

Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho

Por ERNESTO J. VIDAL GIL

Valencia

El concepto de solidaridad viene siendo objeto, de un tiempo a esta parte del análisis de los filósofos del Derecho. Los estudios de los profesores Peces Barba, González Amuchástegui y el muy reciente libro del profesor J. de Lucas, que culmina toda una labor que ya viene de años, son puntos de referencia inexcusables al respecto ¹.

Junto a la idea de solidaridad, cobra relevancia un debate no menos intenso que se ha suscitado en torno a la revista *Doxa* y a los encuentros de Tossa, sobre la Tolerancia ². Pese a la actualidad del tema sus raíces vienen de antiguo y se pueden encontrar en el pensamiento de

1. Sobre el concepto de Solidaridad *vid.* PECES BARBA, G., «La solidaridad», *Curso de Derechos Fundamentales (I)*. Madrid, Eudema, 1991, pp. 221 y ss., y *Humanitarismo y solidaridad social como valores en una sociedad avanzada, en Los Servicios Sociales*, Madrid, Civitas/ONCE, 1991. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., «Notas para la elaboración de un principio de solidaridad como principio político», *Sistema*, 101/91; DE LUCAS, J., voz «Solidarité», *Dictionnaire Encyclopedique de sociologie juridique et de theorie du Droit*. LGDJ, París, 1987; «Un test para la solidaridad y la tolerancia: el reto del racismo», *Sistema*, 106/92, y *El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente*. Madrid, I.N.A.P. 1992 (texto mecanografiado). Finalmente, de inminente aparición, *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1993. El libro corona toda una larga preocupación que parte de la Tesis Doctoral sobre *Sociedad y Derecho en E. Durkheim* (inédita) y se refleja entre otros en «Solidaridad y Derecho (Reflexiones en torno a Durkheim)» *Documentación Jurídica*, núm. 24/1979, pp. 991-1027, DE LUCAS, J., y VIDAL E., *Los principios básicos de la Constitución (II). El título I*, Universidad de Valencia, 1980, pp. 48 y ss.

2. Cfr. DOXA, 11/92. *Sobre la Tolerancia*, con artículos de DE LUCAS, DE PÁRAMO, GIANFORMAGGIO, RICHARDS y SCHMITT.

Montaigne³ y en el de J. L. Vives⁴, que ya anticipó en su tiempo no pocos aspectos de la modernidad entre los que merece ser destacada la defensa del principio de tolerancia contra el fanatismo y la compatibilidad entre las libertades personales y los Derechos de solidaridad. En la obra del humanista valenciano podemos apreciar igualmente la relación que se establece en el *De subventione pauperum* con el concepto de las necesidades como criterio de solución de las desigualdades sociales y de la pobreza⁵. Todo ello apunta hacia la necesaria superación que la solidaridad (de los modernos) implica del liberalismo individualista y capitalista⁶.

Conexos con el problema de la Solidaridad cabría incluir no pocos aspectos del Paternalismo y su (difícil) justificación⁷. En este punto conviene tener siempre presente la crítica que Kant realiza del Estado paternalista que anula el ejercicio de la autonomía del sujeto y reduce a la humanidad a un estado de permanente minoría de edad, impidiendo con ello la liberación por medio de la razón que define el pensamiento ilustrado. Aún sin compartir absolutamente la necesaria conexión entre el paternalismo y la eliminación de la autonomía del sujeto, lo bien cierto es que el estado paternalista conduce, como apunta Bobbio «irremisiblemente»⁸ al despotismo, y comporta la práctica

3. cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Montaigne en la cultura política del tránsito a la modernidad», *Sistema* 113/93, pp. 5-16. Vide también RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.^a, «Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa a fines del siglo XVII y la distinción entre Moral y Derecho a principios del XVIII», en *Historia del Pensamiento Jurídico (I). De Heráclito a la Revolución Francesa*. Madrid, Univ. Complutense, 1992 (7.^a ed.), pp. 173-197.

4. Cfr. DE LUCAS, J., J. L. VIVES: «Notas para una historia de la tolerancia», *libro homenaje al Dr. Peset*, Univ. de Valencia, 1987, pp. 581 y ss.; del mismo autor, vide «La tolerancia en la Constitución Española de 1931», en *Historia, Política y Derecho, Estudios en homenaje al Prof. Sevilla Andrés*, Univ. de Valencia, 1984, t. II, pp. 543-562.

5. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ G., «La solidaridad», en *Curso de Derechos Fundamentales, cit.*, p. 226.

6. Sobre VIVES, cfr. la Tesis Doctoral de A. MONZÓN i ARAZO, *El Derecho en J. L. VIVES*. Valencia, 1987 (inédita). Sobre la necesaria superación de las libertades individuales y su conexión con el principio de solidaridad, aparte de la bibliografía cit. en la nota 1, cfr., BALLESTEROS, J. *Postmodernidad, decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, caps. 5 y 14; FERNÁNDEZ GARCÍA, E., «El liberalismo y los derechos fundamentales» en *La Obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas 1987, PÉREZ LUÑO, A. E., «La fundamentación de los derechos humanos», en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos 1984 y PRIETO SANCHIS, L., «La concepción liberal de los derechos», en *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate 1990.

7. Sobre el Paternalismo cfr. el número 5/88 de la revista DOXA con arts. de ATIENZA, CAMPS, DE LUCAS, DIETERLEN, y GARZÓN VALDÉS entre otros. Vide también ATIENZA, M., «Paternalismo y Consenso», en J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los Derechos Humanos*, ed. a cargo de G. PECES-BARBA, Madrid, Debate, 1989, pp. 81 y ss.

8. Cfr. BOBBIO, N., *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*. Torino, ed., Giappichelli, 1969, pp. 235-243.

de la mentira, (de la noble mentira)⁹ que, desde su justificación en Platón¹⁰, hasta su descalificación por Kant¹¹ se ha mantenido en beneficio de aquellos a quienes tutela, y en perjuicio de los disidentes y herejes. Por su propia definición y por las consecuencias que de su concepto derivan, el ejercicio de la solidaridad puede comportar una amenaza para la realización de los planes de vida de ciertos individuos. Habría que tenerse en cuenta en este punto la distinción entre un paternalismo éticamente justificable, que supliría el ejercicio de libertad de quienes transitoriamente no pueden hacer uso de ella actuando siempre en interés del otro; y un paternalismo no justificable que sería un sucedáneo de la libertad y actuaría en interés exclusivo de quien lo ejerce, siendo respecto de este último incompatible el concepto de solidaridad.

Finalmente, el estudio de la solidaridad se constituye en un test de legitimidad que afecta en no pocos aspectos a los temas que derivan del racismo¹² siendo la piedra de toque que permite conjugar los principios de tolerancia y solidaridad¹³; ambos guardan estrecha relación con el concepto y alcance de los Derechos de las minorías¹⁴ hasta el punto de cuestionar los fundamentos mismos del sistema democrático¹⁵. En este punto es fundamental la conexión que, como advierte J. de Lucas cuando afirma que no hay solidaridad en la sociedad cerrada, se establece entre solidaridad y sociedad abierta. Es, siguiendo nuevamente a J. de Lucas, la solidaridad que Durkheim define como orgánica en donde la interdependencia se apoya en la complejidad y en la diferenciación que resulta de la división del trabajo y que Habermas define como cooperación¹⁶. La solidaridad, orgánica, conjuga como

9. Permítaseme en este punto la remisión a VIDAL, E., CASTILLÓN, BECKER, CONDORCET, *¿Es conveniente engañar al pueblo? (Política y Filosofía en la Ilustración: el Concurso de 1778 de la Real Academia de Ciencias de Berlin)*. Edición crítica, traducción, notas y estudio preliminar de J. de Lucas, AFD. IX/1992, pp. 586 y ss.

10. Cfr. WELZEL, H., *Derecho Natural y Justicia Material*. Trad. de F. González Vicén. Madrid, Aguilar, 1957, pp. 22 y ss.

