



COMPETENCIA Y ACCIÓN COMO PREMISAS REALISTAS DE UN
SISTEMA NORMATIVO DE IMPUTACION PENAL.
CONSIDERACIONES CRÍTICA SOBRE EL PENSAMIENTO
DE JAKOBS Y PAWLIK

*INCUMBENCY AND ACTION AS REALISTIC PREMISES OF A
NORMATIVE SYSTEM OF CRIMINAL INDICTMENT. CRITICAL
CONSIDERATIONS ON THE THOUGHT OF JAKOBS AND PAWLIK*

JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS¹

Universidad de Extremadura

Recibido: 17/10/2022 Aceptado: 22/12/2022

RESUMEN

Para poder hablar del delito como infracción de un deber (negativo o positivo) es necesaria una acción o la omisión de una acción a través de la cual configurar el deber. Lo imputado como infracción del deber será siempre o bien una acción o bien la omisión de una acción. No siendo indiferente que sea una u otra.

En los conflictos de deberes y sus correspondientes obligaciones de soportar y salvar, sirve la acción para modular la obligación. La obligación de salvar un bien jurídico cesa mucho antes de que la obligación de no sacrificar el bien que sería necesario sacrificar se

1 Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura. Director del Instituto Extremeño de Criminología. Ha sido Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura y Consejero de Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura. Autor de numerosas monografías y múltiples artículos científicos en el ámbito del Derecho penal.

aproxime valorativamente al que el ordenamiento desearía salvar. Siendo necesario mantener también aquí la distinción entre acción y omisión.

Es necesario un mínimo anclaje del normativismo en la realidad para vincularlo al destinatario de la norma sin el que ésta carece de virtualidad o referencia para el destinatario sobre el sentido en el que debe transformar la realidad conforme a la voluntad de la norma. Lo que sólo es pensable mediante acciones del capaz de llevarlas a cabo (u omitirlas). Respetada esa estructura mínima, es posible el normativismo sin cortapisa.

Palabras clave: Acción. Omisión. Deber negativo. Deber positivo. Competencia. Incumbencia. Bien jurídico. Mandato. Prohibición. Deber de soportar. Deber de omitir. Colisión de deberes. Normativismo. Naturalismo. Teoría del delito.

ABSTRACT

In order to be able to speak of the crime as a breach of a duty (negative or positive), it is required an action or the omission of an action through which to configure such duty. What is imputed as a breach of duty will always be either an action or the omission of an action, not being indifferent if it is one or the other.

In conflicts of duties and their corresponding obligations to bear or to save, action is useful for modulating obligation. The obligation to save a legal interest ceases long before the obligation not to sacrifice the interest that would need to be sacrificed approximates the value of that one which the legal system would like to save, being necessary to keep here also the distinction between action and omission.

A minimum fastening of normativism to reality is necessary to link it to the recipient of the norm, without which the norm lacks potentiality or guidance for the recipient about the sense in which he must transform reality in accordance with the will of the norm. What is only conceivable through actions of the person capable of carrying them out (or omitting them). Observing this minimum structure, normativism is possible without restrictions.

Keywords: Action. Omission. Negative duty. Positive duty. Responsibility. Incumbency. Legal interest. Mandate. Prohibition. Duty to bear. Duty to omit. Conflict of duties. Normativism. Naturalism. Crime theory.

Sumario: 1. Incumbencia y deber en Jakobs. 2. Deber y competencia en Pawlik. 3. Incumbencia y acción. 4. Deber de actuar y obligación imperfecta. 5. Balance. Referencias bibliográficas.

1. INCUMBENCIA Y DEBER EN JAKOBS

1.1. El concepto fundamental de la normativización del derecho penal en Jakobs² es el de *incumbencia*. Incumbencia es obligación de atajar peligros para los demás o de tolerar la lesión de los propios intereses en colisión con los intereses de otro³.

Con la colocación en el mismo plano de la evitación de peligros para los demás y el sacrificio de los propios intereses en beneficio de los intereses de otro con los que colisionan, se supera la tradicional distinción entre tipicidad y causas de justificación a través de la identidad de la estructura normativa común, la incumbencia, en el caso de Jakobs, que decide que tanto al autor como al obligado a sacrificarse les *compete*, en la terminología de Pawlik⁴, continuador de Jakobs en el esfuerzo normativizador del derecho penal, impedir el daño que se quiere evitar en derecho penal.

La normativización del derecho penal exige situarnos en el contexto de la transición al estado de derecho basada precisamente en la institucionalización de derechos y libertades de cada uno sobre sus propiedades (propiedad intelectual, p. ej.)⁵. Correlato de los propios derechos son los deberes para con los mismos derechos de los demás⁶. Conclusión: Los titulares de los derechos tienen que organizarse conforme a deber (dependiendo la organización del modelo de sociedad: más o menos liberal)⁷. En el bien entendido de que respetar a los demás como personas significa que siempre que haya que soportar los costes de un conflicto la incumbencia debe limitarse a la estrictamente necesaria para solucionarlo⁸; habida cuenta de que el modelo social que inspira la pura normativización se basa en la autonomía del individuo, según la cual cada uno debe cuidar de su propia organización. No siendo deseables intromisiones ajenas que

2 Günther Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez), (Madrid: Thomson/Civitas, 2003), 135 ss. Este escrito es balance sintético de los esfuerzos de Jakobs, a lo largo de muchos años, por elaborar una teoría del delito puramente normativa, libre de adherencias naturalísticas.

3 *Ibidem*, 135 s.

4 Michael Pawlik, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades* (dir. y estudio introductorio de Jesús-María Silva Sánchez y otros), (Madrid: Atelier, 2016). Este escrito constituye un documento de trabajo elaborado por el autor para discutir en un seminario celebrado en la Universidad Pompeu Fabra, en 2015, las tesis desarrolladas en Pawlik, *Das Unrecht des Burgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenens*, (Mohr Siebeck, 2012), 81 ss. ("La competencia como concepto clave"),

5 Jakobs, *Normativización de la dogmática...*, 136.

6 *Ibidem*, 136 s.

7 *Ibidem*, 138.

8 *Ibidem*, 138.

vayan más allá de la evitación del daño que a cada uno le incumbe. En palabras de Pawlik⁹: No se trata de prohibir para evitar daños, sino de conceder el mayor ámbito de libertad a cada uno, compensándolo con reglas de responsabilidad diferenciadas en función de cómo se genere la amenaza de daño.

1.2. La organización social que genera la incumbencia de la que venimos hablando a través de las instituciones que la conforman crea *deberes* respecto de los ciudadanos, que habrán de cuidar de que su esfera de organización no suponga daños para los demás¹⁰. En este sentido, se puede hablar del delito como infracción de deber, en Jakobs, que él ha configurado teniendo muy presente la concepción naturalística que lo entiende como acción u omisión (105)¹¹; que quiere superar mediante deberes *positivos* y *negativos*.

Así, si bien los primeros y básicos son los *deberes negativos* (deberes mínimos)¹², ello no quiere decir que se reduzcan a deberes de omitir acciones (prohibiciones), ya que pueden exigir tanto omitir como actuar (con el ejemplo paradigmático del coche automático), según lo requiera el mantenimiento de la organización¹³.

Incluso, consistiendo el primer deber negativo en cuidar de que de la propia esfera de libertad (en la que uno es soberano) no surjan peligros para los demás (*titularidad del propio ámbito de auto-organización*)¹⁴, el disparo de alguien contra otro no está prohibido como acción dirigida a matar, en sí misma, sino como infracción del deber de controlar el propio cuerpo, lo que ocurre tanto cuando el autor acuchilla a la víctima como cuando dispara a la diana a pesar de que alguien se encuentra en las inmediaciones y puede ser alcanzado¹⁵ ¹⁶.

Y el segundo deber negativo ya ni siquiera se basa en la titularidad de un *ámbito* de organización, sino en un *comportamiento* de organización (modificación de la organización)¹⁷, con sus dos figuras características de la asunción voluntaria y la injerencia.

9 Pawlik, *Ciudadanía y Derecho penal...*, 89.

10 Jakobs, *Normativización de la dogmática...*, 101.

11 *Ibidem*, 105.

12 *Ibidem*, 102 ss.

13 *Ibidem*, 104 ss.

14 *Ibidem*, 108.

15 Jakobs, *Normativización de la dogmática...*, 108 s.

16 *Ibidem*, 108: "(L)a responsabilidad por un actuar, por comisión, no es otra cosa que una responsabilidad por la infracción del deber de aseguramiento en el tráfico de la persona respecto de sus movimientos corporales".

17 *Ibidem*, 110.

La *asunción voluntaria* se basa en que quien se ofreció provocó (si lo provocó) el abandono de un mecanismo de protección de la víctima¹⁸. Por eso, quien se ofreció debe cuidar de la protección que asumió. Y si no lo hace responde por la infracción de un deber negativo por omisión¹⁹.

El deber negativo por asunción puede exigir también la omisión de una acción (renunciar a determinadas acciones: uno puede cerrar la puerta de su casa con llave cuando quiera, salvo que tenga invitados en ella)²⁰. Todo lo cual prueba una vez más la intercambiabilidad entre acciones y omisiones dentro de los deberes negativos en función de lo que requiera la organización.

Por lo que se refiere a la *injerencia*, de la misma manera que quien lanza al aire a un niño pequeño ha de volver a asirlo cuando descienda, quien de modo imputable priva a una organización ajena de protección frente a un daño debe sustituir el déficit de modo equivalente²¹.

