

# “CIUDADANÍA Y DERECHO PENAL. FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA PENA Y DEL DELITO EN UN ESTADO DE LIBERTADES” DE MICHAEL PAWLIK

Andrés FALCONE\*

---

Fecha de recepción: 17 de abril de 2017

Fecha de aceptación: 10 de mayo de 2017

**PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2016, 190 pp.**

## I. Generalidades

El libro en análisis intenta resumir —y acercar al lector hispanoparlante— las principales tesis defendidas por PAWLIK en “*Das Unrecht des Bürgers*”, a mi entender la obra más importante del autor hasta estos días.<sup>1</sup> Por consiguiente, no es coincidencia que la estructura tripartita de aquella obra se repita también en este libro, con segmentos similares y con sus tesis principales. Para facilitar la comprensión del pensamiento de PAWLIK, esta estructura se mantendrá también en el presente análisis.

Los tres capítulos que componen este libro son, en verdad, traducciones de tres conferencias brindadas por el autor en la Universitat Pompeu Fabra, de la ciudad de Barcelona, más precisamente en la cátedra del profesor SILVA SÁNCHEZ. Tanto por la calidad de las

---

\* Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata). LL. M. y Doctor en Derecho (Universität Regensburg). Contacto: falconeandres@gmail.com.

<sup>1</sup> Dos completas y profundas recensiones a esta obra en LERMAN, “Recensión a Michael PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012 (510 páginas)”, en *InDret*, t. 4 (ExLibris), 2014, pp. 14-23; SÁNCHEZ-OSTIZ, “Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. Comentario a propósito de la obra de M. Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, t. 3, 2017, pp. 182-191.

traducciones, como por la utilidad de los “Informes sobre la discusión” —que siguen a cada capítulo y reflejan el intercambio de ideas entre SILVA SÁNCHEZ, sus brillantes discípulos y el ponente— y la nitidez del estudio introductorio que presenta el texto, atribuir este libro a la autoría exclusiva de PAWLIK resultaría inexacto. Más bien, se trata de una obra colectiva *lato sensu*, ideal para ser recomendada a un alumno curioso, ávido de buenos ejemplos, que desea comprender el funcionamiento del “concepto extensivo de autor” en los delitos de infracción de deber general.

## II. Delito y pena en el derecho penal de ciudadano

PAWLIK, a diferencia de lo que sucede con el pensamiento analítico, no construye su sistema a partir de la “suma o acumulación (*Summieren*) de elementos” sino del circular y permanente desarrollo del concepto de libertad.<sup>2</sup> Así, a través de un sistema de distribución de la responsabilidad por el hecho entre los intervinientes (competencias), lo que estaría en juego, en última instancia, serían los estatus jurídicos del autor y de la víctima y su interacción, de modo que, en una primera aproximación, el delito podría definirse como *afectación a la libertad a partir del ejercicio abusivo de libertad*.

De esta manera, el robo, según el artículo 164 del Código Penal, por ejemplo, sería una afectación a la libre organización del ciudadano víctima, materializada sobre el ejercicio de su derecho fundamental de propiedad que, a su vez, es concedido en razón de su estatus jurídico y garantizado por un programa constitucional liberal. El delito no se constituiría, entonces, a partir de la lesión de un determinado bien jurídico —como asevera la otra corriente de pensamiento mencionada y que se orienta a exigencias político-criminales contingentes— sino que sería un juicio negativo infinito mediante el cual el autor afirmarí­a no sólo que no respeta el derecho de propiedad de la víctima sino, más aun, que éste no cuenta en absoluto como titular de un derecho. PAWLIK cita, así, a HEGEL: “en el delito [...] yo no soy tratado como persona; y la personalidad es la determinación fundamental [*Grundbestimmung*], el derecho en sí”.<sup>3</sup>

Pero el delito tendría, a su vez, un momento supraindividual —*ergo*, superior a la lesión como infinito subjetivo— que consistiría en que a partir de éste se lesiona “una existencia objetiva en la que radica la libertad de todos”. En tal medida, el delito sería también un acto “contra la

---

<sup>2</sup> PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, p. 160.

<sup>3</sup> PAWLIK, *supra* nota 2, p. 46.

generalidad”;<sup>4</sup> con la lesión de una vida individual se lesionaría “a toda la sociedad”.<sup>5</sup> Por ello, el objeto de afectación del delito sería, simultáneamente, la persona y el Estado, de modo que en éste “el derecho a la personalidad” no se destruiría sino que, por el contrario, se realizaría.