11. Cfr. DE LUCAS, J., «Anotaciones kantianas al principio de publicidad». *Dianoia* I/1987, pp. 131-148. Vide también BOBBIO, N., «Kant y las dos libertades», en *Estudios de teoría de la Historia: de Hobbes a Gramsci*. Trad. de J. C. Bayón y estudio introductorio de A. Ruiz Miguel. Madrid, Debate, 1985, pp. 197-210.

12. Sobre el problema del racismo cfr. DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia?. Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*. Madrid, Tecnos, 1992, y la amplia bibliografía que en él se cita.

13. Cfr. DE LUCAS, J., «Un test para la solidaridad y la tolerancia: el reto del racismo», *Sistema* 106/92, pp. 13-28.

14. Sobre los derechos de las minorías, cfr. FERNÁNDEZ, E., *La protección jurídica des minorités (Seminario sobre Identité det differences dans l'Europe démocratique)*, Bruxelles 1991; vide también BEA, E., «Los derechos de las minorías nacionales: su protección internacional con referencia al marco europeo», en *Los derechos Humanos* (Jesús Ballesteros, ed), Madrid, Tecnos, 1992, pp. 163-185.

15. Cfr. ROSALES, J. M., «Democracia y Solidaridad». *Sistema* 107/92, pp. 83-95.

16. Cfr. *Solidaridad y derecho al medio ambiente*, cit.

advierte el autor citado los principios de autonomía e integración y es un plus respecto a la igualdad a la que de otro modo no añadiría nada nuevo; como apunta J. de Lucas «la solidaridad requiere no sólo asumir los intereses del otro como propios sin quebrar su propia identidad, ni aún asumir los intereses comunes del grupo, sino asumir también la responsabilidad colectiva»¹⁷. Sin suscribir íntegramente esta última cuestión por lo que más adelante diré, comparto plenamente esta afirmación, puesto que la clave de la solidaridad radica en el reconocimiento y respeto del Derecho a la diferencia y de los Derechos de las minorías.

Es también, fundamental al respecto, la distinción entre solidaridad de los antiguos y solidaridad de los modernos¹⁸; la solidaridad de los antiguos, refuerza la cohesión social pero es incapaz de asumir el reconocimiento de la diferencia. Es la solidaridad propia del grupo cerrado y de lo que Popper ha descrito como sociedades holistas y cerradas¹⁹, contradictoria con la democracia y en cuanto tal, inconsistente como fundamento de los Derechos en una sociedad democrática, puesto que carece del requisito necesario pero insuficiente para el reconocimiento de legitimidad de cualquier orden social que es la libertad. Sin libertad, y en consecuencia, sin reconocimiento de la diferencia, no en términos morales/débiles, sino en el sentido fuerte/jurídico que implica la existencia de coacción institucionalizada; sin el reconocimiento de los derechos que surgen de la diferencia, podrá haber cohesión social, quizá también ayuda y ejercicio de un paternalismo tan benévolo cuan injustificado, pero no solidaridad.

La solidaridad de los modernos, surge, como se ha observado en franca hostilidad con la economía política y con las leyes necesarias y naturales de la economía y del mercado. Implica la superación del prejuicio egoísta y el fin de la dicotomía que entre vicios privados y virtudes públicas practica la Escuela escocesa cuyos más representativos autores Mandeville (fábula de las abejas) y Malthus (parábola del Banquete) constituyen la antítesis de la solidaridad²⁰. Es una concep-

17. *Ibid.*

18. Cfr. PECES-BARBA, MARTÍNEZ., *La solidaridad, cit.*, pp. 222 y ss. Sobre la Modernidad en general vide del mismo autor, *Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales*. Madrid, Mezquita, 1982.

19. Cfr. POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*. Trad. de E. Loedel. Buenos Aires, Paidós, 1967.

20. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ., G., *La solidaridad, cit.* pp. 228 y ss. Una crítica del economicismo y del mercado coincidente con esta es la de BALLESTEROS, J., «la Violencia hoy: sus tipos, sus orígenes» en AAVV *Ética y Política en la sociedad democrática*, Madrid, Espasa-Calpe, 1980, pp. 265 y ss., y en *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos 1986 (2.^a ed.), caps. I y II.

ción igualitaria de la solidaridad que, partiendo de la igualdad formal como diferenciación ²¹ trata desigualmente a los desiguales, y concluye en la igualdad material como criterio de satisfacción de las necesidades básicas ²². Es una solidaridad respetuosa y coherente con la autonomía del sujeto. No en vano parte de la idea de libertad que desde Rousseau y Kant se conoce como la libertad democrática o libertad positiva ²³, que consiste en la obediencia a la ley y justifica la obediencia a la ley hasta el punto de negar como es sabido en Kant la legitimidad del derecho de resistencia.

Partiendo de los precedentes citados, las líneas que siguen pretenden analizar el concepto de solidaridad desde una perspectiva jurídica y mostrar cómo las connotaciones positivas que comporta el término solidaridad desde su dimensión ética no son correlativas de las que implica el mismo concepto en su vertiente jurídica. Para ello, tras unas breves consideraciones en torno al concepto me centraré en su dimensión jurídica distinguiendo entre el concepto de solidaridad egoísta propio del Derecho privado y la noción de solidaridad en el ámbito del Derecho público. Finalmente, trazaré algunas líneas de lo que para mí puede constituir la solidaridad altruista en el marco del estado social y democrático de Derecho.

I

En lo que al análisis del concepto se refiere conviene distinguir como se ha advertido entre la solidaridad como virtud y la solidaridad como principio jurídico, puesto que en caso contrario se corre el riesgo de confundir y extender el ámbito de aplicación de uno y otro. Como virtud, la solidaridad es un concepto ambiguo que si bien implica la preferencia de la dimensión comunitaria sobre la individual, puede llegar a constituirse como un fin en sí misma, superior a los fines del individuo. Es por ello, en el sentido de solidaridad de los antiguos, más propia de las concepciones orgánicas, totalitarias (entendiendo por tal en su sentido descriptivo aquella concepción de la sociedad y de las relaciones sociales en la que el conjunto y el todo son superiores a lo individual), colectivas y cerradas, que, frente a aquellas otras de carácter

21. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La solidaridad cit.*, pp. 240 y ss. Una exposición detallada en BOBBIO, N., *Igualdad y Libertad*, introducción de G. PECES-BARBA, Barcelona, Paidós ICE/UAB, 1993.

22. Cfr. AÑÓN ROIG, M.^a J., *Teorías sobre las necesidades y su proyección en Teoría de Derechos*. Tesis Doctoral, (en curso de publicación). Sobre necesidades también de AÑÓN, vide, «El sentido de las necesidades en la obra de A. Heller», *Sistema*, núm. 96/90, pp. 103-137, y «Fundamentación de los Derechos Humanos y Necesidades básicas», en *Derechos Humanos, cit.*, pp. 100-116.

23. Cfr. BOBBIO, N., *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant. cit.*, pp. 226 y ss.

individualista y abierto, rechazan la diferencia y ven al otro como un chivo expiatorio sobre el que proyectar las culpas y reforzar a la vez la cohesión interna²⁴. Por ello el peligro de todas estas teorías consiste en subordinar los fines del individuo a la consecución de otros de contenido superior; pero en este punto el totalitarismo ya no es descriptivo sino prescriptivo y entraña un riesgo evidente, puesto que si ser solidario en la vida privada implica una virtud, en la vida pública puede constituir una amenaza para los planes de vida de otros que puedan no compartir dicha concepción²⁵, imponiendo un paternalismo, de siempre de difícil justificación. Por ello, y aún cuando es cierto que todas las formas de solidaridad comparten una raíz común que consiste en la apertura hacia el otro y en el reforzamiento de los lazos de cohesión social, creo que debe ser tenida en cuenta la diferencia existente entre solidaridad en las sociedades cerradas y abiertas de un lado, y entre solidaridad y fraternidad de otro, pero se puede ser solidario y poco fraterno (la solidaridad política del grupo cerrado) y a la vez fraterno y poco solidario (la caridad y la concepción de los estoicos), por más que ambas remitan a principios como los de «humanistas y pietas» que constituye una referencia inexcusable respecto al fundamento del Derecho²⁶.

