

Sobre los fundamentos de una teoría general del delito

Comentario a propósito de la obra de M. Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012*

De Prof. Dr. **Pablo Sánchez-Ostiz**, Pamplona (Navarra)

I. Introducción

La propuesta dogmática de *Pawlik*, contenida en *Das Unrecht des Bürgers*, *Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, 2012,¹ no es una monografía más,² sino un escrito profundo y riguroso³ que aspira a sentar las bases de una doctrina general del delito más allá de los planteamientos convencionales. Su propuesta no resulta inviable ni ilusoria, sino que con gran coherencia interna ofrece soluciones y categorías bien fundamentadas en la dogmática, la Filosofía y el Derecho. No deja indiferente a quien investigue sobre los fundamentos del Derecho penal. Merece ser tomada en cuenta.

En este trabajo expondré en apretada síntesis las que me parecen líneas claves de su planteamiento (II.), y añadiré una valoración crítica (III.). Otros aspectos importantes de su propuesta han de quedar ahora necesariamente al margen, en aras de la brevedad de este comentario. En concreto, no me referiré aquí a su aspiración, mostrada desde el inicio (Introducción, pp. 1-23), a configurar la teoría general del delito – y no tanto el Derecho penal, cfr. p. 15 – como un sistema: según el *autor*, la situación actual de la teoría del delito deja mucho que desear, por su incapacidad de hacerse cargo de los condicionamientos de las ciencias que la circundan (Filosofía y Sociología, sobre todo), así como por el riesgo de autorreferencialidad que le aqueja (p. 16, y nota 114). Se impone por tanto la tarea de llevar a cabo “una nueva construcción del edificio de la teoría del delito”

* Este trabajo ha sido realizado durante una estancia de investigación (2016) en la Universidad de Friburgo, financiada por el Programa de estancias de movilidad (Dirección General de Universidades) y en el marco del proyecto DER2014-52980-P (Ministerio de Economía y Competitividad). Agradezco sus comentarios críticos y conversaciones tanto a *Michael Pawlik* como a los colegas en el Institut für Strafrecht *Ivó Coca*, *Luis Emilio Rojas* y *Javier Wilenmann*.

¹ Existen diversas reseñas: *Hellmich*, *Zeitschrift für Philosophische Forschung* 2015, 615; *Engländer*, *JZ* 2014, 38; *Bung*, *RW* 2014, 546; *Lerman*, *InDret Penal* 4/2014, sección ExLibris, 14; además de una breve reseña: *Cernusca*, *Österreichisches Anwaltsblatt* 2013, 612. El *autor* expuso el contenido de su obra a lo largo del seminario que tuvo lugar en la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 11 y 12 de junio de 2015, y que ha sido publicado bajo el título de *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, 2016, junto con los debates subsiguientes.

² Las referencias de páginas, mientras no conste otra cosa, se refieren a dicha obra.

³ Basta con tomar conciencia de la amplísima bibliografía empleada por el *autor*: cfr. pp. 417 ss.

(p. 116), comenzando por la adecuada identificación de su objeto de estudio (p. 117).⁴

II. El injusto del ciudadano

La obra se estructura en tres amplios capítulos, además de la introducción. En primer lugar se refiere al concepto de delito (cap. 1), en donde indica su punto de partida metodológico: una orientación de la dogmática jurídico-penal hacia la Filosofía práctica (A.). Sigue la exposición de su planteamiento sobre la pena (B.), en donde, tras pasar revista a las posiciones preventivistas, concluye que adolecen de no pocos defectos que las hacen inviables; y de ahí pasa a trazar su propia concepción (C.) de la pena como respuesta al deber ciudadano de cooperación. En segundo lugar, aborda el estudio de las pautas por las que se rige la conducta del ciudadano (cap. 2), en donde se centra en el concepto de competencia, otra idea clave en su exposición que recorre la exposición del resto de la obra, y que el autor sistematiza (A.) y jerarquiza (B.). Finalmente, en tercer lugar, expone las condiciones para afirmar que la conducta del ciudadano ha infringido el deber de cooperación, es decir, cuándo se ha realizado un injusto criminal (cap. 3), esto es, la conducta imputable que contraviene la respectiva competencia del ciudadano (A.), y que admite cierta graduación (C.), como también puede resultar inviable en algunos casos (B.). En este apartado descriptivo del contenido de la obra, expondré su visión sobre la pena (II. 1.) y el denominado “injusto criminal” (“*kriminelles Unrecht*”: II. 2.).

1. La pena como respuesta a la lesión de un deber de cooperación

La posición sobre la pena constituye el punto de partida de su exposición (cap. 1, en particular, pp. 52-61). Entiende que corresponde a la teoría del delito aclarar la conexión entre teoría de la pena y concepto de delito (p. 52). No oculta el autor su preferencia por la visión hegeliana de la pena (pp. 53-57)⁵. La pena no puede basarse en la idea de prevención, por mucho que responda a las demandas securitarias de nuestras sociedades modernas (pp. 61-62). En la tarea de legitimar el acto tan grave de coerción que supone la pena (p. 64), repasa y rechaza las doctrinas de la prevención general negativa (pp. 66-72), prevención especial (pp. 72-77), así como de prevención general positiva (pp. 77-82). Y se adentra finalmente en su propia posición, consistente en la pena como respuesta a la infracción del deber ciudadano de cooperación (“*Mitwirkungspflicht*”, pp. 82-158). Ciertamente, su punto de partida se halla

⁴ Cfr. también *Pawlik*, *GA* 2014, 369; *Id.*, en: *Stuckenberg/Gärditz* (eds.), *Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag*, 2015, p. 13.

⁵ Cfr. además su posición en *Pawlik*, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, 2004, *passim*, que está en la base de su posterior exposición en *Das Unrecht des Bürgers*.

próximo a la idea de retribución, en cuanto que es reacción frente a una conducta. El recurso a la pena puede legitimarse si se entiende como el medio para asegurar el estado de libertad (“Zustand der Freiheitlichkeit”, o status libertatis)⁶. En definitiva, dicho deber de cooperación del ciudadano es el fundamento legitimador de la pena (pp. 90-116, en especial, la p. 91) en la medida en que los vínculos sociales comprometen al ciudadano en asegurar el status libertatis.

Traza un bosquejo de una teoría retributiva de la pena del ciudadano, en el Estado democrático, y no sólo liberal (pp. 102, 109). El ser humano es ser que actúa (citando a *Gehlen*), cuya capacidad de autodeterminación le confiere dignidad; pero sus autodeterminaciones no son irrestrictas, sino condicionadas (citando a *Kersting*) por su pertenencia social. Nuestras sociedades han evolucionado desde un modelo estratificado a uno funcional (*Luhmann*, p. 100). El papel del Estado es garantizar de manera estable y duradera la situación pacífica del ciudadano (“ein Zustand rechtlicher Normalität”, p. 105). Las normas jurídicas necesitan ser garantizadas por un Estado que no sea omnipotente – lo cual sería infructuoso y excesivo – y por los propios ciudadanos, que han de contribuir a garantizar el status libertatis (“Zustand der Freiheitlichkeit”, p. 106): al contravenir el delincuente las normas penales, infringe su papel de ciudadano como integrante de la comunidad jurídica (p. 107). Y es esta comunidad jurídica la que se ve afectada por el delito, y la que ha de estar presente para fundamentar el recurso a la pena (p. 110): el ciudadano asume su corresponsabilidad en el mantenimiento del estado de libertades (p. 110: “Den Täter trifft eine rechtliche Mitverantwortung für den Fortbestand des freiheitlichen Zustandes, in dem er lebt. [...] Legitimes Strafrecht ist definitionsgemäß Bürgerstrafrecht; es gibt kein anderes”). Son ideas que ya estaban incoadas en el siglo XIX por *Hälschner* (p. 115), aunque también toma cierta distancia respecto a este. Su planteamiento, que destaca la corresponsabilidad del ciudadano, no prescinde, sin embargo, del Estado ni de sus funcionarios.