En este sentido, sólo de la comprensión del delito como *afectación a la libertad a partir del ejercicio abusivo de libertad* puede resultar el fundamento de la pena, de modo que el motivo de ésta miraría al pasado (*quia peccatum est*) y honraría al autor considerándolo ciudadano —*Bürger*— o persona en derecho —*Rechtsperson*— y no una mera fuente de peligros. A su vez, su conducta sería considerada ejercicio de autodeterminación y, entonces, comunicación. Ahora bien, siguiendo la crítica de HEGEL al fundamento de la pena en KANT, para PAWLIK ésta no podría constituir “una sucesión irracional de dos males”, sino que mediante la pena recobraría vigencia el derecho. Así, este carácter *positivo* de la punición significaría la *negación de la negación* que, a su vez, constituiría la lesión de la norma por la conducta.<sup>6</sup> Entonces, mediante el restablecimiento del derecho recobraría vigencia la libertad, pues “derecho es todo aquello en lo que existe libertad”.<sup>7</sup>

De este modo, si la conducta es comunicación también la pena lo sería y restituiría la vigencia lesionada de la norma, lo que contribuye al el restablecimiento del sistema valorativo de la sociedad. En conexión con BINDING, en el momento de la imposición de la pena, el “deber de respeto”—de las libertades ajenas— primario del ciudadano se transformaría en un “deber de tolerancia”—de la coerción estatal—, sin que esto impli que, claro está, una pérdida del estatus de ciudadano. En este sentido, el derecho sólo sería legítimo en la medida en que contribuya con la configuración de este sistema de libertades, de modo que el destinatario de la norma sólo podría ser el ciudadano. En este punto, entonces, la posición de PAWLIK no resulta plenamente coincidente con la de su maestro, en torno al derecho penal del enemigo.<sup>8</sup>

En este sentido, y a diferencia de lo sostenido en la mencionada corriente antagonica, para PAWLIK el límite al ejercicio del poder punitivo del Estado no podría hallarse en la figura “preconstitucional”—tanto desde un punto de vista analítico como histórico— del bien jurídico,

---

<sup>4</sup> Sin embargo, PAWLIK se opone aquí a HÄLSCHNER, quien sólo entiende el delito a partir de este momento (PAWLIK, *supra* nota 2, p. 47 esp. nota 83).

<sup>5</sup> PAWLIK, *supra* nota 2, p. 49.

<sup>6</sup> PAWLIK, *supra* nota 2, pp. 52 ss.

<sup>7</sup> PAWLIK, *supra* nota 2, p. 56.

<sup>8</sup> PAWLIK, *supra* nota 2, p. 58.

sino que dicho límite debería ser buscado en las “ataduras jurídico-constitucionales” del legislador, propias de todo Estado democrático de derecho. Sin embargo, y por medio de una oposición a la teoría del discurso representada por GÜNTHER, para PAWLIK la legitimidad de la pena no se vincularía a la posibilidad (previa) del ciudadano de ejercer sus capacidades deliberativas manifestándose públicamente contra la instauración de la norma. Entonces, los deberes jurídico-penales no se fundamentarían, únicamente, en la formación democrática de la voluntad; si esto fuera así, afirma PAWLIK, “todo el derecho penal que va desde el derecho romano hasta el Código penal prusiano de 1851” habría sido ilegítimo. Entonces, afirma lacónicamente que “[a]unque a los demócratas radicales no les guste oír esto: para el individuo, la perspectiva de poder vivir seguros y en paz en el día a día entre unas elecciones y otras tiene mucha más relevancia, en lo que se refiere a la libertad, que el derecho a la participación democrática”. El dilema no sería, entonces, democracia o no democracia, sino estado civil o estado de naturaleza.<sup>9</sup>

Resulta comprensible que el pensamiento de PAWLIK pueda despertar polémicas en este punto. Así, si el deber de obediencia a la norma se basara en la misma “estatalidad” del Estado y no en la en la participación ciudadana en su conformación, entonces sería, *prima facie*, tan legítima la norma —y en consecuencia la imposición de la pena— en un Estado totalitario (opresor) como en uno democrático. A su vez, se negaría, así, toda posibilidad de recurrir al consentimiento del delincuente como fundamento del deber de tolerancia y, de este modo, se impediría el recurso teórico a la posición privilegiada de la delincuencia por convicción o de la objeción de conciencia. Sin embargo, esto no parece del todo acertado, ya que no debe perderse de vista que, en el establecimiento mismo de la norma, el Estado, mediante su “estatalidad”, debe potenciar —y no cercenar— el sistema de libertades ciudadanas, por lo que mal podría establecer válidamente normas de contenido opresivo o totalitario.

