2000, pp. 301 ss.

ordenamiento jurídico –y, en particular, el ordenamiento jurídico-penal– se convertirá en el portador por excelencia de la *Gemeinschaftsgesinnung*, recibiendo las normas su legitimación exclusivamente por ser expresión de la identidad comunitaria (101).

Como vimos, el deber originario era el deber moral de fidelidad a la comunidad, del que derivaban todos los demás deberes (102); por ello, todos los deberes jurídicos surgirán *directamente* de ese deber moral. «Dado que la conciencia del pueblo valora ese deber como un deber moral y considera su lesión como un delito, orden moral, sentimiento de deber y sentimiento jurídico coincidirán plenamente» (103). Ello supondrá una fundamental modificación de perspectiva con respecto a la fundamentación del delito de omisión al deber de socorro, dado que la separación kantiana entre verdaderos deberes jurídicos y virtudes éticas desaparecerá por completo. En el Derecho penal de los años 30 «Derecho y moral no pertenecen ya a ámbitos separados. Los deberes comunitarios del pueblo son verdaderos deberes jurídicos» (104). Por ello, dado que «el Derecho penal refleja el orden espiritual del pueblo» (105), cometido de la *Rechtsernuerung* será el de elevar los deberes morales a deberes jurídico-penales, ya a través de una modificación legislativa –como ocurrió con la omisión al deber de socorro–, ya a través de la interpretación y de la aplicación –sirviéndose de la cláusula de la analogía contra reo– del «Derecho penal de la costumbre» (106).

(101) *Vid.*, por ejemplo, LARENZ, *Rechtsernuerung*, pp. 4 ss., pp. 8-9, y *passim*; SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, pp. 40 s.; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 22, 28. También WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, en el mismo, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975, p. 105.

(102) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 23.

(103) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 23. Muy similar, BARTH, *JW* 1935, p. 2322.

(104) DAHM, *Bemerkungen zur Unterlassungsproblem*, *ZStW* 59 (1940), p. 166. En igual sentido, SCHAFFSTEIN, *Gleispach-Festschrift*, p. 71; el mismo, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 110; MAURACH, *DSiR* 1936, p. 138; SCHMID, *DSiR* 1936, p. 424; FREIENSTEIN, *Die Strafbarkeit von Unterlassungsdelikten*, 47; SCHMIDT, *DSiR* 1936, p. 424; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 49, 90; JAEGER, *Unterlassungsdelikte*, 1937, p. 26; BAUTZ, *Die neuere Entwicklung der unechten Unterlassungsdelikte*, 61; BARTH, *JW* 1935, p. 2320: «Esos deberes de fidelidad no se originan con la sanción de los mandatos jurídicos por parte de la dirección del pueblo y el Estado, sino que surgen directamente del suelo y la sangre de la comunidad del pueblo».

(105) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 28.

(106) *Vid.* MAURACH, *DSiR* 1936, p. 138.

5. Concepto del delito

Ello implicará también un giro esencial tanto en la concepción de la lesividad material del delito como en su formulación dogmática. Dada la indisoluble unidad entre las normas del Derecho penal y el «orden moral del pueblo» (107), la lesión de los concretos bienes jurídicos, en particular los reconducibles a intereses individuales, dejará de constituir el fundamento del merecimiento de pena; lo relevante, por el contrario, será su contrariedad con ese orden moral. «Del intenso sentido del deber del pueblo alemán surge su pronunciado sentimiento jurídico. Sólo quien se mantiene fiel puede ostentar derechos. Deber de fidelidad y deber jurídico, contrariedad a deber y antijuridicidad son una misma cosa. La lesión del deber de fidelidad constituye al mismo tiempo la lesión de un deber moral. El sentimiento jurídico alemán y su convicción moral coinciden enteramente» (108). Lo mismo expresa la fórmula sintética de la que se sirve Henkel (109):

«*materielle Rechtswidrigkeit = Sittenwidrigkeit*».

Esa contrariedad al orden moral del pueblo conlleva en sí misma un *daño* a la propia comunidad, por cuanto pone en duda y debilita el substrato ético que le otorga su identidad:

«*Rechtswidrigkeit = Volksschädlichkeit*» (110).

«El injusto –afirma Schaffstein– es el ataque a la comunidad del pueblo, el quebrantamiento de las bases de la vida del pueblo» (111). Con la vulneración de una norma jurídico-penal, equiparada a norma moral, se quebrantan los lazos que aglutinan la comunidad: todo delito puede verse, entonces, como expresión de falta de *solidaridad*; o bien, tal como solía expresarse, todo delito

(107) SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 110: Con la superación del liberalismo «surge de nuevo la reencontrada unidad entre Derecho penal y orden moral del pueblo».

(108) BARTH, JW 1935, p. 2322.

(109) HENKEL, *Die materielle Rechtswidrigkeit in kommenden Strafrecht*, ZStW 55 (1936), p. 37.

(110) HENKEL, ZStW 55 (1936), p. 39. También SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 438.

(111) SCHAFFSTEIN, *Die materielle Rechtswidrigkeit in kommenden Strafrecht*, ZStW 55 (1936), pp. 29-30; FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, p. 59.

será considerado una vulneración del deber de *fidelidad* a la comunidad y, por tanto, de *traición* a la misma (112). «La esencia del delito no es la lesión de intereses y bienes jurídicos, sino la rebelión contra la comunidad y su ley interna» (113).

Por lo que respecta a la concepción dogmática del delito, la asunción del *deber* de fidelidad como requisito esencial de todo miembro de la comunidad llevará a configurar todo delito como *lesión de deber* (114), rechazándose por muchos autores —especialmente los miembros de la Escuela de Kiel— la concepción del delito como lesión de un bien jurídico, por considerarla heredera de la tradición liberal. Ese programa quedaba sintetizado en las siguientes palabras de Gallas:

«La teoría del bien jurídico y su lesión aparece como el resultado de un forma de pensar liberal e individualista, para la que la misión del ordenamiento jurídico se limita a mantener separadas entre sí una serie de «esferas de intereses» [...] Por el contrario, el ideal jurídico del nacionalsocialismo viene determinado por la unidad de la comunidad y sus miembros. Desde esta perspectiva, la esencia del delito no consistirá en el ataque ilícito a los intereses jurídicamente protegidos, sino en su carácter destructor de la comunidad. Con ello, cobra protagonismo la parte personal del delito y son los conceptos de «deber» y «actitud», y no, o no en primer lugar, los de «bien ju-

(112) BARTH, DR 1935, p. 523; DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, p. 14; H. MAYER, *Der Verbrechensbegriff*, DStR 1938, pp. 76 y 100; GALLAS, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, en *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Gleispach, Berlin, 1936, p. 51; SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 131; WOLF, ARSP núm. 28 (1934-1935), p. 355: «En el Estado nacionalsocialista el delito aparece ante todo como desobediencia y rebelión, el delincuente como enemigo del pueblo». Esa concepción del delito dio lugar a una activa polémica entre los autores de la época, que no es necesario reflejar aquí, acerca de si todo delito debía concebirse como una infidelidad, o si, en cambio, sólo aquellos cuyo injusto sólo pudiera explicarse como tal —traición al Estado, etc.— merecerían esa calificación. Sobre ella da cuenta HUSCHENS, *Unterlasenne Hilfeleistung*, pp. 26 ss.; y BARTH, DR 1935, p. 523, defendiendo este último la postura «oficialista» favorable a identificar todo delito con la infidelidad.

