

**PARTICULARIDADES DE LA TEORÍA DE LA
CIUDADANÍA DE MICHAEL PAWLIK.**
*PECULIARITIES OF MICHAEL PAWLIK'S THEORY
OF CITIZENSHIP.*

M.SC. LUIS ALONSO ROJAS RISHOR

- Licenciado en Derecho en la Universidad de Costa Rica.
- Máster en Derecho Penal en la Universidad Internacional de Las Américas.
- Doctorando en Derecho Penal en la Universidad Escuela Libre de Derecho.
 - Juez de Juicio en el Tribunal Penal de Puntarenas, Costa Rica.

PARTICULARIDADES DE LA TEORÍA DE LA CIUDADANÍA DE MICHAEL PAWLIK.

PECULIARITIES OF MICHAEL PAWLIK'S THEORY OF CITIZENSHIP.

Resumen.

La presente investigación es un análisis sobre la teoría de la ciudadanía y el Estado de Libertades desarrollado por Michael Pawlik. La investigación se centra en establecer conceptos generales sobre el desarrollo de la teoría del autor y sus principales características.

Abstract.

This research is an analysis of Michael Pawlik's theory of citizenship and the State of Freedoms. The research focuses on establishing general concepts regarding the development of the author's theory and its main characteristics.

Palabras clave.

Libertad, estado de libertades, competencias, incumbencias, injusto penal del ciudadano.

Keywords.

Freedom, state of freedoms, competencies, responsibilities, criminal injustice of the citizen.

Sumario.

- I. Planteamiento inicial.
- II. Concepto del Estado de Libertades.
- III. Mapa Conceptual del Estado de Libertades.
- IV. El deber ciudadano de cooperación.
- V. La lesión al deber ciudadano de cooperación.
- VI. Implicaciones prácticas del Estado de Li-

bertades y del deber de cooperación.
VII. Conclusiones.

I. Planteamiento Inicial

El presente trabajo, pretende recoger algunos aspectos generales sobre el desarrollo de la teoría del deber ciudadano de cooperación y el Estado de Libertades desarrollado por Michael Pawlik. La investigación se centró en establecer conceptos generales sobre el desarrollo de la teoría del Estado de Libertades del autor, como la libertad y la noción de Estado de Libertades.

Posteriormente se explican los presupuestos generales de la teoría del Estado de Libertades de forma tal que podríamos dividirlo en un presupuesto a. **antropológico** o del ser humano, que establece como fundamento que el individuo es libre y capaz de autodeterminación, b. **Normativo**, que establece que las normas permiten la libertad recíproca, c. **Social**, que establece que la sociedad es una empresa común que exige un deber de cooperación, d. **Jurídico** que establece que el Derecho penal protege las condiciones de esa libertad y e. Sobre la **función de la pena**, que establece restablecer la cooperación y reafirmar la norma.

Finalmente se pretende formular una respuesta a la pregunta de ¿cuándo nos encontramos en presencia de una *lesión al deber ciudadano de cooperación*?, lo cual se divide en cinco presupuestos 1. Su ubicación sistémica y axiológica, 2. Los límites de lo imputable, 3. La evitabilidad como concepto general del comportamiento imputable contrario a la competencia, 4. La medida de la

contrariedad al deber y 5. La normativización del dolo, y una posición sobre este tema del autor sobre la posibilidad de aplicarla en el ordenamiento jurídico costarricense.

II. Conceptos básicos del Estado de Libertades

En este apartado se pretende verificar algunas definiciones sobre la teoría del estado de libertades desarrollado por Michael Pawlik, para ello debo iniciar estableciendo que esta concepción es la base del desarrollo doctrinario del autor, porque a partir de ello intenta explicar el Derecho penal, la autorresponsabilidad, el rol del ciudadano, el delito y a la función de la pena, desde una óptica que dista de las teorías modernamente aceptadas en distintos ordenamientos jurídicos penales alrededor del mundo, como lo son la postura sicologista del finalismo, del concepto de persona y Estado del funcionalismo radical de Günter Jakobs y por completo del teoría del riesgo y de la postura del bien jurídico del funcionalismo de Claus Roxin, para centrar su fundamento en la Libertad.

En los apartados posteriores se ahondará sobre sus componentes, pero de forma introductoria podríamos conceptualizarlo como un modelo normativo que concibe al Estado como la organización jurídica cuya misión es asegurar condiciones iguales de libertad para todas las personas, entendida la libertad no como una simple ausencia de coacción, sino como la posibilidad real de autodeterminarse dentro de un marco jurídico que garantice simultáneamente la libertad de los demás.

Al respecto dice M. Pawlik que: *“El Estado de libertades no es un Estado mínimo, sino un Estado que garantiza a cada individuo la posibilidad de ejercer su libertad sin que sea anulada por la conducta de otros”* (Pág. 55)¹ es decir, en el pensamiento de este autor, el Estado debe garantizar un ámbito de liber-

tad que debe permitirle guiar su vida con respecto a sus propios deseos, este espectro de libertad lleva al ciudadano a un deber de cooperación para ante la sociedad, con el fin de mantener un orden social y así gozar de una libertad real, este principio de cooperación es el estamento que sostiene el principio de imputación penal.