### III. El sistema de competencias

De la misma forma que HEGEL afirmó que la esencia —“realidad para sí”— del germen es el árbol que aquel ya contiene,<sup>10</sup> el sistema de competencias de PAWLIK está ya incluido en su filosofía del delito y de la pena.<sup>11</sup> Como ya se sostuvo, la potencia comunicativa del delito no se emparentaría con la lesión material de un bien jurídico, sino que implicaría siempre la lesión de

---

<sup>9</sup> PAWLIK, *supra* nota 2, pp. 37-40.

<sup>10</sup> HEGEL, *Introducción a la historia de la filosofía*, Buenos Aires, Libertador, 2008, pp. 39 ss, especialmente, p. 41.

<sup>11</sup> PAWLIK, *supra* nota 2, p. 48.

una institución, de modo que consideraciones materialistas tradicionales como la acción —diferenciada de la omisión—, su objeto, la relación de causalidad o el dominio del hecho no tendrían lugar en un sistema normativo como el aquí presentado.

Así, el concepto de competencia —herencia teórica de JAKOBS y alejada del significado que se le asigna en derecho procesal— determinaría “el alcance de la responsabilidad del autor” en sentido “prejurídico”; esto es, si y en qué medida la afectación a la esfera de libertad de una persona en derecho es reconducible, en abstracto, a otra persona en derecho —como ya se afirmó, con prescindencia de consideraciones causales—. Cometer un homicidio sería, entonces, más que tomar un arma, disparar contra otra y terminar con su vida, sino la afectación ilegítima del derecho fundamental a la vida a partir de la consideración tanto del estatus institucional del autor y de la víctima, como de la relación entre ambos, en primer término, y del alcance del deber de cooperación del autor, en segundo lugar. El delito sería entonces una “conducta imputable evitable”.<sup>12</sup>

En su sistema de competencias, PAWLIK desarrolla la “teoría de los colores”; no el estudio del color rojo o del azul, que pertenecería a la parte especial del derecho penal, sino la “teoría general del color”.<sup>13</sup> Entonces, a partir de los lineamientos generales propuestos por su maestro, entiende que la imputación se puede fundamentar en la infracción de dos tipos de deberes: negativos y positivos. Los deberes negativos, generan competencias de respeto a las esferas de libertad ajenas. El principio establecería que luego de la interacción interpersonal nadie debería pasar a encontrarse en una posición peor que aquella en la que se encontraba con anterioridad. En términos de HEGEL se debe “dejar al otro tal como está”.<sup>14</sup> De este modo, la otra cara de la medalla de la libertad para organizar estaría constituida, por un lado, por la *prohibición de afectación* directa de terceros y, por otro, por el —equivalente— *deber de neutralización* de los peligros que conllevan las propias conductas o cosas. Como ya se sostuvo, la infracción del deber de afectación o neutralización se convierte luego, potestativamente, en deber de tolerancia.

En este sentido, el deber de neutralización puede fundamentarse a partir de tres estructuras —posiciones de garantía—: el actuar previo (injerencia), los deberes del tráfico y la asunción efectiva. La injerencia generaría responsabilidad porque no sólo puede producir un estrago verter

---

<sup>12</sup> PAWLIK, *supra* nota 2, p. 156.

<sup>13</sup> PAWLIK, *supra* nota 2, p. 83.

<sup>14</sup> PAWLIK, *supra* nota 2, p. 86.

nafta en un galpón y encender una cerilla, sino que también puede ocasionarlo el fuego que se hace en un bosque para calentarse y no se apaga en tiempo prudencial —aquí no interesa aún el contenido de la imputación subjetiva—. En igual sentido, las lesiones pueden producirse a partir de acertar una puñalada o por una fracción de los deberes del tráfico, como sucede al efectuar un paseo con un perro peligroso sin las correspondientes medidas de seguridad. Finalmente, si la víctima deshace los mecanismos de defensa que le permiten gozar de un determinado derecho fundamental en razón de la promesa de aportes efectuada por un tercero, este último debe responder por los daños derivados de su incumplimiento.<sup>15 16</sup>

Pero estas relaciones jurídicas no pueden agotar las exigencias del sistema completo de libertades, muy a pesar del concepto de derecho en KANT y su crasa separación con el ordenamiento moral. Así, existen estatus jurídicos que imponen el deber de mejoramiento de determinadas instituciones, como son la actividad en el marco de una organización estatal —deberes del funcionario público—, la relación paterno-filial, el matrimonio y la comunidad de peligros. Estas soluciones se muestran nuevamente conservadoras con respecto a las de JAKOBS, salvo por el acierto de la precisión que significa esta última fuente de deberes frente a la *jakobsiana* “confianza especial”, que en las últimas décadas llevo incluso a abarcar los deberes derivados de la institución matrimonial.<sup>17</sup>