Frente a quienes piensan que una posible vía de solución al problema consiste en la concepción del individualismo o liberalismo²⁷ solidario, habremos de tener en cuenta que en este contexto, la presunta solidaridad (egoísta) del individuo no lo es tanto por convicción como por su propio interés. No trae su causa de la convicción solidaria sino del egoísmo altruista que le induce, en la toma de decisiones a ser solidario y a soportar las cargas de la solidaridad como un coste que, dada la imposibilidad de permanecer indefinidamente en la posición del «free rider», a la larga reportará mayores beneficios. El egoísmo, aunque altruista y cooperativo (el ejemplo del dilema del prisionero²⁸, en donde el individuo racional y egoísta que persigue sus propios intereses consigue unos resultados peores que si siguiera los intereses colectivos) no por ello es menos egoísta y en este caso la solidaridad no actuaría como el contrapeso del prejuicio egoísta²⁹ sino que más bien

24. Cfr. BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del Derecho*. Madrid, Tecnos, 1989 (2.^a ed.) pp. 119 y ss. En la misma línea DE LUCAS, J., *Solidaridad y derecho al medio ambiente*, cit.

25. Este es el riesgo que se advierte en las concepciones que giran en torno a la *Eticität* hegeliana. Sobre todo ello véase el muy sugerente art. de PÉREZ LUÑO, A. E., «¿Qué moral? Sobre la justificación moral en la obediencia al Derecho», *Sistema*, 102/92, pp. 83-97.

26. Cfr. BALLESTEROS, J., «Sobre el sentido del derecho en la actualidad» *Sobre el sentido del derecho*, cit., pp. 176 y ss.

27. Cfr. CORTINA, A., «Más allá del colectivismo y del individualismo: autonomía y solidaridad», *Sistema* núm. 96/90, pp. 3-17.

28. Cfr. CALSAMIGLIA, A., «Eficiencia y Derecho», *DOXA*, 4/87, pp. 267-287.

29. Cfr. CAMPS, V., *Virtudes Públicas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1990, p. 38.

al contrario sería el fundamento y soporte de dicho prejuicio que aconsejaría la cooperación en aras del interés egoísta. Por ello estoy más de acuerdo con quienes como González Amuschástegui³⁰ prefieren hablar de socialismo liberal, porque según advierte, el socialismo democrático asume ab initio la defensa de la autonomía y realiza la síntesis de libertad, igualdad y fraternidad, porque en segundo lugar, el individualismo siguiendo a Lukes³¹, precisa de dos instituciones: la libertad económica y la propiedad privada, que son contradictorias con la solidaridad. Finalmente, y a mayor abundamiento, puesto que, por una razón puramente gramatical, el sustantivo es más fuerte que el adjetivo, los términos individualismo o liberalismo (que a pesar de sus diferencias respectivas, comparten genéricamente un individualismo cuando menos metodológico)³², son más fuertes que el adjetivo solidario. En definitiva, y en este contexto, la solidaridad sería más una carga que un deber, que en todo caso estaría mediatizada por el carácter «forzado» y coactivo de su cumplimiento y por el «interés» que anularían en sentido kantiano claro está, su valor moral. Esta es la raíz de las críticas que se vierten contra el liberalismo por parte del movimiento de los «Critical on Legal Studies» en donde pese a su carácter contradictorio en no pocas ocasiones, subsisten como apunta J. de Lucas³³, las contradicciones propias de la visión jurídica individualista. Ahora bien, ello no exige de denunciar las propias contradicciones del movimiento y denunciar como lo hace Calsamiglia³⁴, que la crítica al liberalismo de los CLS tiene no poco de ver con la que en otro tiempo formulara el ideólogo nazi C. Schmitt como por ejemplo, «la censura del liberalismo y el neutralismo, la exaltación de la irracionalidad, las irreconciliables contradicciones entre intereses, la apelación a una autoridad que decida sin límites, la idea de que la teoría es una arma para destruir al enemigo, y finalmente la defensa de una autoridad que se deja llevar por su propia concepción de la moralidad como intérprete supremo del espíritu de la comunidad».

Todo ello implica la revisión de las bases sobre las que se asienta la fundamentación del sistema democrático. Si es verdad que el individualismo (metodológico) es el soporte y la *conditio sine qua non* de la democracia, no es menos cierto que el tránsito del Estado liberal al social y democrático comporta contra restricciones y en ocasiones sacrificios en los derechos individuales. El renacimiento

30. Cfr. *Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político*, cit., p. 124.

31. Cfr. LUKES, S., *El individualismo*. Trad. de J. L. Alvarez. Barcelona, Edicions 62, 1975, caps. XII y XIII.

32. Cfr. LAPORTA, F., «Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate», *DOXA*, 6/89, pp. 121-141.

33. Cfr. *Solidaridad y derecho al medio ambiente*, cit.

34. Cfr. CALSAMIGLIA, A., «La retórica de Critical Legal Studies», *DOXA*, 11, pp. 295-310. En el mismo número puede verse el art. de KENNEDY, D., «Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos», pp. 283-293.

del contractualismo sobre el que entre otros ha advertido Bobbio³⁵, más allá de la crítica de que en su día fue objeto por parte de Hegel, muestra la aspiración de mantener el equilibrio entre la legitimidad democrática del derecho como manifestación de la autonomía del sujeto, y la satisfacción de las necesidades básicas³⁶. Se trata como muy bien se ha apuntado, de comprender que las circunstancias sociales, las necesidades se hallan irremediabilmente implicadas en la realización de la libertad³⁷, lo que exige, siguiendo a Bobbio, apuntalar y fortalecer la democracia (entendiendo por tal el poder que surge desde lo bajo) frente a la autocracia (el poder que «desciende» desde lo alto. En este punto es casi obligada la referencia al modelo de Rawls como superación del modelo contractualista liberal³⁸. Sin que sea el momento de abordar el tema, permítaseme manifestar alguna duda sobre el carácter (presuntamente, en mi opinión) solidario que el individuo en el punto de partida adopta en Rawls, puesto que su comportamiento sería igual al que observaría un egoísta racional y eficiente que se situaría en el peor de los supuestos posibles a cambio de obtener el menor de los beneficios posibles. Buena prueba de ello lo constituye el menor énfasis con el que Rawls trata en su obra sobre las exigencias igualitarias o de bienestar colectivo que Prieto acertadamente denuncia concluyendo que existe una libertad igual que no es real y una libertad real que no es igual³⁹. En definitiva, si el modelo democrático se asienta exclusivamente en el individualismo no veo forma de introducir coherentemente las referencias a la solidaridad si no es a costa del sacrificio de la primacía de los derechos individuales que ya no son triunfos frente a la mayoría⁴⁰ y de la reformulación de los presupuestos político económicos de partida (propiedad privada, libre mercado) que son su fundamento. Si ello es así, habremos de revisar el individualismo del punto de partida, de modo que el sistema democrático, permita conjugar el principio de autonomía con el de solidaridad.

35. Cfr. «Contratto e contrattualismo nel dibattito attuale», en *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1985, (2.ª ed.). Hay trad. cast. Barcelona, Plaza y Janés, 1985.

36. Sobre la noción de necesidades cfr. DE LUCAS-AÑÓN, «Necesidades razones derechos», *DOXA*, 7/90, pp. 55-83.

37. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., «Los límites de una concepción liberal de los derechos: el caso de los derechos sociales», en *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, cit., p. 43.