(113) DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, p. 12; H. MAYER, DStR 1938, p. 77.

(114) HUSCHENS, *Unterlasenne Hilfeleistung*, p. 23: «Dado que en el nuevo Estado todas las relaciones jurídicas deben ser conformadas y entendidas desde el aspecto del deber, el pensamiento del deber habrá de ser el criterio primordial para la configuración del delito».

rídico» e «interés» los que pasan a ocupar el centro de la construcción conceptual jurídico-penal» (115).

O en las declaraciones de Maurach, autor que, si bien dogmáticamente era más reacio a abandonar el concepto del bien jurídico, compartía plenamente las razones ideológicas que llevaban a su abandono:

«Frente a la idea de la acción antijurídica (materialmente peligrosa o lesiva para los bienes), la acentuación en la conducta contraria a deber –y en esto debe seguirse la postura de la Escuela de Kiel– significa, política y éticamente, un gran avance hacia el reconocimiento de una comunidad basada en la fidelidad, en virtud de la cual deberían conformarse el Estado y su nuevo Derecho penal» (116).

Por último, esa concepción de la lesividad, así como la inversión de la prioridad axiológica del individuo a la comunidad, supondría también una modificación en la determinación de la gravedad de los delitos. Todos los delitos constituyen una lesión a la

(115) GALLAS, Gleispach-FS, p. 51; en el mismo sentido, DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, pp. 13-14; SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, pp. 109 ss.; el mismo, DStR 1935, pp. 98-99, y *passim* –identificando la teoría del bien jurídico con la protección de los derechos subjetivos propia del liberalismo de Feuerbach–; el mismo, *Der Streit um das Rechtsgutsdogma*, DStR 1937, pp. 335 ss. Es sabido que no todos los autores en la época defendieron tal concepto del delito como lesión de deber, sino que muchos de ellos –especialmente los de afiliación neokantiana– aspiraron a compatibilizar los presupuestos ideológicos nazis –con sus consecuencias para el enjuiciamiento del delito tales como la subjetivación extrema del injusto– con el bien jurídico (*vid.*, por ejemplo, MEZGER, ZStW 55 (1936), pp. 3 ss.; KLEE, *Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung*, DStR 1936, pp. 1 ss.; MAURACH, DStR 1936, pp. 113 ss.), para lo cual bastaba con servirse del concepto teleológico del bien jurídico de Honig para ampliar sus perfiles hasta que cupiera todo. Por lo demás, los mismos defensores de la Escuela de Kiel, que en un principio mostraron un rechazo frontal al bien jurídico –especialmente por las mayores dificultades que ofrecía para incorporar esa subjetivación (cfr. en este sentido DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, ZStW 57 (1938), p. 233; SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 113: el bien jurídico constituye una «camisa de fuerza conceptual» para desarrollar en el Derecho penal el cometido de la comunidad del pueblo)–, terminaron por admitir la aplicación dogmática del bien jurídico, destacando que su rechazo iba dirigido no contra el concepto del bien jurídico, sino contra el «pensamiento del bien jurídico», dada su raigambre liberal. *Vid.* en este sentido DAHM, ZStW 57 (1938), p. 235.

(116) MAURACH, DStR 1936, p. 125.

comunidad, pero ese daño será mayor cuando se atente contra intereses directamente comunitarios. En palabras de Schaffstein, «invirtiendo las relaciones habidas hasta ahora, la medida más elevada de protección penal no habrá de establecerse ya frente a lesiones de bienes jurídicos del individuo, sino contra la lesión de los intereses de la colectividad y del Estado». La razón que alega este autor es que «debe mostrarse con toda claridad en la valoración de los bienes jurídicos la superioridad de los valores de la comunidad frente a los intereses y necesidades del individuo» (117). Por lo que respecta a los bienes personales, el mayor valor deja de ser la vida, para pasar a serlo el honor (118). En suma, como afirmaba Gallas, «para la valoración jurídico-penal sólo tienen relevancia los intereses de la comunidad» (119).

6. Finalidad del Estado y del Derecho penal

Todo lo anterior se deriva del postulado básico del nacionalsozialismo consistente en la supeditación y anulación de la autonomía del individuo en aras de la comunidad. Por ello, también la labor del Derecho penal y del Estado mismo se orientará en el cometido de fortalecer la identidad y cohesión de la misma. El estado autoritario, según Schaffstein y Dahm, debe ser vehículo de expresión de los valores eternos de la comunidad, debe plasmar «la primacía absoluta de la nación y de los valores tradicionales en ella enraizados frente a los intereses de los individuos» (120); para ese cometido debe generar una *Staatsgesinnung*, una conciencia de respeto a la autoridad (121). Y el Derecho —y el Derecho penal en particular— será el medio por el que se fomentará y canalizará ese ejercicio (122). «El Derecho penal utiliza la pena para mostrar a todos su poder. En la

(117) SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 109. *Vid.*, en igual sentido, SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, p. 50: El estado autoritario está llamado a proteger sobre todo los «valores transpersonales y absolutos» que están más allá de los individuos.

(118) SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 438.

(119) GALLAS, Gleispach-FS, p. 62. En el mismo sentido, DAHM, *Gemeinschaft*, p. 12; H. MAYER, DSiR 1938, pp. 76-77 y 81.

(120) SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, p. 50.

(121) SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, p. 38.