La única cuestión dudosa que suscita la injerencia es la de “en qué casos se ha debilitado la protección de modo imputable” (relación entre ámbitos de organización)²². Problemática respecto a la que Jakobs se ha distanciado de la doctrina dominante, que exige antijuridicidad del comportamiento para que surja deber de omitir por injerencia, conformándose con que el riesgo creado sea uno excepcional²³: el automovilista debe atender al peatón herido por la explosión de una rueda del coche bajo amenazas de pena correspondiente a la comisión²⁴, a pesar de haber conducido correctamente^{25 26}.

Junto a los deberes negativos existen también los *deberes positivos*. “(L)os deberes negativos son la base de todo orden social, pero precisamente: sólo la base”²⁷, sobre la cual se levantan los deberes positivos (que generan también deberes negativos) que, conforme a nuestro grado de cultura, nos lleva a prote-

18 *Ibidem*, 111 ss.

19 *Ibidem*, 113.

20 *Ibidem*, 114.

21 *Ibidem*, 115.

22 *Ibidem*, 115.

23 No los normales de la vida, amparados por el riesgo permitido.

24 El riesgo de que reviente una rueda del coche no es un riesgo mínimo cotidiano.

25 Jakobs, *Normativización de la dogmática...*, 119 s.: El amparado por el estado de necesidad agresivo debe cerrar el grifo del vecino después de utilizar el agua; el atacado antijurídicamente debe atender al atacante herido por la defensa después de haber cesado la agresión; el coautor de las lesiones debe atender al después vuelto a agredir con propósito homicida por el otro coautor (pues había contribuido a la vulnerabilidad de la víctima).

26 Hay también casos equivalentes a los anteriores: A quien ha lesionado le está prohibido impedir que la víctima pida auxilio con el móvil de aquel (Jakobs, *Normativización de la dogmática...*, 122).

27 *Ibidem*, 123.

ger a los niños, cuidar a los enfermos o evitar que se cometan delitos²⁸. El Estado, en suma, ha de garantizar una asistencia mínima. Se trata de los deberes positivos, que, independientemente de los negativos, circunscritos al ámbito de organización de cada uno, obligan a ser solidario²⁹. El Estado y la familia, las instituciones que generan fundamentalmente esos deberes positivos, han de poseer una relevancia social no inferior a la que media entre la libertad de actuación y la responsabilidad por las consecuencias³⁰.

El *Estado* (respecto a los ciudadanos necesitados), la *familia* (padres respecto a los hijos pequeños) y la *confianza especial* son las tres grandes instancias de acuñación de deberes positivos. Esta última, la confianza especial, a la que en definitiva se pueden reconducir las otras dos, que procede de la tradicional estrecha comunidad de vida, lo único que requiere es que alguien, de modo imputable (representable), se haya introducido en el rol de cuidar de otro, sea estrecha o no la relación: “constancia de roles imprescindibles”³¹. A diferencia de la asunción de roles como deber negativo (*supra*), donde el deber resulta del empeoramiento de los estándares de organización, aquí no es necesario el empeoramiento para que surja el deber³².

Y si bien, a los efectos del derecho penal, la infracción de estos deberes puede constituir delito de omisión de un deber de salvamento, lo que es correcto (los padres deben salvar la vida de sus hijos pequeños), la responsabilidad es también por el buen funcionamiento de la institución (la familia en el caso de los hijos pequeños, la administración de justicia en la prevaricación judicial, etc.)³³. Constituyen pues lo que propia y únicamente son delitos de deber del CP (“Delito de deber”)³⁴. Quien infringe un deber negativo (el bombero que prende el fuego, el padre que lesiona al hijo) infringe también el deber positivo³⁵. Con consecuencias: Quien infringe su deber al servicio de la institución es autor siempre, cualquiera que sea su papel en la ejecución del delito³⁶.

1.3. Definida la incumbencia como obligación de atajar un peligro para otra persona o de tolerar la lesión de los propios intereses en colisión con los intere-

28 *Ibidem*, 123.

29 *Ibidem*, 123.

30 *Ibidem*, 124.

31 *Ibidem*, 129.

32 *Ibidem*, 129 s.

33 *Ibidem*, 131.

34 *Ibidem*, 131.

35 *Ibidem*, 132.

36 *Ibidem*, 132.

ses de otro, sólo queda por determinar hasta dónde llega esa obligación de atajar el daño y de tolerar el sacrificio que requiera la salvación de los intereses ajenos preferentes a costa de los propios. Lo que se traduce en *deberes de soportar* y *deberes de actuar*³⁷.

El fundamento (y, a la vez, el límite) del soportar por incumbencia nos remite, en primer lugar, a la *relación jurídica pura*³⁸ según la cual cada uno tiene que sacrificar (o soportar su destrucción) su propiedad (su derecho a algo) cuando esta amenaza a los demás (el dueño del árbol caído [fuerza mayor] tiene que quitarlo de la calzada donde molesta). Ante la propiedad, la incumbencia siempre es del dueño de la cosa o del tercero que mediante acto de organización propia perjudica al propietario³⁹. *Tertium non datur*. Por eso, cuando colisionan dos derechos sin que ninguno predomine (incumbencia preferente), la situación es irresoluble⁴⁰. De manera que, puesto que cada propietario es responsable de su propiedad, aunque haya diferencias radicales entre el valor de los derechos en conflicto (p. ej., vida contra propiedad) no se podrá anteponer el más importante^{41 42}.

Más allá de la incumbencia como titularidad de la propiedad, el fundamento jurídico puro de la incumbencia por administración (gestión) de la propiedad, se fundamenta en que quien al hacerlo crea un peligro superior al normal (estándar) (p. ej., el dueño del árbol que corta las raíces eleva el peligro de que la tormenta lo tumbes) tiene que aportar todas sus restantes propiedades (además del árbol en el caso de la incumbencia por mera titularidad)⁴³. La creación del peligro no tiene que ser culpable; basta que sea un peligro incluso permitido⁴⁴. Si además es culpable, se justifica mejor el deber de soportar⁴⁵. Aunque nunca la obligación puede ser una escandalosa (la que, p. ej., obligase a dar la vida)⁴⁶. La obligación es siempre *imperfecta* (infra).

Para evitar precisamente consecuencias tan drásticas como las de la fundamentación jurídica pura de la incumbencia acabada de ver, apela Jakobs al *fun-*

37 *Ibidem*, 135 ss.

38 *Ibidem*, 139 ss.

39 *Ibidem*, 141.

40 *Ibidem*, 141.

41 *Ibidem*, 141.

42 Si la tormenta amenaza la vida de A y la cosa de no mucho valor de B, no cabría destruir la cosa de B para salvar la vida de A.

43 *Ibidem*, 142 ss.

44 *Ibidem*, 144.

45 *Ibidem*, 144 ss.

46 *Ibidem*, 145.

*damento utilitarista*⁴⁷ que permite corregirlas.

Frente a la propiedad entendida como derecho de la persona, de manera que la vida tendría que ceder frente a un interés insignificante (cosa de escaso valor), cabe renunciar al inmediato restablecimiento del Derecho cuando la situación de necesidad no se ha ocasionado culpablemente y el derecho a sacrificar para evitarla no es importante e imprescindible (vida frente a cosa de escaso valor)⁴⁸. En estos casos, la relación de reconocimiento de los derechos de otro que implica el Derecho permite tolerar la pérdida hasta el límite en que todavía se sigue reconociendo al otro⁴⁹. La renuncia al derecho a defenderse supone, pues, el origen no culpable del conflicto, la no renuncia a bienes que sería desproporcionado sacrificar y la retribución por la pérdida de esos bienes⁵⁰. Se fundamenta así el estado de necesidad defensivo y sus límites (“Reconocimiento: El estado de necesidad defensivo”)⁵¹.

Con la relación jurídica de derechos y la relación de reconocimiento de proporcionalidad, pensadas para la preservación de derechos, no se han agotado las posibles relaciones, pues a ellas cabe añadir (tercer fundamento de la incumbrancia: “fundamento basado en el interés general o solidaridad”)⁵² si es posible una relación que exija sacrificar derechos. En contra de lo que sostuvo Kant: No estoy obligado a ceder mi barca para que se salve la vida de quien se está ahogando⁵³. Ni siendo suficiente la solución de Hegel: Salvo en cuanto a la barca, el reconocimiento sigue manteniéndose⁵⁴. Pues la lesión aquí producida es culpable, como evidencia el hecho de que en la legítima defensa no quepa la proporcionalidad⁵⁵.

El derecho a ser socorrido en situación de necesidad sólo puede encontrarse en la obligación del burgués convertido en ciudadano que ha de responder de la situación pública, o deber de soportar menoscabos pequeños de sus intereses para las tareas públicas de intervenir auxiliando (sin encargo previo) al Estado⁵⁶. Lo que ocurre en el estado de necesidad agresivo y el deber de ayuda en situación

47 *Ibidem*, 146 ss.

48 Incluso cuando son comparables, no se puede medir al centímetro. Cosa frente a cosa: No cuando la diferencia es de 50 a 200 €; sí cuando es de 500 a 2000 € (*Ibidem*, 148).

49 *Ibidem*, 150.

50 *Ibidem*, 150.

51 *Ibidem*, 146.

52 *Ibidem*, 150 ss.

53 *Ibidem*, 151.

54 *Ibidem*, 151 s.

55 *Ibidem*, 152.

56 *Ibidem*, 152 ss.

de necesidad (al que apela nuestra omisión del deber de socorro) (“ocuparse de lo *general*”)57. Quien está en situación de necesidad, “buscando la subsistencia cumple una tarea *general*”58.