38. Sobre el neocontractualismo cfr. FERNÁNDEZ, E., «Neocontractualismo y obediencia al Derecho», *ADH*, núm. 4 86/87 pp. 86-110. Sobre Rawls cfr. PRIETO SANCHÍS, L., «Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los Derechos Humanos, Observaciones críticas», *ADH*, cit., pp. 290-321, y «La concepción liberal de los derechos», en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 27 y ss. Vide también, RODILLA, M. A., «Buchanan, Nozick, Rawls, Variaciones sobre el estado de naturaleza», *AFD*, II/85, pp. 228-284.

39. Cfr. «La concepción liberal de los derechos», *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, cit., p. 29.

40. Sobre Dworkin, cfr. PRIETO, L., «Teoría del Derecho y Filosofía política en R. Dworkin», *REDC*, 14/85, pp. 353 y ss., y CALSAMIGLIA, A., «¿Por qué es importante Dworkin?» *DOXA* 2/85, pp. 159 y ss.

En su dimensión jurídica la solidaridad ha adquirido recientemente una nueva dimensión, que exige una revisión de sus supuestos conceptuales. Cuando en la perspectiva tradicional el Derecho ha tratado la solidaridad, que comparte con el concepto de justicia una reacción emotiva de carácter positivo, lo ha hecho siempre desde la vertiente negativa considerándola como un medio subsidiario y excepcional que trata de asegurar el cumplimiento de una obligación y que desempeña la función de asegurar el tráfico jurídico proporcionado siempre una identificación e imputación de responsabilidad mediante el cual es posible garantizar su cumplimiento. Pensemos en los supuestos típicos de la comunidad de bienes con la que solidariamente respondían quienes se aventuraban en la tarea de fletar un barco para asegurar el buen fin comercial de la travesía y afrontar los riesgos que comportaba la navegación, que están en el origen del Derecho de la navegación y los fletes marítimos. En este paradigma se perfilan los rasgos de la solidaridad en su vertiente negativa: existencia de una situación de riesgo, necesidad de garantizar el buen fin de la operación y en consecuencia, responsabilidad solidaria de todos y cada uno de quienes participan en ella, frente a los acreedores. Es la solidaridad frente al riesgo o la desgracia que en los orígenes del estado social asumirán los sindicatos mediante la creación de las cajas de resistencia y dará origen a las compañías mutuas y en nuestro país a las Cajas de Ahorros y Socorros o Montes de Piedad (hasta ese punto conecta las «pietas» con la solidaridad) cuyo origen benéfico proviene del ejercicio hoy lamentablemente olvidado, de aquella finalidad. Por ello los códigos de inspiración liberal individualista, que asigna al derecho funciones negativas, desconfían de la solidaridad y sólo acuden a ella, siguiendo el modelo romanista, en situaciones excepcionales, que implican la existencia de riesgos extraordinarios cuyas consecuencias en la actualidad quedan cubiertos merced a la existencia del seguro, por lo que no se comprende bien cual es la función (positiva) que, excepción hecha de la de reforzar las garantías de los acreedores, y suponiendo que esta sea una función siempre y en todo caso, positiva, pueda desarrollar.

Podemos, en línea de principio afirmar que el Derecho (privado) no recoge la concepción tradicional de la solidaridad más que en situaciones excepcionales, y cuando hace confunde aspectos de la solidaridad de los antiguos y de los modernos en una síntesis no ciertamente digna de ningún elogio que reúne lo peor de la solidaridad de los antiguos cual es la sujeción de lo individual a lo colectivo y lo peor también de la solidaridad de los modernos, que muestra el olvido de las pietas en beneficio del mercado, y da lugar a la solidaridad egoísta.

En efecto, como bien señala Díez Picazo⁴¹, la regla de presunción de la no solidaridad tiene su origen en la Novela 99 de Justiniano de la que se

41. Cfr. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I. Madrid, Tecnos, (2.^a ed.), 1986, p. 414.

ha dicho que es un producto típico de la época bizantina en que la piedad por el deudor prevalece sobre los bienes objetivos del comercio y del crédito. Desde esta premisa es fácil comprender la función que la solidaridad cumple en el Derecho privado: reforzar, aumentar y asegurar las garantías del acreedor y del tráfico jurídico, ya que el de la solidaridad, en su vertiente pasiva de solidaridad de deudores, que es el ámbito en el que realmente despliega su eficacia es, de entre todos los regímenes de pluralidad de partes, el más grave y oneroso para el deudor. En este punto se manifiesta la conexión entre solidaridad y responsabilidad, puesto que en puridad la solidaridad pasiva constituye como se ha dicho un área de extensión de la responsabilidad. La solidaridad anticipa, perfila y también diluye la responsabilidad que de ser directa y subjetiva se transforma en indirecta y objetiva. «Colocar la esencia de la solidaridad pasiva en la línea de extensión de la responsabilidad, apunta Díez Picazo, es además aproximarla a su verdadera función económica, pues con ello que se trata fundamentalmente de conseguir, es un esfuerzo de la posición del acreedor. La solidaridad pasiva cumple de esta manera, esencialmente una función de garantía. Se garantiza al acreedor en la medida en que todos los deudores asumen la total responsabilidad del cumplimiento del deber de cada uno de ellos ⁴²». No en vano el Derecho civil, que siempre ha contemplado históricamente la solidaridad como excepción, (así sucede en el código civil español que en este punto constituye una notable y honrosa excepción) irá paulatinamente, cediendo a las presiones del mercado, del mismo modo que ha cedido en lo referente a la eliminación del precio «justo» en los contratos, para, siguiendo la praxis del Derecho mercantil, asumir el principio de solidaridad como regla general, puesto que así conviene al buen fin y a la seguridad del tráfico jurídico y a las leyes del mercado. Esta es la tendencia generalizada que de «lege data» se observa en el BGB (arts. 427 y 431), en el Código civil italiano (arts. 1294 y ss.) y portugués (arts. 513), y, que de «lege ferenda» postula la generalidad de la doctrina.

La asunción como regla general del principio de solidaridad así entendido, es una exigencia del mercado y de la economía liberal que entraña un grave riesgo que amenaza y distorsiona la estructura liberal garantista de nuestros códigos y del Estado (liberal) de Derecho ⁴³ puesto que conculca, como advierte Ferrajoli ⁴⁴ la existencia y virtua-

42. *Ibid.*, p. 432.

43. Sobre las características y evolución del Estado de Derecho vide el ya clásico y siempre actual libro de E. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Edicusa, 1966 (1.^a ed.). Sobre las características y retos del estado de derecho en la actualidad, cfr. DÍAZ, E., «Notas (concretas) sobre legitimidad y justicia», *ACFS*, núm. 28/88, pp. 259-269.

44. Cfr. FERRAJOLI, L., *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*. Bari-Roma, Laterza & Figli, 1990, parágrafo 35, pp. 490 y ss. En igual sentido, PRIETO, L., «Los derechos fundamentales tras diez años de vida constitucional», *Sistema* 96/90, pp. 19-35.