Mientras que el ciudadano leal contribuye con su deber de cooperación, el delincuente rehúye cumplirlo, y ha de contribuir a su costa al restablecimiento de la situación precisamente como una forma de cooperación: eso es la pena (p. 116). Es la forma de contribuir del ciudadano una vez que ha delinquido: en definitiva, sería la vía para cooperar tras haber cometido un delito y seguir siendo así ciudadano. La magnitud de la pena se rige por la medida del injusto, por la amplitud de la intromisión en la libertad de la víctima y el grado de deslealtad con la comunidad (p. 118), que

disminuiría en casos de reparación (p. 118), y aumentaría en los de reincidencia (pp. 118-119). No se basa en la lesión de un bien jurídico (pp. 131-137), doctrina que critica porque, entre otras cosas, pasa por alto la dimensión social – relacional – de la persona y se centra solamente en el potencial autor. La atención de *Pawlik* se dirige, en cambio, al “Bürger”, el ciudadano, no como individuo sino como persona en Derecho, concepto que incorpora la doble dimensión de ser autor como también posible afectado. Es más, opone el concepto de bien jurídico al de persona (p. 140), como “persona en Derecho”, concepto relacional y expresión jurídica (p. 141), que no puede darse en singular sino solo en plural, por su relación práctica con los otros, dirá citando a *Spaemann* (p. 143). Es más, las “personas en Derecho ocupan su estatus por su pertenencia a una comunidad jurídica” (p. 143). El injusto criminal consiste en actuar contra el orden jurídico del status libertatis, de cuyo mantenimiento se es competente (p. 122). Con estas premisas, afronta el reto de construir una doctrina general del delito entendido como “kriminelles Unrecht”: ha de superarse el defecto originario de los esfuerzos clasificatorios (en la doctrina tradicional) y buscar en cambio modelos alternativos (en *Kant* y *Hegel*, p. 154).

2. El denominado “kriminelles Unrecht”

Se trata de otro de los conceptos claves en su propuesta (cap. 1, pp. 90-116; p. 302, en cap. 3). El “injusto criminal” es entendido como la conducta imputable contraria a la competencia (“Kriminalunrecht als zurechenbarzuständigkeitswidriges Verhalten”, p. 257). En su exposición se da entrada a tres categorías sucesivas: partiendo del deber de cooperación (infra, II. 2. a), se pasa a la competencia y, de esta, a la concreta norma de comportamiento (infra, II. 2. b); a su vez, ese proceso requiere contar con que el ciudadano interviene precisando su norma de comportamiento, y que la comunidad jurídica atribuya la infracción para poder responder con la pena; es decir, la operación de imputación (infra, II. 2. c). “Su conducta [sc. del autor] es imputada entonces como lesión del deber de cooperación y así como injusto criminal” (p. 298)⁷.

La expresión “kriminelles Unrecht” no es casual; resulta menos habitual ciertamente, y adquiere aquí un sentido propio. No se trata de un mero injusto penal. La expresión pone el acento en la fase del delito, y no tanto en la de la sanción, como sería el caso de “strafrechtliches Unrecht”. Tampoco se trata del delito como mero curso de acción, sino en su sentido infractor (de los deberes de cooperación): es decir, de nuevo el “Mitwirkungspflicht”, que da sentido a las

⁶ Aunque la expresión latina “status libertatis” no aparece en el texto, me parece que plasma el significado que el autor desea dar a “Zustand der Freiheitlichkeit”: no es el mero reconocimiento y disfrute de las libertades como derechos subjetivos, sino una manera de referirse al estatus del ciudadano como ser libre pero no aislado, cuyos ámbitos de libertad han de instaurarse y mantenerse (por lo demás, no cabe ignorar lo peculiar y nada usual de la expresión alemana “Freiheitlichkeit”). Cfr. infra, nota 12.

⁷ Como expresará en otro lugar *Pawlik*, en: Frisch/Jakobs/Kubicel/Pawlik/Stuckenberg (eds.), *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre* Hans Welzels, 2015, p. 3: “Verbrechenstheorien sind im Wesentlichen Zuständigkeits- und Zurechnungslehren” (“Las teorías del delito son en esencia doctrinas de la competencia y doctrinas de la imputación”).

prohibiciones y deberes concretos⁸. Y así se emplea a menudo a lo largo de su exposición.

a) *El deber de cooperación* (“*Mitwirkungspflicht*”)

Al ciudadano corresponde el deber de cooperar en el mantenimiento del status libertatis: en concreto, “Den Täter trifft eine rechtliche Mitverantwortung für den Fortbestand des freiheitlichen Zustandes, in dem er lebt” (p. 110); “Eine Mitverantwortung für die Aufrechterhaltung eines Zustandes der Freiheitlichkeit trifft deshalb auch jedem einzelnen Bürger” (p. 106), algo que califica también como “Gebot der Fairneß” (ibidem)⁹. En esencia, este deber de cooperación puede entenderse como la relación del ciudadano respecto la sociedad, que da lugar al deber de mantener dicho status libertatis (p. 110). En tal sentido, cooperación es contribución, en cuanto atañe al ciudadano no sólo no desvincularse, sino también sumarse a configurar la comunidad y, llegado el caso, sufrir la pena. Podría afirmarse que dicho deber de cooperación es algo más intenso que la ciudadanía, si por esta se entiende la mera pertenencia del individuo a la sociedad: cooperación es co-pertenencia a una comunidad jurídica (“*Rechtsgemeinschaft*”, pp. 107, 118, entre otras), y por eso mismo co-responsabilidad en instaurar y mantener el status libertatis. De ahí, que la pena sea lo que corresponde al autor de la infracción, en cuanto él es parte de esa comunidad, y su delito contraviene la esencia de tal comunidad.

El deber de cooperación se relaciona con el papel asignado al Derecho y en particular al Derecho penal. La “tarea principal del Derecho, sobre todo del Derecho penal, consiste en hacer posible que el ciudadano pueda establecer su vida según sus propias comprensiones” (p. 174); más que crear estados de libertad, ha de tutelar o estabilizar su conservación y mantenimiento (p. 146). La comunidad jurídica (“*Rechtsgemeinschaft*”) no es la mera sociedad si por esta se entiende el producto de un contrato social, en el que se cede libertad a cambio de protección: esta idea resultaría pobre para plasmar la posición del ciudadano en la concepción de *Pawlik*. No es mero individuo asociado, sino co-interviniente en la conformación del status libertatis. El Estado es visto como prototipo de comunidad jurídica (p. 143) e intervendrá de manera relevante en la configuración de las competencias.

