

**CONFIRMACIÓN DE LA NORMA
Y EQUILIBRIO EN LA IDENTIDAD**
Sobre la legitimación de la pena estatal

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de Publicaciones

CONFIRMACIÓN DE LA NORMA Y EQUILIBRIO EN LA IDENTIDAD

Sobre la legitimación de la pena estatal

Michael Pawlik

Traducción a cargo de:

Ricardo Robles Planas
Catedrático de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra

Nuria Pastor Muñoz
Profesora Agregada de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra

Ivó Coca Vila
Becario de la Fundación Alexander von Humboldt
Universidad de Friburgo

Colección: Justicia Penal

Director: Prof. Dr. Dres. h. c. Ricardo Robles Planas
Catedrático de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Edición original en alemán:

Michael Pawlik, *Normbestätigung und Identitätsbalance.*

Über die Legitimation staatlichen Strafens, Nomos Verlag, 2017.

© 2019 Michael Pawlik

© 2019 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: atelier@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-17466-60-2

Depósito legal: B-15946-2019

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

SUMARIO

PRÓLOGO	9
I. ACTUAR.	13
1. Beethoven y Goethe, actuando	13
2. <i>Omnis determinatio est negatio</i>	20
3. La pluralidad de descripciones de la acción	27
4. Concepto de acción filosófico y jurídico-penal	31
II. OBRAR INJUSTO	37
1. Injusto criminal como toma de posición cualificada	37
2. Injusto criminal como lesión del deber de cooperación	43
3. El estado de libertades [<i>Freiheitlichkeit</i>] como fundamento de legitimación de los deberes de cooperación penalmente garantizados.	48
4. Una teoría del republicanismo	52
III. PUNIR	55
1. El dilema de la retribución	55
2. Pena como «símbolo del merecimiento de pena».	60
3. Coacción penal	62
IV. APLICAR REGLAS	67
1. La praxis como un generador de significado	67

2. El Derecho penal como el producto de un campo de fundamentación	71
3. El Derecho penal como manifestación de razón colectiva	78
V. INTEGRAR	81
1. La responsabilidad personal de cada científico del Derecho penal	81
2. Equilibrio en la identidad como fin	82
3. La conducción de vida íntegra como proto-deber	89
4. La ciencia del Derecho penal entre la autoencapsulación y la necesidad de integración	90
VI. Tomar al otro en serio	93
AUTOR	95
BIBLIOGRAFÍA	97

PRÓLOGO

Esto no es una investigación específica sobre la teoría de la pena, sino que es, esencialmente, un libro sobre el *actuar* en sus distintas formas de aparición, como actuar cotidiano, actuar criminal, actuar punitivo y actuar argumentativo. El desarrollo de cuestiones fundamentales jurídico-penales a partir de la teoría de la acción no es algo nuevo, sino conocido de sobra desde la teoría de la acción final de Hans WELZEL. Sin embargo, el concepto de acción que se defiende aquí se diferencia de manera fundamental del de WELZEL. En primer lugar, en este trabajo, el actuar no se entiende, como en WELZEL, de manera instrumental, como la modificación orientada a un fin del mundo exterior, sino de manera comunicativa —como una toma de posición entre alternativas valoradas normativamente—. A ello está vinculado de manera inseparable un segundo aspecto: el actuar en cuanto suceder comunicativo no es, a diferencia de lo que sostiene WELZEL, un acontecimiento puramente individual, sino social. Aquel presupone estructuras de significado y de expectativas —instituciones— a las que hace referencia, ya sea confirmándolas, modificándolas o rechazándolas. De este modo, quien actúa provoca reacciones que, en función de si encuentran aprobación, indiferencia o rechazo, contienen por su parte enunciados sobre la relevancia de las normas afectadas. Quien tolera una infracción de la norma o incluso la aprueba de manera pública deja entrever con ello que para él

la norma lesionada no es, como mínimo no de manera ilimitada, digna de ser conservada o defendida. En cambio, quien contradice una infracción de la norma, rechaza dicha infracción, pone de manifiesto su disposición a continuar reconociendo la norma lesionada como un parámetro de comportamiento y valoración. Así pues, toda acción es potencialmente idónea para generar una disputa interpretativa. Esto rige especialmente para las acciones socialmente anómalas, a saber, las acciones jurídico-penalmente típicas. Ello se refleja en el título de este libro con la referencia al concepto de *confirmación de la norma*.