Dentro del esquema, se plantea que no es cualquier norma la que debe ser respetada en pro del deber de cooperación, sino solo las que garantizan la libertad, por ello no se trata un compromiso con el *status quo*, sino que con el marco legal que protege la relación entre el ejercicio de la libertad y el quebranto de la misma, el compromiso no es con la organización, con el régimen o el estado, sino con un *status libertatis*, al respecto el autor indica: *“La idea fundamental del planteamiento de este trabajo es de gran simplicidad: al autor le concierne una responsabilidad jurídica por la continuidad del estado de libertades (freiheitlich) en el cual vive. En la pena se le sujeta a esta co-responsabilidad, confirmando a su costa la reciprocidad entre cumplimiento del deber de cooperación y disfrute de la libertad. El Derecho penal legítimo es, por definición, Derecho penal del ciudadano; no hay otro.”* (Pág.58)². Así las cosas, podemos establecer a forma de conclusión preliminar, que el concepto de Estado de Libertades, puede ser definido como una propuesta de teoría general del Derecho, es decir, es un concepto filosófico que permea toda la doctrina jurídica penal, iniciando con una teoría general sobre la pena y cimentada sobre el concepto de libertad.

Lo anterior, tiene sentido desde la praxis jurídica, pues no es culpable quien actúe condicionado o coaccionado por otro, esto es un presupuesto básico en todas las propuestas sistematizadoras de la teoría del delito, pero en la propuesta de Pawlik no solo usa la libertad como de un presupuesto para va-

¹ Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

² Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

lorar la imputación de una conducta delictiva, sino que es el fundamento de toda su teoría, es lo que se tutela, es la finalidad del sistema, además se ejerce y desarrolla tanto en el momento en que se respeta una norma como cuando se incumple, ya quien delinque asume la consecuencia punitiva necesaria ante la comisión de un delito, así las cosas podemos definir la libertad como el principio, el fundamento y la razón de ser de la teoría del Derecho penal del autor.

En ese tanto, para continuar con el desarrollo de la teoría debemos partir de ¿cuál es la interpretación del autor de esta teoría sobre lo que es libertad? y esta contiene estricto apego al concepto de autodeterminación, al respecto indica: *"...Por lo menos desde Rousseau y Kant se considera que el punto de partida de todas las discusiones sobre cuestiones de filosofía política que satisfagan los estándares filosóficos es la idea de que con una comunidad política de agentes solo es compatible un orden de libertad como autodeterminación. (...) Determinar a alguien significa dominarlo. La particularidad de la autodeterminación consiste en que los sujetos, el que domina y el que es dominado, son idénticos. Quien vive de manera autodeterminada no permite que otros le dicten el contenido de sus acciones, sino que los establece de acuerdo con sus convicciones valorativas y finalidades. La principal tarea del derecho, y en especial del derecho penal, consiste en asegurar la aspiración de cada uno de poder conducir su vida de acuerdo con sus propios parámetros. Por supuesto que el Estado y el Derecho penal no pueden garantizarle a cada individuo una vida plena. No obstante, el derecho penal sí puede prestar una contribución que le posibilite a cada ciudadano una configuración de su propia existencia libre de un temor paralizante y una heterodeterminación abrumadora."*(Pág.19)³, podríamos esbozar una conclusión preliminar en este momento, el

estado de libertades es una garantía de la posibilidad de las personas de conducirse según sus deseos y decisiones, es una facultad de elección, la cual permite además dar legitimidad a la pena como retribución por la elección de transgredir ese **estado de existencia libre** de los ciudadanos.

III. Presupuestos básicos de la Teoría del Estado de Libertades

La teoría del Estado de Libertades de Michael Pawlik podríamos catalogarla como una propuesta de interpretación de teoría general del Derecho, ya que se establece como una construcción sistemática de varios presupuestos conceptuales interrelacionados en todos los ámbitos, se ha descrito que la pretensión del autor es la de *"...llevar a cabo una reconstrucción teleológica de la sistematización de la teoría del delito, orientándola a los fines de la pena, sin embargo, la peculiaridad radica en que su reconstrucción se orienta a las renacidas teorías retributivas. Al mismo tiempo, con esa reconstrucción pretende dinamizar la teoría del delito de cuño alemán en el ámbito de la competencia internacional entre sistemas del Derecho Penal, en lugar de mantenerla adormilada al templado sol de otoño de pasados días de gloria"*(Pág.18)⁴, en otras palabras, la finalidad de la pena es la que define la teoría del delito, abandonando los constructos dogmáticos anteriores y separándose con una especie de concepto retribucionista de la pena.

Un primer postulado es que el **Derecho penal no es un medio de protección preventiva de bienes jurídicos**. Así ante la pregunta de ¿por qué sancionar?, el autor establece que la coerción es una medida estabilizadora ante una agresión contra un estado preexistente de libertades, de manera categórica rehúye a la idea de la protección de bienes jurídicos, de ahí se enlaza una idea de que el bien jurídico es un disfrute individual (y cuya

3 Pawlik, M. (2012). Presupuestos y límites del derecho penal del ciudadano, revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 44, N°. 117, 2023. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9037137>.

