

GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
(Dir.)

**PENA, ILÍCITO
Y CULPABILIDAD**
Una discusión con Michael Pawlik

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2022

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	13
ABREVIATURAS	17
ACERCA DE LOS AUTORES	19
ESTUDIO PRELIMINAR. MICHAEL PAWLIK Y EL DERECHO PENAL , <i>por Gabriel Pérez Barberá, Marcelo D. Lerman y Leandro A. Dias.</i>	21
I. CARACTERÍSTICAS GENERALES	21
II. LA PENA (RETRIBUTIVA) COMO LESIÓN A UN DEBER DE COOPERACIÓN.....	23
III. ¿GARANTIZAR LA LIBERTAD DE PERSONAS EN DERECHO O PROTEGER BIENES JURÍDICOS?.....	28
IV. EL ILÍCITO DEL CIUDADANO.....	31
1. Hacia un sistema unitario del delito: las competencias del ciudadano.....	31
a) La distinción ilícito-culpabilidad.....	31
b) La distinción tipicidad-antijuridicidad.....	33
c) Deberes y competencias.....	33
2. Concreción del sistema unitario: las reglas de imputación.....	37
a) Quebrantamiento <i>imputable</i> del deber de cooperación	37
b) Consecuencias en la teoría del error.....	38
c) Consecuencias en los conceptos de dolo e imprudencia	39
d) Consecuencias en causas de exclusión del ilícito global.....	42
V. REPERCUSIONES DE LA OBRA DE PAWLIK EN LA ACTUALIDAD.....	43
INTRODUCCIÓN A LAS CONTRIBUCIONES DE ESTE LIBRO , <i>por Gabriel Pérez Barberá</i>	47
I. LA CRÍTICA CIENTÍFICA.....	47
II. CIENCIA DEL DERECHO PENAL.....	50

	Pág.
III. JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO.....	51
IV. BIENES JURÍDICOS <i>VERSUS</i> LIBERTAD DE PERSONAS EN DERECHO.....	53
V. EL ILÍCITO DEL CIUDADANO	55
1. Norma y deber	55
2. Fundamentación de las competencias y de la imputación	56
3. Culpabilidad como esencia del ilícito	57
4. La distinción entre dolo e imprudencia	58
CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y DOGMÁTICA PENAL EN LA OBRA DE MICHAEL PAWLIK, por Javier Wilenmann	61
I. INTRODUCCIÓN.....	61
II. LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL EN LA OBRA DE MICHAEL PAWLIK.....	63
1. La pretensión de la ciencia del Derecho penal	63
a) Introducción	63
b) La función de integración moral de la teoría general del delito penal	65
c) La función de integración epistemológica de la teoría general del delito penal.....	67
d) Integración como coordinación con la cultura de un tiempo.....	68
2. Sistema, filosofía y método de la ciencia penal	70
III. ¿LA DOGMÁTICA PENAL COMO MODO DE REFLEXIÓN CULTURAL?.....	72
1. La queja del pobre frente al rico: el valor de la ciencia normal dogmática visto desde Latinoamérica	73
2. La dedicación jurídico-científica y la academia universitaria	76
REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PENA DE MICHAEL PAWLIK, por Luis Greco	79
I. INTRODUCCIÓN: PRIORIDAD DE LA PENA SOBRE EL HECHO PUNIBLE.....	80
II. CONCEPTO DE PENA. SEPARACIÓN ENTRE CONCEPTO DE PENA Y PRESUPUESTOS DE LEGITIMACIÓN DE LA PENA.....	81
III. CRÍTICA A LAS TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN: EL MÉTODO DE LA SUSPENSIÓN DE LOS OPUESTOS	83
IV. EL ENFOQUE DE PAWLIK: LA PENA COMO DEBER DE COLABORACIÓN.....	84
1. Presentación.....	84