Conclusión: a) El ciudadano sólo puede sustituir al Estado en situaciones extremas (no de mil euros frente a diez mil, pero sí de diez mil frente a un incendio devastador). b) Sólo el Estado está obligado. Quien no ayuda al Estado no responde en comisión por omisión, sino por simple omisión (salvo que impidiera a tercero emprender la salvación que él rehusó cumplir)59.

Así se resuelven los casos que no pudieron serlo con la pura relación jurídica, de sujetos que tienen la misma incumbencia: se puede salvar la vida de un siamés produciéndole una pequeña herida al otro, pero no matándolo o mutilándolo60.

1.4. El cuadro del sistema de incumbencias que recoge *deberes de soportar* acabado de exponer tiene su reflejo en el sistema de *deberes de actuar* para el mantenimiento de la propiedad como algo seguro para terceros. El cuadro es éste61:

1) En caso de fuerza mayor o culpabilidad de tercero el propietario no tiene más deber que reorganizar su perturbadora propiedad para que no moleste más, si es preciso renunciado a ella, “ya que se encuentra inmerso en el conflicto sólo a través de su propiedad, pero no de su organización”62.

2) En caso de organización antijurídica y culpable el propietario tiene el deber de hacer todo lo necesario para evitar el daño (injerencia), auténtico correlato del derecho del agredido a actuar sobre todo el ámbito organizativo de propietario.

3) En caso de organización no culpable, o incluso conforme a Derecho, se puede abandonar la pura normatividad en favor del utilitarismo63: El obligado “no tendría que sacrificar desproporcionadamente mucho más que el daño que pretende evitar”, siempre que se trate de bienes relevantes, no pequeños. El automovilista que atropella a un peatón conduciendo correctamente tiene que cui-

57 *Ibidem*, 153.

58 *Ibidem*, 153.

59 *Ibidem*, 153 s.

60 *Ibidem*, 155.

61 *Ibidem*, 156 ss.

62 *Ibidem*, 156.

63 *Ibidem*, 157.

dar de la persona herida, si es preciso durante semanas, pero no del perro⁶⁴.

Respecto a 2) y 3): Estas obligaciones son imperfectas. “El que puede morir no puede ser obligado”⁶⁵.

4) El deber de socorrer se basa en otra cosa. Sustituir al Estado. La intensidad de la intervención jurídico-penal tiene que quedar claramente por debajo del delito contra las personas⁶⁶.

2. DEBER Y COMPETENCIA EN PAWLIK

El equivalente a la incumbencia de Jakobs en el pensamiento de Pawlik⁶⁷, continuador de la normatización de la teoría del delito, es la *competencia*, procedente de una generalización de lo establecido tradicionalmente para las posiciones de garante en los delitos de omisión, válida también para los comisivos, como tipos obligacionales penalmente relevantes⁶⁸, basados a su vez ius-filosóficamente en el entendimiento del delito como “lesión del ciudadano de cooperar en el mantenimiento del estado existente de libertades jurídicamente constituido”⁶⁹. Que permite añadir a la policromía de los tipos delictivos de la PE “una teoría de las figuras generales de fundamentación de la imposición de deberes jurídico-penales (*nota bene*)”^{70 71}. Hasta el punto de que la bipartición de las competencias, en competencias de respeto y competencias de fomento (correlato de los deberes negativos y deberes positivos de Jakobs), que propone Pawlik, se corresponde en buena medida con la tipología tradicional de los deberes de vigilancia y deberes de protección en los delitos de omisión⁷².

La idea fundamental que preside las competencias de respeto⁷³ de Pawlik, está en Hegel y estriba en la obligación de no empeorar el nivel de integridad de la esfera jurídica de otro. “Co-humanidad negativa” (Hegel)⁷⁴; debiéndose contener la expectativa de solidaridad que ello implica para que el otro pueda con-

64 *Ibidem*, 157.

65 *Ibidem*, 158.

66 *Ibidem*, p158 s.

67 Pawlik, *Ciudadanía y Derecho penal...*, 81.

68 *Ibidem*, 83 s.

69 *Ibidem*, 81.

70 *Ibidem*, 83.

71 *Ibidem*, 83: “(E)l orden de los detalles según los riesgos de una determinada competencia”.

72 *Ibidem*, 84 s.

73 *Ibidem*, 85 ss.

74 *Ibidem*, 86.

ducir libremente su propia vida (auto-representación)⁷⁵.

Manifestaciones de las competencias de respeto son la prohibición de injerencia y el mandato de neutralización (dos caras de la misma moneda)⁷⁶, necesarias las dos porque la prohibición de injerencia no agota la expectativa de respeto, ya que el otro no debe quedar peor de lo que estaría si no hubiese topado con quien crea el peligro⁷⁷. Brevemente: el mandato de neutralización no es menos importante que la prohibición de dañar activamente⁷⁸. Como ya sostuvo Merkel, organización peligrosa y asunción de determinadas actividades nos hacen responsables de la lesión devenida⁷⁹. En cualquier caso, aunque la obligación de neutralizar exija una prestación positiva, no se trata de un deber originario, sino que alcanza fuerza normativa sólo a través de la defensa de la víctima; esto es, en un mandato de respeto⁸⁰.

Son tres los *casos* de competencia de respeto⁸¹: 1) La *injerencia*, reconducible a que, si bien el Estado puede determinar el espacio de actuación del ciudadano bien recortándolo desde un principio para evitar daños bien concediéndole un espacio amplio de libertad, compensada con reglas de responsabilidad diferenciadas, en nombre de la libertad es preferible el segundo modo⁸². 2) *Deberes del tráfico*, en virtud de los cuales la persona ha de neutralizar tanto los peligros derivados de su comportamiento como los derivados de sus cosas, incluso cuando no tenga culpa de ellos⁸³. Lo que se justifica en la libertad de organización, que permite excluir de su administración a terceros, que deben poder confiar en que el obligado por su libertad de organización los mantendrá fuera de peligro^{84 85}. La persona no tiene sólo el deber de evitar el daño externo, sino también el de adoptar las medidas de salvamento necesarias. Por lo que la obligación de neutralización se mantiene todo el tiempo en el que sea posible interrumpir el curso lesivo iniciado⁸⁶. 3) *Asunción efectiva*, pues mediante la vinculación a la propia actividad de intereses ajenos surgen deberes de neutraliza-

75 *Ibidem*, 86 s.

76 *Ibidem*, 87 s.

77 *Ibidem*, 87.

78 *Ibidem*, 87.

79 *Ibidem*, 87 s.

80 *Ibidem*, 88.

81 *Ibidem*, 89 ss.

82 *Ibidem*, 89.

83 *Ibidem*, 89 s.

84 *Ibidem*, 90 s.

85 *Ibidem*, 91: "Él se encuentra desde una perspectiva normativa más cerca del peligro que los otros".

86 *Ibidem*, 91.

ción⁸⁷. La prohibición original de lesión se convierte así en mandato de evitación⁸⁸. La prohibición de un mandato auto-contradictorio grava aquí al sujeto (Hegel)⁸⁹. Lo que por cierto subyace también a los restantes casos de la competencia. El cumplimiento del deber asumido es el precio de la libertad⁹⁰.

Por su parte, las “competencias de fomento”⁹¹ se basan en que una vida auto-determinada no puede conformarse con los deberes de respeto, pues la libertad requiere también condiciones supra-personales e infra-estructurales previas⁹². A las competencias para asegurarlas se las denomina competencias de fomento, y se corresponden en buena medida como ya se anticipó con las tradicionales posiciones de garante de protección.

Kant admitía que junto a la comunidad de capaces de acción para no dañarse mutuamente puede añadirse la necesidad de ampliar los espacios de actuación ajenos, p. ej., de los padres con los hijos⁹³. Lo que hace saltar por los aires un “estado de naturaleza” en el que sólo cuenta lo tuyo y lo mío a respetar, sobre todo porque sólo con el paso al Estado de Derecho se puede reaccionar frente a la brutalidad, en el que, además, cada uno se determina legalmente y obtiene poder suficiente para que se le reconozca lo suyo como suyo⁹⁴. En ese estado, el *deber* asumido por cada uno consiste en cooperar en la producción y mantenimiento de un estado de libertades real⁹⁵. Lo que hace difícil separar deberes negativos y el resto de los deberes positivos. No tiene sentido asegurar a terceros frente a factores de riesgo que garanticen que cada uno obre a su antojo y no asegurarlos frente a las restantes inseguridades existenciales⁹⁶.

Las competencias de fomento dan lugar a dos *tipos* de deberes⁹⁷: Deberes positivos vinculados con actos de voluntad del obligado y deberes positivos independientes de un comportamiento previo.

Los “deberes positivos vinculados con un acto de voluntad del obligado”⁹⁸ no son problemáticos. Quien ha asumido un rol social por auto-determinación

87 *Ibidem*, 91 ss.

88 *Ibidem*, 92.

89 *Ibidem*, 92.

90 *Ibidem*, 93.

91 *Ibidem*, 93 ss.

92 *Ibidem*, 94.

93 *Ibidem*, 95.

94 *Ibidem*, 95 ss.

95 *Ibidem*, 96 s.

96 *Ibidem*, 97.

97 *Ibidem*, 97 ss.

98 *Ibidem*, 97 ss.

no puede quejarse de que del mismo se deriven determinadas exigencias⁹⁹. Estos deberes presentan dos modalidades básicas: En el marco de una *organización estatal* (a) y en el marco de la *relación paterno-filial* (matrimonio) y las *comunidades de peligro* (b).