4 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

protección es accesoria) y no una finalidad del estado de libertades, al respecto se ha indicado: *“El Derecho penal, en efecto, no crea libertad, sino que se encuentra con un mundo ya configurado jurídicamente. Su papel es, entonces, el de un estabilizador o, en otras palabras, el de un Derecho accesorio de protección. El delito es la infracción del deber cívico de cooperar al mantenimiento de dicho estado de libertades. Los bienes jurídicos, por su parte, constituyen corporeizaciones concretas de libertad ajena.”*⁵, esto es un abandono al concepto material del delito, así como a la concepción constitucionalista en la cual cada norma o tipo penal tiene necesariamente que proteger un bien jurídico desarrollado constitucionalmente como un derecho de los seres humanos, esto relega el cuestionamiento de ¿si los límites de una criminalización resultan admisibles? a una tarea del Derecho constitucional, pero no una pregunta que sea parte de las funciones o labores del Derecho penal.

De este postulado anterior, dimana que **la protección de la libertad es la tarea del Derecho penal**, podría indicarse que de lo que hemos ido avanzando en el estudio de los postulados de Pawlik, encontramos la legitimidad del Estado en este presupuesto, al respecto el autor de forma clara lo establece diciendo: *“Así pues, la principal tarea del Derecho y, sobre todo, del “Derecho penal consiste en asegurar la aspiración de que todos puedan conducir su vida según su propia visión de las cosas. (Pág. 36)”*⁶, es este el concepto de libertad y el fundamento del Derecho penal.

Es importante plasmar que en esta teoría, el concepto de persona es preexistente al Derecho penal, no es una construcción dogmática, como por ejemplo el concepto de persona del funcionalismo radical, (lo cual tiene significancia por haber sido doctoran-

do, bajo la dirección del profesor Jakobs en la Universidad de Bonn y apartarse abiertamente de este concepto), sino que **la persona como parte del estado de libertades, tiene un deber de cooperación**, este es el tercer presupuesto aquí reseñado del planteamiento del autor. El Estado de libertades, no sólo se preserva mediante el castigo, es decir, las consecuencias derivadas del incumplimiento de las normas como es la sanción no pueden garantizar la libertad de los ciudadanos, considera el autor, que es una utopía creer que el poder de sanción de las instituciones puede garantizar el Estado de Libertades, porque exigiría un nivel de vigilancia y control que sería contrario o contradictorio con lo que se pretende garantizar. Por consiguiente, la corresponsabilidad es la clave para el mantenimiento de un estado de libertades, lo cual implica que los sujetos de derecho, sean conscientes mediante una autodisciplina.

Esta corresponsabilidad aunque parece muy utópica, resulta que es la base de la responsabilidad subjetiva, por cuanto si no existe esta libertad de los ciudadanos a elegir, no serían responsables por sus actos, al respecto Pawlik (2012) refiere: *“Por consiguiente, la corresponsabilidad por el mantenimiento de un estado de libertades [Freiheitlichkeit] concierne a todos y cada uno de los ciudadanos. El reconocimiento de esta corresponsabilidad es, al fin y al cabo, un mandato de fairness. «A quien quiere hacer uso de las libertades del orden del Estado de Derecho se le exige que también contribuya con lo suyo a la preservación y defensa de estas libertades”* (Pág. 43).⁷ Ahora bien, esa corresponsabilidad no es extensible a la totalidad de las funciones de la sociedad, no le concierne el bien común, la seguridad, sino que esta corresponsabilidad es definida respecto a las **tareas concretas de sus roles sociales**. Así en resumen, el ataque al estado de libertades se da cuando el autor, quebranta su rol en cuanto representante de la comunidad

5 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

6 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

7 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

de Derecho en cuanto ciudadano. Lesiona su deber de cooperar con el mantenimiento del Estado jurídico existente.

El deber de cooperación se fundamenta en el *"El principio del fairness declara que es 'inmoral disfrutar los beneficios de una empresa común, pero dejarle solamente a los demás las cargas o los pesos que están vinculados de forma necesaria con dicha empresa'". Quien así actúe se comporta de forma contraria al principio de igualdad, pues no es posible esgrimir ningún argumento convincente de que alguien, solo porque casualmente es esa precisa persona, debe tener una posición diferente a la de todas las otras personas. Por consiguiente, a alguien que se beneficia de que el orden jurídico le posibilita una vida segura, lo cual es conditio sine qua non de la libertad real, se le puede imponer con buenas razones la exigencia de que también él mediante su comportamiento fiel al derecho realice un aporte al mantenimiento de la infraestructura de la seguridad. Esto, sin embargo, es una fundamentación que aplica no solo para los "invitados", sino que rige de igual manera en relación con todos los habitantes de un Estado."* (Pág.16)⁸, Es así como haciendo entonces una interpretación de este presupuesto, podríamos establecer que el deber de cooperación es el precio del ciudadano por la existencia de un Estado que protege su derecho a elegir, es decir, por disfrutar de los beneficios de su condición de ciudadano.