	Pág.
2. Valoración crítica	85
a) ¿Concepto de desempeño leal de Hobbes?	86
b) ¿Prioridad de derechos o de deberes?	87
c) Problemas de contenido de la metodología de suspensión de los opuestos	88
d) ¿Qué es lo que deja Pawlik del principio de culpabilidad?... ..	90
V. RESUMEN	90
 LA CUESTIÓN DEL LÍMITE AL EJERCICIO REAL DEL PODER SANCIONATORIO EN LA TEORÍA DE LA PENA DE MICHAEL PAWLIK, por Marcelo D. Lerman	
	93
I. INTRODUCCIÓN.....	93
II. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA PENA DE PAWLIK.....	94
III. LA EXISTENCIA DE LÍMITE COMO VENTAJA DE LAS TEO- RÍAS RETRIBUTIVAS.....	96
IV. JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DEL CASTIGO REAL Y NO MERAMENTE SIMBÓLICO EN PAWLIK	99
V. CONCLUSIONES	102
 DELITO PREVIO Y CULPABILIDAD. REPERCUSIONES DE LA TEORÍA DEL ILÍCITO GLOBAL EN LOS DELITOS DE CONE- XIÓN. ALGUNAS OBSERVACIONES CONTRA LA CRÍTICA A LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO, por Alejandra Verde	
	105
I. INTRODUCCIÓN.....	105
II. EL PROBLEMA.....	107
III. ¿ES VIABLE <i>DE LEGE LATA</i> LA TESIS DEL ILÍCITO GLOBAL?	109
1. En la parte general	109
2. En la parte especial.....	111
a) Introducción	111
b) Las conductas posdelictuales: una breve presentación.....	111
c) El delito previo en las conductas posdelictuales	112
IV. ¿ES VIABLE <i>DE LEGE FERENDA</i> LA TESIS DEL ILÍCITO GLO- BAL? OBJECIONES DESDE LA PARTE ESPECIAL	114
1. Introducción	114
2. Dos buenas razones para legitimar —en general— la criminali- zación: daño e incorrección moral	115
3. El daño de la receptación (como conducta posdelictual paradig- mática)	117

	Pág.
4. El ilícito material o la incorrección moral de la receptación.....	119
5. ¿Culpabilidad en el hecho previo? Más inconsistencias axiológicas.....	120
V. POSIBLES RÉPLICAS DE PAWLIK.....	122
1. Descripción y legitimación de las prohibiciones penales.....	122
2. Daño e ilicitud material <i>vs.</i> libertad de personas en derecho.....	123
a) La diferencia central en cuanto al punto de vista desde el que se critica la criminalización.....	123
b) El modelo de Pawlik I: pérdida de potencial crítico.....	124
c) El modelo de Pawlik II: merma del principio democrático...	126
d) Balance final.....	127
VI. CONCLUSIÓN.....	128
SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE UNA TEORÍA DEL DELITO. OBSERVACIONES A LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN DE MICHAEL PAWLIK, por Ricardo Robles Planas.....	131
I. INTRODUCCIÓN.....	131
II. OBSERVACIONES SISTEMÁTICAS.....	132
III. OBSERVACIONES AXIOLÓGICAS.....	138
COMPORTAMIENTO TÍPICO EN LA ESTAFA Y COMPETENCIA POR LA INFORMACIÓN. SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA CONDUCTA PROHIBIDA EN LA OBRA DE MICHAEL PAWLIK, por Paola Dropulich.....	145
I. INTRODUCCIÓN.....	145
II. LA ESTAFA COMO UN SUPUESTO TÍPICO DE AUTORÍA MEDIATA.....	146
III. COMPORTAMIENTO TÍPICO EN LA ESTAFA Y COMPETENCIA POR LA INFORMACIÓN.....	152
1. El engaño típico en los deberes del tráfico.....	154
2. El engaño típico en la asunción.....	155
3. El engaño típico en la injerencia.....	156
4. El engaño típico en supuestos de solidaridad institucionalmente garantizada.....	157
IV. CONCLUSIONES.....	158
EVITABILIDAD E IMPUTACIÓN. EL DOLO Y LA IMPRUDENCIA EN EL PENSAMIENTO DE MICHAEL PAWLIK, por Ramon Ragués i Vallès.....	161
I. INTRODUCCIÓN.....	161