(a) La asunción entre dos personas (supra) es extensible a la relación persona-Estado. La diferencia está en que la competencia de los funcionarios no se relaciona con un acto peligroso propio (como allí) sino con las tareas estatales de mantener el orden y realizar prestaciones sociales importantes¹⁰⁰. No siendo relevante que se hayan desactivado otros mecanismos de protección en el momento de toma de posesión del funcionario¹⁰¹. Las tareas del Estado con los ciudadanos se basan en el sometimiento al ordenamiento jurídico¹⁰².

(b) Estas competencias se basan en que el Estado se mantiene al margen del ámbito vital en cuestión, respetando la autonomía de las comunidades así creadas¹⁰³. Los afectados crean una comunidad de ayuda, con distinción de roles entre el que ayuda y el que es ayudado, además de que unas veces uno y otras veces otro será el que necesite la ayuda, como en la institución del seguro¹⁰⁴. A diferencia de la asunción efectiva, en la que se determina desde el principio quién ayuda y quién es ayudado. No se trata de mejorar un estatus de seguridad sino de mejorar el nivel de seguridad existente hasta entonces¹⁰⁵.

Más difícil de justificar en la libertad que los casos anteriores son los “deberes positivos independientes de un comportamiento previo”¹⁰⁶. En ellos basta que ambos, ayudante y ayudado, estén sometidos al mismo ordenamiento y que uno esté obligado a conjurar el peligro en que esté el otro¹⁰⁷. Tal es el caso de la omisión del deber de socorro. Pero también el del deber de tolerancia de la injerencia de tercero: estado de necesidad agresivo justificante¹⁰⁸.

Estas obligaciones se pueden fundamentar en que ninguno de los implicados merece soportar lo que le ha pasado¹⁰⁹. Por eso no cabe considerar ilegítima

99 *Ibidem*, 98.

100 *Ibidem*, 99.

101 *Ibidem*, 99 s.

102 *Ibidem*, 99.

103 *Ibidem*, 100 s.

104 *Ibidem*, 100.

105 *Ibidem*, 100.

106 *Ibidem*, 101 ss.

107 *Ibidem*, 101.

108 *Ibidem*, 101.

109 *Ibidem*, 102.

la decisión que tome el ordenamiento por uno u otro¹¹⁰. Es cierto que estos casos son puntuales, a diferencia de los que el Estado tiene asumidos de forma general¹¹¹. Pero tampoco constituye algo imperdonable asumir, seguido de resarcimiento civil, la obligación al sacrificio¹¹².

3. INCUMBENCIA Y ACCIÓN

3.1. Jakobs y sus discípulos tienen el mérito indiscutible de haber contextualizado muy satisfactoria y plásticamente a finales del siglo XX y comienzos del XXI la naturaleza normativa de todo lo que tiene que ver con la teoría del delito.

Pero queda por ver si se trata de la culminación del sistema penal o de algo diferente a cuanto, en un camino de ida y vuelta, se ha dicho a lo largo del siglo XX para construirlo desde que a los inicios de su elaboración dogmática (finales del XIX y principios del siglo XX) la impronta normativista que dio al sistema Binding (*Die Normen und ihre Übertretung*, volumen I, 1872; *Handbuch des Strafrechts*, 1885) se viera en seguida enriquecida por la impronta naturalística que le imprimió von Liszt (*Der Zweckgedanke in Strafrecht*, 1882; *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 2ª ed., 1884).

En cualquier caso, tampoco se puede negar que el normativismo jakobsiano sin duda ha supuesto, está suponiendo¹¹³, una ampliación del horizonte desde el que contemplar toda cuestión dogmática concreta, como, p. ej., la de la distinción entre norma de prohibición (tipicidad) y norma de autorización (antijuricidad), habida cuenta de que la estructura de una y otra norma es la misma.

Todo ello, cuanto menos, constituye una invitación enriquecedora a verificar si la estructura normativa de la teoría del delito, que nadie discute, permite prescindir de cualquier consideración acerca de si el objeto de normación del sistema, la realidad normada, tiene algo que decir sobre la misma normación en su aplicación más concreta.

Pues la continua referencia de Jakobs a la realidad a normar, para demostrar constantemente que sus planteamientos son los que mejor se acomodan a

110 *Ibidem*, 102.

111 *Ibidem*, 103: "(N)o pertenecen al sustrato básico irrenunciable de un ordenamiento jurídico-penal moderno".

112 *Ibidem*, 103.

113 Aun que ciertamente el esfuerzo en este sentido no es únicamente de Jakobs y su escuela.

la regulación¹¹⁴, constituye ya un indicio de que normación de la realidad y realidad normada están más interrelacionadas de lo que Jakobs presume a efectos en cualquier caso dialécticos en su debate con el naturalismo.

3.2. Una de las muestras más elocuente de lo que decimos, en su doble aspecto de imbricación realidad/normación de lo que Jakobs está dispuesto a admitir y de que el normativismo de Jakobs es menos ruptural de lo que parece¹¹⁵, es la contraposición entre *incumbencia* y *acción*.

Puede asumirse perfectamente que el fundamento de la responsabilidad penal es la incumbencia, concepto eminentemente normativo, incluso ius-filosófico, dado que permite relacionar el delito con el fundamento de la libertad para disponer de los propios derechos en el límite donde el ejercicio de los derechos daña a los demás, que también ejercen sus derechos como hombres libres. En el límite, además, de lo estrictamente necesario para que unos y otros puedan ejercer el máximo de disponibilidad en su ámbito de incumbencia.

La concepción del delito como vulneración del deber de evitar daños a terceros que se desprende de la incumbencia, que además evoca la impronta que dio Binding a la concepción inicial de la teoría del delito¹¹⁶, es también perfectamente asumible y nos coloca ya en la posición adecuada buscada por Jakobs para distinguir entre el delito como infracción de un deber negativo (de no dañar) o de un deber positivo (de optimizar los derechos de los demás) mejor que como acción que causa daño u omisión de la acción que lo habría evitado. Puede entenderse pues el delito como la infracción de un deber de auto-organización.

Es incluso viable concebir al tradicional delito de acción (disparar sobre una

114 Ejemplos elocuentes de lo cual son los razonamientos de Jakobs a la hora de distinguir la coautoría de la complicidad [vid. Jakobs, “El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, en Jakobs, *Injerencias y dominio del hecho, Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal* (trad. Manuel Cancio Meliá), (Madrid: Civitas, 2001), 63 ss.] y fundamentar el desistimiento de la tentativa en la posibilidad o no de modificar el hecho iniciado todavía no consumado ni irreversiblemente frustrado [vid. Jakobs, “El desistimiento como modificación del hecho” (trad. Enrique Peñaranda Ramos), en *Estudios de Derecho penal* (trad. y estudio preliminar de Peñaranda Ramos y otros), (Madrid: UAM/Civitas, 1977), 325 ss.]. Los ejemplos se podrían multiplicar.

115 También de la ampliación del horizonte desde el que contemplar los problemas concretos de la teoría del delito.

116 Basta leer la panorámica sobre la obra de Karl Binding, especialmente *Die Normen und ihre Übertretung*, realizada en el primer capítulo del libro de Armin Kaufmann, *Lebendiges und totes in Bindingsnormentheorie*, Otto Schwarz, 1954, 3 ss., para darse cuenta de lo que el pensamiento normativista de Jakobs tiene de vuelta a los orígenes de la teoría del delito en la impronta que le dio Binding. Vid. también Ricardo Robles Planas, «La herencia de Karl Binding», en *Libro Homenaje a Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro* (ed. Manuel Cancio Meliá y otros), volumen 1, (Madrid: UAM Ediciones, 2019), 743 ss., 745 ss.

persona en el homicidio, p. ej.) como la evitación de que de la propia esfera de autonomía, dentro de la cual está el propio cuerpo, no surjan peligros para terceros, los peligros del tercero, por no hablar del peligro de que el tercero sea alcanzado por el disparo al blanco en el campo de tiro.

Se puede en suma distinguir entre delitos que infringen deberes negativos y delitos que infringen deberes positivos, inclusión hecha de la posibilidad de que la infracción del deber negativo consista en una omisión.

Ahora bien, aunque el delito consista en la infracción de un deber de organización cuyo fundamento esté en las incumbencia, puesto que lo que se imputa es un resultado naturalístico, p.ej., la muerte de una persona, aspecto en el que Jakobs ha hecho aportaciones decisivas para recortarla con criterios normativos (imputación objetiva o normativa), que no empecen a que sin muerte, que es un concepto naturalístico (aunque después se recorte con criterios normativos), no hay homicidio (sin cadáver no hay homicidio consumado), hará falta en la construcción de Jakobs un vehículo de transmisión entre la infracción del deber y la imputación del resultado que no puede ser otro que la acción realizada u omitida, cualquiera que sea el delito (de infracción de deber negativo o positivo).

Es cierto que siempre cabe argumentar que lo imputado es un residuo naturalístico que no cumple función alguna como criterio de imputación (siempre normativa y objetiva). Pero, aunque está muy bien recordar, como ha hecho Jakobs, que la acción y la omisión no cumplen una función en el sistema (del ser no cabe extraer el deber ser) e insistir en que la función normativa del derecho penal la cumplen más bien los deberes derivados de la norma, la concreción de la norma en deber consiste siempre en un deber de hacer o un deber de evitar no intercambiables. Es muy diferente que la norma prohíba actuar o exija omitir.