Así las cosas podríamos esgrimir los elementos principales del Estado de Libertades de Pawlik de la siguiente forma:

- a. El primer presupuesto es **antropológico**, donde el ser humano es un sujeto capaz de autodeterminación y, por tanto, responsable de sus actos.
- b. El segundo presupuesto es de carácter normativo, en un estado de libertades,

la convivencia entre personas libres requiere normas que regulen las expectativas recíprocas de comportamiento. El Derecho penal como conjunto normativo no protege bienes jurídicos en sentido material, sino las condiciones en que se asegura la libertad de las personas.

c. Un tercer presupuesto es **social**: la sociedad se concibe como una empresa común en la que cada ciudadano participa en la preservación de las condiciones que permiten el ejercicio generalizado de la libertad. Este deber ciudadano de cooperación no es moral, sino jurídico y estructural; deriva del simple hecho de convivir en un orden social regido por normas que garantizan la libertad de todos.

d. El cuarto presupuesto es **jurídico**: el Derecho penal opera como última ratio, interviniendo únicamente para proteger las condiciones más básicas de libertad recíproca cuando estas se ven gravemente amenazadas. Esto implica que la pena no se justifica por motivos utilitaristas ni preventivos en sentido clásico, sino por su función de restablecimiento de la norma vulnerada y de la estructura cooperativa que ha sido dañada por el delito.

e. Finalmente, el quinto elemento es la **función de la pena**, entendida como la respuesta institucional que reafirma las normas quebrantadas y restituye la confianza en la cooperación social. La pena expresa simbólicamente la vigencia del orden de libertades.

IV. La teoría de las competencias del ciudadano

La teoría de las competencias del ciudadano sostiene que todo ordenamiento jurídico presupone un sujeto capaz de **autodeterminarse** y de orientar su conducta conforme a pautas normativas. Podríamos hablar de una teoría revolucionaria que pretende restar la importancia de la división de dogmática en las categorías sistémicas de la teoría del delito, entre acción y omisión, entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

El autor defiende su postura revolucionaria

⁸ Pawlik, M. (2022). El deber de cooperación ciudadano en el derecho penal. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/e69ccaef-370b-4103-b92d-7e8f7a965524/content>

con las denominadas competencias del ciudadano la cual se establece como una posición de garante, no obstante, no limitada únicamente a los delitos omisivos, sino extensiva hasta todos los delitos, esto hace según el autor, que lo esencial sea la determinación de la competencia del autor, y este ejercicio contiene una serie de estructuras normativas de carácter objetivo, que hacen que la distinción tradicional entre tipo y causas de justificación se tornen irrelevantes. Para ello subdivide los deberes de respeto y deberes de garantía.

Para imputar a una persona, se sostiene que el Derecho penal presupone a cada individuo como un ciudadano dotado de competencias normativas básicas, entre ellas las **competencias de respeto**, que constituyen *“La expectativa básica jurídico-penal que recae sobre cada ciudadano y, en general, la norma básica de comportamiento interpersonal obligaría, en la formulación de HEGEL, a dejar al otro como está, esto es, a no empeorar el nivel de integridad de la esfera jurídica que encuentra dada el obligado. Las responsabilidades de esta clase las denomino competencias de respeto (Respektierungszuständigkeiten); con matices, éstas se corresponden con las que la doctrina dominante denomina posiciones de garantía de vigilancia (Überwachergarantenstellungen).”*⁹, esto es entonces el deber mínimo de abstenerse de interferir en la libertad ajena y expresan el mínimo deber de no lesionar al otro.

En cuanto a las **competencias de respeto** se manifiesta en 1. Las prohibiciones de injerencia, que son deberes negativos, ya que ordenan un no hacer, y en términos generales prohíben interferir en la capacidad de autodeterminación y en los bienes necesarios para la libertad de los demás y 2. Los mandatos de neutralización, son por el contrario deberes positivos, de disminución de riesgos, como lo son la injerencia que ocurre cuan-

do una persona crea un riesgo para bienes jurídicos ajenos, el ordenamiento jurídico le impone la obligación de neutralizar el riesgo que ha generado. También se identifica dentro del marco del deber de neutralización los deberes de tráfico, son una categoría especial de los mandatos de neutralización y se aplican cuando alguien participa en actividades socialmente permitidas pero intrínsecamente peligrosas, como manejar un vehículo, operar maquinaria, manipular sustancias peligrosas o practicar ciertos deportes. Otra categoría corresponde a la asunción efectiva, esta puede surgir cuando alguien se auto involucra de modo voluntario en una posición que genera confianza y dependencia, una especie de posición de garante, pero asumida con consentimiento y pasa a ocupar una posición relevante en la estructura de cooperación, el autor, para ejemplificar esta competencia indica: *“Quien, por ejemplo, a través de su promesa de protegerlo, ha movido a un nadador inseguro a atreverse a abandonar la zona de no nadadores para adentrarse en la parte honda de la piscina, habrá de zambullirse hasta el fondo cuando al nadador le flaqueen las fuerzas. Es la prohibición de un comportamiento auto-contradictorio la que opera aquí gravando al autor.”* (Pág. 90)¹⁰.