	Pág.
II. EL ASPECTO SUBJETIVO DEL HECHO PUNIBLE Y SU TRASLACIÓN AL TEXTO DE LA LEY.....	162
1. El umbral mínimo de la imputación subjetiva.....	163
2. La gradualidad y sus consecuencias para la regulación legal.....	165
III. SOBRE LA APRECIACIÓN JUDICIAL DEL DOLO.....	166
1. ¿La enemistad como contenido expresivo del hecho doloso?	167
2. La concreción del criterio expresivo.....	168
a) Las confianzas irracionales.....	170
b) Los riesgos mínimos no permitidos.....	171
c) En resumen: ¿es posible valorar la enemistad sin atender a ciertos aspectos de la actitud?.....	172
IV. CONCLUSIÓN.....	172
¿DOLO COMO INDIFERENCIA? UNA DISCUSIÓN CON MICHAEL PAWLK SOBRE CEGUERA ANTE LOS HECHOS E IGNORANCIA DELIBERADA, por Gabriel Pérez Barberá.....	175
I. INTRODUCCIÓN.....	175
II. LOS ACUERDOS CON PAWLK.....	178
III. LOS DESACUERDOS CON PAWLK: IRRELEVANCIA E ILEGITIMIDAD DEL REQUISITO DE LA INDIFERENCIA.....	181
1. La distinción entre fundamento del dolo y fundamento de la inexcusabilidad epistémica de no conocer.....	181
2. La irrelevancia de la indiferencia como fundamento de la inexcusabilidad epistémica de no conocer.....	182
3. La irrelevancia de la indiferencia como fundamento del dolo.....	187
a) La indiferencia como mero indicador fáctico.....	187
b) La indiferencia como requisito conceptualmente implausible.....	189
4. La ilegitimidad de la indiferencia.....	192
IV. EL FUNDAMENTO DEL DOLO.....	193
1. Pertinencia de un concepto básico de dolo.....	193
2. Evitabilidad como parámetro de la capacidad de acción en el ilícito.....	194
3. Dolo como infracción calificada de un deber de evitar.....	200
V. CONCLUSIÓN.....	202
UNA BREVE RÉPLICA, por Michael Pawlik.....	205

PRÓLOGO

Hace ya varios años —en 2014— fui a visitar a Michael Pawlik en Friburgo. Yo estaba completamente encantado con *Das Unrecht des Bürgers* y, pese a que en ese momento estaba terminando una investigación en Múnich con Helmut Satzger, no quería regresar a mi país sin conocer personalmente al autor de tan magnífico libro. Me manejaba bien en la ciudad, porque en su Goethe Institut había aprendido alemán muchos años antes y porque había estado becado dos veces en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (hoy Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht), gracias a la generosidad del entonces director del área de Derecho penal, Ulrich Sieber. También estaba familiarizado con el instituto de Derecho penal de la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg: había visitado allí al admirado Wolfgang Frisch en varias ocasiones. Por eso, apenas subí las breves escaleras que permiten ingresar al edificio de la Wilhelmstrasse 26, supe moverme con seguridad. Pero —lo recuerdo muy vívidamente— me sentía nervioso. En mis ensayos mentales previos no había podido encontrar la manera de iniciar y mantener una conversación normal con quien me generaba tanta admiración. Por supuesto que algo así ya había sentido antes muchas veces, pero, creo, nunca me había ocurrido con alguien de mi edad.

No fue necesario ningún esfuerzo de mi parte. Pawlik lo hizo todo. Él condujo la conversación desde el comienzo con algo más que cordialidad: supo transmitirme en todo momento que se sentía cómodo con mi presencia. Hablamos literalmente durante horas, no solo en el instituto. Nos recuerdo también yendo juntos, a pie, a la universidad, donde presenciaria una de sus magníficas Vorlesungen. Precisamente mientras caminábamos fue cuando surgió la idea de hacer dos libros juntos: uno con artículos de profesores argentinos —y en particular de Córdoba— interesados en el Derecho penal desde un abordaje filosófico (ese lo propuso él); y otro, que propuse yo inmediatamente después, también con artículos de colegas hispanohablantes, pero sobre su obra. El primero de esos proyectos fue publicado ya en Alemania, en 2019¹; el segundo es este libro.

¹ Véase Michael PAWLIK y Gabriel PÉREZ BARBERÁ, *Strafrecht und Philosophie: Argentinische Perspektiven. Beiträge zur internationalen Strafrechtstheorie und Rechtsphilosophie*, Berlin, Duncker & Humblot, 2019.