Puesto que este deber de cooperación, a pesar de ser fundamental, resulta todavía impreciso y genérico, ha de concretarse para los diversos intervinientes en el caso

⁸ En *Das Unrecht des Bürgers* se habla pocas veces de “*Verpflichtung*” u obligación (sí, en p. 354), y muy a menudo de “*Pflicht*”. Y aunque “*Pflicht*” designa a veces deber en sentido tradicional (p. 237, por ejemplo: “*Duldungspflicht*”), se asocia sobre todo al “*Mitwirkungspflicht*”, concepto clave en su planteamiento, como se ve.

⁹ En *Pawlik* (nota al pie 5), pp. 82-97, el *autor* empleaba a menudo la expresión de lealtad o “*Loyalität*”, que ahora prefiere abandonar (cfr. como excepción *Das Unrecht des Bürgers*, p. 298), con el fin de evitar toda vinculación con un Derecho penal de actitud interna.

singular. Es entonces cuando se requiere acudir al concepto de competencia (“*Zuständigkeit*”).

b) *La competencia* (“*Zuständigkeit*”)

Al concepto y contenido de la idea de competencia se dedica una parte principal de la obra (cap. 2: pp. 157-254)¹⁰. Citando a *Jakobs*, dirá que el concepto clave para fundamentar el surgimiento del deber es la idea de competencia o “*Zuständigkeit*” (p. 158). Sobre la expresión, emplea muy diversas combinaciones terminológicas,¹¹ todas ellas con el fin de matizar o concretar el significado en cada contexto.¹² La competencia tiene sentido desde la idea de deber de cooperación en el marco de la “*Rechtsgemeinschaft*”, en la

¹⁰ No me refiero ahora aquí a los concretos detalles de las competencias de agente y lesionado (en particular, las de autorresponsabilidad y consentimiento, legítima defensa y estado de necesidad defensivo, y estado de necesidad agresivo) que ahí sistematiza (pp. 219-254), pues harían excesivamente prolijo este comentario, más general.

¹¹ Así, en concreto, emplea: “*Ingerenzzuständigkeit*” (pp. 182, 241); “*Respektierungszuständigkeit*” (p. 185); “*Ermöglichungszuständigkeit*” (p. 192); “*Zuständigkeitsfiguren*” (pp. 194, 218, 244); “*Zuständigkeitstatbestände*” (pp. 194, 215, 255); “*Mitzuständigkeit des Verletzten*” (pp. 197, 353) o “*Verletzenzuständigkeit*” (pp. 215, 219); “*Zuständigkeitsverteilung*” (pp. 215, 281, 302); “*Ausgangszuständigkeit*” (p. 218); “*Beide Teilkomponenten der Zuständigkeitsanalyse*” (para autor y víctima, pp. 218, 355); “*Zuständigkeitsstruktur*” (pp. 237, 247); “*Sonderzuständigkeit*” (p. 241); “*Zuständigkeitserwägungen*” (p. 243); “*Konfliktzuständigkeit*” (p. 243); “*Zuständigkeitsregime*” (p. 248); “*Zuständigkeitslehre*” y “*Zuständigkeitssystem*” (p. 248); “*Zuständigkeitstheoretische Parallelen*” (p. 251); “*Zuständigkeitswidrige Handlung*” (p. 255), o bien “*zurechenbarzuständigkeitswidriges Verhalten*” (p. 281); “*Zuständigkeitsbegründung*” (pp. 281, 298, 302); “*allgemeine Zuständigkeitslehre*” (p. 302); “*Zuständigkeitsbereich*” (p. 302); “*Organisationszuständigkeit*” (p. 355); “*Zuständigkeitsvoraussetzung*” (p. 363).

¹² Me parece importante llamar la atención sobre la raíz semántica del término alemán “*Zuständigkeit*” (*Zustand*-), que se halla también en la expresión “*Zustand der Freiheitlichkeit*”, que emplea *Pawlik* para referirse al contenido del deber ciudadano de cooperación, referido a instaurar y mantener el estado de libertades (como status libertatis: cfr. supra, nota 6). La traducción española de “*Zuständigkeit*” como competencia no debería perder de vista la conexión semántica con “*Zustand*”, es decir, estado o estatus), es decir, con la idea de posición del ciudadano en sociedad. Dicho de otro modo, los significados de competencia (“*Zuständigkeit*”) y status libertatis (“*Zustand der Freiheitlichkeit*”, estado de libertades) están relacionados. Además, el significado del verbo latino “*stare*” (y de ahí “*status*”), como del alemán “*stehen*” (y de ahí, “*Stand*”, y “*Zustand*”), no es el mero “*estar*”, sino “*estar de pie*” o “*en pie*”, con un matiz activo adicional que le dan las preposiciones “*zu-*” o “*für*”, que se perdería con el mero “*estar*” o “*estado*” en castellano.

que la libertad de cada uno viene referida a la de sus conciudadanos (p. 298). Aunque no excluye que se refiera a una relación jurídica, aporta algo más que el concepto de esta (p. 343); incluye deberes de respeto y deberes de asegurar las condiciones de la existencia personal (p. 158). Lo adecuado es atender a las competencias de los diversos intervinientes en cada caso. En efecto, concretamente, expresará: “lo propio [Propium] del injusto punible consiste en que el autor contraviene sus deberes de cooperar en el mantenimiento del estado existente de libertades; y el ámbito de tales deberes se determina en función de su competencia respecto a la integridad de una esfera de jurídica ajena; por tanto, la distinción esencial no es la que media entre acción y omisión, sino entre las diversas competencias” (pp. 161-162). Y así, la distinción entre acción y omisión se relativiza o pierde fuerza (p. 161, citando a *Jakobs*), y la atenuación facultativa del § 13 Abs. 2 StGB resulta infundada (p. 161, nota 26). Es más, la concepción por él defendida pretende superar lo estrecho de la concepción que enlaza deber negativo-comisión y deber positivo-omisión (pp. 174-176). En lugar de una doctrina de la posición de garante en su sentido originario, esboza *Pawlik* la fundamentación de un sistema de competencias que abarca acción y omisión y que se prolonga en el ámbito de las causas de justificación y de exculpación (p. 174).

Pawlik se refiere a dos grupos de competencias: la “Respektierungszuständigkeit” y la “Ermöglichungszuständigkeit”. La primera, la competencia de respeto, acogería las prohibiciones de dañar a otros (*neminem laedere*), incluyendo casos de injerencia: podría hablarse de una competencia en sentido negativo (de una “negative Mitmenschlichkeit”, dirá citando a *Kersting*, en p. 179). La segunda, la competencia de posibilitar o de fomento, incluye tanto la responsabilidad basada en instituciones como la prestación de socorro. Ambas competencias dan cabida a formas comisivas (prohibiciones de dañar y comisión por omisión) y omisivas (injerencia y omisión pura de socorro). Aunque no emplea expresamente esa denominación (cfr. pp. 179-180), se podrían calificar también, brevemente, como competencias positivas y negativas.