Lo que a su vez permite asignarle a la acción y a la omisión debidas una función acotadora del alcance de la norma penal: qué puede exigir la norma y en qué límites. Con repercusiones incluso que permiten distinguir lo exigido en el ámbito de la tipicidad y lo exigido en el de la antijuridicidad (causas de justificación), con independencia de que la norma de prohibición y la de autorización tengan la misma estructura; pues no tienen el mismo contenido. No es el mismo el alcance de la justificación del comportamiento omisivo que el del comisivo¹¹⁷.

117 *Vid.* al respecto, Joaquín Cuello Contreras, “Los límites de la normativización del Derecho penal en situaciones de necesidad”, *InDret*, 1 (2022), 469 ss. 486 ss., 489 ss. *Vid.* ya Joaquín Cuello Contreras, “La justificación del comportamiento omisivo”, *Anuario Derecho penal y Ciencias penales* (1990), 497 ss., pp. 508 ss.

Por no hablar de la tipicidad, donde por mucho que se acote normativamente, y se puede mucho, lo acotado siempre será lo previamente constitutivo de una acción o de la omisión de una acción, con lo que la acción, su concepto naturalístico, está en el centro del tipo¹¹⁸. Lo acotado normativamente no es sólo un resultado, como pretende el normativismo a través de la doctrina de la imputación objetiva, sino también la acción que lo causa.

3.3. También es afortunada, muy afortunada, la construcción normativista de los deberes positivos junto a la de los deberes negativos, más allá de la tradicional distinción entre deberes de omitir y deberes de actuar que daban soporte a los delitos de comisión y delitos de omisión, con la que la construcción normativista no se corresponde, inicialmente, para nada; como bien muestra la argumentación de Jakobs sobre la omisión como forma de vulneración del deber negativo perfectamente equivalente a la acción.

Los delitos de omisión para el normativismo son otra cosa; son vulneración del deber positivo de optimizar el ejercicio de los derechos por los demás como deber asistencial del Estado o de la mutua ayuda entre ciudadanos (comunidad de vida) libremente asumida.

Esta clasificación de los delitos que distingue entre delito consistente en la infracción de un deber negativo y delito consistente en la infracción de un deber positivo conforme a “las figuras generales de fundamentación de la imposición de los deberes jurídico-penales” no es, a su vez, inteligible sin la concepción ius-filosófica básica de que parte el normativismo, de la incumbencia jurídica pura, según la cual el Derecho se reduce a la evitación de peligros que puedan originarse en la esfera de auto-organización del individuo, máxima expresión de la libertad. Lo que deja fuera de la relación jurídica (pura) cualquier otra forma de generar obligaciones frente a los demás miembros de la sociedad. De donde se deriva la necesidad sentida por el normativismo de ampliar la consideración jurídica más allá de la relación entre individuos libres, una de cuyas manifestaciones más elocuentes son los delitos consistentes en la infracción de deberes positivos, genuinos delitos de omisión para la concepción normativista.

Desde este prisma ius-filosófico del normativismo, incluso, es como mejor se explica la existencia de los delitos consistente en la infracción de deberes negativos (deberes de respeto, en expresión más elocuente de Pawlik), dentro de

118 Vid. Armin Kaufmann, “Zum Stande der Lehre de vom personalen Unrecht” (1961), en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, (ed. Gerhard Dornseifer y otros, Carl Heymanns, 1982), 151 ss., 151.

los cuales incluir, además de los tradicionales delitos de comisión, sí traducibles a los delitos de infracción de deber negativo como consecuencia de no haber ejercido correctamente el deber de auto-organización sobre el propio cuerpo, los delitos resultantes de la injerencia¹¹⁹, que ejemplifican muy bien en qué se basa la indistinción normativista entre actuar y omitir.

Como también se explica por la remisión de la responsabilidad penal al ejercicio de la libertad la distinción normativista básica entre deberes de incumbencia, de que del propio ámbito de auto-organización no surjan daños para los demás, y el apéndice específico representado por la asunción libre del deber de evitárselos, con su manifestación más genuina del funcionario que ha asumido deberes del Estado respecto a los ciudadanos. Quedando todavía un resto de deberes, de auxilio, p. ej., en caso de necesidad, que siempre deben crear una responsabilidad por debajo de la responsabilidad por auto-organización, lo que aquellos no constituyen.

Entre tanto debe destacarse el fenómeno que ha pasado bastante desapercibido después de la incidencia normativista sobre la responsabilidad por omisión, pese a su importancia, al menos antaño, de cómo se ha visto sobrepasado el deber de garante en la dogmática de la omisión. De forma muy semejante, por lo demás, a cómo se ha visto sobrepasado el deber de cuidado en la responsabilidad por imprudencia después de la incidencia, también de cuño normativista, de la imputación objetiva, a través de sus criterios, que han hecho innecesario el

119 Dopico Gómez-Aller, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 770 s., que como Jakobs parte de que la responsabilidad penal por omisión consiste en no haber asegurado que de la propia esfera de dominio no surjan peligros para terceros (771), entiende que sólo cuando se ha vulnerado el deber de asegurar, sólo cuando el foco de peligro está activo en el momento de no actuar el obligado, hay comisión por omisión (770). En cambio, si el perro ya ha mordido a la víctima cuando el dueño se percata de ello, y sólo puede salvarla curándole las heridas, la responsabilidad ya no es por omisión impropia sino por omisión propia, agravada por la posición especial del dueño del perro. Esto le lleva a oponerse a Jakobs (782 s.) que, de sostener una opinión favorable a la distinción entre asegurar y no salvar, pasó a considerar que ambas darían lugar a comisión por omisión, ampliando desmesuradamente el ámbito de la propia esfera de organización (“la herida de la víctima pertenece a la organización del omitente”: Jakobs) (783). Dopico sostiene que incluso intuitivamente se comprende la distinción entre asegurar (omisión impropia) y no salvar (omisión propia cuando el foco de peligro ya se ha extinguido, no cuando aún está vivo en el momento de omitir actuar): es más grave omitir frenar dolosamente para no atropellar al perro que omitir llevarlo al veterinario después de haberlo atropellado (773). Obvia Dopico que el deber de asegurar a terceros frente a la propia esfera de dominio sobre el cuerpo de uno y las cosas propias no incluye sólo el deber de no crear peligro para los bienes ajenos sino también el de neutralizar las consecuencias de los peligros creados mientras sea posible (interrumpiendo el curso causal iniciado). La concepción de Dopico sobre la injerencia, muy condicionada por la búsqueda de un criterio de distinción entre la omisión del art. 11 CP, omisión impropia, y la omisión del deber de socorro cualificada del causante del accidente, omisión propia, del art. 195. 3, temática también abordada en su monografía, restringe demasiado el ámbito de la omisión impropia.

deber de cuidado¹²⁰.

Su explicación es muy sencilla: No es necesario buscar fuera del Derecho penal la fundamentación del deber de actuar propio del delito de omisión cuando encontrada la fundamentación de la responsabilidad penal en el deber de evitar peligros para los demás derivados del ejercicio del derecho de auto-organización, con el fundamento de la responsabilidad penal se ha encontrado también ya el de la responsabilidad por omisión, que es lo mismo que decir el fundamento de la responsabilidad penal¹²¹.

Lo que a su vez no debe ocultar el hecho, recordémoslo una vez más, de que, como muestra elocuentemente el fundamento de la responsabilidad penal por comisión en el pensamiento de Jakobs, si no hay forma más clara y directa de representarnos la responsabilidad penal que mediante la vulneración de un deber negativo, y dentro de los deberes negativos, como el de la infracción del deber negativo consistente en ejercer control sobre el propio cuerpo para que mediante acción no cause daño a terceros, todo la responsabilidad penal en el pensamiento de Jakobs, itambién la derivada de los deberes positivos!, tiene como substrato la capacidad del obligado de evitar mediante acciones omitidas o ac-ciones realizadas resultados que materialicen el daño a terceros que quiere pre-venir el Derecho penal. Con lo que la acción juega un papel esencial en el aco-tamiento de la responsabilidad penal en el pensamiento normativista (mal que le pese).

Produciéndose por esta vía, un acercamiento imprevisto (por las contrapuestas premisas metódicas de partida de unos y otros) en el pensamiento sobre la omisión desarrollado en las últimas décadas desde posiciones aparentemente tan distantes como la de Jakobs y sus discípulos, por una parte, y Schünemann, con su concepción del dominio de la causalidad¹²², entendido en clave normativa

120 Vid. al respecto Cuello Contreras, "Dolo e imprudencia como magnitudes graduales de injusto", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, 2 (2009), 37 ss. (= *Teorías del delito más allá del naturalismo y el normativismo*, (Madrid: Bdef, 2021), 29 ss., 54.

121 Insiste particularmente en esto Luis Gracia Martín, "Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)", en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Actas y Congresos, (Madrid: UNED, 2001), 411 ss., 481 s. Lo que puede y debe compartirse, siempre y cuando se exija también, lo que Gracia Martín cree innecesario (vid al respecto Joaquín Cuello Contreras, *El Derecho penal español, Parte General, volumen II, Teoría del delito (2)*. (Madrid: Dykinson, 2009), 470, un elemento de incumbencia que señale al obligado a realizar esa acción omitida tan concreta que habría evitado el resultado (y no a cualquiera que en el caso pueda hacerlo por el mero hecho de estar presente).