Pawlik me dijo que estaba de acuerdo con que el libro sobre sus tesis principales comenzara con un estudio preliminar sobre su obra, pero que no quería dos cosas respecto del proyecto total: ni que se pareciera a un «conjunto de reseñas» (en mi memoria repica la expresión Rezensionssammlung, pero pudo haber sido otra similar), ni que fuera un espacio legitimador de impugnaciones superficiales. Dicho de otro modo, quería una discusión genuina, quería críticas («die Kritik ist das Salz der Suppe», dijo), y no meras descripciones de su trabajo; pero críticas que tuvieran como base un conocimiento acabado de su obra. Bajo esas condiciones, él escribiría una réplica. Le dije que no se preocupara, que elegiría a autoras y autores que garantizarían ese nivel.

Pero ¿por qué un libro sobre Pawlik? Nadie duda, a esta altura, de que se trata de un representante indispensable de la actual dogmática jurídico-penal alemana. Pero yo a eso quisiera agregar algunas sensaciones personales que experimenté al comenzar a leerlo, hace ya muchos años, cuando Enrique Bacigalupo me habló de Das unerlaubte Verhalten beim Betrug y me sugirió que lo tradujera. Finalmente, no pude hacerlo, pero el intento me permitió conocer en profundidad esa obra estupenda. Me parecía sencillamente fascinante que alguien pudiese dar cuenta de la problemática de la estafa de un modo tan aggiornato de la mano, en una parte considerable, de literatura filosófica que no pasaba del siglo XIX. Porque si hay algo que Pawlik logra en ese libro es, precisamente, describir a la estafa tal como funciona en una sociedad tardío-capitalista y en extremo compleja propia de los albores del siglo XXI, ¡y lo hace de la mano de Hegel!

Después, en Das Unrecht des Bürgers, Pawlik generaliza muchos de aquellos resultados y, con el mismo método, los aplica al plano mucho más vasto de la teoría del delito. El resultado es muy potente. Porque, más allá de las muchas cuestiones de detalle que le puedan ser señaladas críticamente (y ese es precisamente el objetivo de esta publicación), esta última monografía sigue la senda de aquella tesis de habilitación en este sentido central: lo que se presenta allí, otra vez con minucioso anclaje en los clásicos alemanes, es una justificación del castigo y una explicación y fundamentación del ilícito no solo notablemente contemporáneas, sino también, en muchos aspectos, capaces de generar rápido acuerdo por su fuerte poder de convicción. A mi juicio, es imposible, ya, pensar en la sociedad en la que vivimos sin tener en mente la idea fundamental del ciudadano cooperador que Pawlik, desde la filosofía política², incorpora al Derecho penal con la precisión —y la creatividad— de un orfebre.

Creo que está claro: Pawlik siempre ha producido en mí admiración y entusiasmo. No soy un conocedor de los clásicos que él frecuenta, ni creo que sea necesario recurrir a ellos para hacer buena ciencia del Derecho penal. Pero me parece sumamente loable que quien dispone de semejante erudición y talento

² Véase, por ejemplo, John RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1996, pp. 15 y ss.

para emplearla con utilidad nos posibilite no solo enriquecernos por poder asomarnos, siquiera fugazmente, a ese mundo, sino también aprovecharnos de esa tradición para entender mejor el que habitamos hoy.

Las autoras y los autores que escriben aquí merecen un agradecimiento y una disculpa especial de mi parte. El agradecimiento, desde luego, es por haber participado en este proyecto con generosidad intelectual, pasión por la verdad y paciencia, muchísima paciencia, conmigo. Y las disculpas van precisamente por esto último: por el retraso proverbial que ha experimentado esta publicación, del cual soy único responsable. Extiendo esas disculpas a Michael Pawlik, al igual que mi profunda gratitud por su comprensión y —vaya si la tuvo también él— paciencia por el retraso mencionado. Mención aparte merece mi agradecimiento por su predisposición para escribir su réplica, y sobre todo por el modo en que lo hizo: nos ha proporcionado un texto profundo, en el que toma genuinamente en serio a las contribuciones escritas sobre su obra, posibilitando, así, que este libro contenga un auténtico debate de ideas.

