

# ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	15
PRÓLOGO .....	17
PRÓLOGO .....	23
NOTA PRELIMINAR .....	29
INTRODUCCIÓN .....	31

## PRIMERA PARTE ESTADO DE LA CUESTIÓN

<b>CAPÍTULO I. EL PUNTO DE PARTIDA. LOS MODELOS DOCTRINALES DE FUNDAMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MPF.</b> .....	39
I. Introducción .....	39
II. El concepto de posición de garante. Generalidades. ....	40
III. El fundamento de la posición de garante MPF. Estado de la cuestión .	44
1. La teoría formalista .....	45
a) Exposición .....	45
b) Valoración crítica .....	47
2. La teoría ontológico-existencial (el dominio) .....	51
a) Exposición .....	51
b) Valoración crítica .....	54
3. La teoría normativo-social .....	60
a) Exposición de la teoría de Herzberg .....	60
b) Exposición de la teoría de Brammsen .....	62
c) Valoración crítica .....	65
4. Otras concepciones .....	69

a) Los deberes paternos y maternos como contracara de los derechos en la teoría de Freund . . . . .	69
b) El actuar precedente . . . . .	77
c) La posición de garante MPF como «concesión» (Gallas-Seelmann) . . . . .	81
IV. Balance provisional . . . . .	85

## SEGUNDA PARTE

### BASES TEÓRICAS PARA REDEFINIR LA RESPONSABILIDAD MPF

<b>CAPÍTULO II. LA DISTINCIÓN ENTRE COMPETENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS . . .</b>	<b>89</b>
I. Introducción . . . . .	89
II. Las ventajas del delito como infracción de las competencias jurídico-penales . . . . .	89
1. ¿Qué es un bien jurídico? Problemas de la definición . . . . .	90
2. La teoría política subyacente al concepto de bien jurídico . . . . .	93
3. Ventajas de la concepción del delito como infracción de competencias. . . . .	94
4. Síntesis. . . . .	97
III. La evolución del concepto de competencias positivas y negativas jurídico-penales. . . . .	98
1. Kant y Hegel: el inicio de la discusión . . . . .	98
a) Kant: sólo deberes negativos dentro del concepto de derecho . .	98
b) Hegel: la juridicidad de los deberes positivos . . . . .	101
c) Crítica . . . . .	104
2. Jakobs: el ingreso de los deberes positivos y negativos al Derecho penal . . . . .	105
a) Aspectos generales. . . . .	105
b) Consecuencias en materia de autoría. . . . .	109
c) El vínculo entre los deberes positivos y los motivos individuales de incumplimiento . . . . .	110
d) Crítica . . . . .	111
3. Pawlik: La noción de competencias positivas y negativas como competencias de la ciudadanía. . . . .	114
a) Las competencias de respeto . . . . .	116
b) Las competencias de fomento . . . . .	118
c) La socialización primaria en la teoría de Pawlik . . . . .	119
IV. Balance provisional . . . . .	121
V. Excurso: ¿Por qué los deberes MPF son deberes positivos y no negativos? . . . . .	122
<b>CAPÍTULO III. EL FUNDAMENTO NORMATIVO DE LAS COMPETENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS JURÍDICO-PENALES. . . . .</b>	<b>125</b>
I. Introducción . . . . .	125
II. Libertad positiva y libertad negativa . . . . .	126

1. La libertad positiva y la libertad negativa dentro del Estado social y democrático de derecho . . . . .	126
2. Los mecanismos jurídicos para reclamar las prestaciones del Estado social y democrático de derecho . . . . .	128
III. Los límites a las competencias positivas jurídico-penales: el delicado equilibrio entre libertad negativa y libertad positiva . . . . .	131
1. ¿Rivalidad entre libertad positiva y libertad negativa? . . . . .	131
2. El pluralismo en las sociedades democráticas . . . . .	133
3. Disensos y consensos racionales respecto de las condiciones básicas de ejercicio de la libertad . . . . .	136
a) El «diseño racional» respecto del aborto. . . . .	139
IV. Las competencias positivas jurídico-penales. . . . .	140
1. Generalidades. . . . .	140
2. La obligación de pagar impuestos . . . . .	142
3. Las obligaciones de los funcionarios públicos . . . . .	143
4. Las obligaciones «cuasi-funcionariales» . . . . .	144
a) La obligación de prestar ayuda . . . . .	145
b) La obligación de contribuir con la administración de justicia . . . . .	145
c) La obligación de subsanar un déficit informativo . . . . .	146
5. Las obligaciones MPFs . . . . .	147
6. ¿Por qué ni la asunción en sentido estricto ni la confianza legítima especial dan lugar a competencias positivas jurídico-penales? . . . . .	147
V. Las competencias MPFs como competencias positivas jurídico-penales . . . . .	149
1. Generalidades. . . . .	149
2. La socialización primaria como condición de la libertad positiva. . . . .	150
3. «Las familias» como enclave de la relación MPF. . . . .	152
a) Conceptos de familia: de un concepto estructural a uno funcional. . . . .	153
b) Las familias juridificadas . . . . .	156
c) Sobre el estándar de intervención estatal en las familias . . . . .	157
VI. Balance provisional . . . . .	159
<b>CAPÍTULO IV. LAS CONDICIONES DE ACTUALIZACIÓN DE LAS COMPETENCIAS MPFs. . . . .</b>	<b>161</b>
I. Introducción . . . . .	161
II. Cargas generales y cargas especiales. . . . .	162
1. Aspectos básicos . . . . .	162
2. Cargas generales . . . . .	163
a) Reciprocidad (o autolegislación entendida en sentido material). . . . .	164
b) Consecuencias en materia jurídico-penal . . . . .	167
3. Cargas especiales . . . . .	168
a) La adquisición voluntaria por excelencia: «to sign on». . . . .	168
III. La autonomía en el ingreso a la posición jurídico-penal de madre o padre . . . . .	171
1. Delimitación del grupo de casos problemáticos. . . . .	171