Para el comportamiento singular es necesario llegar a una norma más precisa, a la “die in concreto maßgebliche Verhaltensnorm”, que se deriva de la competencia del sujeto (cap. 2, sobre la que expresa en p. 336: “die in einer konkreten Handlungssituation maßgebliche Verhaltensnorm [ist] das Produkt einer Zuständigkeitsanalyse”); también, a propósito del error, se referirá a “die in concreto maßgebliche Verhaltensnorm” (pp. 311, 322, 333, semejante en p. 325). Sin embargo, frente a esta norma concreta no opone una “in abstracto Verhaltensnorm”, que estaría en el nivel de la competencia o más allá aún, en el del deber de cooperación. Es importante mostrar cómo en su planteamiento la competencia no es todavía una norma operativa para actuar, pero sí para llegar a determinar la concreta norma de comportamiento del agente singular. También el deber de cooperación resulta inespecífico todavía. En cambio, la acción realizada sí atenta contra una concreta norma de conducta (“ein pflichtgemäßes Verhalten”, p. 298); y entonces no tiene reparo en referirse a la “Pflichtverletzung”

(pp. 311, 377), “Pflichtwidrigkeit” (p. 362), o “Übertretung einer Verhaltensnorm” (p. 404). En cualquier caso, y esto es importante en este contexto, el agente procede efectuando un paso de la competencia al deber de conducta en ella contenido, o de ella derivado (“Die aus seiner Zuständigkeit erwachsende Verhaltenspflicht”, p. 256), para llegar a la concreta norma de comportamiento particular. Es más, se podría afirmar que eso, extraer esa concreta norma de conducta, es ya actuar, en la medida en que corresponde al ciudadano precisar su norma de conducta. En definitiva, lo injusto de la conducta criminal consiste en apartarse de lo esperado, de lo que se exige a un ciudadano en su situación en virtud de la correspondiente norma de conducta (“Allgemein gesprochen, bleibt der Straftäter hinter den Anforderungen der für einen Bürger in seiner Situation maßgeblichen Verhaltensnorm zurück”, p. 298), por no haberse esforzado en llevar a cabo la conducta adecuada al deber en la medida jurídicamente esperada (“weil er sich nicht in dem rechtlich erwarteten Ausmaß um ein pflichtgemäßes Verhalten bemüht hat”, p. 298).

Este paso de la competencia a la norma de conducta que rige en concreto se lleva a cabo mediante una operación del sujeto competente gracias a las incumbencias (“Obliegenheiten”). Plantea dos formas básicas de incumbencia: la “Obliegenheit zur Irrtumsvermeidung” (p. 302, y que en ocasiones califica como “Bemühensobliegenheit”, p. 375), y la “Obliegenheit zur Selbstmotivierung” (p. 345, o “Selbstmotivierungsobliegenheit”). De este modo, el sujeto singular procede en el caso particular, desde su posición y respecto a los restantes intervinientes, a concretar la norma de comportamiento. A su vez, el recurso a ambas incumbencias (como “Bemühensobliegenheit” y “Selbstmotivierungsobliegenheit”) sirve también para descargar al ciudadano en casos de desconocimiento de la norma (“Entlastung” por error de prohibición o “Verbotsirrtum”, p. 318), o de dificultades considerables de motivación (“Erschwerung der Motivierung”, p. 345), respectivamente. Del ciudadano espera la comunidad jurídica que ponga suficiente esfuerzo en el momento para dar con la concreta norma de conducta (p. 256). El lector se pregunta si ambas incumbencias intervienen por igual para determinar la norma de conducta en concreto (p. 354). “Puesto que la carga efectiva de un obligado por el deber solo deriva de la acción conjunta de norma de conducta e incumbencia de esforzarse, la figura de la fundamentación de la competencia codetermina también en el destinatario de la norma el ámbito de la incumbencia por esforzarse en colmar la obligación a él referida” (p. 354)¹³.

Aunque el concepto de competencia guarda sin duda relación con el supuesto de hecho (o “Tatbestand”, categoría cuyo uso habitual en las teorías del delito critica: pp. 195-205), no son lo mismo. La competencia es una vía de

¹³ Esta diversa función de “Zuständigkeit” y “Obliegenheit” debería llevar a no emplear la misma expresión castellana para ambos significados. Siempre me ha parecido conveniente traducir “Obliegenheit” como “incumbencia” y no como “competencia”.

concreción del deber de cooperación del ciudadano en atención a la posible víctima y terceros; y por eso, un concepto operativo o instrumental, se podría decir. No es todavía la concreta norma de comportamiento, como tampoco la fuente de esta. Por eso se entiende que, así como existe un “Verbotsirrtum”, no se refiera a un “Zuständigkeitsirrtum” para el desconocimiento de los propios deberes en el seno de una competencia. Y así ha de ser coherentemente, pues esta – todavía inconcreta – no es aún el deber de comportamiento. A través de la denominada “distribución de competencias” o “Zuständigkeitsverteilung”, se toma en cuenta la situación previa de los sujetos, así como de todos los posibles afectados (la posible víctima y terceros), y se procede a precisar el deber ciudadano de cooperación en concretas normas de comportamiento del sujeto singular.

c) La imputación (“Zurechnung”)

Una vez expuesto su planteamiento sobre la competencia (cap. 2) como situación normativa del sujeto que concreta el todavía amplísimo marco de acción del deber de cooperación (cap. 1), afronta el estudio de la imputación de la conducta (que ocupa el extenso cap. 3). Las normas de conducta se completan mediante “un segundo grupo de reglas” “que proporcionan información al aplicador del Derecho, sobre todo a los jueces, sobre los presupuestos para poder imputar a un ciudadano un determinado estado de cosas como infracción de la norma de conducta” (p. 255). Es lo propio de la operación de imputación. Entiende que el de imputación es un concepto relacional que vincula a un sujeto con un determinado estado de cosas en virtud de una regla de conexión, es decir, la norma. Dichas reglas de imputación no tienen por qué reflejar el dualismo propio de separar injusto y culpabilidad (que separa los niveles de valoración y atribución), como hacen las teorías del delito al uso, sino que propone un procedimiento monista: la constatación de si se ha infringido el único deber relevante a estos efectos: “hay solo *un* deber relevante a efectos de la teoría del delito – ‘¡omite conductas contrarias a lo que te compete!’ – y en consecuencia, también solo *un* examen de la imputación con relevancia sistemática a tener en cuenta” (p. 256). Y “en tal sentido, se comporta contra la competencia de manera imputable quien omite cumplir el deber de conducta que surge de lo que le compete, a pesar de que habría podido realizarlo si hubiera puesto suficiente esfuerzo en el momento, según espera de sus miembros la comunidad jurídica” (p. 256). Carece entonces de sentido la distinción entre injusto y culpabilidad, así como la que media entre norma de valoración y de determinación, que no son tan antiguas ni asentadas como a menudo se presentan (pp. 259-267, 276-281), para cifrarlo todo en una única operación de imputación entendida como afirmación de la infracción del deber en cuestión: esto es lo que importa, la conducta imputable contraria a lo que compete al sujeto (cfr. pp. 255-256, 281).