122 Bernd Schünemann, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia* (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), (Madrid: Marcial Pons, 2009) (original alemán de 1971), 275 ss.

sobre sustrato naturalístico, por otra. Con Silva Sánchez¹²³ (no contención del riesgo por quien se comprometió previamente a ello) y Luzón Peña¹²⁴ (creación de un riesgo por la omisión y sus circunstancias o aumento del mismo por descontrol de lo hasta entonces controlado), en la doctrina española, que han precisado mucho la acción omitida que habría evitado el resultado concreto en los términos más restrictivos posible; como el ya citado Gracia Martín¹²⁵, desde el finalismo, con su tesis del dominio social sobre la causa fundamental del resultado. Todos los cuales parten explícita o implícitamente de la “necesidad de referir lo que será responsabilidad penal por omisión a la acción que habría evitado el resultado como elemento esencial de su fundamentación corregido con cuantas consideraciones normativistas se quieran añadir”^{126 127}.

Con lo que se evidencia el significado *heurístico* de la acción en la omisión. Competencia y acción (omitida) constituyen el fundamento de la responsabilidad penal por omisión. ¡Exactamente igual que ocurre con el dominio y el deber como fundamento de todas las formas de intervenir en el delito!¹²⁸ Con lo que se vuelve a mostrar que naturalismo y normativismo están condenados a entenderse en la dogmática penal contemporánea¹²⁹.

En cualquier caso, la construcción de Jakobs es muy afortunada. Sin ella no puede entenderse lo que ha sido culminación de un siglo de Dogmática penal en el paso del siglo XX al siglo XXI.

123 Jesús-María Silva Sánchez, *El delito de omisión, Concepto y sistema*, (Madrid: Bosch, 1986), 163 ss.; «“Comisión” y “omisión”. Criterios de distinción», en *La comisión por omisión* (dir. Enrique Gimbernat Ordeig), *Cuadernos de Derecho Judicial, XXIII*, (1994), 13 ss., apretada síntesis de *El delito de omisión. Concepto y sistema*, (Madrid: Bosch, 1986), 163 ss.

124 Diego-Manuel Luzón Peña, «Delitos omisivos impropios o de comisión por omisión», en *Revista Foro FICP*, 1 (2022), 195 ss.

125 Gracia Martín, *Comisión por omisión...* 57 ss., 82 ss.

126 Vid. al respecto, Cuello Contreras, «Competencia y acción como fundamentos de la responsabilidad penal por omisión (impropia)», en *Libro-Homenaje al Prof. Dr. José Luis Díez Ripollés* (en prensa).

127 Y aunque Enrique Gimbernat Ordeig, “El delito de omisión impropia”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, 4 (1999), 525 ss., 545 s., 550 ss., y Dopico Gómez-Aller, *Omisión e injerencia*, 770 s. prescinden de la (cuasi) causalidad en la imputación del resultado en la omisión, y por tanto de la necesidad de una acción como correa de transmisión entre el deber de evitar y el resultado en la omisión impropia, ambos exigen que la desestabilización de un foco de peligro controlado haya superado el riesgo permitido efectivamente y causado (estando presente) el concreto resultado producido (Gimbernat) y el no aseguramiento de que un foco de peligro todavía vivo no ocasione el resultado (Dopico), respectivamente, también parten implícitamente de ello.

128 Vid. al respecto Joaquín Cuello Contreras, “Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito” *InDret* 1 (2012), en: *Teoría del delito más allá del naturalismo y el normativismo*, (Madrid: Bdef, 2021), 95 ss.

129 Vid. al respecto Joaquín Cuello Contreras, “Neofinalismo y normativismo: condenados a entenderse”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, 16 (2005), 11 ss, 27.

4. DEBER DE ACTUAR Y OBLIGACIÓN IMPERFECTA

4.1. Jakobs ha fundamentado la incumbencia en la filosofía del Derecho de Kant que, basada en la autonomía de la persona en que se plasma la libertad, permite ejercer los propios derechos con el único límite de los derechos de los demás; con lo que la relación jurídica se circunscribe a ese espacio en el que no caben consideraciones sobre la persona y sus necesidades que vayan más allá del puro ejercicio de la libertad entre iguales.

Esta filosofía, de tanta influencia en los inicios de la ciencia penal alemana, sobre todo en el ámbito de la teoría de la pena y la teoría de la culpabilidad¹³⁰, puramente normativas, explicando la atracción que ejerce sobre Jakobs y sus seguidores, que no dejan de representar una vuelta a los inicios, se vio en cierta medida superada por Hegel que, sin abandonar el terreno del puro normativismo idealistas, sí fue consciente de las dificultades del puro ejercicio de las libertades cuando no se dan las condiciones objetivas para el ejercicio de la libertad kantiana¹³¹. Lo que le llevó a introducir la idea de derechos del necesitado (para poder ejercer la libertad) que obligarían a establecer deberes para el Estado y para los restantes individuos no necesitados ante quienes lo están. Lo que supuso una ampliación de la relación jurídica más allá de la pura autonomía kantiana.

Jakobs, heredero de esta tradición, la utiliza muy bien para, sin renunciar al puro normativismo, introducir como criterio de la incumbencia, además de la autonomía de la pura libertad entre individuos, otros criterios, como el utilitarista, a través del cual justificar la incumbencia en casos en los que, exigida ésta por el Derecho penal actual, apela, más allá de la autonomía individual, al interés general, del que también es responsable el individuo más allá de la propia auto-organización.

En cualquier caso, lo que muestra el hecho de que se pueda corregir el fundamento jurídico puro de la relación de obligación con un fundamento utilitario superpuesto y complementario del puramente jurídico, y que a la relación de obligación por propia organización se pueda añadir la basada en el interés ge-

130 Plasmada en la premisa básica de la Escuela clásica según la cual la pena es retribución de culpabilidad. Vid. al respecto Joaquín Cuello Contreras, *El Derecho Penal español, Parte General, Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., (Madrid: Dykinson, 2002), 89 ss.

131 Vid. al respecto Pawlik, *Unrecht des Burgers*, 162 ss.; Ivó Coca Vila, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, (Madrid: Atelier, 2016), 248 ss.

neral, es que existe un orden jurídico situado más allá del puramente jurídico.

La extraordinaria síntesis de derechos y necesidades que propició Hegel, se vio desbordada de su terreno del puro idealismo, que el propio Hegel contribuyó decisivamente a alumbrar, pues obligó a la Filosofía a contemplar al hombre en el plano de sus necesidades, con la ramificación más fructífera para el futuro de la inversión de Marx al pensamiento hegeliano. Evolución interna de la Filosofía que coincidió y trajo la eclosión de las Ciencias sociales, en cuyo contexto se produjo la transición de la Dogmática penal alemana de inspiración puramente normativa, con su representante más cualificado, Binding, a una Dogmática penal que también tenga en cuenta la realidad sobre la que aplicar el Derecho penal, muy mediada por la utilidad social: fines de la pena, representada dogmáticamente por von Liszt¹³².

4.2. Estos inicios de la teoría del delito en Alemania, con la presencia de dos gigantes, como Binding y von Liszt, han alimentado todos los logros de la dogmática penal a lo largo del siglo XX, inclusión hecha de las tensiones dialécticas latentes en las cuestiones más interesantes suscitadas en el debate dogmático de más de cien años¹³³, uno de cuyos frutos más relevante, es la teoría del bien jurídico, no por casualidad reactualizada críticamente por Jakobs a comienzos del siglo XXI (¿en el ocaso de la teoría del delito?) en su afán de normativizar el derecho penal más allá de cualquier otra consideración extra-normativa.

Jakobs¹³⁴, en efecto, ha contrapuesto la concepción de los fines de la pena, que él resume en la idea de protección de la vigencia de la norma, a la concepción de los fines del aparato penal, que la doctrina dominante asocia con la protección de los bienes jurídicos, para llegar a la conclusión de que predomina la primera función, en tanto que la segunda opera sólo un papel subordinado y sectorial¹³⁵.

Para fundamentarlo, aduce que los procesos naturales no constituyen le-

132 El contraste metódico entre Binding y von Liszt de formas de hacer Dogmática jurídico-penal está exhaustiva y admirablemente expuesto en Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, (Madrid: Bosch, 1976), 208 ss.

133 Una excelente muestra de lo impercedero del pensamiento de von Liszt para la Ciencia penal de cualquier tiempo posterior lo proporciona el ensayo de Roxin, «Franz von Liszt y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo», *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), (Madrid: Reus, 1976), 37 ss. Igual que el interés actual de los normativistas por el pensamiento de Binding, muestra lo impercedero del suyo. Y ambos intereses muestran la imbricación de lo normativo y lo naturalístico de toda Ciencia penal como Dogmática que se precie.

134 Jakobs, *Normativización de la dogmática...*, 47 ss., 59 ss.

135 *Ibidem*, 59, 63 66 ss.

sión de los bienes jurídicos¹³⁶, que los deberes positivos obligan a configurar la estructura de la sociedad del mismo modo que la prohibición de lesionar bienes jurídicos¹³⁷ y que el comportamiento permitido no cuadra con la tesis de la protección de los bienes jurídicos¹³⁸; hasta el punto de que de varios intervinientes en los hechos todos o sólo algunos pueden haber lesionado un bien jurídico de la víctima o incluso ninguno¹³⁹ (en cuyo caso el único responsable es la víctima: *casum sentit dominus*)¹⁴⁰.

Rebatiendo Jakobs la crítica que se hace desde la postura defensora de la tesis de la protección de los bienes jurídicos a la suya, de la vigencia de la norma, sosteniendo que la consecuencia extraída por él (Jakobs) de la vigencia de la norma, la necesidad de mantener los delitos de peligro abstracto, criticada por formalista, debería defenderse por los partidarios de la protección de bienes jurídicos, ya que para asegurarlos deberían admitir la necesidad de prevenir la lesión de los bienes mediante actos previos a la lesión de los que esta puede derivarse aunque excepcionalmente no se haya derivado¹⁴¹. Lo que casa con la función político-criminal, que tanto puede adelantar la intervención punitiva como retrasarla¹⁴².