Quizás el aspecto más original del sistema de competencias resultantes de la infracción de deberes positivos en PAWLIK<sup>18</sup> sea la sistematización conjunta de la omisión de socorro debido, según § 323c, StGB, y del deber de tolerar el estado de necesidad justificante agresivo, según § 34, StGB. Aquí la diferenciación de PAWLIK, con respecto a JAKOBS, surge *ad oculos*, no sólo porque en el pensamiento del último autor la causa de justificación del § 34, StGB, se encontraría escindida del sistema de competencias, sino también porque para él la omisión de socorro no estaría fundamentada en un deber institucional, sino en la solidaridad mínima (*Mindestsolidarität*); y

---

<sup>15</sup> PAWLIK, *supra* nota 2, pp. 89-93.

<sup>16</sup> Hasta aquí el sistema se muestra conservador con respecto a las posiciones que pueden encontrarse ya en JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, de Gruyter, 2.<sup>a</sup> ed, 1991, pp. 28 ss. También son compartidas las críticas a las tradicionales posiciones de garantía de protección y vigilancia, y a la consecuente necesidad de positivización de una cláusula de equiparación entre acción y omisión para salvar el principio de legalidad.

<sup>17</sup> JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Schöningh, Düsseldorf, Paderborn, 2.<sup>a</sup> ed., 1996, p. 56.

<sup>18</sup> Éste se observa con claridad, a más tardar, en PAWLIK, *supra* nota 2, pp. 248 ss.

la configuración típica omisiva se presentaría frente a la comisiva como pura fenomenología —*ergo*, incapaz de aportar fundamentos sólidos en la teoría de la imputación—. <sup>19</sup>

Una constante en el pensamiento de PAWLIK, que no puede dejar de sorprender al lector acostumbrado a manuales clásicos de la parte general del derecho penal, es que su sistema de competencias lleva implícito una crítica a la distinción clásica entre acción, tipicidad y antijuricidad. Por un lado, la minimización de la relevancia entre la acción y la omisión como fundamento de la imputación da lugar, con argumentos completamente renovados, al resurgimiento de la conducta como supraconcepto integrador, que encuentra en el riesgo prohibido su criterio rector. Por otro lado, la integración de las causales de justificación a los criterios de competencia, sobre todo a partir de la distribución del hecho en la víctima mediante los institutos de la legítima defensa y del estado de necesidad defensivo, diluye los contornos entre tipicidad y antijuricidad.<sup>20</sup>

#### IV. El deber de cooperación

En el inicio del tercer capítulo, PAWLIK hace una sorprendente concesión al pensamiento analítico —incluso con citas a KINDHÄUSER y a VOGEL—: en la teoría del delito debería distinguirse entre las normas de comportamiento y las condiciones bajo las cuales las mismas se incumple (reglas de imputación). De este modo, las primeras resultarían del estudio del sistema de competencias y las segundas del deber de cooperación del ciudadano con el estado de libertades. Esta tajante distinción, de todos modos, luego es relativizada por PAWLIK en el “informe de la discusión” de la ponencia, a instancias de ROBLES PLANAS, quien sostuvo que esta distinción presupondría un concepto de norma como prohibiciones de causación objetiva. Así, PAWLIK responde que, en verdad, la imputación también sería, en cierto modo, parte de la norma o, mejor, “su complemento”, de modo que la teoría del delito no se compondría de compartimentos estancos, sino de un único concepto que se desarrolla y se complejiza a medida que avanzan los niveles de análisis.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> JAKOBS, *supra* nota 18, § 28, n.º m. 16. Sobre ello LERMAN, *La omisión por comisión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 57 y 61.

<sup>20</sup> PAWLIK, *supra* nota 2, pp. 105 ss. e informe sobre la discusión.

<sup>21</sup> PAWLIK, *supra* nota 2, p. 161.