A la operación de imputación “corresponde ciertamente determinar en qué medida las competencias abstractas del ciudadano se condensan para él en concretas cargas” (p. 259). Y aunque el lector de hoy en día se escandalice, el injusto así

entendido, como bien había visto ya *Binding*, incluye un momento de desobediencia, de deslealtad al deber de cooperación (p. 280). No será posible dicha operación de imputación, según su planteamiento, en los casos de error sobre la prohibición ni en los de dificultades considerables para la motivación de la conducta. El error sobre la prohibición es ahora un supuesto de desconocimiento del concreto contenido de la conducta exigida de acuerdo con la competencia: abarca los casos de desconocimiento tanto de datos fácticos, como también de la prohibición (pp. 271-272, 322-345); y por eso, coherentemente, ya no se refiere al error de tipo o sobre elementos del tipo, sino al error sobre las circunstancias (pp. 195-196). Y las dificultades extremas de la motivación incluyen supuestos de obrar por instinto de conservación, o miedo, como también casos de corresponsabilidad (o “co-competencia”) del agresor, conductas previas, excesos en la legítima defensa (pp. 346-362). La imputación cuenta entonces con lo que al ciudadano incumbe en cada caso: tanto de concretar la competencia (cfr. supra, II. 2. b), es decir, llegar a la precisa norma de comportamiento y sus circunstancias (la “Bemühensobliegenheit”, p. 375), como de motivarse a actuar conforme a lo que le compete (la “Obliegenheit zur Selbstmotivierung”, p. 345, o “Selbstmotivierungsobliegenheit”). La medida de la infracción del deber se puede graduar en función de la evitabilidad, supraconcepto que viene a cumplir la función que desempeñaban los de dolo e imprudencia (pp. 367-374). Al final, la esencia del injusto criminal se expresa en la enemistad hacia el Derecho (p. 375), en una línea ya apuntada por Grolmann, que se concreta en la voluntad defectuosa de no omitir infracciones de la norma a pesar de su carácter nocivo (p. 375).

III. Valoración

Entre otras importantes consecuencias expuestas en su obra, se halla la superación de la brecha que separa injusto y culpabilidad, la equiparación de los errores del agente en una sola clase de error (el “Verbotsirrtum”, que incluye todos los elementos que se requiere conocer), la no separación entre conocer y querer, y la relegación de las categorías de “Tatbestand” y bien jurídico, así como el planteamiento del delito como enemistad con el Derecho.

En su propuesta, aparecen en escena tres categorías normativas llamadas a estructurar la concepción sobre el injusto y la imputación: primero, el deber (abstracto y todavía general) de cooperación que recae sobre el ciudadano por el hecho de serlo; segundo, la competencia del sujeto singular, que permite llegar a la norma concreta para la acción; y tercero, ciertas exigencias de motivación y decisión para actuar que recaen sobre el ciudadano, las incumbencias. El recurso a estas últimas, a las incumbencias, me parece muy sugerente y puede ser de gran ayuda para dar respuesta a cuestiones muy variadas de la teoría del delito. No entraré ahora sin embargo a valorar su aportación en esta categoría. Sí, en las restantes que acabo de señalar.

La valoración general que me merece su obra, a pesar de concretas divergencias de contenido,¹⁴ es muy positiva. Presenta una innovadora vía de fundamentación del delito y el injusto, así como de la pena: no se trata de un mero cambio de denominaciones para las “categorías de siempre”, sino de la propuesta de las líneas básicas para una teoría general del delito. Junto a esta valoración general positiva, efectuó a continuación observaciones sobre algunas categorías en particular (imputación, injusto y culpabilidad, el error sobre la prohibición y el supuesto de hecho), que acabarán repercutiendo sobre la idea básica del deber de cooperación.

1. Sobre la imputación

Comencemos por lo expuesto en último lugar, la idea de imputación. Entendida esta como el procedimiento en virtud del cual se constata la infracción de la competencia del agente, es natural que constituya un concepto clave en *Das Unrecht des Bürgers*. Es más, junto a las ideas de competencia y el deber de cooperación del ciudadano, conforma los tres pilares de la doctrina general del injusto que delinea *Pawlik* en esta obra. A mi modo de ver, su concepción sobre la operación de imputar no coincide con los contenidos que se da a dicho concepto ni en las teorías del delito al uso, ni en la doctrina clásica de la imputación, ambas muy bien conocidas por el autor.¹⁵ No coincide su idea de imputación con las de las teorías del delito al uso porque, para él, en el injusto criminal se trata de constatar la infracción de lo que al agente competía, lo cual – en la línea de los autores hegelianos – es la culpabilidad misma, que aúna todos los elementos de la acción (desde la conducta hasta la exigibilidad)¹⁶. Y no coincide tampoco con lo propio de la doctrina clásica de la imputación, en cuanto se obvia la operación intermedia de valoración del hecho (la denominada “*applicatio legis ad factum*”), en beneficio de un juicio único sobre la infracción de la competencia.¹⁷

Ciertamente de nada serviría contar con ciudadanos a los que se hace partícipes de un deber de cooperación y de los que se espera que actúen, por propia incumbencia – por propia iniciativa, cabría afirmar –, de acuerdo con lo que les compete. Es preciso garantizar la efectividad de dicho deber general de cooperación: entra en juego entonces la pena como

respuesta a la eventual infracción. Y para hacer posible esta respuesta penal es preciso afirmar que se produjo la infracción: que se quebrantó aquel deber de comportamiento concreto, que se llevó a cabo una conducta contraria a lo que competía al agente y, en última instancia, que se realizó un “comportamiento disgregador”, de no-contribución (“*die strafrechtlich relevante Absage des Täters an die Kooperationsforderung seiner Rechtsgemeinschaft*”, p. 297). Con otras palabras, se trata de constatar la infracción del deber de cooperación plasmado en la concreta norma de comportamiento que deriva de la competencia. Este es el papel de la imputación, que sirve de instrumento para unir la acción del sujeto y la pena, a través de la concreta norma de comportamiento.

Dicha visión sobre la imputación resulta próxima al planteamiento de *Kelsen*, de quien no duda en afirmar que nadie mejor que este ha acertado al tratar del tema (p. 256)¹⁸. Para el *Kelsen* de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), la imputación consiste en la operación de, en virtud de una norma, enlazar un supuesto de hecho (*Seintatbestand*) con un sujeto; un concepto que más adelante calificaría como atribución (“*Zuschreibung*”), mientras que imputación (“*Zurechnung*”) designaría la operación de enlazar un supuesto de hecho con su consecuencia, la sanción.¹⁹ Dicho modo de entender la imputación, aunque sea coherente y defendible en su planteamiento, difiere del recibido en la doctrina clásica de la imputatio. Lo cual se constata al revisar algunas de las aportaciones esenciales de *Das Unrecht des Bürgers*. No sostengo que la doctrina clásica de la imputatio sea la única posible sobre el tema, ni el único criterio de verdad para valorar una propuesta conceptual. Sostengo, en cambio, que hay conceptos claves de la doctrina clásica que pueden desempeñar un eficaz papel, y que quedan aquí sin embargo en segundo plano: en particular, es la operación de *applicatio legis ad factum*.²⁰ Veámoslo a propósito de la dicotomía entre injusto y culpabilidad, la unificación de los casos de error en un supraconcepto de error sobre la prohibición, y el abandono de la categoría de “*Tatbestandsmäßigkeit*”.