(122) LARENZ, *Rechtserneuerung*, p. 8: «Dado que el Derecho debe su origen y su vigencia a la comunidad, su primer cometido habrá de ser el servir a la vida de la comunidad».

pena se manifiesta simbólicamente la dignidad del Estado» (123). Su finalidad esencial será aplicar su vigor al fortalecimiento de la conciencia de comunidad en sus miembros (124). Ello conlleva, como destacan Schaffstein y Dahm, un marcado componente pedagógico, pero entendido en un sentido muy distinto al del «pensamiento liberal» propio de la prevención especial de von Liszt. «La educación en el Estado autoritario debe ser entendida como intensa educación de la colectividad. Las posibilidades sociopedagógicas del Derecho penal» deben orientarse especialmente a la internalización de la conciencia de la comunidad del pueblo (125).

IV. LA OMISIÓN DE SOCORRO EN EL DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA

1. La omisión a la luz del pensamiento de la comunidad

Si en alguna de las instituciones de la dogmática penal tuvo especial trascendencia el pensamiento de la comunidad ética fue en la omisión. De una parte, por lo que respecta a la *comisión por omisión*, la equiparación entre Derecho y moral y, por tanto, de los deberes morales con los deberes jurídicos significó el brusco rechazo de la concepción «liberal» de los deberes formales de garante, y la consiguiente ampliación del ámbito de responsabilidad por omisión a partir de la asunción de nuevas fuentes de garante surgidas de la moral. Así, afirmaría Schaffstein —y con él buen número de jóvenes autores— que para el castigo por un resultado en comisión por omisión es requisito suficiente «la lesión de un deber surgido del orden moral del pueblo» (126). En realidad —y a diferencia de en una

(123) SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, p. 41, manifestando acto seguido que «la pena de muerte muestra terminantemente que el individuo puede ser sacrificado en aras del Estado»

(124) WOLF, ARSP 28 (1934-1935), p. 349; SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, pp. 439.

(125) SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, p. 41; DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, p. 10.

(126) SCHAFFSTEIN, Gleispach-FS, p. 96, pp. 71, 98. En la misma línea, el mismo autor, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 123; DAHM, ZStW 59 (1940), pp. 165 ss.; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 84; FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, pp. 26 ss., p. 29; FREIESTEIN, *die Strafbarkeit von Unterlassungsdelikten*, pp. 47, 53 ss. Más dubitativo, aunque llegando a esa conclusión, MAURACH, DStR 1936, pp. 117-118.

concepción liberal—, dado que tanto los delitos de comisión por omisión como los de omisión pura obtendrán el mismo fundamento en el deber de fidelidad a la comunidad, la ampliación de responsabilidad que alcanzará tanto a unos como a otros vendrá dada por idénticos motivos ideológicos.

«El tránsito de una concepción formal a una concepción material y al mismo tiempo orgánica y comunitarista del Derecho lleva, a través del reconocimiento jurídico de deberes morales de evitación del resultado, a ampliar la responsabilidad por el resultado» (127). «Es la trascendencia de la solidaridad y de los lazos de unión de los hombres en la comunidad lo que ha de llevar también aquí a una ampliación moral de la no evitación contraria a deber de un resultado» (128).

Pero fue el delito de omisión al deber de socorro, especialmente a tenor de su nueva regulación, el que se entendió como expresión fidedigna del Derecho penal nacionalsocialista, elevándose prácticamente a símbolo de la *Rechtserneuerung*. A diferencia de la comisión por omisión que, por cuanto su fundamento radica en la evitación de un resultado material, podía venir asociada al pensamiento liberal de la protección de bienes jurídicos (129), la omisión al deber de socorro, cuyo injusto se agota en el no cumplimiento del mandato, constituía para los juristas nazis la quintaesencia del delito, al poder interpretarse como la infracción de un deber sin ulterior vinculación a la lesión de un interés individual plasmado en un bien jurídico y, por ello, como un quebrantamiento de la norma moral de fidelidad (130).

(127) FREIESTEIN, *Die Strafbarkeit von Unterlassungsdelikten*, p. 53.

(128) GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. VIII.

(129) Y, en tanto considerado como liberal, con la limitación del Derecho a proteger esferas de libertad. Cfr. SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, p. 112: La «concepción del delito como lesión de un bien jurídico se revela [...] como un producto característico de la ideología del Estado del liberalismo clásico, ya que parte de una concepción del Estado según la cual éste había de limitarse a la actividad negativa de proteger las esferas individuales de libertad, y que, por tanto, debía configurar los deberes del ciudadano de igual forma igualmente negativa, es decir, sólo como un deber de omitir agresiones sobre la esfera individual ajena».

(130) Así, por ejemplo, afirmaría FREISLER, en Gürtner/Freisler, *Das neue Strafrecht*, pp. 88-89, que, siendo el fundamento de todo delito la infidelidad a la comunidad, la omisión al deber de socorro es uno de los delitos que más nítidamente plasman ese carácter. En igual sentido, HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 29.

«Un sistema individualista puede conformarse con la prohibición de ir más allá de la propia esfera jurídica e incidir sobre una esfera ajena; un Derecho construido en torno al pensamiento de la comunidad no puede darse por satisfecho con la mera pasividad de sus miembros, sino que exigirá de forma amplia a todos los miembros de la comunidad la disposición activa de sus fuerzas así como la ayuda mutua que plasme una actitud de fidelidad» (131).

En efecto, como manifestó Schaffstein, el amplio reconocimiento de «un deber de ayuda activa a la comunidad y a sus miembros es una consecuencia natural del pensamiento de la comunidad» (132), constituyendo la admisión de un deber de socorro en la ley la plasmación de la prioridad axiológica del colectivo social frente al individuo, así como clara expresión de la relevancia del deber de fidelidad y de su trasunto dogmático, el delito como lesión de deber (133).

«Para el deber de prestación de socorro y su trascendencia jurídico-penal es determinante el deber de fidelidad de los miembros del pueblo entre sí y para con la comunidad. Del deber de fidelidad, de la fiel vinculación entre todos los miembros, surgen una serie de deberes concretos, algunos de los cuales son tan importantes que su lesión debe ser sometida a una pena. Bajo esos deberes figura el de la prestación de socorro. Según el principio asentado en el pueblo de “uno para todos y todos para uno” cada uno ha de prestar toda su colaboración a que sean removidos los peligros para la comunidad y para los miembros de la misma» (134).

Y, dado que el deber de prestación de socorro emana directamente del deber de fidelidad, la fundamentación de esa obligación de solidaridad activa no habrá de venir fundada en la amenaza de lesión de los intereses de quien se halle en situación de peligro, sino en lo que esa ayuda tiene de expresión de una actitud de fidelidad a los valores que cohesionan los vínculos comunitarios. No es, en otras palabras, la protección de esferas de libertad ajenas lo que legitima la introducción de deberes positivos generales, sino el co-

(131) FREIENSTEIN, *Die Strafbarkeit von Unterlassungsdelikten*, p. 54. En sentido similar, por ejemplo, MAURACH, *DSiR* 1936, p. 118.