En cuanto a las **competencias de fomento**, son una categoría que permite comprender la competencia activa del ciudadano en un rol particular, estas se corresponden con la posición de garante de protección tradicional. Se vincula con un acto de voluntad del obligado, ya que quien ha asumido su rol social no puede desvincularse de las exigencias de dicho rol. También se describe que es posible como una actividad en el marco de una organización social, que también es una asunción como en la competencia de respeto, pero en el marco de una organización como es el Estado, pero representado por sus funcionarios. Debe incluirse la relación paterno-filial, matrimonio, comunidad

⁹ Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

¹⁰ Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

de peligrosos y los deberes independientes de un comportamiento previo.

V. El alcance sistemático de la teoría de la competencia

Una vez que analizamos los presupuestos de la teoría de la competencia, es claro que se propone un modelo nuevo de la teoría del delito, que se aparta radicalmente de la tradicional división entre acción, omisión, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, englobando todo en un solo paso analítico de imputación, fundado en los distintos aspectos de la competencia, en este sentido el autor indica: *“La teoría de la competencia que he esbozado no solo muestra como sistemáticamente secundaria la tradicional distinción entre acción y omisión, sino también la que existe entre el tipo y las causas de justificación. En la medida en que dicha teoría muestra que tras los distintos niveles del sistema del delito -dicho sea de paso, también en el nivel de las causas de exculpación* se encuentran principios valorativos idénticos, esta concepción conduce a una notable simplificación de la teoría general del delito. Al mismo tiempo, pone en claro que la Parte general no constituye una creación autónoma de ningún legislador positivo, sino que se basa —en una parte notable— en fundamentos de competencia cultural-generales que anteceden a toda positivización. A este acervo común de convicciones sobre la imputación le adeudamos el poder discutir de manera fecunda sobre cuestiones jurídico-penales. A mi juicio, tener esto presente es precisamente la condicio sine qua non de un desarrollo vivo de nuestra ciencia.”* (Pág.106)¹¹, es así como podemos hablar de una imputabilidad y no de la división de tripartita clásica de la teoría del delito (acción/omisión-tipicidad-antijuricidad-culpabilidad) y caer en el denominado injusto criminal.

VI. El injusto penal del ciudadano:

El autor define el “kriminelles Unrecht” (injusto criminal), como la conducta contraria a la competencia, así lo sostiene el Dr. OSTIZ (2012), cuando indica: *“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, ll. 2. a), se pasa a la competencia y, de esta, a la concreta norma de comportamiento (infra, ll. 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, ll. 2. c). “Su conducta [sc. del autor] es imputada entonces como lesión del deber de cooperación y así como injusto criminal” (p. 298)¹², es decir, en un intento por sistematizar el proceso de imputación propuesto en la teoría de libertades de M. Pawlik, podríamos establecer que para imputar una conducta:*

1. Debe existir en el caso particular un deber de cooperación, esto sería identificar si en el caso particular existe para el agente.

Dice el autor que al ciudadano le corresponde una corresponsabilidad con el Estado en el mantenimiento no de un *status quo*, sino de un *status libertatis*, no es toda norma la que requiere obediencia y respeto, es la norma que configura una protección específica a ese estado de libertad.

Este podría ser un grado de mayor compromiso que la misma ciudadanía, es una cooperación que implica que en el ejercicio de la libertad, en el goce de ese estado de libertades, tengo que respetar la norma, lo

11 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

12 Ostiz, P. (2012). Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_3_1096

cual implica no sólo no dañar o provocar un menoscabo a la libertad de terceros, sino también someterme a la pena. En ese mismo sentido en Dr. Ostiz (2012) indica: *“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.”* (P.184)¹³. Este deber de cooperación es según la estructura indicada una simbiosis entre el Estado y el ciudadano, una especie de asociación en la cual ambos agentes se encuentran vinculados para el mantenimiento del estado de libertades, ahora bien el concepto requiere concretarse en una competencia que es la segunda fase que podría identificarse en el injusto penal del ciudadano.

Concretar si el agente se encontraba en una situación de competencia frente al hecho como tal y definir ¿qué tipo de competencia?, según las tipologías antes vistas.

Como se ha indicado en líneas atrás la competencia es la base de la imputación, si no existe en el agente esa condición no le sería atribuible determinado comportamiento, no debe confundirse esto con los elementos fácticos descritos en un tipo penal, no es un tema exclusivo de adecuación a la conducta, como se haría en el estrato de la tipicidad penal en la dogmática tradicional, sino que va más allá, es todo un ejercicio de inclusión y exclusión de elementos que permitan definir si el agente tenía o no en la compe-

tencia en el hecho particular. No se trata de un concepto general, debe deslindarse de cada caso, como se ha indicado se dividen en dos tipos de competencias las de respeto y las de fomento, al respecto el Dr. Ostiz (2012) indica: *“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.”* (p.185)¹⁴

Para unir la competencia con la norma de conducta particular, se utiliza el concepto de incumbencias al respecto Dr. Ostiz (2012) ha indicado: *“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 “Bemühens-obliegenheit”, 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*

13 Ostiz, P. (2012). Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_3_1096

14 Ostiz, P. (2012). Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_3_1096

desconocimiento de la norma (“Entlastung” por error de prohibición o “Verbots-irrtum”, 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)”¹⁵, se trata entonces de dos tipos de incumbencias **1. “Obliegenheit zur Irrtumsvermeidung”,** que significa **el deber de evitar errores** y **2. “Obliegenheit zur Selbst- motivierung”** que significa **la obligación de automotivarse**, estas tipologías, pueden establecerse como deberes normativos que funcionan no solo como una obligación del agente sino también que funcionan como un filtro de exclusión de la competencia, de forma tal que cuando dicha situación fáctica concreta se encuentra fuera del ámbito de la incumbencia se desvincula al sujeto, por ausencia de competencia.