lidad de principios tan fundamentales para el Estado (liberal) de Derecho como son los de legalidad, de personalidad, tipicidad e imputación de las sanciones penales, incurriendo en un déficit de legitimidad. Porque la primacía de la solidaridad impide afinar y delimitar individualmente la sanción en aras del cumplimiento de la obligación cuyo cumplimiento asegura. En efecto, el autor citado muestra como el principio de culpabilidad y responsabilidad personal y subjetiva que se introduce por una Ley de Numma Pompilio supone un avance frente a la responsabilidad solidaria del primitivo derecho romano que a través de la ilustración se incorporará a los códigos, y constituirá el principio de legalidad. Sin embargo, esta evolución quiebra con la devaluación del principio de la culpabilidad personal, y substitución posterior por el concepto de peligrosidad, y con la consiguiente transformación que el derecho penal autoritario demanda de la responsabilidad subjetiva y personal en objetiva y solidaria. El principio de solidaridad admite la existencia de responsabilidad sin deuda como sucedía en el Derecho penal primitivo en el que la responsabilidad se extendía a la persona y bienes del deudor que puede no ser el obligatus (pensemos, aunque en este punto la doctrina no es pacífica en el supuesto general de la fianza o en el más general de la responsabilidad vicaria) y de deuda sin responsabilidad, (como son los supuestos de las obligaciones naturales) queda indefenso frente a los acreedores, de ahí su virtualidad y eficacia. La solidaridad transforma la obligación causal en abstracta y priva de las excepciones que el deudor en otro caso pudiera oponer al cumplimiento de la deuda. La solidaridad aparece en esta concepción ligada a la responsabilidad objetiva o sin culpa cuyos indudables logros merecen quizá de alguna reconsideración, puesto que si bien es cierto que a través de este mecanismo presuntamente protector de los riesgos que entrañan ciertas actividades se asegura la protección de quienes están expuestos a tales riesgos, no lo es menos, que el principio de solidaridad así entendido permite eludir los más elementales principios y garantías individuales que conforman el proceso y constituyen al sujeto solidario en indefensión, a la vez que aumenta considerablemente los costes económicos a través de la disolución de la culpa y de la responsabilidad subsidiaria de los aseguradores⁴⁵. Todo ello está en el origen de lo que para algunos autores constituye el «ocaso de la responsabilidad civil»⁴⁶. Por el procedimiento de extensión y generalización de la responsabilidad objetiva, desde el derecho penal a otros sectores del ordenamiento se abre la posibilidad de dirigir un nuevo Derecho sancionador al margen de las garantías del Derecho penal liberal y del Estado de Derecho amenace los derechos y libertades de los

45. Cfr. REBUFFA, G., «El análisis económico del Derecho» (trad. cast. de M. Maresca), *ACFS* núm. 25/85, pp. 161-187, en el que se resume la polémica entre Posner y Calabressi al respecto.

46. Cfr. DE ANGEL YAGUEZ, R., *La responsabilidad civil.*, Bilbao, Univ. de Deusto, 1988, cap. IX pp. 381 y ss.

individuos (más que ciudadanos; pensemos en la Ley 7/85 de 1 de julio reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España, y en la Ley Orgánica 1/92 de 21 de febrero sobre protección de la seguridad ciudadana) en nombre de un (presunto) bien superior o de los derechos de la colectividad, que muestran las tendencias autoritarias y neoconfesionales del Estado contemporáneo. Como bien dice Ferrajoli, «el sistema garantista y los que incluyen la garantía de la responsabilidad personal, subjetiva o culpable, se distinguen de los restantes porque rechazan la responsabilidad impersonal, objetiva o sin culpa pues constituyen, causas subjetivas de exclusión del delito⁴⁷». Por ello las críticas que en la actualidad se vierten sobre el utilitarismo y las que en tiempos pasados se han vertido contra los individualismos merecen de alguna reconsideración. Si el precio de la solidaridad es el menoscabo de los Derechos individuales y de las garantías jurídicas creo que es una contribución excesiva, y en consecuencia estoy con quienes piensan que los Derechos individuales son triunfos frente a la mayoría. Ahora bien, estoy a la vez con quienes piensan que los derechos individuales, no son absolutos ni tan fuertes como para exigir sacrificios injustificados de la colectividad. Como apunta Prieto, hablar de derechos sociales (y con mayor razón de derechos de solidaridad añadiría yo), no es hablar de nada sustancialmente distinto a las libertades tradicionales pues unos y otros sirven a un mismo ideal de comunidad política⁴⁸.

Con todo creo que hay razones más que suficientes para pensar que la solidaridad, entendida como Derecho desde el paradigma iusprivatista es, una solidaridad egoísta, y contradictoria con la solidaridad entendida como valor jurídico y como fundamento de los Derechos en el marco del Estado Social y Democrático Derecho, y que, de no tenerse en cuenta esta dimensión, daría lugar a una asimetría entre lo que constituye como virtud y lo que implica como Derecho. En definitiva y, al menos desde su consideración tradicional, la solidaridad constituye un concepto que si bien contribuye a la eficiencia económica del Derecho permitiendo una resolución rápida y eficaz de no pocos conflictos, menoscaba su justicia⁴⁹, por lo que paradójicamente se ha transformado en una exigencia de los agentes económicos fuertes y del aparato administrativo frente al individuo y ciudadano que queda en indefensión. Ello nos permite afirmar que la solidaridad jurídica es muy poco solidaria moralmente y que lo que en Derecho implica la solidaridad es contradictorio

47. Cfr. FERRAJOLI, L., *Diritto e Ragione. Teoría del Garantismo Penale*, cit., p. 495.

48. Cfr. *Los Límites de una concepción liberal de los derechos. El caso de los derechos sociales. En Estudios sobre Derechos Fundamentales*, cit., p. 46.

49. Cfr. CALABRESSI, G., «Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho», *AFD*, II/85, pp. 219-228.

con lo que de ella se colige en el ámbito moral, y disfuncional con lo que de la solidaridad se deriva en los límites propios de lo jurídico.

II

Otra cosa significa la solidaridad desde el Derecho público y desde la evolución más reciente. No quiero decir con ello que, por sí mismo, el Derecho público produzca un cambio en el concepto jurídico de solidaridad, sino que este cambio se opera en el seno de la sociedad que demanda del aparato jurídico unas transformaciones que sólo serán viables en el seno de un marco distinto de las relaciones sociales regidas ya por el derecho público. Solari lo ha descrito muy bien indicando como el paradigma se ha transformado desde la idea individual a la idea social⁵⁰. No voy a insistir pero sí llamar la atención sobre la importancia, el contenido y alcance de la división entre Derecho público y privado⁵¹, y afirmar de acuerdo entre otros con Parejo, que vivimos un tiempo de transformaciones en el que simultáneamente se reivindican valores individualistas y valores de solidaridad social en el marco de una sociedad cada vez más compleja que tiende a sustituir las categorías tradicionales de pobres y ricos por la de marginados o integrados⁵².

De ahí que asistamos en la actualidad con no poca perplejidad al desarrollo de un doble y en ocasiones contradictorio proceso. De un lado el de privatización de lo público, cuyas características principales son la consideración de la democracia y de la política como un mercado gobernado por la lógica privada del acuerdo frente a la pública del poder, en el que se intercambian bienes y se privatiza la representación⁵³, y, la recuperación del contrato y el pacto entre los agentes sociales como instrumentos de formalización de los intereses particulares y egoístas. Todo ello conduce a la reivindicación de las tesis anarcocapitalistas que a través de los ultraliberales como Nozick conllevan la práctica de políticas neoconservadoras que culminan en la deslegitimación del Derecho y el Estado, de modo que el mejor gobierno es el que menos gobierna.

50. Cfr. SOLARI, G., *Storicismo e diritto privato*. Torino, Giappichelli, 1940. Cito por la trad. cast. de Oberdaan Caletti. *Filosofía del Derecho Privado. T. II. La idea social*. Buenos Aires, Depalma, 1950.

51. Cfr. AÑÓN, M.^a J., «Derecho público y derecho privado», en J. de LUCAS y otros. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, cap. 8, pp. 179 y ss.

52. Cfr. PAREJO, L., *Crisis y Renovación en el Derecho Público*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 11 y ss.

53. Cfr. BOBBIO, N., *Contratto e contrattualismo nel dibattito attuale*, cit., pp. 124 y ss. Sobre cuestiones de representación política vide de BOBBIO, N., «Rappresentanza e Interessi», en BALBO y otros, *Rappresentanza e Democrazia*, Bari, Laterza, 1988, pp. 3-27. Sobre la Representación política en general, cfr. DOXA, 6/87.