(132) SCHAFFSTEIN, *Gleispach-FS*, p. 98.

(133) *Vid.* también SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, pp. 127-128; SCHMID, *DSiR* 1936, p. 424; MAURACH, *DSiR* 1938, p. 118.

(134) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 48.

metido supraindividual de fortalecer los vínculos que cohesionan a la comunidad. Ello otorga a este delito una especial fundamentación, por cuanto vendrá dada desde los mismos fines que se asignan al Derecho penal en su conjunto. «Más allá de su valor práctico para la convivencia de los hombres —destaca Huschens— el deber de socorro se erige en un símbolo del nuevo orden jurídico y pasa a ser un medio esencial para educar al pueblo en la concienciación de un sano sentimiento de comunidad» (135).

Al igual que el resto de los factores que hemos venido presentando, también el giro en la concepción del delito y su asunción como lesión de deber sirvió para que la omisión al deber de socorro adquiriera un mayor acomodo dogmático que el que ofrecía bajo la noción del delito como lesión de bienes jurídicos, viniendo, por lo demás, la discusión dogmática atravesada por profundas divergencias ideológicas, dado el presupuesto, asumido por estos autores, del carácter liberal del bien jurídico. Afirmaba, ejemplo, Huschens que el delito de deber de socorro no puede abordarse, ni sistemática ni materialmente, desde la idea de protección de bienes jurídicos. Para ello, «tendríamos que poder constituir un bien jurídico que fuera puesto en peligro o lesionado con la omisión. Pero dado que la ayuda no es un bien jurídico, con el deber de prestación de socorro sólo podría llegarse a una protección mediata de bienes jurídicos concretos». Con ello, la obligación de socorrer aparecería como un medio para la protección de los mismos y «la pena por la omisión del deber de socorro habría de ser considerada orientada a una protección mediata de los bienes jurídicos» (136), conclusión que no podía sino chirriar en los oídos del pensamiento comunitarista nazi. Por ello, se afirmaría que «la lesión del deber de fidelidad conduce a los fines pretendidos de forma más sencilla: del deber general de fidelidad del individuo surge aquí un determinado deber de actuar. La lesión de ese deber es en cuanto tal castigada, y no porque se haya puesto en peligro o lesionado ningún bien jurídico [...] Aunque la idea del peligro para la vida en comunidad pueda haber contribuido al surgimiento de ese deber, el verdadero fundamento de la pena es la lesión del deber en cuanto tal» (137). En otras palabras, la omisión al deber de socorro se configurará como un deli-

(135) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 1. En igual sentido, GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, pp. 1 y 8.

(136) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 28.

(137) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 28.

to de actitud, cuyo merecimiento de pena vendrá dado por la expresión de una *rücksichtlose Gesinnung* (138), que la noción de lesión de deber estaría en mejor situación de abarcar. Ello no responde sino al pensamiento de partida: dado que el deber de socorro aparece como una concreción del deber general de fidelidad a la comunidad, ya en la desobediencia del deber se produce un «daño» de naturaleza simbólica sobre ésta, por cuanto los vínculos que la cohesionan y los valores que la definen son puestos en duda. Y para reafirmar la autoridad y superioridad moral de la comunidad, la pena debe expresar la más firme censura y manifestar que «quien lesiona dolosamente ese deber queda situado fuera de la comunidad, porque al mismo tiempo lesiona el deber de fidelidad a que en cuanto miembro de la misma está obligado» (139).

2. La nueva regulación de la omisión al deber de socorro

a) *Fundamento*

Como afirmamos en la introducción a estas páginas, en el año 1935 entra en vigor la nueva regulación del delito de omisión al deber de socorro. Si bien ya existía, en el Código Penal de 1871, un delito equivalente, lo cierto es que sus elementos diferenciadores vendrán a otorgar una fundamentación completamente distinta, que, como a continuación veremos, expresará de manera inequívoca el vuelco ideológico sufrido por la Alemania de los años 30, al pasar de una regulación de base liberal a una concepción del delito comunitarista. Veamos en primer lugar la disposición del StGB de 1871.

El § 360 núm. 10 del StGB de 1871 disponía lo siguiente:

Se castigará con pena de multa de hasta 150 marcos o con arresto: [...] 10) A quien, ante accidentes o situaciones de peligro general o necesidad, le hubiera sido requerida la prestación de ayuda por la autoridad policial o sus representantes y no lo realizara, aunque pudiera satisfacer el requerimiento sin peligro considerable para sí mismo.

(138) Por ejemplo, GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 7; SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1942, § 323c, I. Vid. también MORGENSTEN, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 44 ss.

(139) HUSCHENS, *Die Unterlassene Hilfeleistung*, p. 84.

Lo característico de esa disposición –paradójicamente llamada el *Liebesparagraph* (140)– frente a la regulación posterior alemana y frente a la que actualmente aparece en el Código Penal español, es que el deber de socorro sólo surge a partir de un previo requerimiento policial, no existiendo, entonces, un deber directo y general del ciudadano de prestar ayuda a terceros. Es, de hecho, ese elemento el que otorga al precepto, por comparación a aquellos que incorporan un deber general, un carácter liberal. Como afirmaba Welzel ya en 1954, en el Estado liberal el aseguramiento de la seguridad y orden público era exclusiva labor de la policía, resaltando que lo característico del § 360 número 10 era que venía a convertir al ciudadano en ayudante de la autoridad policial de cara a esas labores (141). Esa idea se manifestaba también en las consideraciones sobre dicho precepto realizadas por un contemporáneo de su vigencia. «El Estado –afirmaba Leonhard– está interesado en la prestación activa de ayuda por parte de quienes vivan bajo su territorio para el mantenimiento de los derechos esenciales. Así, en circunstancias extraordinarias de puesta en peligro del bien común, y cuando las propias fuerzas del Estado no sean suficientes para luchar contra esos peligros, deberá el Estado imponer restricciones sobre los derechos básicos» (142). En el Estado liberal decimonónico, como vemos, el deber de prestación positiva del ciudadano se configuraba como un subrogado de carácter excepcional de la propia labor estatal de proteger los derechos de los individuos (143), de modo que sólo cuando los medios estatales no fueran suficientes para procurar esa seguridad estaba legitimado para solicitar la intervención del ciudadano en labores que, en rigor, eran responsabilidad de aquél.