En la misma línea de Jakobs, Pawlik¹⁴³ niega que los bienes jurídicos existan previamente (“cantidad de objetos valiosos cuantificables”: *Amelung*)¹⁴⁴ a la configuración de las competencias del ciudadano como hombre libre obligado a respetar los derechos de los demás al ejercer los suyos, que obliguen a configurarlas de una determinada manera. La teoría de las competencias constituye la columna vertebral de la teoría general del delito¹⁴⁵.

4.3. Ahora bien, en un derecho penal utilitarista (no puro) tiene que haber un criterio con el que resolver la colisión de deberes cuando los que colisionan poseen el mismo rango, sin que quepa anteponer uno a otro ¹⁴⁶. Esto, perfectamente detectado por Jakobs, hace imprescindible la teoría del bien jurídico (y, como veremos después, también el dogma de la anteposición del

136 *Ibidem*, 60.

137 *Ibidem*, 61 ss.

138 *Ibidem*, 63 ss.

139 *Ibidem*, 64 ss.

140 *Ibidem*, 66.

141 *Ibidem*, 67 ss.

142 *Ibidem*, 69 s.

143 Pawlik, “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?” (trad. Coca Vila), *InDret*, 2 (2016).

144 *Ibidem*, 9.

145 *Ibidem*, 10.

146 Vid. al respecto Cuello, *La justificación...*, 502 ss.

deber de omitir al deber de actuar como su corolario), pues en ausencia de una competencia preferente (usando la propia terminología normativista), no queda más criterio que el tradicional, del bien jurídico, para decidir el conflicto: el bien jurídico de mayor valor tiene preferencia sobre el de menor valor en el caso concreto, o quintaesencia del estado de necesidad.

La expuesta es la función intra-sistemática asignada a la teoría del bien jurídico desde los tiempos de Binding que, unida a la extra-sistemática o de la Política criminal del bien jurídico¹⁴⁷, con el Legislador como destinatario, ha constituido la columna vertebral de la teoría del bien jurídico desde von Liszt¹⁴⁸.

Por tanto, si desde la propia normativización de la Dogmática penal se reconoce la necesidad del bien jurídico para decidir cuestiones no resolubles con la teoría de la competencia, no sólo se comprende que Jakobs le reconozca una importancia, aunque subordinada, al bien jurídico¹⁴⁹, sino que incluso ya para poderse cumplir esta función de la Dogmática penal es necesario que Jakobs reconozca que dicha teoría es *independiente* de la de la competencia y, nos atreveríamos a decir, que incluso *previa*, porque siendo pensable (provisionalmente, si se quiere) el bien jurídico sin la competencia, prueba de lo cual es el amplio desarrollo de la teoría del bien jurídico en la Dogmática naturalística, no ocurre igual a la inversa, ya que la competencia entre los ciudadano en los casos de conflicto es impensable sin dilucidar previamente sobre qué versa el “conflicto de competencias” si no es sobre bienes jurídicos que queriendo protegerlos, ambos, el ordenamiento jurídico, se hace preciso elegir entre uno y otro.

En cualquier caso, es muy válida la apuesta de Jakobs: competencia y bien jurídico son las dos coordenadas ante el conflicto de deberes de la teoría del delito. Y probablemente imprescindibles ambas para su solución (inclusión hecha del límite de su solución: conflictos irresolubles como los muy interesantes de *casum sentit dominus*)¹⁵⁰.

4.4. Una segunda manifestación de la relatividad de la normativización íntimamente relacionada, además, con la jerarquía de bienes, es la que nos remite

147 Vid. al respecto Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsbegriffslehre*, (Atheneum, 1973), 208 ss.; Cuello, *Los límites...*, 483 s.

148 Vid al respecto, Knut Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der “Sozialschädlichkeit” des Verbrechens*, (Athenäum, 1972), 94 ss., 96.

149 Jakobs, *Normativización de la dogmática...*, 59.

150 Vid. respecto a estos casos Coca, *Colisión de deberes...*, 380 ss.; Cuello, *Los límites...*, 491 ss.; vid. ya Cuello, *La Justificación...*, 506 ss.

al entendimiento del deber de omitir y de actuar que ¿indiferenciadamente? puede originar la competencia como obligación *imperfecta*.

En efecto, tanto el deber de soportar como el deber de actuar cuando hacerlo le incumbe al obligado presenta el límite de la obligación *escandalosa*: A nadie puede obligársele a dar la vida. Por más que de esa manera se atajara la lesión del derecho de tercero a que está obligado. Pese a que quizás obligara a ello el imperativo categórico kantiano. Jakobs, que tiene esto muy presente, lo utiliza para poner coto a la relación jurídica pura de partida, que abre la puerta al fundamento utilitarista de la relación jurídica.

Ello permite una aplicación de la teoría del bien jurídico desdeñada por Jakobs inicialmente en la fundamentación exclusiva de la responsabilidad penal en la infracción del puro deber: Admitir junto a la fundamentación jurídica pura la fundamentación utilitarista, como Jakobs con buen criterio hace, es poner límites a su propia concepción de partida.

También la teoría del bien jurídico inspira a la doctrina tradicional y a Jakobs a partir de otras premisas. Veamos. Cuando sostiene (Jakobs) que la obligación a que lleva el fundamento utilitaristas no puede ir más allá de lo que no sea desproporcionado: no puede obligar a nadie no obligado por una relación jurídica pura a tolerar el sacrificio de bien inocente (propio o de tercero) salvo que su pérdida sea mínima y el derecho ajeno salvado (incluido el del obligado por la relación jurídica pura) máximo (vida frente a propiedad, no propiedad frente a propiedad no mucho menos valiosa), es obligada una ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto, para dirimir la cual es imprescindible una teoría del bien jurídico más allá del deber.

Pero lo realmente significativo es cómo opera la idea de la “obligación imperfecta” de Jakobs en ese correlato de la obligación de soportar que constituye la obligación de *actuar* (manifestación de que norma de prohibición o de mandato y colisión de normas tienen la misma estructura): La incumbencia también obliga a actuar para evitar la lesión del derecho del tercero. Pues bien, si nadie está obligado a sacrificar bien esencial para salvar bien de tercero protegido por el ordenamiento jurídico, quiere decirse que no sólo es necesaria la teoría del bien jurídico, sino que además influye decisivamente en que también para el normativismo valga la vieja doctrina naturalística de que el deber de omitir tiene preferencia sobre el deber de actuar, dando al traste con la pretensión de Jacobs

y su escuela de la equivalencia entre el actuar y el omitir¹⁵¹.

4.5. Esto se refleja muy bien a la luz de la aplicación de la teoría de las competencias de cuño normativista que ha hecho Coca Vila al problema de la colisión de deberes¹⁵².

En efecto, Coca Vila desarrolla dentro del normativismo una línea de investigación inspirada por Silva Sánchez y Robles Planas que, podríamos decir, niega la tesis de la *obligación imperfecta* en la teoría de las competencias para los conflictos de deberes que, distinguiendo entre competencia plena, preferente y simple (lo que Jakobs y Pawlik no hacen), se traduce en una clara anteposición de la teoría de las competencias a la del bien jurídico y la equiparación entre deber de omitir y deber de actuar, que elude la cortapisa que para el normativismo de Jakobs y Pawlik supone la teoría de la obligación imperfecta. Para Coca Vila¹⁵³, el padre, en el naufragio, tiene el deber preferente de salvar a su hijo de corta edad (obligación plena) antes que al tercero cuando ambos están en peligro de perecer ahogados. El bombero tiene la obligación preferente de salvar al tercero a quien otro bombero estaba rescatando del incendio (obligación plena) cuando también este necesita ser salvado¹⁵⁴. El tercero que presencia un accidente en el que causante y víctima necesitan ser ayudados tiene una obligación preferente respecto a la víctima ante que respecto al causante del accidente¹⁵⁵. Etc.

Llevando esto hasta sus últimas consecuencias, habría que concluir que existe el deber de sacrificar una vida humana para salvar otra en aplicación

151 Cuando afirmamos que el deber de salvar un bien jurídico cesa muy pronto si para cumplirlo han de lesionarse activamente otros bienes jurídicos, con lo que la justificación del comportamiento omisivo es más amplia que la del comportamiento activo, no estamos sosteniendo lo mismo que sostiene Dopico Gómez-Aller. *Omisión e injerencia*, 770 s., cuando afirma que es la distinción entre deber de asegurar y deber de salvar la que permite distinguir entre omisión impropia y omisión propia cuando se vulneran, y que no salvar justifica más que no asegurar: Cuando Dopico sostiene que quien lesionó al agresor para impedir la agresión y después no hizo nada para curarlo, responde sólo de omisión de socorro, igual que otra persona que le acompañaba y la propia víctima, que tampoco hicieron nada para atenderlo con posterioridad al hecho, mientras que quien azuzó a su fiero perro para evitar una agresión y no lo llamó una vez que la agresión fue contrarrestada, responde por omisión impropia (en el segundo caso se vulneró el deber de asegurar, en el primero sólo el de salvar), no está planteando un problema de justificación del comportamiento omisivo (tampoco lo pretende), que sea diferente en el delito de omisión propia y el de omisión impropia, sino de responsabilidad penal por un comportamiento omisivo que sigue a un comportamiento activo justificado; por tanto, de un comportamiento activo. En la terminología de Dopico, vulnera la norma originaria de la comisión, no la derivada, de la omisión. Distinguir entre sacrificar y no salvar, en cambio, sí tiene un sentido decisivo, como a continuación se verá, en las colisiones de deberes.