Quiero extender mi gratitud a dos queridos colegas, sin cuya ayuda no habría podido terminar el libro: Marcelo Lerman y Leandro Dias. Ellos me pusieron escribir junto conmigo el estudio preliminar, y eso destrabó el atascamiento en el que se encontraba el proyecto. Leandro Dias también tradujo, en tiempo récord y magistralmente, la réplica de Michael Pawlik, y gracias a eso se evitaron más retrasos. Mi agradecimiento también para Ivó Coca Vila, que con su habitual generosidad y fineza intelectual nos ayudó a precisar algunos párrafos del estudio preliminar y colaboró, asimismo, en la revisión de la traducción de la réplica. Un reconocimiento especial merece Felipe Gally, quien con minuciosidad se ocupó del trabajo de edición (previo a la entrega a imprenta) para unificar criterios formales en todas las contribuciones, y confeccionó la lista de abreviaturas. Finalmente, agradezco a la editorial Marcial Pons y, por supuesto, a Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Ramón Ragués i Vallès y Luís Greco (directores de la colección «Derecho penal y Criminología»), por aceptar publicar este libro en tan prestigioso lugar.

Gabriel PÉREZ BARBERÁ
Buenos Aires, septiembre de 2020

ACERCA DE LOS AUTORES

Leandro A. Días. *Magister legum* por la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires). Doctorando y asistente científico en la Universität Würzburg (Alemania).

Paola Dropulich. *Magister legum* por la Universität Regensburg (Alemania). Profesora de posgrado de la Universidad de San Andrés (Buenos Aires).

Luís Greco. Doctor en Derecho y *magister legum* por la Ludwig-Maximilians-Universität München (Alemania). Catedrático de Derecho penal en la Humboldt-Universität zu Berlin (Alemania).

Marcelo D. Lerman. *Magister legum* por la Universität Regensburg (Alemania). Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesor adjunto interino de Derecho penal en la Universidad de Buenos Aires. Profesor de cátedra (regular) de la Universidad de San Andrés (Buenos Aires).

Gabriel Pérez Barberá. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Excatedrático de Derecho penal en la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor ordinario en la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires). Exbecario de la Fundación Alexander von Humboldt.

Ramon Ragués i Vallès. Catedrático de Derecho penal en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona (España).

Ricardo Robles Planas. Catedrático de Derecho penal en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona (España). Doctor *honoris causa* por las Universidades de Los Ángeles de Chimbote (Perú), San Pedro (Perú) y Chiclayo (Perú).

Alejandra Verde. Doctora en Derecho y ciencias sociales, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Exbecaria doctoral del CONICET (Argentina) y del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Profesora adjunta interina de Derecho penal en la Universidad de Buenos Aires. Profesora de Derecho procesal penal en la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires). Profesora de cátedra (regular) en la Universidad de San Andrés (Buenos Aires).

Javier Wilenmann. Doctor en Derecho por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemania). *Magister legum* por la Universität de Regensburg (Alemania). Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez (Chile).

ESTUDIO PRELIMINAR

MICHAEL PAWLIK Y EL DERECHO PENAL*

Gabriel PÉREZ BARBERÁ
Marcelo D. LERMAN
Leandro A. DIAS

I. CARACTERÍSTICAS GENERALES

El Prof. Dr. Dr. *b. c.* mult. Michael Pawlik es actualmente profesor de Derecho penal en la Universidad de Friburgo de Brisgovia, Alemania. Previamente había sido profesor en las Universidades de Regensburg y Rostock, en el mismo país. Se doctoró en la Universidad de Bonn, bajo la dirección de Günther Jakobs, y su trabajo ha tenido un impacto muy importante en la teoría del Derecho penal.

En toda su obra, que alcanza su punto más relevante con el libro *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*¹, el autor se ha encargado de cuestionar la corrección material y el alcance de ciertos dualismos habituales en la teoría del delito: ilícito-culpabilidad, tipo-justificación, delitos de omisión-delitos de comisión, dolo-imprudencia, y error de tipo-error de prohibición. Para cada uno de estos pares de conceptos Pawlik ha encontrado fundamentos filosóficos que dan nacimiento a una nueva estructura de la teoría de la imputación, que conduce a un concepto unitario de delito. Este tiene su base, a su vez, en una teoría también unitaria de la pena, centrada en la retribución, y que también ha fundamentado con

* Lo aportado a este trabajo por Marcelo D. Lerman y Leandro A. Dias se vincula al proyecto de investigación UBACyT 2018: «Derecho penal y teoría de la libertad. Una investigación sobre la obra de Michael Pawlik y sus consecuencias dogmáticas», 20020150200084BA, dirigido por Marcelo D. Lerman y en el que participa Leandro A. Dias. Los tres autores agradecen a Ivó Coca Vila (Universitat Pompeu Fabra) por su predisposición para tratar distintas consultas que le fueron formuladas.