Así, manifestaba este autor que «donde el poder estatal se siente débil y no es capaz por sí solo de mantener la paz jurídica, el deber de prestación de socorro deberá ser asumido con mayor intensidad

(140) Cfr., por ejemplo, FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 18.^a edición, 1931, § 360, núm. 10, 1, p. 799. Asimismo, LEONHARD, *Die sogen. Liebesparagraph*, Tesis doctoral, Heidelberg, 1910.

(141) WELZEL, AT (1954), p. 348.

(142) LEONHARD, *Die sogen. Liebesparagraph*, p. 1.

(143) Es interesante el hecho de que recientemente se haya ensayado una similar fundamentación para legitimar la actual regulación de la omisión al deber de socorro en el StGB. Cfr. PAWLIK, GA 1995, pp. 363 ss., considerando la base del deber activo no como expresión de solidaridad sino como una suerte de delegación del deber del Estado de garantizar un margen de seguridad sobre los intereses personales.

que en Estados que se sienten internamente fuertes y poseen un servicio policial desarrollado» (144).

Esa concepción, como puede apreciarse, se corresponde enteramente con los presupuestos del Estado liberal clásico: éste se configura no como un fin, sino como un medio para garantizar la libertad individual, que es cometido para el que ha sido establecido por el acuerdo racional de los ciudadanos. Y éstos, dado que es al Estado al que han encomendado la labor *activa* de asegurar y proteger sus esferas de libertad individual, sólo quedarán obligados a omitir daños sobre los intereses ajenos. Sólo cuando el mismo Estado, en situaciones *concretas y excepcionales*, no pueda realizar la labor que le han encomendado los individuos, serán éstos los que, con carácter extraordinario, tendrán que prestar esa labor activa (145). Es por esta razón por la que Leohnard resalta que sólo ese requerimiento policial llevará a que, en el caso concreto, el deber ético de ayuda se convierta en un deber jurídico (146).

No es de extrañar, en consecuencia, que los juristas de afiliación nacionalsocialista encontraran ese precepto de todo punto rechazable. Con dicha regulación, se afirmaba, «la solidaridad de los miembros del pueblo, tal y como se deriva de una comunidad vinculada por la sangre y el suelo, quedaba insuficientemente reconocida» (147); en realidad, alegaba Georgakis, en dicho precepto se plasmaba un deber moral básico de todo miembro de una comunidad, pero, dada la estricta separación entre Derecho y moral del liberalismo, el legislador de 1971 hubo de enmascararlo bajo una infracción formal de desobediencia a la autoridad (148). Por ello, rechazado de plano el liberalismo, el nuevo legislador había de modificar con urgencia la regulación del deber de socorro, y plasmar en ella los principios del «nuevo orden» (149).

(144) LEONHARD, *Die sogen. Liebesparagraph*, p. 2.

(145) Una interpretación similar del fundamento liberal del precepto hacían los juristas de la época nazi: *vid.*, por ejemplo, FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, pp. 46-47; GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, pp. 3-4.

(146) LEONHARD, *Die sogen. Liebesparagraph*, p. 14.

(147) SCHMIDT, *DStR* 1936, p. 424. En igual sentido, GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 2; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 1; BARTH, *JW* 1935, p. 2320.

(148) GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 3.

(149) *Vid.* la fervorosa declaración de HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 1 ss.

«Tan pronto como desaparece esa concepción del hombre y su cometido, tan pronto como se sitúa a la comunidad por encima del individuo y dirige los deberes de aquél hacia las necesidades vitales del todo social, toda discrepancia entre el deber moral y el deber jurídico de socorro se deshace [...] La concepción ideológica del nacionalsocialismo está en perfecta armonía con la exigencia de un deber moral de prestación de socorro, ya que *el deber de fidelidad frente a la comunidad [...] encierra en sí la solidaridad entre sus miembros, la disposición a la ayuda en situaciones de necesidad, la protección mutua ante el peligro y el respeto mutuo en cuanto miembros de la comunidad*. Por ello, el nuevo tipo legal del deber de socorro no puede entenderse como la regulación provisional de un aspecto secundario del Derecho penal, sino que, por el contrario, constituye para el Código Penal nacionalsocialista expresión fundamental de esa ideología», por cuanto «destaca con especial claridad el giro fundamental acerca de los deberes del individuo para con la comunidad y la relación de ésta con sus miembros» (150).

Ese nuevo tipo legal (§ 330 c) recibiría la redacción siguiente:

Quien, ante accidentes o situaciones de peligro general o necesidad, no presta ayuda, aunque ello sea su deber según el sano sentimiento del pueblo, y en especial cuando no cumpla el requerimiento policial, aunque pudiera cumplir el requerimiento sin peligro considerable para sí mismo y sin lesión de otros deberes importantes, será castigado con pena de prisión de hasta dos años o con pena de multa.

Junto al considerable aumento de pena –consecuencia de la mayor importancia de ese deber en un Derecho penal comunitarista (151)– son dos las novedades más relevantes que introdujo el nuevo precepto. De una parte, la desaparición del requerimiento policial como *conditio sine qua non* para el surgimiento del deber jurídico de actuar. Si bien sigue formando parte del tipo legal, operará como un mero ejemplo (152). De otra parte, la concreción del

(150) GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 4 y nota 18.

(151) El aumento de la sanción penal era una de las peticiones más reiteradas en la doctrina de la época: cfr. por todos BARTH, NW 1935, p. 2320; FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, p. 46.

(152) El cual, no obstante, era interpretado también como elemento de agravación, en cuanto que al deber moral de fidelidad se acumulaba el deber de respeto a la autoridad. Cfr. HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 70; SCHMIDT, DSStR 1936, p. 424; FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, p. 54; BARTH, JW 1935, p. 2321, afirmando que ni siquiera habría sido necesaria su mención.

deber de actuar en función del «sano sentimiento del pueblo», que será la cláusula general y abierta por la que se dará paso a la incorporación de los deberes morales al ámbito jurídico y que, en la práctica, dejará la decisión al juez de turno. Veamos más detalladamente, a partir de la exégesis realizada por los autores de la época, la trascendencia y aplicación de ambos aspectos.

La desaparición del requerimiento policial conllevó, si no necesariamente la conversión a una ideología comunitarista nazi, sí desde luego la posibilidad de interpretar el deber positivo de socorro desde esos parámetros, al perder su raigambre liberal. Desde luego, no otra fue la finalidad perseguida por el legislador (153).