De otro lado, y a la inversa a un proceso de publicación de lo privado que demanda acciones positivas por parte de los poderes públicos cada vez más extensas e intensas a fin de proveer a la solución de las demandas que surgen de la sociedad. Este es el ámbito en el que actúa la solidaridad de los modernos que como el derecho público y el Estado Social de Derecho denuncian la ideología de la mano invisible y fijan límites al principio de la propiedad privada y al contrato como manifestación suprema de la autonomía de la voluntad y de la igual libertad de las partes contratantes. Ya no será el mercado quien impondrá su ley, sino la superior voluntad de la Ley como manifestación de la soberanía nacional (recuérdese la antítesis derecho público —primacía de lo político y de la Ley—, derecho privado —primacía de lo económico y del mercado— que señala Bobbio, siguiendo a Hegel⁵⁴). En esta estructura el Estado ya no es liberal ni el Derecho garante de orden «natural», alguno sino que por el contrario, uno y otro asumen funciones *positivas* de promoción y redistribución. La obediencia al Derecho por mor de la representación cobra una nueva dimensión y es compatible con la autonomía personal, de modo que no por coactiva la obligación jurídica es «forzosa». Los deberes jurídicos no serán sólo negativos sino también y esencialmente, positivos situándose en ocasiones en los niveles jerárquicamente superiores del Ordenamiento⁵⁵. Los poderes públicos intervendrán para promocionar y premiar las conductas que se realizan conforme a Derecho. El Derecho ya no será un instrumento de mantenimiento del status quo sino en ocasiones de transformación de la sociedad y su estructura de clases. De ahí que las normas jurídicas no se agoten en la coacción sino que persigan la realización de objetivos e intereses generales a través de las técnicas de alentamiento/incentivación de aquellos que se consideren valiosos o por el contrario de desincentivación de los perjudiciales, sin que esta se lleve a cabo necesariamente mediante la imposición de sanciones penales. Por ello en la estructura del Estado social y democrático de Derecho cobran gran importancia las normas programáticas que se limitan a señalar tan solo los objetivos o finalidades que por su ejercicio se pueden alcanzar, y cuya sanción consiste precisamente en la no consecución de tales objetivos, y las normas que confieren potestades frente a las tradicionales normas que ordenan o prohíben determinados comportamientos⁵⁶. En este marco sí cobra pleno sentido la idea soli-

54. Cfr. «Diritto privato e diritto pubblico in Hegel», en *Studi hegeliani, Diritto, società civile, stato*. Torino, Einaudi, 1981. Hay trad. cast. de J. C. Bayón con estudio introductorio de A. Ruiz Miguel en *Estudios de historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*. Madrid, Debate, 1985, pp. 211-239. Sobre la contraposición derecho público-derecho privado, vide *La grande dicotomia en Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977, pp. 145-163.

55. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los deberes fundamentales». *DOXA* 4/87, pp. 329-341.

56. Cfr. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto* en *Dalla struttura alla funzione cit.* Hay traducción castellana en la edición de A. Ruiz Miguel, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1990, aptdo. G., caps. XVIII y XIX.

daridad como fundamento de los derechos que si bien corrige el contractualismo clásico no es incompatible con él y cuya finalidad es contribuir a la autonomía, independencia y libertad de las personas⁵⁷, constituyendo, ahora sí, un contrapeso al prejuicio egoísta. La solidaridad realiza los derechos sociales⁵⁸ y es fundamento de la adscripción y distribución de bienes y recursos según las necesidades. Se trata de un nuevo concepto de solidaridad «altruista» que no es el de la solidaridad de los antiguos, por cuanto es incompatible con la sociedad abierta, ni el de la solidaridad egoísta propia del derecho privado que abona el prejuicio egoísta y sirve a las leyes «naturales» del mercado.

III

El Estado social y democrático de Derecho definirá la solidaridad como un deber general, exento por ello de contraprestación, cuyo obligado principal son los poderes públicos y los ciudadanos y cuyo beneficiario es siempre la comunidad. Este es el sentido que en mi opinión reviste la dicción del art. 9.2 de la Constitución cuando fija las obligaciones de los poderes públicos. Estamos ante una solidaridad positiva y no negativa que no busca ya la identificación de acreedor alguno que garantice el cumplimiento de cualesquiera prestación, sino ante un deber general de los poderes públicos para que mediante la solidaridad sea posible promover las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas y remover obstáculos que dificulten su plenitud, siendo éste el contexto en el que se distinguen con mayor nitidez los efectos de la solidaridad en el ámbito jurídico político puesto que implica como bien se ha señalado la justificación de los deberes positivos que como los negativos en otro tiempo protegen bienes igualmente valiosos⁵⁹.

La estructura heredada del Derecho civil y del paradigma del Derecho privado que presupone la igual condición de las partes y somete su ejercicio a la reciprocidad y correlatividad en la atribución de Derechos y deberes es inadecuada para regular los deberes y funciones positivas del Estado y en particular con los deberes de los poderes públicos que integran el capítulo III del Título I de la Constitución, y

57. Cfr. PECES-BARBA, G., *La solidaridad*, cit., p. 235.

58. Cfr. sobre los Derechos sociales, cfr. PRIETO SANCHÍS, L., «Los límites de la fundamentación liberal de los derechos. El caso de los derechos sociales», en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, cit., pp. 43-51. Vide también BEA PÉREZ, E., «Los derechos sociales ante la crisis del Estado del bienestar», en este mismo número.

59. Cfr. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político*, cit., pp. 133-135. Sobre los deberes positivos cfr. GARZÓN VALDES, E., «Los deberes positivos generales y su justificación», *DOXA*, 3/86 pp. 17-33.

exigen la realización de acciones positivas y políticas de discriminación.

a) Porque su finalidad no es la de realizar un intercambio entre iguales sino transferir recursos, adscribir bienes y adjudicar reconocer y tutelar Derechos a sujetos que por su status personal (menores e incapaces), sociales (marginados, parados, inmigrantes) o por su propia definición (pensemos en los derechos de los animales) quedarían al margen del ámbito jurídico.

b) Porque carece de sentido aplicar a la solidaridad el instrumental propio de la llamada justicia conmutativa que exige simetría, igualdad de trato, vinculación genética y funcional entre las prestaciones de uno y otro obligados, y presume que ambos obligados son sujetos de Derecho y se encuentran en una ficticia situación de igualdad por lo que el resultado no puede ser más que el de la igualdad entre lo que se da y lo que se recibe. La justicia distributiva por el contrario regula relaciones de Derecho público, parte de la desigualdad de condiciones, se extiende igualmente a aquellos que por no cumplir las exigencias del Ordenamiento no pueden ser considerados sujetos de Derechos y tiende a un resultado desigual porque así lo exige el principio y valor superior de la igualdad y la solidaridad.

c) Porque si de políticas redistributivas se trata el ejercicio de los deberes positivos implica desigualdad de trato y transferencia de recursos (personales o patrimoniales) por lo que no tiene sentido exigir la relación típica de reciprocidad y simetría que caracteriza la correlación entre Derecho y deber en el Derecho privado. Estos deberes son incompatibles y contradictorios con el Estado liberal y constituyen un adecuado contrapeso al prejuicio egoísta y a la autonomía liberal que sacraliza la lógica del mercado y considera como precio justo el resultante de la mano invisible que controla la Ley de la oferta y de la demanda (il potere invisibile, en términos de Bobbio).

La estructura de los derechos de solidaridad que como los sociales son derechos *in faciendo*, permite distinguirlos de los derechos sociales. En éstos, el sujeto está limitado a una determinada categoría de ciudadanos; funcionan a través del principio de reciprocidad y del *do ut des* (a semejanza de lo que sucede en el derecho privado tiene derecho a una prestación sanitaria o a una pensión sólo quien previamente ha satisfecho las cotizaciones); finalmente, los derechos sociales tienen un carácter benefactor, asistencial, paternalista, pasivo y social, que está ampliamente superado por la obligación que la calificación democrática del estado impone a los poderes públicos y a los ciudadanos en el 9.2 de la Constitución en donde a través de los derechos de solidaridad, no se trata de paliar la desigualdad y disminuir las diferencias sociales, cuanto de realizar la igualdad real y efectiva, mediante la participación e implicación activa de todos (ciudadanos y poderes públicos), en una acción que supera los vínculos de ciudadanía y nacionalidad.