Según lo dicho, actuar significa exponerse, esto es, someterse a una valoración normativa. Esta valoración la efectúan, por un lado, otras personas, por ejemplo, los padres, maestros, colegas, fiscales o jueces; de tal valoración hemos hablado hasta aquí. Por el otro lado, la valoración es también obra del mismo sujeto que actúa. En aras de su integridad personal, dicho sujeto ha de dotar a sus acciones individuales de una interpretación que le permita incorporarlas a la visión de conjunto que tiene de sí mismo y de la conducción de su vida. Esto rige especialmente cuando dichas acciones tienen unos efectos tan importantes sobre el destino de otros seres humanos como los propios de la imposición de un castigo. Desde este punto de vista, si bien es teóricamente posible sostener un positivismo jurídico radical, ello es insostenible en la vida práctica, pues aquella separación rigurosa entre los roles profesionales (en especial de judicial) y el resto de convicciones que caracterizan la identidad de una persona que pregonó dicho positivismo resulta a largo plazo insostenible. En la concepción de este trabajo, la necesidad de integración de las distintas identidades parciales en una identidad general personal se expresa con el concepto de *equilibrio en la identidad*.

Concebir el castigo partiendo de la relación entre la confirmación de la norma y el equilibrio en la identidad y, en la medida de lo posible, legitimarlo, significa integrarlo en unos contextos de acción personal y social más amplios y, por tanto, acoger un modelo de fundamentación *holístico*. El penalista no

puede, con los solos medios de su disciplina, llevar a cabo una elaboración de tal modelo que satisfaga los estándares argumentativos actuales, sino que se tiene que apoyar en la teoría filosófica de la acción y la argumentación, en una teoría de la identidad personal y (en virtud del carácter eminentemente político de la pena estatal) en una Filosofía política. Ciertamente, en la literatura filosófica contemporánea, a diferencia de lo que ocurría en los clásicos de la Filosofía política moderna desde HOBBS hasta HEGEL, la pena desempeña un papel más bien marginal. Sin embargo, quien tenga interés por la teoría de la pena encuentra allí abundantes sugerencias relativas a las cuestiones que se acaban de mencionar, sugerencias que le pueden ayudar en su tarea de fundamentación, aunque no hayan tenido hasta el momento apenas importancia, por lo menos en la discusión alemana. Cuando en lo que sigue se recurra a multitud de autores anglófonos, desde Robert BRANDOM, Donald DAVIDSON y Ronald DWORKIN, hasta Quentin SKINNER y Charles TAYLOR, se verá que lo que antes era una mera coexistencia entre la Filosofía de la Europa continental y la anglo-americana se ha convertido hace tiempo en una convivencia fructífera. El entrelazamiento y el fortalecimiento recíproco de ambas tradiciones teóricas pueden beneficiar a los participantes en la discusión de la teoría de la pena del presente que están convencidos de que la verdadera modernidad se demuestra haciendo fructíferas —de la mejor manera posible— para el presente las grandes aportaciones teóricas del pasado, y no sustituyendo, bajo la bandera de la lucha contra cualquier metafísica, estructuras de fundamentación complejas que están integradas en sistemas filosóficos completos por cadenas de argumentación lo suficientemente breves como para poder ser encajadas en un artículo de diez páginas para una *Law Journal*.

Con las observaciones que acabo de formular quedan brevemente esbozadas la pretensión, la finalidad y el contenido del ensayo que sigue. La oportunidad de presentarlo a la ciencia del Derecho penal española debo agradecerse de nuevo a los Profesores Dr. Dr. h.c. mult. Jesús María Silva Sánchez y Dr. Dres. h.c. Ricardo Robles Planas. En su Seminario en la Univer-

sidad Pompeu Fabra, un magnífico lugar para el libre debate intelectual, pude presentar este texto y someterlo a una discusión intensa que fue extraordinariamente instructiva para mí. A la editorial Nomos, en donde apareció publicado el manuscrito original, agradezco su amable autorización para publicar la presente traducción en Atelier, una de las editoriales jurídicas españolas de mayor prestigio. Asimismo debo agradecer finalmente al Prof. Dr. Ricardo Robles Planas, a la Dra. Nuria Pastor Muñoz y al Dr. Ivó Coca Vila que hayan asumido el esfuerzo de traducir mi texto al español y, de este modo, me hayan dado la oportunidad de ser escuchado en una de las comunidades discursivas de la ciencia del Derecho penal más vivas e importantes del mundo.

Michael Pawlik

Friburgo de Brisgovia, diciembre de 2018