Con dicha modificación, manifiesta Huschens, «la esencia de la institución se modifica completamente. De igual modo que todo el Derecho se ha asentado en el espíritu de la comunidad, se ha despojado a la omisión al deber de socorro de sus ropajes liberales y se ha convertido en un verdadero deber nacionalsocialista hacia la comunidad [...] En la nueva redacción del deber de socorro «se refleja con especial claridad el giro acontecido en el Estado nacionalsocialista en la concepción de los deberes del individuo hacia la comunidad y hacia los demás miembros del pueblo». El nuevo tipo legal constituye una clara plasmación del principio «*Gemeinnutz geht vor Eigennutz*» (154).

De ser un ilícito de mera desobediencia pasaba a ser un delito en el que se castigaba la actitud inmoral de infidelidad (155), un «delito de lesa comunidad», por expresarlo así. Los miembros de la comunidad ya no habían de actuar motivados por la autoridad policial, sino por su espontánea fidelidad a la autoridad moral del pueblo que se esperaba de ellos. El sujeto egoísta propio de la sociedad liberal dejaba paso a la imagen de un *Volksgenosse* solidario con su comunidad, imagen que, en última instancia, remitía a la diferente concepción del Estado: «La vida de la comunidad no

(153) Cfr. la *Amtliche Begründung* de la ley de modificación del StGB de 28 de junio de 1935, Berlín, 1936, pp. 42-43. Vid. también FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, p. 47.

(154) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 30. La primera frase entrecomillada corresponde a una cita del autor a Frank.

(155) Así, por ejemplo, GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, pp. 2, 7: «actitud antisocial»; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 30, 70, 90; BARTH, JW 1935, p. 2320.

es, desde la óptica nacionalsocialista, un mero medio necesario que haya de servir a los individuos a la obtención de sus intereses egoístas bajo la aislada realización de su propio trabajo, sino que es una comunidad fundada en la moral, que, por ello, puede exigir-lo todo a sus miembros vinculados a ella bajo lazos de fidelidad. La comunidad nacionalsocialista no establece exigencias menores, sino que exige de sus miembros toda la fuerza que puedan aportar» (156).

b) *Interés protegido*

El interés que perseguía la introducción del delito de omisión al deber de socorro ya ha sido indirectamente expresado cuando destacamos la relevancia del concepto de delito como lesión de deber. A pesar de que la noción era rechazada por estos autores, podríamos decir que el «bien jurídico» protegido era la comunidad misma; o quizá mejor, los factores sociales que mantienen unidos los vínculos comunitarios. Expresado en otros términos, lo protegido sería la «solidaridad» en cuanto tal, o la conciencia de solidaridad entre los miembros de la comunidad, dado que es la vinculación a una identidad común lo que permite el mantenimiento de la comunidad. Ello determina importantes diferencias con una visión liberal: mientras en ésta lo que se persigue proteger son los intereses personales puestos en situación de peligro –es decir, otros bienes jurídicos como la vida o la integridad física–, en el modelo comunitarista –en el nazi y en cualquier otro que sitúe la comunidad por encima del ciudadano– el socorro a un tercero encarnaría únicamente la forma de aparición de la realización del deber de fidelidad a la comunidad. «El deber de ayuda existe sólo frente a la comunidad» (157).

(156) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 90. En similar sentido, FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, p. 46.

(157) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 90. Destaca además este autor, expresando con claridad la diferencia con una concepción liberal, que el moderno Estado nazi estaría capacitado, en la mayoría de los casos, para responder a las situaciones de peligro, por lo que desde esa perspectiva no sería necesario solicitar un deber activo a los ciudadanos. Pero, dado que el fundamento de ese deber no es la protección de la libertad ajena, sino la fidelidad a la comunidad, el deber de socorro deberá no sólo permanecer, sino intensificarse.

c) *Contenido del deber. El «sano sentimiento del pueblo» como elemento típico*

Esas diferencias ideológicas se plasmarán en un diferente ámbito de deber del ciudadano, en relación con los bienes en peligro frente a los que tenga que surgir la ayuda. Así, mientras desde una fundamentación liberal, que asuma el carácter excepcional de un deber positivo general, el deber de actuar sólo habrá de surgir cuando el peligro amenace a intereses personales del ciudadano vinculados a la esfera de libertad: vida, integridad física o libertad sexual, una concepción comunitarista, que conciba el deber de socorro como vehículo de expresión de deberes de fidelidad a la comunidad, exigirá un deber activo, además, cuando concurra un peligro para bienes jurídicos como la propiedad (158), o para bienes jurídicos supraindividuales vinculados a la propia comunidad o al Estado (159).

Pero, en realidad, el criterio con el que se determinará en cada caso el contenido del deber es el elemento normativo del tipo (160) del *gesundes Volksempfinden*; criterio que, como ya se mencionó, constituye la primera y más importante fuente del Derecho (161). Ciertamente, desde la prioridad axiológica de la comunidad con respecto al individuo, y desde el deber de sacrificio inherente a todo miembro de la comunidad, el margen de exigencia habría de ser mucho mayor que en un Estado liberal. Así, y aunque se proclamara que no era precisa una actitud heroica (162), el deber de prestación de socorro habría de ser exigible al sujeto «también en los casos en los que exista el peligro de poner en juego su propia vida, su libertad y su propiedad» (163). Por lo demás, la radical vaguedad de la citada cláusula facultaba a que la decisión se dejara entera-

(158) Cfr. la *Amtliche Begründung* de la Ley de 28 de junio de 1935 de modificación del StGB, p. 42.

(159) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 88.

(160) Así, HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 43.

(161) FRANTA, *Unterlassungsdelikte*, p. 31. Sobre la relevancia de ese criterio para la aplicación de todo el Derecho penal nazi cfr. MEZGER, ZStW 55 (1936), pp. 2 ss. Afirman, por ello, BARTH, JW 1935, p. 2323, y HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 30, 43, que aunque no se hubiera incluido, materialmente habría dado lo mismo, dado que habría sido el criterio a emplear para concretar el deber, al igual que es el criterio de interpretación esencial de todo tipo legal.

(162) SCHMID, DSrR 1936, pp. 424-425.

(163) *Nationalsozialistische Leitsätze*, II, p. 25 (citado por MORGENSTEN, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 44.)

mente a las particularidades del caso concreto (164), respondiendo con ello al método del *pensamiento concreto*, propugnado por los autores nazis (165). En cualquier caso, la cláusula era entendida como un criterio de *limitación* en el caso concreto del ámbito del deber de actuar (166). Se afirmaba, así, que su correcta aplicación disipaba el riesgo de que pudieran establecerse exigencias demasiado elevadas para el individuo, yendo más allá de lo exigible a un miembro honesto de la comunidad (167). La capacidad limitadora tenía una obvia razón: «El sano sentimiento del pueblo no lo admitiría» (168).