Titular y sujeto activo del derecho a la solidaridad, será la colectividad. Creo que el término «Todos» (entendido en el sentido más amplio posible de quienes sean acreedores a las prestaciones positivas en que consiste el ejercicio de la solidaridad), sería más adecuado que ningún otro para definir los sujetos del derecho a la solidaridad puesto que por su propia definición y por lo que como virtud y como derecho implica en este nuevo marco conceptual sería absurdo y contradictorio reducirla a una determinada categoría de ciudadanos. Es acorde además con el fundamento del derecho que más allá de todo vínculo de adscripción en términos de nacionalidad o ciudadanía, radica en las ideas de «humanitas» y de «pietas» cuyo sujeto no puede ser sino el género humano, en su conjunto, y que manifiesta la existencia de una solidaridad universal que justificaría la imposición de prestaciones positivas generales⁶⁰. En el derecho de solidaridad se manifiesta la asimetría entre reciprocidad y correlatividad entre derechos y deberes sobre la que advierte Ruiz Miguel, porque en caso contrario, sólo podrían ser titulares de un derecho de solidaridad aquellos que pudieran recíprocamente ser titulares de un deber de solidaridad, con lo cual los presuntamente beneficiados del derecho (marginados, menores, extranjeros, pensionistas, enfermos) que son quienes más precisan de ella, quedarían fuera de su campo de acción proque recíprocamente no pueden corresponder. Sin embargo como afirma Ruiz Miguel la falta de reciprocidad no niega la correlatividad «pues esta última es un requisito lógico que sólo exige que los titulares de derechos pueden disfrutar de ellos porque una norma imponga a otro deberes correlativos»⁶¹. La solidaridad, como muy bien se ha observado fundamenta indirectamente derechos, lo hace por medio de deberes positivos que estos sí tiene como correlativos a derechos⁶². En el supuesto que nos ocupa «todos» son titulares activos del derecho pero no por ello son a la vez y recíprocamente sujetos de deberes, puesto que en la mayoría de las ocasiones serán titulares y beneficiarios de los que con respecto a ellos y correlativamente a su derecho contraigan otros, puesto que la solidaridad se resuelve la mayoría de las ocasiones en la realización de actos gratuitos, de prestaciones positivas frente a las que la reciprocidad anularía su función. Es evidente que la estructura del derecho de solidaridad supera el marco del «do ut des» que se establece como paradigma en el derecho privado (1124 CC) y funciona al margen de las reglas que fijan los principios de la justicia conmutativa y la simetría e igualdad de las recíprocas prestaciones.

Sujetos pasivos del derecho a la solidaridad y por consiguiente obligados a las prestaciones serán los poderes públicos, y subsidiaria-

60. Cfr. PRIETO, L., «Los Derechos fundamentales como derechos universales», en *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, cit., p. 83.

61. Cfr. RUIZ MIGUEL, A., «Los derechos humanos como derechos morales», *Anuario de Derechos Humanos*, 6/1990, pp. 149-160.

62. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La solidaridad*, cit., p. 239.

mente las personas e instituciones especialmente obligadas, llegando en algunos supuestos a generalizar el deber. En primer lugar porque así lo dispone la Constitución en el art. 9.2 y en los arts. 39 y ss. que fijan los principios rectores de la política social y económica. En segundo lugar porque los derechos de solidaridad son, como los sociales, obligaciones a cargo y, en especial de los poderes públicos que están obligados (deben) realizar la prestación positiva que ello implica⁶³, no sin señalar, con Prieto⁶⁴ que un derecho que no aparece acompañado de garantía (como sucede en esta clase de derechos) no es un derecho mal protegido, es simple retórica. Finalmente, por una razón pragmática que entre otros ha señalado Garzón Valdés: si la solidaridad implica la existencia de un deber general positivo de asistencia, su efectiva realización exige que haya alguien especialmente obligado jurídicamente que no puede ser otro que los poderes públicos. En efecto, si lo que caracteriza los deberes positivos generales es que frente a los deberes genuinos cuyo incumplimiento perjudica a los destinatarios que sí tienen un derecho a exigir su cumplimiento, el cumplimiento de los deberes positivos generales beneficia pero nadie tiene derecho a exigir su cumplimiento habremos de proveer el arsenal necesario para que como apunta Laporta los llamados deberes positivos generales se diluyan en deberes positivos especiales. En este contexto y del mismo modo que al Estado Liberal de Derecho le competía la tutela y cumplimiento de los deberes negativos, el Estado Social y Democrático de Derecho será quien deba asumir el cumplimiento de los deberes positivos generales (especiales)⁶⁵. Ello hace que junto a la obligación general de los poderes públicos, coexistan en el ámbito del derecho privado, deberes especiales de solidaridad como son los que tienen los padres respecto de los hijos mientras están bajo su potestad; los de los hijos respecto a los padres (cuidado y alimentos) y el deber de los cónyuges de socorrerse mutuamente. Aquí se manifiesta de nuevo la falta de simetría entre el deber de solidaridad y el derecho de solidaridad, porque el deber (jurídico) de solidaridad surge para remediar precisamente la ausencia de solidaridad moral, y porque en la regulación de la solidaridad en el ámbito del derecho privado no existe esta correspondencia entre unos y otros. Así hay deberes morales de solidaridad como los citados a los que no corresponde un correlativo derecho de solidaridad (de la solidaridad altruista) ni por supuesto la obligación jurídica consiguiente, y hay por el contrario deberes jurídicos de solidaridad (egoístas) como son los de los mandatarios respecto del mandante, art. 1731 CC, en los que cuesta comprender cual sea su

63. Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.^a, «Los derechos humanos como obligación». *Persona y Derecho*, vol. 22/90 pp. 235-240.

64. Cfr. *Los derechos fundamentales tras diez años de vida constitucional*, cit. p. 21.

65. Sobre los *deberes positivos* cfr. DOXA, 3/86 cit. con arts. de BAYON, LAPORTA y GARZÓN VALDÉS.

fundamento moral. Por ello, del mismo modo que antes he apuntado la diferencia entre solidaridad y fraternidad, no creo que jurídicamente entendida (moralmente es otra cosa) la solidaridad constituya un complemento de la justicia ⁶⁶, que llegue hasta el punto de suplirla mediante la caridad, sino que precisamente donde falte la solidaridad y quiebre la justicia cuya realización exigen las normas, deberá haber normas que sancionen la omisión de determinados comportamientos, subrayando con ello la dimensión jurídica normativa e institucional de la solidaridad. Debemos sin embargo mencionar las muestras que de la solidaridad altruísta surgen en el seno del derecho privado, en la Ley sobre extracción y transplante de órganos de 27/X/79 que regula los trasplantes y donaciones de órganos, la ley 35/88 de 22/XI sobre Técnicas de Reproducción Asistida y la 22/48 de 28/XII, sobre Donación y utilización de embriones y fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos.

Finalmente, beneficiarios del derecho a la solidaridad y sujetos de los deberes de prestación correlativos que no recíprocos serán nuevamente todos, sin que deban necesariamente coincidir sujetos y beneficiarios. Los derechos de solidaridad en cuanto que tutelan intereses colectivos y generalizables constituyen derechos de la llamada «tercera generación» que se ven afectados por no pocos problemas en torno a su titularidad y legitimación ⁶⁷. Mención especial merece al respecto la innovación jurisprudencial que ha supuesto la Sentencia 214/91 de 11 de noviembre del Tribunal Constitucional concediendo el amparo constitucional y con ello la anulación de las sentencias que en su día dictaron los Tribunales inferiores en el caso Friedman vs. Degrelle y la Revista Tiempo, porque por primera vez reconoce legitimación activa para interponer el recurso de amparo constitucional no sólo al ofendido y a sus herederos como era la norma e interpretación jurisprudencial hasta ahora dominante en nuestro ordenamiento jurídico según lo establecido en el art. 12.1 de la Ley 62/78 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y en los arts. 4 y 5 de la Ley Orgánica 1/82 de Protección del derecho al honor, sino que, de acuerdo con lo que ordena el art. 162 b) de la Constitución, la legitimación para interponer el recurso de amparo se extiende a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo y en cuanto tal, a la persona integrante de un grupo étnico o social determinado, asegurando con ello la protección y la tutela judicial y el control jurisdiccional pleno a los derechos de las minorías que en otro caso quedarían desprovistos de ella e inermes ante tales ofensas. La Sentencia, sienta un precedente de importancia fundamental por cuanto muestra hasta que punto la solidaridad que nace de la condición de pertenencia de la recurrente al grupo

66. Cfr. CAMPS, V., *Virtudes públicas*, cit., p. 36.

67. Cfr. ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos, 1990, cap. IV, pp. 112 y ss. Sobre ello vide PÉREZ LUÑO, A. E., «Concepto y concepción de los Derechos Humanos», *DOXA*, 4/87, pp. 47-65.