2. Sobre la (no) dicotomía entre injusto y culpabilidad

Entiendo las razones para no distinguir en el delito más que la “culpabilidad” (comprendida en sentido amplio y general como responsabilidad por el delito), y admitiría que eso es la imputación (tanto la *facti* como la *iuris*, ambas, que tienen en común que se trata de operaciones de atribuir algo al sujeto) unida a la valoración que recibe lo realizado. En este sentido,

¹⁸ Más aún, con sus palabras: nadie mejor que *Kelsen* ha dado en el clavo al tratar este tema (“*Was der Begriff Zurechnung bedeutet, hat niemand prägnanter auf den Punkt gebracht als Hans Kelsen.*”, p. 256).

¹⁹ Cfr. p. 256, en nota 5 con referencias. Al concepto de imputación en *Kelsen* me he referido en *Sánchez-Ostiz* (nota al pie 17), pp. 336-342.

²⁰ Cuyo contenido no es de imputación, por lo que sería erróneo denominarla “*imputatio legis*”, como hicieron por lo demás algunos autores clásicos.

¹⁴ Por ejemplo, respecto a la exposición de pp. 224-233.

¹⁵ Cfr. en concreto, el estudio dedicado a la doctrina clásica de la imputatio, en pp. 288-298.

¹⁶ Y habría que preguntarse por las causas de no punibilidad: dado que es común en la doctrina alemana analizar los singulares factores de no punibilidad por relación a las categorías de injusto o culpabilidad a las que cada uno afecta más directamente, cabe preguntarse en qué medida son cuestión perteneciente a la competencia del autor o no.

¹⁷ En concreto, cabe dudar del uso que da *Kant* a la categoría de imputatio legis (cfr. p. 289), en cuanto no aparece expresamente en *Metaphysik der Sitten*, como tampoco la de *applicatio legis ad factum*. Sobre esta cuestión, cfr. *Sánchez-Ostiz*, *Imputación y teoría del delito*, La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo, 2008, pp. 106-107.

podría coincidir con *Pawlik* cuando afirma que, al final, se trata de responsabilidad por el injusto, si con eso se evita la “construcción” de dos pilares artificialmente separados. Imputar responsabilidad no es una operación que pueda analizarse – esto es, distinguir y separar para identificar su composición –, porque se da combinando juicios de diversa naturaleza pero imbricados hasta el punto de que no es posible aislar alguno de ellos sin su referencia a los otros. A pesar de darse sucesivamente, no pueden tampoco fusionarse, es decir, reducirse a una sola operación de “hacer culpable a alguien”, porque son de diversa naturaleza: imputar y valorar. Además, tampoco sería adecuado identificar esos juicios intermedios de la imputación con las categorías al uso de las teorías del delito. En concreto, no me parece adecuado asimilar sin más “injusto” con *imputatio facti*; o culpabilidad con *imputatio iuris*. En definitiva, ni separación, ni asimilación, ni fusión. Veamos por qué.

Para la doctrina clásica, el injusto del que hablamos aquí implicaría que se han realizado ya las operaciones²¹ de i) *imputatio facti* y de ii) *applicatio legis ad (hoc) factum*, mientras que la iii) *imputatio iuris* (de un hecho contrario a la norma en cuestión), como juicio de reproche por tal hecho, se asociaría a la idea de culpabilidad, en el bien entendido de que presupone las dos operaciones previas (por eso, no procede separarlas hasta aislarlas). Esa categoría intermedia de la *applicatio* presenta una naturaleza diversa a las de *imputatio*, y convendría, por esto mismo, mantenerlas separadamente (no es adecuado fusionarlas). Calificar algo como injusto exige valorar o medir lo realizado con arreglo a una pauta de conducta (el disparo como “matar”, más aún, como “homicidio”; esta escultura como una “obra maestra”; y si se quiere, incluso este robo como “el crimen perfecto”), lo cual presupone afirmar primero que se ha actuado, es decir, que el suceso es un hecho (disparo, escultura, crimen). Entran en juego entonces dos operaciones: primero se imputa como hecho el suceso en el que el sujeto se ve inmerso (que se corresponde con la *imputatio facti*), y luego se valora ese hecho con arreglo a una pauta de conducta (con la *applicatio legis ad factum*). Sigue después la operación de atribuir lo que resulta ser contrario a la norma en cuestión a título de reproche, esto es, como culpable; y lo que excede de la norma de conducta como meritorio o laudatorio (que se corresponde con la *imputatio iuris*). Estos juicios no se corresponden exactamente sin embargo con las categorías al uso de la teoría del delito, como si la *imputatio facti* fuera el injusto, frente a la culpabilidad que sería la *imputatio iuris* (y por eso, conviene no asimilarlas). Aunque ciertamente la *imputatio iuris* se corresponde aproximadamente con la culpabilidad, eso es correcto siempre que se entienda qué son las otras dos operaciones. La imputación del hecho exige contar con el conocimiento y voluntad del agente, esto es, con su control sobre los acontecimientos; pero dicho control no se da sin que el agente tenga en cuenta ya ciertos contenidos valorativos (su disparo no es un mero proceso causal, sino un curso de riesgo contra alguien). Y en la valoración del hecho

que se realiza *ex post* en sede de *applicatio legis ad factum* no puede obviarse lo subjetivo, junto a lo objetivo. Lo subjetivo y lo objetivo, que ya fueron tomados en consideración para imputar, vuelven a ser empleados en sede de valoración del hecho. Y nuevamente en sede de imputación del hecho antijurídico a título de reproche – esto es, de *imputatio iuris* –, la atribución al sujeto se basa en que lo llevó a cabo a pesar de que sabía (apela a lo subjetivo) lo que significaba.

La dicotomía entre injusto y culpabilidad lleva fácilmente al error de pensar que en el primero estaría lo objetivo (o lo valorativo, lo general), mientras que en la segunda se hallaría lo subjetivo (o el aspecto de determinación de la norma, lo específico del autor). Este pudo ser el planteamiento de *v. Liszt* (con la dualidad de objetivo y subjetivo) y *Mezger* (con las ideas de norma de valoración y norma de determinación). Pero no es el de *Pawlik*, ni tampoco el mío. Si con la dicotomía de injusto y culpabilidad se quiere aludir a los dos pilares de la teoría del delito, y rescatar la dualidad objetivo/subjetivo, externo/interno, general/particular del autor, entonces yo estaría de acuerdo con *Pawlik* en que es inadecuada la diferenciación. Pero imputaciones y *applicatio* no responden a ese par conceptual; se refieren a dos operaciones o juicios con distinto carácter: las primeras (*imputatio facti* e *imputatio iuris*) atribuyen o imputan algo como hecho, y luego a alguien como reprochable; mientras que la segunda, la *applicatio legis*, viene a medir o valorar ese hecho con arreglo a una pauta de conducta. Por tanto, a mi modo de ver, es la diversa naturaleza de los juicios de imputar y valorar lo que debe mantenerse separado. Según entiendo, conviene mantener la distinción entre dos operaciones que tienen naturaleza diversa: las de imputar y la de valorar.