En cualquier caso, ¿qué era y en qué consistía la aplicación de ese «sano sentimiento del pueblo»? Según estos autores, el juez había de servirse del «sentido de la comunidad» propio de un «miembro del pueblo alemán razonable y de sano sentimiento» para con esos parámetros juzgar el hecho (169). Por supuesto, ello conlleva, como esos mismos autores asumen, una apreciación intuitiva e irracional de la situación concreta (170), por cuanto irracional es la base del deber de fidelidad ciega hacia la comunidad (171), y son los valores morales que dan identidad a la comunidad y a los que debe ir dirigida esa actitud de fidelidad los que conforman el núcleo de sentido del criterio (172). De sus posibilidades de argumentación racional da cuenta la siguiente declaración:

«El concepto del “sano sentimiento del pueblo” apenas puede ser expresado con palabras; no cabe aprisionarlo en fórmulas abstractas y generales, por cuanto es un valor nacido de la concreta realidad del

(164) Manifiesta a este respecto HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 44, que un Derecho penal liberal, dado su respeto al principio de legalidad, nunca admitiría una cláusula tan amplia.

(165) Singularmente por Carl Schmitt, como es sabido. Sobre ello, *vid.* RÜTHERS, *Entartetes Recht*, pp. 59 ss. Sobre las consecuencias del irracionalismo inherente a ese método para la dogmática, *cfr.*, por ejemplo, SCHAFFSTEIN/DAHM, *Liberales oder autoritäres Strafrecht*, p. 37; SCHAFFSTEIN, *DStR* 1935, pp. 97 ss.

(166) GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 5.

(167) GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 6; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 40.

(168) GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, pp. 7-8.

(169) GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 6.

(170) BARTH, *NW* 1936, p. 2323; HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 27.

(171) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 27.

(172) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 49.

pueblo, surgido en la esencia de los vínculos de raza, suelo y destino que conforman la comunidad, y sólo desde ella experimentable. La comunidad alemana del destino en su pasado y futuro, la comunidad del pueblo emanada de la sangre y el suelo, la raza y el paisaje, y su voluntad creadora política y cultural son sus inagotables fuentes» (173).

A pesar de ese carácter intuitivo y no reconducible a una aprehensión racional, se niega tajantemente que sea un término ambiguo, y pueda por ello generar inseguridad jurídica (174):

«Quien sea ajeno a la conciencia de la existencia de un pueblo que tenga un sentimiento sano general acerca de lo justo y lo injusto, puede afrontar con miedo y preocupación el leer en una ley que el juez debe remitirse al sano sentimiento del pueblo. Pero nosotros no tenemos esa preocupación. Nosotros creemos en que el pueblo alemán, sobre la base de su concepción del mundo, tiene un sano sentimiento de lo justo y lo injusto, y que ese sano sentimiento no es un mero indicador para la interpretación del Derecho sino la fuente más profunda de toda la creación del Derecho» (175). «Teniendo, como ahora, una *Gesinnungsgemeinschaft*, en la que el pueblo y el juez se mueven bajo la idéntica base de la concepción nacionalsocialista del mundo, no puede haber ya obstáculos para la ampliación del arbitrio judicial y para una menor concreción de los tipos legales» (176).

Pero, no obstante esa identificación intuitiva en una catálogo cerrado de convicciones que presuntamente había de poseer todo miembro de la comunidad ética, los juristas no dejaron de tener serios problemas cuando se enfrentaban a la cuestión capital: ¿Cómo distinguir el sentimiento del pueblo «sano» del «insano»? (177). ¿Debe partirse de una base empírica y asumir el sentimiento del pueblo en un momento dado, o debe partirse de ese miembro ideal de la comunidad?

Las respuestas son demasiado variadas, y demasiado variopintas, para ser expuestas aquí. Baste afirmar que por lo general se re-

(173) FRANTA, *Unterlassung*, p. 52, citando las similares consideraciones de MEZGER, en ZStW 55 (1936), p. 9.

(174) FRANTA, *Unterlassung*, p. 52.

(175) GÜRTNER/FREISLER, *Das neue Strafrecht*, p. 17 (citado por FRANTA, *Unterlassung*, p. 52).

(176) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 46.

(177) Cfr. HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 52.

chazaba esa aproximación fáctica, porque, aunque normalmente el sentimiento jurídico de la masa coincidirá con el de los miembros de más «sano» sentimiento jurídico, no siempre habría de ser así; caso en el que deberá primar el sentimiento de estos últimos (178). Ello, por supuesto, no conllevaría ninguna concreción en absoluto.

«El juez no deberá conformarse con constatar cómo piensa el pueblo o la parte afectada del pueblo acerca del merecimiento de pena del hecho, sino que debe probar cómo aparece el hecho desde el punto de vista de una concepción popular sana. Lo decisivo es, entonces, si la conducta en cuestión es compatible con las necesidades y exigencias de la vida de la comunidad o si merece el reproche de la comunidad del pueblo» (179).

Más en general, a la hora de discriminar el sentimiento «sano» del que no lo es, lo único que se alcanzará a ofrecer serán argumentaciones circulares, o bien declaraciones obvias desde la ideología nazi: «sano» será aquel sentimiento que lleve a la decisión que más beneficio conlleve para la comunidad (180) o, más toscamente, cuando siga las consignas del Partido. Basten dos ejemplos:

«El sentimiento del pueblo sólo será sano cuando esté en armonía con los fines de la dirección nacionalsocialista y con la idea del Derecho de la concepción nacionalsocialista del mundo» (181).

«A partir de la comparación del cuerpo del pueblo con el organismo y el alma de un ser individual y del significado literal del término «sano» se llega a tres aspectos: una concepción del pueblo es sana cuando, primero, responda a las cualidades raciales del pueblo y sirva con ello a la salud física del cuerpo de la comunidad; segundo, cuando satisfaga las exigencias de la moral y proteja con ello la salud espiritual del pueblo; y tercero, cuando asegure la forma de vida correcta del pueblo y contribuya con ello a su mantenimiento» (182).

En suma, la extrema vaguedad de la cláusula y el fin exclusivo que perseguía de introducir en la aplicación del Derecho los presupuestos ideológicos nacionalsocialistas en nada vendrían a limitar los deberes de socorro del ciudadano. Por el contrario, en una concepción política en la cual la libertad del individuo quedaba ente-

(178) JAEGER, *Unterlassungsdelikte*, p. 31.

(170) JAEGER, *Unterlassungsdelikte*, p. 33, nota 2, citando a Schäfer.