Al respecto, indica Pawlik (2016) lo siguiente: “Una teoría funcional de la imputación jurídico-penal a la libertad debe, por tanto, complementar el mandato a los ciudadanos de omitir las acciones contrarias a las competencias con una expectativa de segundo orden: «¡Preocupaos, en el marco de lo exigible, de poder cumplir aquel mandato de forma suficientemente fiables. Solamente cuando se produce el establecimiento social de esta expectativa complementaria se da el paso definitivo de un mero ordenamiento jurídico sobre el papel a un estado de libertades real. En contra de la famosa sentencia

del Tribunal Federal sobre el error de prohibición” y de la terminología instalada en la dogmática de la imprudencia al referirse al «deber de cuidado», esta expectativa no conforma un deber, sino una incumbencia [Obliegenheit]” (Pág. 132)¹⁶, en el caso de la incumbencia por error, es un error entendido como 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.

Así mismo, el autor indica que en la incumbencia correspondiente al deber de motivarse de una conducta conforme a la norma, es donde se analizarían las causas de exclusión de antijuricidad y culpabilidad, en ese tanto se indica por parte del autor Pawlik (2016), lo siguiente: “La distinción entre causas de justificación y de exculpación se contempla como una de las más importantes manifestaciones de la separación entre injusto y culpabilidad A mi parecer, la fertilidad sistemática de esta distinción es, el término generales, altamente dudosa. En el presente contexto induce, además, a perder de vista las características comunes-tanto sistemáticas como de teoría de la legitimación— ambos grupos de institutos jurídicos. Estoy convencido, sin embargo, de que el conocimiento de estas similitudes es irrenunciable para una adecuada comprensión de las causas de culpación (mejor: causas de exclusión de la imputación. (Zurechnungsausschließungsgründel).” (P.135)¹⁷, incluiría entonces en este caso los supuestos excesos en legítima defensa, estado de necesidad y demás circunstancias que se resuelven en la teoría dogmática tradicional como causas de exclusión de culpabilidad y antijuricidad.

3. Un ejercicio de atribución y que la comunidad jurídica atribuya la infracción para po-

¹⁵ Ostiz, P. (2012). Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_3_1096

¹⁶ Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

¹⁷ Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

der responder con la pena; es decir, la operación de imputación

El tercer paso, que es posible identificar es “Zurechnung” la imputación, debe indicarse que en este caso es como el ejercicio relacional entre la norma de conducta con el agente, pero no puede delimitarse como un ejercicio análogo a la adecuación típica en la dogmática clásica, ya que podría más bien caracterizarse como se ha indicado líneas atrás como un procedimiento monista.

En este sentido Dr. Ostiz (2012) ha indicado: *“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 “Bemühens- obliegenheit”, p. 375), como de motivarse a actuar conforme a lo que le compete (la “Obliegenheit zur Selbstmotivierung”, p. 345, o “Selbstmotivierungso- bliegenheit”). 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).”*¹⁸, esto nos lleva entonces a dos conceptos más el de evitabilidad que es un concepto que viene a suplir a la función del dolo y la culpa.

VII. La evitabilidad como concepto general del comportamiento imputable contrario a la competencia

Una vez delimitados los presupuestos anteriores lo que corresponde es a la determinación del dolo, pero en este caso Pawlik (2016) propone que: *“una teoría de la imputación subjetiva orientada a la teoría de la libertad no*

puede por menos que sentar como punto de partida la noción del insuficiente cumplimiento de la incumbencia de esforzarse. Por consiguiente, un actuar contrario a la norma es imputable al autor como lesión del deber cuando habría podido evitar su conducta errónea si hubiera cumplido ordenadamente con su incumbencia de esforzarse por ser fiel al Derecho. De este modo, la estructura fundamental de la imputación subjetiva se determina por medio de un criterio que procede de la dogmática de la imprudencia.”(P.139). El autor abandona el concepto de dolo en el finalismo, pretende un concepto normativizado el cual defiende, al respecto indica: *“Acertadamente, cada vez más se está subrayando que los requisitos de la infracción de la norma de conducta así como de la evitabilidad rigen en igual medida tanto para el dolo como para la imprudencia, por lo que el injusto doloso no se manifiesta como un alud con respecto al imprudente, sino como un incremento de éste. (...). El autor doloso manifiesta una actitud de «enemistad»: el culposos, por el contrario, solamente expresa una falta de amistad ante la ley».*¹⁹De lo anterior, se extrae que el dolo y la imprudencia son definidos de forma distinta, el dolo una enemistad y la culpa una falta de amistad ante la ley, lo cual es una graduación entre una y otra en el tema de la intensidad, esto lleva a otro cuestionamiento ¿existe una medida o diferencia entre una y otra?