152 Coca, *Colisión de deberes...*, 323 ss.

153 *Ibidem*, 415 ss.

154 *Ibidem*, 423.

155 *Ibidem*, 347.

coherente de la idea de competencia como núcleo del injusto penal; y que ese deber de sacrificar, por la intercambiabilidad del actuar y el omitir común a todos los normativistas, podría exigir que el bombero obligado a salvar a tercero tuviera que matar activamente a su colega también en peligro de perecer en el incendio si fuera necesario¹⁵⁶.

En realidad, toda colisión de deberes como plasmación del conflicto de intereses entre bienes jurídicos que caracteriza a las causas de justificación de la teoría del delito siempre remite a la necesidad de ponderar¹⁵⁷. Ponderación en la que la competencia (el deber) no puede decidir nada sin tener en cuenta los intereses en conflicto. Operación, la de ponderar, que cuando los bienes jurídicos en conflicto poseen el mismo valor, no permite dirimir el conflicto sólo con la competencia. Y da entrada a la genuina colisión de deberes, a resolver al modo tradicional según el cual cualquiera que decida cumplir el obligado su comportamiento estará justificado. Pero sólo cuando los que colisionen sean ambos deberes de actuar. Porque si la colisión lo es entre deber de actuar y deber de omitir y los bienes en conflicto del mismo valor (vida contra vida), el deber de omitir tiene siempre preferencia sobre el deber de actuar. No siendo cierto, pues, que el deber de omitir y el deber de actuar en derecho penal produzcan los mismos efectos.

Con lo que tenemos el ejemplo más elocuente de que en el ámbito de los deberes de soportar y actuar a que da lugar la concepción normativista, es decir, en la consecuencia de la concepción normativista, el output de su modelo, también se manifiesta la evidencia según la cual si bien de la acción o la omisión como las formas de incumplir el deber no se deriva valoración alguna (del ser no cabe extraer deber alguno), sí se deriva la consecuencia de que la obligación no tiene el mismo alcance según que se cumpla el deber actuando u omitiendo. Cumplir el deber actuando da lugar a que la obligación de hacerlo cuando para ello sea necesario incumplir un deber de omitir sacrificar activamente otro bien

156 Es cierto que Coca Vila no llega a tanto, aplicando aquí la doctrina del casum (*Ibidem*, 380 ss., 409 s.); lo que muestra, una vez más, dicho sea de paso, ahora en sede de colisión de deberes, que el normativismo no puede prescindir de la teoría del bien jurídico independiente de la de la competencia. Lo que lleva a excluir, en sede de antijuridicidad, la existencia de un deber de sacrificar activamente bien jurídico de igual valor al salvado. Con lo que, lo que es válido en sede de tipicidad: hay obligaciones plenas, preferentes y mínimas que dan lugar a distinta responsabilidad, por delito de comisión por omisión, y omisión simple y reforzada, respectivamente, no lo es en sede de antijuridicidad. Lo que da al traste con los intentos de refundición normativista (y no normativista) de la tipicidad y la antijuridicidad, pues tanto la justificación de la omisión impropia como la de la propia, simple o agravada, se basa en los mismos criterios de ponderación, es decir, en parámetros distintos a los de la tipicidad.

157 Cuello, *Los límites...*, 486 ss.

jurídico cesa mucho antes de que el bien a sacrificar activamente se aproxime siquiera al que se quiere salvar¹⁵⁸. Tampoco en las causas de justificación es indiferente que se cumplan actuando u omitiendo.

Sin jerarquía de bienes jurídicos y sin anteposición del deber de omitir sobre el deber de actuar es impensable el estado de necesidad y la colisión de deberes¹⁵⁹. Y, aunque se refunda la tipicidad y la antijuridicidad y se contraponga a la culpabilidad, dividiendo la teoría del delito en dos escalones, es necesario distinguir entre tipicidad y antijuridicidad en el escalón de la antijuridicidad típica¹⁶⁰.

En cualquier caso, la construcción normativista es muy afortunada también en este punto, pues con independencia del debate que suscite, tiene el mérito indiscutible de haber ampliado el panorama desde el que abarcar las distintas perspectivas desde las que tienen que contemplarse comportamientos, los mismos comportamientos, a la luz de su contenido específico de antijuridicidad típica (esto es, de tipicidad *y* de antijuridicidad), incluidas las relaciones entre las diversas causas de exclusión de la antijuridicidad y sus respectivos requisitos y fundamentos¹⁶¹.

5. BALANCE

5.1. La acción es la “escalera de Wittgestein” necesaria para poder hablar del delito como infracción de deberes (negativos y positivos) en que insiste el normativismo de Jakobs y su escuela. Cuando a través de la acción o de la omisión de una acción se llega a los deberes que aquella permite configurar, permitiendo determinar en qué se basará después la imputación de responsabilidad para quien lo ha infringido, cabe prescindir de la acción, de la escalera. Pero los deberes, y eso es lo importante, tienen a acciones (realizadas u omitidas) como contenido. A lo que obligan los deberes es a acciones. La función heurística que la acción cumple en teoría del delito, una función que no es de carácter normativo consiste en ayudarnos a saber cuál es el contenido de la infracción del deber en que consiste el delito.

5.2. Los conflictos de deberes, con sus correspondientes obligaciones de so-

158 Cuello, *Los límites...*, 489 s.; Cuello, *La justificación...*, 512, 514 s.

159 Cuello, *La justificación...*, 502 ss.

160 Cuello, *Los límites...*, 486 ss.

161 Cuello, *Los límites...*, 481 s.

portar y salvar, que se originan en derecho penal, son el banco de prueba en el que se evidencia la función heurística de la acción en el output del sistema normativista de Jakobs. Aquí, la función heurística que cumple la acción, también en el seno del normativismo, y reconociéndolo Jakobs (aunque quizá no la contradicción que ello supone en su pensamiento), es que, obligando la colisión a hacer o soportar (omitir salvar bienes jurídicos), también la acción aunque no cumpla función normativa alguna, sí cumple una función de modulación (límite) de la obligación. La obligación de salvar activamente un bien jurídico cesa mucho antes de que la obligación de no sacrificar el bien que sería necesario para hacerlo se aproxime valorativamente al que el ordenamiento jurídico desearía salvar. Con lo que también la acción cumple una función en el ámbito de la justificación, siendo necesario mantener la distinción entre acción y omisión. Que Jakobs lo reconozca evidencia que el normativismo es compatible con el naturalismo.

5.3. Reduciendo mucho el naturalismo y aproximándolo al ontologismo de cuño finalista, sólo se trata de exigir un mínimo anclaje del normativismo en la realidad, entre otras cosas para vincularlo al destinatario de la norma sin el que ésta carece de virtualidad alguna. Se trata de aportar una referencia que permita determinar cómo ha de transformar la realidad el destinatario en el sentido querido por la norma. Lo que sólo es pensable mediante acciones del capaz de llevarlas a cabo (u omitirlas) (estructuras ontológicas vinculantes de la acción y la capacidad de culpabilidad: Armin Kaufmann), respetadas las cuales es posible el normativismo sin cortapisa. Es tan concreta la función limitadora que la acción cumple en teoría del delito, que no supone impedimento ni siquiera para la responsabilidad penal de la persona jurídica [sólo concierne a la exigencia de una acción (u omisión) *de alguien que actúa en nombre de la empresa*]. Con la culpabilidad (capacidad de), temática no abordada en este ensayo, ocurre algo semejante.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Coca Vila, Ivó. *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*. Madrid: Atelier, 2016.
- Cuello Contreras, Joaquín. “Los límites de la normativización del Derecho penal en situaciones de necesidad”. *InDret*, 1 (2022).
- “Dolo e imprudencia como magnitudes graduales de injusto”. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, 2 (2009).
- “Neofinalismo y normativismo: condenados a entenderse”. *Revista de Derecho Penal y*

- Criminología*, 2ª época, 16 (2005).
- *El Derecho Penal español, Parte General, Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed. Madrid: Dykinson, 2002.
- “La justificación del comportamiento omisivo”. *Anuario Derecho penal y Ciencias penales*, 2-43 (1990).
- Gimbernat Ordeig, Enrique. “El delito de omisión impropia”. *Revista de Derecho penal y Criminología*. 2ª época, 4 (1999).
- Gómez-Aller, Dopico. *Omisión e injerencia en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Jakobs, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez). Cizur Menor: Thomson/Civitas, 2003.
- *Injerencias y dominio del hecho, Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal* (trad. Manuel Cancio Meliá). Cizur Menor: Civitas, 2001.
- Luzón Peña, Diego-Manuel. “Delitos omisivos impropios o de comisión por omisión”. *Revista Foro FICP*, 1 (2022).
- Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*. Barcelona: Bosch, 1976.
- Pawlik, Michael. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades* (dir. y estudio introductorio de Jesús-María Silva Sánchez y otros). Barcelona: Atelier, 2016.
- Robles Planas, Ricardo. “La herencia de Karl Binding”, en Libro Homenaje a Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro (ed. Manuel Cancio Meliá y otros), volumen 1. Madrid: UAM Ediciones, 2019.
- Schünemann, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia* (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 2009.
- Silva Sánchez, Jesús-María. *El delito de omisión, Concepto y sistema*. Madrid: Bosch, 1986.

JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS
 Área de Derecho Penal
 Departamento de Derecho Público
 Facultad de Derecho
 Universidad de Extremadura
 jcuello@unex.es
<https://orcid.org/0000-0002-2144-6226>