étnico que ha padecido la ofensa es condición suficiente para reconocer su legitimación procesal en cuanto titular de un interés legítimo, constituyéndose por ello en un instrumento clave para la interpretación y aplicación de los derechos⁶⁸. También son dignas de mención al respecto las decisiones de algunas autoridades administrativas y judiciales de las Comunidades Autónomas reconociendo y apoyando el derecho al libre acceso a los centros educativos a los niños portadores de anticuerpos del SIDA, y a los niños pertenecientes a una minoría étnica (gitanos)⁶⁹.

IV

Resta por ver los supuestos de solidaridad jurídica que se establecen en el ordenamiento jurídico. A falta de declaración expresa la raíz de la solidaridad se encuentra en la enumeración de valores superiores del ordenamiento jurídico, libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, que contiene el art. 1.1 de la Constitución y que bien podrían ser reducidos a la síntesis de libertad e igualdad⁷⁰. Más allá de esta consideración la Constitución sólo se refiere expresamente a la solidaridad en dos ocasiones y sobre el mismo tema. En el art. 2 y en el art. 138 cuya declaración define siguiendo a J. de Lucas la solidaridad interregional como exclusión de las discriminaciones y desigualdades entre las Comunidades Autónomas⁷¹.

Excepción hecha de este supuesto, el desarrollo de dichos valores superiores, de los que la solidaridad a falta de mención expresa es el resultado de la libertad e igualdad, se encuentra en el mandato general que contiene el art. 9.2 del texto fundamental, y su fundamento se remite a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, que son (art. 10), fundamento del orden político y de la paz social. El mandato del art. 13 por lo que se refiere a

68. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La solidaridad*, cit., p. 240. Vide también PRIETO SANCHIS, L., *Principios Generales del Sistema de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales*, en *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, cit., pp. 219-246.

69. Cfr. J. de LUCAS y otros. *Medios jurídicos para combatir el racismo y la Xenofobia. Informe Nacional Español*. Bruselas, Comisión de las Comunidades Europeas, 1993.

70. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*. Madrid, Tecnos, 1984; PRIETO SANCHIS, L., «Los valores superiores del ordenamiento y el Tribunal Constitucional», *Poder Judicial* 11/1984 pp. 80 y ss.; OLLERO TASSARA, A., «La Constitución entre el Normativismo y la Axiología», *AFD*/1987, pp. 389-403; PAREJO ALFONSO, L., «Constitución y valores del ordenamiento» en *Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje al profesor García de Enterría*. Madrid, Civitas, 1991, t. I. pp. 29-133 y PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1984, caps. 3, 6 y 7.

71. Cfr. *Solidaridad y Derecho al medio ambiente*, cit.

los extranjeros defectuosamente desarrollado por la Ley 7/85 y los arts. 14 y siguientes constituyen concreciones del derecho a la solidaridad. Especial relevancia al respecto merecen la dicción del art. 25.2 en lo que las penas privativas de libertad y medidas de seguridad que están orientadas a la reeducación y reinserción social se refiere y el 27.4 cuando declara que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita. También es interesante la relación que se establece entre el derecho y el deber de defender a España (art. 30.1) y la concreción de ese deber que comprende entre sus manifestaciones el ejercicio de prestaciones de solidaridad como lo son la prestación social sustitutoria para los objetores de conciencia, el establecimiento de un servicio civil para el cumplimiento de los fines de carácter general ⁷², y los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública.

Entrando en el capítulo de los deberes el art. 31, fundamental al respecto, establece el deber general («todos») de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad. Aunque con respecto a la dicción de este artículo creo que es cuando menos dudoso que establezca un deber de solidaridad. En rigor fija los principios de generalidad igualdad y capacidad económica pero no de solidaridad puesto que en ningún momento dice que todos deban responder por el todo sino que contribuirán, según su capacidad económica (cada uno por su parte de modo similar a como en el derecho privado se regulan las obligaciones parciales). Sí aparece por el contrario tipificado el principio de solidaridad en el art. 34 de la Ley General Tributaria, en donde cumple una función análoga a la que realiza la solidaridad pasiva en el ámbito del derecho privado: garantizar el pago de la deuda. El art. 33 limita el derecho a la propiedad privada y a la herencia a su función social, concepto ambiguo y vago en extensión e intensidad donde los haya, el 35 fija entre otros el derecho y deber al trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia.

Los arts. 39-51 que integran el capítulo tercero excepción hecha del 52, regulan los deberes de los poderes públicos definiendo sus competencias y deberes como sujetos pasivos de los derechos de solidaridad y por ello especialmente obligados a su realización y cumplimiento. Respecto de todos ellos conviene tener la denuncia de su naturaleza jurídicamente devaluado que señala Prieto, y tiene su reflejo en la confusa redacción del art. 53.3 que en modo alguno supone que los arts. 39 y siguientes no sean alegables ante los Tribunales ordina-

72. Cfr. DE LUCAS J., *Solidaridad y derecho al medio ambiente*, cit. Del mismo autor vide, «El castigo de los insumisos» *Claves de Razón Práctica*, 25/90, pp. 32-40, con un extenso aparato bibliográfico sobre objeción de conciencia y desobediencia civil al que remitimos.

rios, sino que los derechos que pueden derivarse de las normas constitucionalmente aplicables para su configuración como verdaderos derechos, la mediación del legislador, es decir que los derechos que proclaman y los deberes que de los principios rectores se derivan no son derechos subjetivos que puedan dar satisfacción concreta a las pretensiones subjetivas ⁷³.

Más allá del catálogo de derechos fundamentales podemos encontrar manifestaciones del derecho a la solidaridad en el Título VII del Capítulo III, Economía y Hacienda (arts. 128 a 136) y la remisión concreta al principio de solidaridad entre todos los españoles que se encuentran en el art. 156.1 y que ha sido objeto de un desarrollo legislativo no excesivamente afortunado en leyes posteriores, singularmente en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas. Como cuestión pendiente queda la regulación del Jurado que es susceptible, en su caso y en su día, de introducir dimensiones de la solidaridad en la Administración de Justicia.

Resta finalmente, la remisión a la solidaridad internacional, que tiene su fundamento como señala J. de Lucas en la declaración que contiene el Preamble de la Constitución en orden al establecimiento de las relaciones de paz y cooperación, sin dejar de señalar siguiendo al autor citado la limitación que implica el que por razones no siempre justificables, esta solidaridad se ejerza sólo en una dirección o bando ideológico ⁷⁴ (por ejemplo, actualmente hay solidaridad con Somalia pero no con Cuba que sigue sometida a un embargo que impide entre otros la adquisición de medicinas). Los problemas que afectan y condicionan el ejercicio de la solidaridad internacional se centran en la actualidad en torno al tema del terrorismo y de la intervención de humanidad ⁷⁵.

73. Cfr. *Los principios rectores de la política social y económica*, en *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, cit. pp. 185-204.

74. Cfr. *Solidaridad y derecho al medio ambiente*, cit.

75. Cfr. RAMÓN CHORNET, C., *Terrorismo y respuesta de fuerza en el Derecho Internacional*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pp. 260 y ss.