VIII. La medida de la contrariedad al deber

Para responder al cuestionamiento de si existe, una intensidad o grado entre dolo y culpa definido como enemistad o ausencia de amistad respectivamente, Pawlik (2016) indica lo siguiente: *“(...) el dolo se invierte. No es la circunstancia positiva de que haya querido la producción del resultado lo que caracteriza la enemistad del Derecho del autor según el planteamiento aquí seguido, sino un componente negativo: **la ausencia de la vo-***

18 Ostiz, P. (2012). Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_3_1096

19 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades.

luntad de omitir la infracción de la norma de conducta pese a su extrema peligrosidad. El autor enemigo del Derecho no se distingue, por tanto, **por haber querido el resultado, sino por no haberse motivado al cumplimiento de la norma cuestionada por su conducta pese a que debía racional y exigiblemente reconocer que con ella creaba un peligro no permitido cualificado para la posición jurídica protegida por aquella norma.**" (Pág. 142)²⁰, en otras palabras, la incumbencia de esforzarse, correlaciona todos los elementos de la contrariedad al deber antes referidos y se erige como un concepto que engloba como aspectos un deber generalizado de motivarse al cumplimiento de la norma.

IX. La normativización del dolo:

La postura del autor tiene relación con la visión de Jakobs en cuanto a la normativización de dolo, la intención es eliminar las teorías sicologistas, no interesa cual era la intención del autor, ni el estado mental interno, sino que se estima es una categoría normativa vinculada a la competencia del ciudadano, surge cuando la infracción al deber jurídico se explica por la propia y libre decisión del sujeto dentro de su marco de competencias, por este medio Pawlik (2016) indica: "El reconocimiento de un componente voluntario independiente, incluso en la teoría suavizada del «tomar en serio» que sigue la doctrina," termina privilegiando la negación de la realidad y la desconsideración." Un autor irreflexivo que, actuando en las «fronteras de elasticidad de la conciencia» reconoce ciertamente el peligro de producción del resultado pero no lo toma en serio, se queda al margen del castigo por un delito doloso. En cambio, se grava con dolo al autor que, ante el mismo peligro y siendo su capacidad para la contención del riesgo menos significativa, cuenta seriamente con un desenlace desafortunado. De este modo, una teoría de la representación concebida psicológicamente no puede combatir las incorreccio-

nes de la teoría de la voluntad que resultan de la ausencia de un correctivo normativo, sino que simplemente las extiende del componente volitivo al componente intelectual." (Pág. 143)²¹

Entonces, por dolo que podría entenderse, no hay otra respuesta más que una supresión absoluta de la parte volitiva contenida en la dogmática tradicional y en segundo lugar la determinación de ese conocimiento, pero un conocimiento que es una *representación* del deber o competencia particular, es una representación de esa posibilidad, así el autor Pawlik (2016) indica lo siguiente: "Por consiguiente, la cuestión no puede depender de la valoración del riesgo efectuada por el propio autor. Una representación de posibilidades suficientemente substanciada no puede operar en descargo del autor por el hecho de que éste, o bien no reflexione en absoluto sobre la magnitud del riesgo, o bien considere irreflexivamente su realización como improbable. **Lo decisivo es solo si su conducta, interpretada como conducta de un ser racional, expresa la máxima de que la lesión del otro debe ser o incluso puede ser.**" (Pág. 144)²² lo cual trata de eliminar esa posibilidad de negarle la atribución del hecho, por no poder extraer la finalidad del autor.

Sobre esta base, el dolo deja de ser una introspección subjetiva sobre lo que el autor "realmente sabía o quería" y pasa a ser la **imputación de una decisión contraria a Derecho**, atribuida a un ciudadano competente que podía y debía motivarse según las razones jurídicas aplicables.

X. Compatibilidad de la Teoría del Estado de Libertades con el sistema penal costarricense

Como se puede desprender de lo que se ha

20 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

21 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

22 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

plasmado en las líneas anteriores, la teoría de Michael Pawlik establece una concepción completamente distinta a los postulados tradicionales de la teoría del delito.

Dentro de sus posturas más innovadoras está la teoría monista o unitaria de la teoría del delito, en la que se analiza de manera conglobada la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, donde dejan de tener relevancia la acción, la omisión, así como las formas de comisión de los tipos delictivos como culpa, dolo y preterintención, para dar paso a una imputación de una decisión contraria a derecho por la violación al deber de competencia.

De igual forma la pena a primeras luces pareciera absolutamente retribucionista, y aunque Pawlik defiende su postura por una razón conceptual, ya que lo que busca es la estabilidad, pero no del Estado como en la prevención general positiva, sino de la relación entre la libertad y los deberes del ciudadano, al final el rehúye a la resocialización como una función de la pena.