Además, llevar a cabo la unificación de todos los factores que merman la libertad del agente, para cifrarlo todo en imputar el hecho, al que luego se referiría la operación de *applicatio*,²² me parece difícil por dos razones. Primera, porque es clave en Derecho “penal” acabar en un juicio de reproche al agente, lo cual exige ya antes contar con un hecho antijurídico; obviamente este hecho antijurídico no existe aisladamente al margen de su autor, por lo que la valoración como antijurídico es ya anticipación de la reprochabilidad al agente (se daría en este sentido cierta circularidad entre valoración como antijurídico y su reproche). Y segunda, porque entre los factores que afectan a la libertad los hay de diversa cualidad (me refiero a los dos aspectos de la voluntad y del conocimiento: *infra*, 4.), en razón de que unos guardan relación con el poder obrar, y otros con el contenido de deber exigible al sujeto. Que esta diversa cualidad aconseje la separación de dos niveles de imputación (así, *Hruschka*) o de intencionalidad (así, *Kindhäuser*, en la línea de *H. Frankfurt*), es algo que se deriva de lo anterior.

²² “Konstruktiv denkbar wäre es nämlich auch, das Sollen von vornherein könnensabhängig zu bestimmen bzw. sämtliche freiheitsbeeinträchtigenden Faktoren im Rahmen einer einheitlichen Zurechnungsprüfung abzuhandeln und die *applicatio legis ad factum* sodann auf die so konstituierte Tat zu beziehen.” (p. 264, r.o.).

²¹ Cfr. p. 263, donde su *autor* distingue claramente las tres operaciones.

3. *Sobre la equiparación de los errores en un “error sobre la prohibición”*

A partir de lo que se acaba de exponer, pienso que hay buenos motivos para mantener la diferente cualidad y relevancia de los dos casos de desconocimiento, los errores de tipo y de prohibición, pero siempre que cada uno responda a su diversa función en sede de imputación. Estoy de acuerdo con que se requiere depurar los conceptos de ambos y emplear una terminología más acorde con su función. Pero dudo de que se consiga recurriendo a una categoría unitaria de “error sobre la prohibición” que agrupa casos de error en sentido estricto (pp. 322-333) y en sentido amplio (pp. 333-345). Las razones para mantener la distinción entre ambas clases de error son de orden estructural, como también “político”.

Para imputar es preciso contar con que el sujeto conocía la situación en la que se hallaba inmerso y los medios con los que operaba; a su vez, también requerimos el control de la situación, en cuanto capacidad del agente para dirigir la acción. Faltará al sujeto el conocimiento en aquellos casos de falsa representación o de no representación de la situación (error facti); y carecerá de la capacidad de dirigir la acción en los casos de imposibilidad de oponerse al curso de los acontecimientos (vis absoluta). Ambos grupos de factores condicionan la posibilidad de imputar el suceso como factum. Y se distinguen a su vez entre sí (“conocimiento” y “volición”), siempre que no se tomen en sentido psicológico como datos constatables, sino como momentos del hecho mismo. En cambio, para poder reprochar al agente su hecho contrario a la pauta de conducta requerimos tanto el conocimiento como la capacidad de seguir la norma, de nuevo, siempre que no los tomemos en sentido y con contenido psicológicos a modo de datos empíricos constatables. No es posible entender que se da ese conocimiento cuando el sujeto no sepa, en cuanto que no perciba, el sentido del hecho (error iuris; prefiero hablar entonces de “saber” en lugar de “conocer”) y tampoco cabe entender que tiene capacidad de seguir la norma si sobre él influyen factores que hacen excesivo seguirla (vis moralis; veo preferible referirme entonces a carencia de “voluntariedad”, frente a “volición”). Ambos factores estructurales condicionan la posibilidad de reprochar al agente su hecho contrario a la norma.²³

Estas razones, de carácter estructural, servirían a su vez para establecer una distinción en lo que se refiere a los defectos de la voluntad. Los supuestos de ausencia de la volición básica y mínima son muy distintos de los casos de carencia de fuerza de voluntad (de voluntariedad). Los casos de ausencia de volición parecen menos frecuentes, si no fuera porque suelen dar entrada a las estructuras de actio (vel omissio) libera in causa. Los de carencia de voluntariedad parecen ser los relevantes (intoxicación e inexigibilidad, sobre todo). A mi modo de ver, es clave mantener la dualidad de grupos de casos, porque reflejan cómo está constituida la

acción misma. Puesto que se trata de elementos de la acción humana y no sólo del delito, han de concurrir y pueden faltar en la acción del autor como también de la víctima, en cuanto que también “actúa”. Es lo que se plasma en la distinción entre obrar contra alguien con violencia (“mit Gewalt”) o empleando amenazas (“durch Drohung”): por ejemplo, en los §§ 177, 234, 240, 249, 253, 255 StGB. Por eso, es relevante diferenciar entre los casos de exclusión de la volición frente a los que anulan la voluntariedad pero no la volición mínima suficiente para poder hablar de una acción. A fin de cuentas, sería lo propio de abordar la cuestión desde la Filosofía práctica, que es el enfoque idóneo, como propone el autor.

Además de estas razones estructurales para mantener la dualidad de casos de desconocimiento, hay otras, de carácter “político”, en cuanto basadas en el concepto de ciudadano. El propio Pawlik lo aborda cuando se plantea límites a la incumbencia de esforzarse, pues no se exige todo del ciudadano. En esto estoy de acuerdo, y por las razones “políticas” relacionadas con el deber de cooperación que él mismo señala (pp. 333-335), con descargar al sujeto en casos excepcionales. Pero se puede atender a lo excepcional precisamente diferenciando entre errores referidos a la situación fáctica y errores sobre la amplitud de lo permitido o prohibido. El grado de conocimiento y error que cabe exigir pienso que tiene que ver con la diversa fuente del conocer y errar, es decir, con que no exigimos lo mismo al ciudadano en unas materias y otras. Pienso que lo que sucede en casos de desconocimiento sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación es elocuente: hasta el más avezado jurista experto en legítima defensa puede errar como el ciudadano menos instruido en Leyes que quepa imaginar. En cuanto al margen de la permisión, no exigimos lo mismo a unos y a otros.

4. *Sobre el abandono de la categoría de “Tatbestandsmäßigkeit”*

La idea de competencia está llamada a desplegar un importante papel en una nueva doctrina general del delito. El concepto aglutina todas las relaciones y posiciones jurídicas del sujeto: las institucionales y las personales del agente, así como las derivadas de la actuación previa de la víctima. De este modo, plasma los diversos mensajes que recaen sobre el ciudadano, en la concreta situación, puesto que, a partir de las competencias de posibilitar (o de fomentar) y de respetar, el agente identifica y llega a su concreta norma de comportamiento, a la “in concreto maßgebliche Verhaltensnorm” (pp. 311, 322, 333). En cuanto condiciona su acción futura, la competencia expresa normas. Que dichas normas concretas de comportamiento aúnen las diversas perspectivas y situaciones no quita que sean normas aquello por lo que se rige la acción. Y por esto mismo pueden emplearse también como criterio de medición o valoración del comportamiento ya realizado. Pero no se trata entonces de la categoría de “Tatbestand”, cuyo uso critica (pp. 195-215), sobre todo por ser un concepto que responde a afanes clasificatorios (p. 195) y que no ha logrado aportar mucho a esclarecer el concepto de acción delictiva (p. 205, citando a Class). Su función ha de limitarse a una función didáctica pero no sistemática (p. 205).

²³ Pero esto no implica que los baremos de exigibilidad del conocimiento de la norma deban ser más estrictos o exigentes que en el conocimiento del hecho (así, también en p. 322).