¹ Michael PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

detalle. El objetivo principal de Pawlik es vincular pena e imputación en el marco de un auténtico sistema en el que todos los resultados deriven, genuinamente, de sus puntos de partida principales.

Para llevar a cabo esta tarea, Pawlik no ha esquivado las grandes preguntas fundamentales respecto de los presupuestos filosóficos del Derecho penal². De hecho, recientemente ha criticado con dureza a la concepción tradicional de la dogmática jurídico-penal que, a su juicio, entiende esta disciplina como mera descripción y análisis del Derecho positivo, como si fuese posible una automatización de la tarea de quien debe aplicar el Derecho³.

Pawlik, por el contrario, entiende que corresponde «mostrar las deficiencias de una comprensión naif-positivista de la actividad jurídico-penal»⁴. Opina, en este sentido, que sostener una posición positivista radical es ciertamente posible en términos teóricos, «pero insostenible en la vida práctica», pues no es factible una separación rigurosa entre el rol profesional del jurista «y el resto de convicciones que caracterizan la identidad de una persona»⁵. Precisamente a esto alude con su idea de «equilibrio en la identidad»⁶. Para una mirada positivista extrema, en cambio, el mero hecho de formular preguntas acerca de los fundamentos filosóficos de las instituciones penales afectaría la dignidad del quehacer profesional del jurista, «pues tendría que salir de la inmanencia de la ley»⁷.

De todos modos, Pawlik considera además teóricamente equivocada a la tesis positivista excluyente estándar de la separación estricta entre derecho y moral. A su modo de ver —y en esto sigue a Dworkin—, «el ámbito de la fundamentación práctica no presenta discontinuidades abruptas»⁸. Por eso entiende que no es posible comprender adecuadamente al Derecho penal si se lo aísla «de la cultura ideológica y política de su medio social»⁹. Aclarar, no obstante, que con esto no pretende «abogar por una moralización o politización integral del Derecho penal»¹⁰, sino enfatizar que es necesario comprometerse con la búsqueda de la mejor justificación de las prácticas penales en los contextos sociales y políticos de que se trate, que no es otra

² Indispensable, recientemente, Michael PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, Baden-Baden, Nomos, 2017, *passim*.

³ Véase Michael PAWLIK, «Identität der Gesellschaft oder Identität des Rechtsanwenders? - Anmerkungen zur Aufgabe der Strafrechtswissenschaft», en Katrin GIERHAKE *et al.* (eds.), *Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag*, München, C. H. Beck, 2015, p. 369.

⁴ Para estos pasajes con citas textuales se recurre a la versión en español de *Normbestätigung und Identitätsbalance*: Michael PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad* (trad. de Ricardo Robles Planas *et al.*), Barcelona, Atelier, 2019, p. 91.

⁵ *Ibid.*, p. 10.

⁶ *Ibid.*

⁷ Michael PAWLIK, «Prólogo», *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal* (trad. de Enrique Bacigalupo *et al.*), Madrid *et al.*, Marcial Pons, 2010, p. 9.

⁸ PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*, p. 91.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 90.

que la justificación filosófica. Porque se trata de cuestiones que solo pueden ser planteadas y resueltas desde un nivel de reflexión *sobre* el Derecho, y ese es el «territorio de la filosofía jurídica»¹¹.

Esta metodología, consistente en posponer para un ulterior nivel de análisis la tarea propia de la dogmática tradicional, y en concentrarse inicialmente en un ejercicio de fundamentación filosófica (política y moral) de las prácticas penales, ha llevado a Pawlik a focalizar su atención, como se ha señalado, en los problemas fundamentales del Derecho penal. Es cierto que también se ha ocupado de temas de indudable interés práctico, como se verá más adelante (*infra*, apdo. V). Pero, en el marco de un balance general, es seguramente acertado sostener que ha prestado más atención a problemas cuya resolución requiere un especialmente elevado nivel de abstracción.