2.	¿Por qué es responsable por el cuidado de un niño quien ha causado su existencia de manera autónoma? . . . . .	172
3.	La autovinculación con la relación MPF. . . . .	174
	a) Fallo en el método anticonceptivo. . . . .	176
	b) Engaño respecto de la utilización de un método anticonceptivo o de la condición de infertilidad . . . . .	177
	c) « <i>Stealthing</i> ». . . . .	178
	d) « <i>Rape by deception</i> ». . . . .	179
	e) El acto de procreación constitutivo de un delito. . . . .	180
IV.	Grupos de casos problemáticos. . . . .	181
	1. El hombre violador . . . . .	181
	a) Posibles críticas . . . . .	181
	b) Refutación de las posibles críticas . . . . .	183
	c) Balance provisional . . . . .	185
	2. La mujer violada . . . . .	185
	a) La posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo . . . . .	186
	b) La posibilidad de dar en adopción . . . . .	187
	c) La posibilidad institucional y materialmente efectiva de entrega <i>ab initio</i> de la guarda del niño. . . . .	188
V.	Balance provisional . . . . .	191

### TERCERA PARTE

#### CONSECUENCIAS PARA LA RESPONSABILIDAD MPF JURÍDICO-PENAL

<b>CAPÍTULO V. EL ALCANCE EXTENSIVO DE LA POSICIÓN DE GARANTE MPF. . . . .</b>	<b>195</b>
I. Introducción . . . . .	195
II. El comienzo de la responsabilidad MPF . . . . .	196
1. Las etapas de desarrollo del ser humano. . . . .	196
2. La distinción entre la «responsabilidad procreativa» y la «responsabilidad MPF» en sentido estricto . . . . .	197
3. La legitimación de la responsabilidad de la mujer gestante. . . . .	201
III. La fluctuación de la responsabilidad MPF en función del grado de autonomía. . . . .	205
1. El caso de la «mujer violada». . . . .	205
a) Infracción de las competencias negativas. . . . .	206
b) Infracción de las competencias positivas . . . . .	208
2. El caso del «padre violador». . . . .	211
a) Infracción de las competencias negativas. . . . .	212
b) Infracción de las competencias positivas . . . . .	212
IV. Balance provisional . . . . .	218
<b>CAPÍTULO VI. LA RESPONSABILIDAD MPF PLENA. . . . .</b>	<b>219</b>
I. Introducción . . . . .	219
II. El sujeto de protección de la relación MPF plena: los niños y las niñas. . . . .	220

1.	La vulnerabilidad de los niños y su falta de autonomía . . . . .	220
2.	La imputabilidad como límite a la posición de garante MPF . . . . .	223
3.	El consentimiento como límite a la posición de garante MPF . . . . .	224
	a) El consentimiento para la realización de actos sexuales . . . . .	225
	b) El consentimiento para la realización de intervenciones en la integridad física del niño . . . . .	227
4.	Balance provisional . . . . .	231
III.	Los tres triángulos de la relación MPF plena . . . . .	231
1.	El triángulo estatal: Estado-progenitores-hijo . . . . .	231
	a) Aspectos básicos de la concepción fiduciaria de la relación MPF . .	232
	b) El margen de discrecionalidad MPF . . . . .	234
	c) La intervención coactiva del Estado en la relación MPF . . . . .	236
2.	El triángulo interparental: padre-madre-hijo . . . . .	239
	a) El principio de confianza en la relación MPF jurídico-penal y sus excepciones . . . . .	240
	b) La existencia de indicios de maltrato como límite al principio de confianza . . . . .	242
	c) El cumplimiento del deber de «no dejar al niño» al cuidado del progenitor no confiable y la exigibilidad de la conducta . . .	243
	d) La responsabilidad de otros cuidadores (niñeros, maestros) . . . .	248
3.	El triángulo intersocial: progenitores-hijos-terceros . . . . .	249
	a) La instrumentalización de los propios hijos para cometer delitos . . . . .	250
	b) La responsabilidad MPF es positiva, no dual. A propósito del caso del «niño no supervisado» . . . . .	252
	<b>CONCLUSIONES</b> . . . . .	259
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b> . . . . .	279
	<b>INFORMES Y ESTADÍSTICAS</b> . . . . .	307
	<b>JURISPRUDENCIA</b> . . . . .	309
	<b>LEGISLACIÓN</b> . . . . .	313