En buena medida, estoy de acuerdo con la conveniencia de superar esa categoría, por el uso que a menudo se le ha dado en las teorías del delito, y su escasa aportación a esclarecer el concepto de delito. Con todo, al atribuirnos responsabilidad, me parece importante reservar un espacio para la valoración o medición de la conducta, como algo propio y distinto de la función directiva que cumplen las normas (es esta misma norma de comportamiento que opera como directiva la que luego se emplea como criterio o baremo de medición) y como algo diverso de las operaciones de imputación (de las que ya hemos tratado en un epígrafe anterior). En su planteamiento, la categoría relevante no es la de tipicidad – al menos como esta suele entenderse –, sino la de competencia, un concepto más operativo. La competencia opera como nivel intermedio de concreción entre el deber ciudadano de cooperación y la concreta norma de comportamiento. Con todo, al final esa misma norma de comportamiento opera también como baremo de medición de la conducta realizada; es decir, junto a la función directiva que cumple, hay que tener en cuenta la de medición del hecho. Esta función de medición no puede obviarse pues pertenece a la operación de atribuirnos responsabilidad por algo. Pero eso no supone que se identifique totalmente con la tipicidad, cuyos contornos y contenidos han ido variando. Que en las teorías del delito hayamos incluido en la tipicidad muy diversos elementos, hasta sobrecargarla o desbordarla, es algo que está claro: la tipicidad se ha visto como tabla de salvación a la que hemos subido la causalidad y el riesgo, el dolo y los errores, la imprudencia y la autoría, la justificación, hasta que ya no soporta tanto concepto naufrago. En este sentido, sí estaría de acuerdo con *Pawlik* en criticar la función que se atribuye a la categoría de la tipicidad. Pero, a mi modo de ver, es ineludible contar con una operación consistente en valorar el hecho realizado. Que para evitar equívocos no convenga denominarla “tipicidad” es otra cuestión.

El autor evita la distinción entre injusto y culpabilidad, pero pienso que no es posible superar la que media entre la valoración de la conducta y su imputación. La idea de competencia acogería las normas de conducta, y son estas mismas normas las que permiten decir que se ha obrado contra lo que competía al sujeto en cuestión, que es el concepto de imputación que el autor emplea (la constatación de si se ha infringido la competencia; por lo que “hay solo un deber relevante a efectos de la teoría del delito – ‘¡omite conductas contrarias a lo que te compete!’ – y en consecuencia, también solo un examen de la imputación con relevancia sistemática a tener en cuenta”, p. 256). Pero eso no es posible, a mi modo de ver, sin contar con reglas de imputación y – separadamente – un objeto de imputación. Dicha imputación no puede darse en el vacío, sino por referencia a algo, a la conducta contraria a la competencia. Y que dicho objeto no se denomine “injusto” es algo que parece lógico, ya que su contenido está muy condicionado por la concreta discusión doctrinal. Por tanto, en definitiva, el lector llega a la conclusión de que en la idea de competencia se cifra el comportamiento contrario a deber; mientras que en la de imputación se trata de la atribución de ese

comportamiento. En mi opinión, no es posible superar la dicotomía entre medición del comportamiento y su imputación.

5. Respecto al deber de cooperación del ciudadano

Me parece muy positivo el recurso de *Pawlik* a la idea del deber de cooperación del ciudadano. Una de las ventajas del recurso a esta idea radica en que permite dar explicación del contenido material tanto del delito como también de la pena. Otra de sus ventajas reside en que puede servir para dar contenido a un concepto material de injusto que apela al ciudadano como inserto en una comunidad jurídica (“*Rechtsgemeinschaft*”), y que entronca así con principios constitucionales sobre los que reina amplio consenso, y con planteamientos de Filosofía política bastante asumidos. Que la idea permita dar entrada a contenidos de raigambre constitucional y filosófico-política me parece sumamente positivo. Y sobre todo frente al consabido recurso al concepto de bien jurídico. Yo diría que atiende a la persona como ser social que es. En efecto, a mi modo de ver, sería posible también basar dicha concepción del ciudadano como miembro de una sociedad sobre planteamientos que ya están en Aristóteles (cfr. p. 288) sobre el ser humano como ser social, pues pienso que es eso a lo que apela la idea de ciudadano y de deber de cooperación.

Con todo, cabe cuestionar si el “nuevo” deber de cooperación está en condiciones de cumplir esa tarea de dar sentido a normas de conducta y al injusto del delito, o nos veremos abocados nuevamente a una idea vacía. Según entiendo, no tiene por qué fracasar el recurso al deber de cooperación, siempre que el concepto se vincule con el de competencia, en la que se va perfilando aquel deber, y se entienda la propuesta de *Pawlik* cuando las clasifica y jerarquiza. Si a ambos conceptos se une su modo de entender las incumbencias, el injusto criminal adquiere sentido, y lo hace apartándose del modo habitual de entenderse en las teorías del delito. Podría afirmarse en cierto modo que la doctrina penal ha construido una doctrina sobre la norma a la medida de las necesidades de una teoría del delito que se daba por asentada (y de ahí que identifiquemos con nitidez un mensaje de prohibición o prescripción que luego el juez progresivamente confronta con las posibles causas de justificación para después finalmente someterlo a la culpabilidad). Esta visión sería simplista. Y lo peor es que ha influido en el modo de entender la norma jurídico-penal y el injusto, que entonces pasa a ser visto como un objeto, como si fuera algo externo o tangible. En cambio, el enfoque de *Pawlik* es el inverso: comienza por un concepto de ciudadano en cuanto miembro de la comunidad jurídica, a la que debe prestar su contribución, no solo para cumplir lo que le corresponde, sino también para “poder cumplirlo” (conocer la norma y sus circunstancias de aplicación, así como esforzarse por llevarlo a cabo). Y de ahí perfila las categorías de esta “nueva” teoría general del delito como infracción imputable de la competencia.

Este recurso a las competencias suscita otra incógnita: la de si está exigiendo demasiado al ciudadano, hasta el punto de que un Derecho penal así configurado no sería ya ese

Derecho penal del ciudadano, el único que es posible (p. 110: “Legitimes Strafrecht ist definitionsgemäß Bürgerstrafrecht; es gibt kein anderes”). Pienso que de ello es consciente *Pawlik*, quien no pretende sobrecargar al ciudadano, sino tratarle como lo que es (miembro de una comunidad jurídica) y respetar la estructura operativa de las normas (que exigen que el destinatario contribuya a precisarlas y se decida a la acción). Y por ello prevé también los supuestos en los que no cabe exigirle tanto al destinatario. El deber ciudadano de cooperación no significa responsabilizar por todo.²⁴

IV. Final

Estas observaciones – que, más que críticas, son reflexiones suscitadas a raíz del estudio de su obra – no desmerecen en nada de lo ambicioso del proyecto que se había trazado el autor: plantear los fundamentos de una doctrina general del delito. Pienso que quien estudie e investigue sobre los fundamentos del Derecho penal no puede dejar de tener en cuenta las propuestas de *Pawlik*. Podrá discrepar o estar de acuerdo, pero en todo caso, es difícil no sentirse interpelado.

²⁴ Cfr. supra, nota 9.