Por esa razón, en los próximos apartados se expondrán, brevemente, algunas de las ideas fundamentales que Pawlik ha desarrollado durante su carrera en relación con esta última clase de problemas. Así, en primer lugar, se describirá su teoría de la retribución como lesión a un deber de cooperación (II). En segundo lugar, se dará cuenta de su crítica a la supuesta finalidad del Derecho penal de proteger lesiones a bienes jurídicos (III). En tercer lugar, se desarrollará su concepción unitaria del ilícito y sus consecuencias (IV). Y en último lugar, se mencionarán algunas repercusiones que ha tenido la obra de Pawlik en la actualidad (V).

II. LA PENA (RETRIBUTIVA) COMO LESIÓN A UN DEBER DE COOPERACIÓN

Para entender la teoría de la pena de Pawlik resulta conveniente, primero, señalar las razones por las cuales objeta de modo contundente a las teorías de la prevención que siguen siendo dominantes en la actualidad en la discusión jurídico-penal de base continental-europea. Con el fin de rechazar estas teorías, Pawlik presenta dos argumentos¹². El primero se vincula con la clásica crítica a la ausencia de límites de las teorías preventivas o consecuencialistas. Conforme a esa crítica, el pensamiento preventivo se origina en la necesidad de brindar seguridad, pero el nivel de seguridad siempre puede ser mejorado y no hay nada que no pueda ser prevenido. Y en tanto nunca es posible prevenir lo suficiente, ni lo suficientemente rápido, es imposible que la prevención sea limitada. En esa línea, sostiene Pawlik que una muestra de esta imposibilidad de restringir la prevención sería la expansión del Derecho penal que se viene produciendo en los últimos tiempos, y que ha tendido, a su juicio, a convertirlo en un mero derecho de combate de peligros¹³.

¹¹ *Ibid.*

¹² Así PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, pp. 82 y ss.

¹³ Sobre este tema véase, en detalle, Michael PAWLIK, «¿Pena o combate de peligros?», *InDret*, 4/2011; *id.*, «El terrorista y su derecho», *La libertad institucionalizada*, pp. 137 y ss.

Pawlik, sin embargo, concede que este temor tradicional respecto de la idea de prevención podría ser considerado desmedido por los defensores de esta clase de justificación del castigo estatal. Es por ello que se adhiere a otro argumento, al que considera decisivo, en contra de la prevención: en el marco teórico preventivo no habría lugar para un elemento clave de la comprensión generalizada del delito: la culpabilidad y su referencia al hecho pasado. Si la idea de culpabilidad (en principio, como reprochabilidad, según la formulación usual) tiene que desempeñar algún papel, entonces el objeto de reproche tiene que ser el ilícito cometido por el autor en el pasado. La prevención, en cambio, orientada siempre al futuro, simplemente no puede dar cuenta de esta característica de la pena, en tanto es estructuralmente ajena a una mirada retrospectiva: solo se trata de impedir peligros futuros¹⁴.

Para Pawlik, ni siquiera la teoría de la prevención general positiva —que se ha impuesto en las últimas décadas en Alemania como una de las alternativas más aceptadas en materia de justificación del castigo— está en condiciones de afrontar la crítica de la falta de límites¹⁵. De acuerdo con su posición, también esa teoría, como todos los modelos orientados al pensamiento preventivo, se centra en el logro de efectos positivos para el futuro, no en la compensación del ilícito pasado. La única particularidad residiría en que, a diferencia de otras teorías, la de la prevención general positiva no se centraría en el combate directo del autor peligroso, o en persuadir al autor que delinque a partir de un cálculo de utilidad, sino en mantener el orden establecido o, en otras palabras, en estabilizar la confianza en el ordenamiento jurídico, perturbada por el delito.

De hecho, para Jakobs la prevención general positiva es la que *determina* el juicio de culpabilidad: este, en efecto, queda delineado según las necesidades de conservación de la confianza de la sociedad en el Derecho¹⁶. Pero entonces —sostiene Pawlik— el concepto clásico de culpabilidad, orientado al pasado, no sería más que un indicador de utilidad y, por tanto, contingente, que en todo caso podrá mantenerse hasta que lo contradiga un cálculo social de esa utilidad.