(180) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 55.

(181) FRANTA, *Unterlassung*, p. 53.

(182) HUSCHENS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 52.

ramente a expensas de la pervivencia de la comunidad, el deber activo del ciudadano, configurado como deber ilimitado de fidelidad, apenas tendría límites. En la comunidad ética, la solidaridad, trastocada en obediencia y sometimiento al poder del «pueblo», se convertía en el primero de los deberes del individuo.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Con la anterior exposición histórica sólo ha pretendido destacarse la íntima vinculación existente entre la juridificación de los deberes positivos fundados en la solidaridad y el pensamiento político de la comunidad. Indudablemente, no toda concepción de la solidaridad tiene por qué reconducirse a un comunitarismo «fuerte», en el cual la solidaridad se define –y los deberes se fundamentan– por la *pertenencia* del individuo a una comunidad determinada; por el contrario, la noción de la solidaridad admite también una visión más «individualista», a partir de una vinculación del sujeto con la libertad de otros individuos, fundándose los deberes, entonces, no en virtud de relaciones de lealtad o fidelidad a una identidad compartida, sino en virtud de un *compromiso con el daño ajeno*.

Las diferencias de cara a su legitimación desde parámetros liberales son evidentes. Mientras que la primera noción de solidaridad sería frontalmente incompatible con los principios liberales, dada, de una parte, la supeditación de la autonomía individual al todo social o al Estado y, de otra, el particularismo de su fundamentación, la segunda noción de la misma acogería similares presupuestos de partida, al menos en el sentido de que, primero, los criterios de argumentación permanecerían apegados a la prioridad de la autonomía individual –surgiendo la tensión no entre individuo y comunidad, sino entre *mi* autonomía y *tu* autonomía– y, segundo, el ámbito de fundamentación sería universalista, dado que el vínculo no vendría fundado en la identidad de una comunidad particular, sino en la dignidad humana como atributo que posee todo ser humano en cuanto tal.

No obstante, incluso esta última posibilidad habría de enfrentarse a diversos problemas (183), que intento resumir a continuación.

(183) «Problemas» siempre que se asuma el presupuesto normativo de partida: la juridificación –más aun: la criminalización– de deberes positivos generales en un sistema político-criminalmente sostenido bajo una base ideológica liberal.

Primero. Incluso en la visión más desencantada, universalista e «individualista» de la solidaridad permanece un núcleo, aunque muy tenue, de «comunidad», en el sentido de que presupone la vinculación de la identidad propia y la ajena en una identidad común al «nosotros», que surge con el *reconocimiento* del otro como un igual, y, por tanto como «uno de los nuestros» (184). Sólo ese previo reconocimiento puede llevar a la *afirmación* de su dignidad y, por ello, a considerarla tan valiosa como la mía.

Segundo. Ya se afirmó que el tránsito de la moral al Derecho implica que ese deber activo de solidaridad debe ser públicamente sancionado por un acuerdo intersubjetivo basado en la racionalidad de los participantes (185), y el problema es que sujetos prioritariamente interesados en su propia libertad no tenderían a admitir, *prima facie*, deberes positivos generales, dado que conllevarían un detrimento de la propia autonomía que no maximizaría su libertad personal, sino sólo la libertad ajena. En otras palabras: sólo cuando pudiera fundamentarse que mejorar el *status* de libertad de un tercero implica también un aumento de la propia libertad para el agente tendría cabida la solidaridad en el esquema político del liberalismo, porque sólo entonces resultaría *racional* el establecimiento de esa obligación positiva.

Tercero. Desde un punto de vista funcional, la disposición a la solidaridad será más intensa en comunidades «fuertes» que cuando se halle sostenida sobre el siempre frágil suelo del reconocimiento interpersonal. Ello es, por ejemplo, destacado por Rorty: «nuestro sentimiento de solidaridad será más fuerte cuando aquellos con los que nos declaramos solidarios más pertenezcan “a los nuestros” y cuando “nosotros” remita a algo más limitado que la raza humana. Ello implica que la fundamentación basada en “porque es un ser humano” ofrece una débil y no convincente razón para una acción desinteresada» (186). Dada la pluralidad moral y la ausencia de comunidades tradicionales en la sociedad liberal, ello implica

(184) Cfr. RORTY, *Kontingenz, Ironie und Solidarität*, Frankfurt am Main, 1989, p. 310.

(185) Siguiendo, por ejemplo, el principio democrático expresado por Habermas –que no es sino expresión del criterio de legitimación plasmado en el contrato social–: «Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales» (cfr. HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 172).

(186) RORTY, *Kontingenz, Ironie und Solidarität*, p. 308.

que la motivación al respeto de las normas jurídico-penales que sancionan esos deberes positivos generales –singularmente el deber de prestación de socorro– no vendría dada tanto en virtud de un reconocimiento de la validez valorativa de la norma (187), como en virtud de la amenaza de pena, motivación siempre menos efectiva que la anterior.

Cuarto. Si en alguno de los ámbitos del Derecho ha de tener validez la concepción maximalista de la libertad individual y minimalista de la restricción de la misma por parte del Estado es en el Derecho penal, por razones obvias. Por ello, cuando se plantea no sólo la juridificación, sino la *criminalización* de la omisión de deberes positivos generales esa resistencia a la legitimación se acentúa, presentándose entonces el problema añadido de la justificación desde el principio de intervención mínima. A este respecto, baste decir que sólo una tipificación de esos deberes desde la noción «intersubjetiva» permitirá llegar a una síntesis razonable entre solidaridad y autonomía. Ello tendrá que plasmarse tanto en una limitación de los intereses a socorrer a las condiciones más esenciales para el desarrollo de la libertad individual, como en una frontera de inexigibilidad ponderada desde la prioridad de la libertad del agente. A mi entender –y la siguiente afirmación no será fundamentada aquí–, la actual regulación de la omisión del deber de socorro permite ser interpretada desde estos presupuestos.

Termino ya. La conclusión que quiero destacar no es novedosa: desde el paradigma político-criminal del liberalismo político los deberes positivos generales en Derecho penal estarán siempre sometidos a una legitimación, si factible, siempre precaria y excepcional. No siéndolo tampoco los problemas citados, para todos ellos se han desarrollado importantes réplicas, tendentes a reducir la citada tensión entre autonomía y solidaridad. En cualquier caso, las modestas pretensiones de estas páginas, ya declaradas al comienzo, me eximen de su análisis en este momento.

(187) Máxime si tenemos en cuenta el punto anterior de la ausencia de una fundamentación racional intersubjetiva de las mismas.