Así, con una brillante analogía a la teoría del Estado de HOBBS, quien entiende que la esencia del estado de guerra no reside en las operaciones militares sino en la predisposición conocida a llevarlas a cabo, PAWLIK explica que la estabilización normativa de la sociedad exigiría que la ciudadanía se esfuere por ser fiel al derecho, por evitar conductas contrarias a las competencias en los momentos anteriores a la efectiva comisión del delito.<sup>22</sup> Ya el autor del delito imprudente demostraría con su actuar que no aprecia el interés tutelado tan altamente como el derecho requiere, porque, en caso contrario, habría tomado las medidas necesarias para evitar la afectación. En este sentido, la *evitabilidad* se convertiría en el concepto general de este “momento complementario de la norma”, de modo que no habría una infracción al deber de cooperación en casos de incapacidad de imputación, de error inevitable sobre el contenido de lo requerido — error de prohibición *lato sensu*— o de inexigibilidad de la conducta contraria a la competencia. En términos generales, el ciudadano tendría la obligación de buscar permanentemente su imputabilidad y de permanecer en ella —respondiendo, así, al mandato de HEGEL “sé persona”—.

Por medio de una renuncia al principal “avance” sistemático del finalísimo y de una recuperación de la tradición de la *imputación subjetiva* en los discípulos penalistas de HEGEL y de la *culpabilidad* en modelo analítico derivado del concepto reducido o casual de acción, el dolo, entendido en términos normativos, se estudiaría en la infracción del deber de cooperación. Así, el ciudadano tendría una incumbencia de procurarse conocimiento y evitar errores (*Obliquenheit zur Irrtumsvermeidung*), pero esta exigencia no alcanzaría la categoría de deber, puesto que para que se habilite el poder punitivo, ella tendría que estar necesariamente vinculada a una conducta objetivamente contraria a la competencia por parte del que yerra. Sólo así “el déficit en los esfuerzos” (*Bemühensmangel*) adquiriría relevancia jurídica. Entonces, la infracción de la incumbencia de apagar el fuego prendido para calentarse en un bosque resulta relevante, únicamente, en la medida en que tal incumbencia se conecte con el deber de no producir estragos, por ejemplo.

Con estas premisas, el delito imprudente no sería un *aliud* respecto al delito doloso, sino que entre ambos habría una relación *plus-minus*, lo que posibilitaría la consideración del dolo al margen de los resultados de la teoría psicologista de la representación y se lo consideraría a partir de la equiparación entre el conocimiento realmente existente y el desconocimiento

---

<sup>22</sup> PAWLIK, *supra* nota 2, p. 139.



gravemente contrario a la incumbencia —de este modo se sortea el problema de la imputación en casos de *indiferencia* en la producción del resultado—.

Del escepticismo en PAWLIK respecto de la distinción entre injusto y culpabilidad se desprendería el rechazo a la “fertilidad sistemática” de la distinción entre causas de justificación y de exculpación, ya que ambas pasarían a nutrir el sistema de competencias.<sup>23</sup> Resultaría un problema de competencias, por ejemplo, en el caso de la tabla de Carnéades: se trataría de determinar por qué el autor puede recurrir al destinatario del ataque para la evitación del peligro, sin que esto implique, en ningún momento, una pérdida del estatus de ciudadano del destinatario. En este sentido, si el autor no es competente por una previa autopuesta en peligro, que deriva en la situación de necesidad, entonces el riesgo fundamental para su existencia podría neutralizarse válidamente a costa de un inocente, en el marco de una “causa de exclusión de la imputación” (*Zurechnungsauschießungsgrund*) —causal de exculpación, en términos clásicos—.

## V. Reflexiones finales

Estas líneas no pretenden agotar siquiera las tesis fundamentales del riquísimo pensamiento de PAWLIK, sino meramente resaltar algunos de los lineamientos generales de su “teoría de los colores” y así animar al lector a adentrarse en un texto de utilidad para los penalistas hispanoparlantes. Entonces, debe felicitar al distinguido profesor SILVA SÁNCHEZ y a toda su escuela por haber realizado los esfuerzos necesarios para posibilitar que las principales tesis de una obra de la importancia de *Das Unrecht des Bürgers* llegue a nuestras aulas y bibliotecas. En este sentido, se recomienda a los penalistas ávidos de profundidad argumentativa la inmediata lectura de este libro y, a los más aventurados, el estudio de la lengua alemana para comprender a PAWLIK en su idioma original.

## VI. Bibliografía

HEGEL, Georg W.F., *Introducción a la historia de la filosofía*, Buenos Aires, Libertador, 2008.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed, Berlin, de Gruyter, 1991.

---

<sup>23</sup> PAWLIK, *supra* nota 2, p. 135.

– *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 2.<sup>a</sup> ed., Schäffer, Düsseldorf, Paderborn, 1996.

LERMAN, Marcelo D., *La omisión por comisión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

– “Recensión a Michael PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012 (510 páginas)”, en *InDret*, t. 4 (ExLibris), 2014, pp. 14-23.

PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, “Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. Comentario a propósito de la obra de M. Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, t. 3, 2017, pp. 182-191.