Por eso entiende Pawlik que quienes consideren que el principio de culpabilidad y, por consiguiente, la orientación de la pena hacia el pasado, deben cumplir un rol fuerte, en el sentido de que ha de mantenerse incólume ante las necesidades contingentes de la sociedad, no encontrarán una respuesta satisfactoria en la prevención general positiva. Porque no hallarán

¹⁴ En ese sentido, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, pp. 64 y ss. y 75 y ss.

¹⁵ Véase *ibid.*, pp. 91 y ss.

¹⁶ Sobre esta fundamentación de la teoría de la prevención general positiva véase especialmente Günther JAKOBS, *La pena estatal. Significado y finalidad*, Pamplona, Civitas, 2006, *passim*. También, y con algunos matices en respuesta justamente a la postura de autores como Pawlik, Günther JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2012, pp. 13 y ss.

un fundamento para ese límite que sea interno a dicha teoría, sino a lo sumo a partir de elementos externos —o ajenos— a aquella¹⁷.

Así, tras este rechazo de la prevención, Pawlik construye su teoría de la pena a partir de la idea de que cada persona es acreedora de un derecho a ser tratada en un plano de igualdad, como un sujeto que construye su propia vida en libertad¹⁸. De acuerdo con esto, la tarea del Derecho penal consiste en permitir que los individuos tengan la posibilidad de ser guías de su propia existencia y concretar sus planes de vida en tanto «sujetos». Ahora bien, esa libertad *real* no puede ser garantizada fácticamente solo por el Estado. Si el Estado fuese el único encargado de mantener esa situación de libertad, se caería en un Estado policial, que en última instancia haría fracasar la libertad que debe garantizar¹⁹.

Por eso afirma Pawlik que al ciudadano que reivindica su autodeterminación no solo le incumbe el rol de persona responsable *ante* el Derecho, interesada en la protección efectiva de su integridad frente a daños, sino también el rol de ciudadano responsable *del* Derecho²⁰. De ahí que los ciudadanos, en su rol de representantes de la comunidad jurídica²¹, tengan un deber de cooperación (*Mitwirkungspflicht*) con esa comunidad, tendente al mantenimiento de un estado de libertades²². Según Pawlik, se trata también de un imperativo de *fairness*: a quien quiere hacer uso de las libertades características de un Estado de Derecho le es exigible que contribuya a la preservación y al mantenimiento de esas libertades²³.

Este deber de cooperación es violado con la comisión de un delito, pero eso no afecta al carácter del delincuente como ciudadano²⁴. Este último puede, y debe, seguir contribuyendo a la materialización del proyecto común de la «libertad por el Derecho». Debido a la violación de su obligación primaria de aportar lealtad activamente, el contenido de ese deber se transforma en una obligación secundaria de tolerancia de la pena²⁵: el ciudadano debe permitir que a su costa —es decir, a través de la pena— se confirme la indisolubilidad de la relación entre el disfrute de la libertad y el cumplimiento del deber de colaboración²⁶.

¹⁷ Véase Michael PAWLIK, «La pena retributiva y el concepto de delito», *La libertad institucionalizada*, p. 87. Para una crítica a las teorías preventivas que intentan encontrar este límite a partir de principios externos a la propia teoría, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 85 (nota 447).

¹⁸ Así PAWLIK, «La pena retributiva y el concepto de delito», p. 97.

¹⁹ En ese sentido, PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, pp. 40 y ss.; *id.*, *Ciudadanía y derecho penal* (trad. de Ricardo Robles Planas *et al.*), Barcelona, Atelier, 2016, pp. 42 y ss.

²⁰ Véase PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, pp. 40 y ss.; *id.*, *Das Unrecht des Bürgers*, pp. 106 y ss.

²¹ Véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 107.

²² En ese sentido, PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal*, pp. 42 y ss.

²³ Así *ibid.*, p. 43. Véase también Jesús María SILVA SÁNCHEZ *et al.*, «Estudio introductorio», en PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal*, p. 21.

²⁴ Véase PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal*, p. 56.

²⁵ En ese sentido, Jesús María SILVA SÁNCHEZ *et al.*, «Estudio introductorio», p. 21.

²⁶ Así PAWLIK, «La pena retributiva y el concepto de delito», p. 103.