Ahora bien, pareciera que la aplicación de la teoría del delito de Pawlik, desde el punto de vista meramente normativo, no sería imposible en su aplicación, pues todas las categorías de la teoría del delito son de análisis del autor, pero en un solo estrato como es el injusto penal del ciudadano. No obstante, si tiene roces desde el punto del fin de la pena, que haría imposible o inaplicable las consecuencias jurídicas del delito. Lo anterior, porque Costa Rica ha suscrito tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos el cual establece en su artículo 5.6 el derecho a la Integridad Personal y propiamente indica: “*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*”, así como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela) y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (CIDH), los cuales es-

tablecen una legitimación resocializadora a la pena y que al ser de carácter supra constitucional al tutelar de una mayor forma los derechos humanos tienen rango supra constitucional, por lo cual sería absolutamente incongruente con un fin de la pena utilitarista-preventivo como lo es el de la teoría del estado de libertades de Michael Pawlik, quien niega que este fundamento sea legitimador de la pena.

Conclusiones

A raíz de este trabajo, es posible establecer que la postura es una teoría general del Derecho, porque redefine los fundamentos normativos que permiten comprender la validez, la estructura y la legitimidad de todo el orden jurídico. Su punto de partida es que el Derecho moderno presupone un tipo particular de sujeto: el ciudadano libre, entendido no en un sentido psicológico, sino como titular de una competencia jurídico-normativa para actuar, es decir, como alguien capaz de orientarse por razones jurídicas.

El estado de libertades es una garantía de la posibilidad de las personas de conducirse según sus deseos y decisiones, es una facultad de elección, la cual permite además dar legitimidad a la pena como retribución por la elección de transgredir ese **estado existencia libre** de los ciudadanos.

Los elementos principales del Estado de Libertades de Pawlik son uno **antropológico**, donde el ser humano es un sujeto capaz de autodeterminación, uno de carácter **normativo**, en un estado de libertades, la convivencia entre personas libres requiere normas que regulen las expectativas recíprocas de comportamiento, uno **social** donde la sociedad se concibe como una empresa común en la que cada ciudadano participa en la preservación de las condiciones que permiten el ejercicio generalizado de la libertad. Otro de carácter **jurídico**, donde el Derecho penal interviene únicamente para proteger las condiciones más básicas de libertad recíproca cuando estas se ven gravemente ame-

nazadas. Y un quinto elemento es la **función de la pena**, entendida como la respuesta institucional que reafirma las normas quebrantadas y restituye la confianza en la cooperación social.

La teoría de la competencia, propone un modelo nuevo de la teoría del delito, que se aparta radicalmente de la tradicional división entre acción, omisión, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, englobando todo en un solo paso analítico de imputación, fundado en los distintos aspectos de la competencia. El autor define el “kriminelles Unrecht” (injusto criminal), como la conducta contraria a la competencia, la cual requiere que en el caso particular se identifique un deber de cooperación, en segundo término concretar si el agente se encontraba en una situación de competencia frente al hecho como tal y definir ¿qué tipo de competencia?, según las tipologías de competencia y las incumbencias, en tercer lugar un ejercicio de atribución y que la comunidad jurídica atribuya la infracción para poder responder con la pena; es decir, la operación de imputación.

En cuanto a la forma de comisión de los hechos delictivos, existe una clara diferenciación entre el dolo y la imprudencia, pero son definidos de forma distinta, propiamente de forma normativa y se excluye en este análisis cualquier elemento subjetivo, el dolo se define como una enemistad y la culpa una falta de amistad ante la ley, lo cual es una graduación entre una y otra en el tema de la intensidad, es decir se trata de grados en la forma de comisión del injusto penal del ciudadano.

Finalmente, se estima en este caso, que la teoría de estado de Libertades de Michael Pawlik no es aplicable a nuestro país, principalmente por el roce del fundamento retribucionista y que niega la resocialización como fin de la pena. Ya que sin entrar en una polémica sobre la posibilidad empírica de alcanzar dicho fin con la prisión o las diferentes sanciones, lo cierto es que su exis-

tencia está garantizada en nuestro ordenamiento por instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter supra constitucional que impide la aparición de una teoría de la pena que niegue precisamente lo que dichas normativas tutelan.

Bibliografía

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1996, 10 de mayo). Ley N° 7594. Código Procesal Penal. Diario Oficial La Gaceta N° 109, Alcance 28. https://www.oas.org/ext/Portals/33/Files/Member-States/Texto%20Completo%20acta_%2035909%20Codigo%20Procesal%20Penal.pdf

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1970, 4 de mayo). Código Penal. Ley N° 4573. La Gaceta N°100. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=927.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2015, 17 de diciembre). Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) (A/RES/70/175). https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Organización de los Estados Americanos (OEA). <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/23.PRINCIPIOS%20Y%20BUENAS%20PRACTICAS.pdf>

Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Ostiz, P. (2012). Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. <https://www.zis-onli->

Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

Pawlik, M. (2012). Presupuestos y límites del derecho penal del ciudadano, revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 44, N°. 117, 2023. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9037137>.

Pawlik, M. (2022). El deber de cooperación ciudadano en el derecho penal. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/e69ccaef-370b-4103-b92d-7e8f7965524/content>

TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN
DIGITAL

Edición 20 / 1, Abril 2026

Costa Rica